

6. Valores europeos y modelos de democracia (¿agnóstica?, ¿militante?)

6.1. SOBRE APERTURAS, DESARROLLOS CONSTITUCIONALES Y VALORES

Por rudimentaria que sea su estructura político institucional o tosco su funcionamiento, cualquier sistema político intenta siempre legitimarse mediante la apelación a unas fuentes ideológicas o sistema de valores que dice preservar. Desde este punto de vista, el éxito del constitucionalismo —un éxito irreversible, podría decirse— es el haber asentado en los fundamentos mismos del poder político la idea de que no hay legitimidad posible sin un basamento escrito en el que aparezca claramente expresado el cómo del ejercicio del poder, pero también ciertas referencias o bases de carácter ideológico —a veces también religioso— que se presentan como la justificación y el objetivo de dicho ejercicio.

La esencia de eso que, un tanto por inercia, continuamos llamando el concepto racional normativo de Constitución, es la convicción de que el ejercicio del poder político se puede rescatar de la pura contingencia o del mero sucederse de respuestas a las necesidades del día a día, para pasar a ser objeto de una planificación: una de carácter organizativo y una de tipo sustancial. Esas dos vertientes se corresponden, en definitiva, con el doble condicionamiento al que sometió la presencia constitucional del célebre artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La Constitución presupone separación de poderes y garantía de derechos, requisitos que desde entonces y a la fecha son fuente inspiradora de cualquier empeño constituyente

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

que tenga como objetivo escribir una Constitución, si bien los modos de concebir lo que una y otra cosa implican pueden variar profundamente al punto de desvirtuarlos hasta lo grotesco.

Disponer de una Constitución escrita supone, siempre y en todos los casos, un factor que racionaliza el ejercicio del poder y lo limita; no necesariamente en el sentido de que la limitación venga a favorecer los intereses de los gobernados, sino en el sentido de que el texto actúa como un referente bajo cuyo rasero es posible establecer contrastes entre lo que se proclama y lo que se practica. La Constitución hace posible un juicio sobre las posibles escisiones entre fundamentos organizativos e ideológicos y praxis política que sin ella no tendría sentido. Y esa capacidad para deslindar los ajustes y desajustes de la práctica política, separando lo constitucional de lo que no lo es, confiere a la Constitución un potencial que Loewenstein captó muy bien en su célebre clasificación tripartita de las constituciones en normativas, nominales y semánticas.

El verdadero constitucionalismo, solemos decir hoy con toda razón, es siempre normativo; lo demás es constitucionalismo espurio o mera fachada constitucional sin aliento que le dé vida. Y al insistir en ello no hacemos más que remachar la idea de que toda Constitución es al fin y al cabo una aspiración; un proyecto que tiene mucho de Ítaca hacia la que dirigir los esfuerzos de las generaciones vivas y una utopía en marcha que genera de continuos distanciamientos y desmentidos, un foso de contrastes entre el cielo de los conceptos —hoy diríamos de los valores— y las miserias de una práctica política que no siempre camina en consonancia con ellos.

Si damos por buena la idea de que toda Constitución es un proyecto en marcha, así como la de que el verdadero constitucionalismo presupone vías para reaccionar contra las prácticas políticas contrarias a la Constitución, entonces no hay más remedio que concluir que toda Constitución es un reflejo de concepciones ideológicas que se tienen por dignas de ser asentadas y defendidas, si bien el grado de compromiso con ellas y las posibilidades de plantar cara a quienes no las comparten varían considerablemente. El peso de la historia (¡cada país tiene sus *demonios familiares!*), el carácter de las concepciones constitucionales *fundantes* o estructurales y el grado de compromiso con el potencial

Valores europeos y modelos de democracia (¿agnóstica?, ¿militante?)

transformador que toda Constitución lleva implícito, en mayor o menor medida, son factores que influyen decisivamente a la hora de sentar los perfiles de quienes pueden ser repudiados como enemigos de la Constitución.

La insistencia en que la tolerancia frente al disidente es un componente esencial de la democracia constitucional exige aceptar que toda Constitución es tributaria de una cierta ideología que se trasluce en las estipulaciones del texto y que permite hablar, con acierto, de ideología de la Constitución. El compromiso con unas pautas ideológicas, más o menos explícitas, explica además el recurso a los medios de prevención y castigo propios del derecho punitivo. De manera un tanto primaria, podría decirse que allí donde hay un código penal —la *Constitución en negativo* se dice a veces— hay una defensa de los valores de fondo escritos o presupuestos en la Constitución. Y como corolario de lo anterior me parece que hablar de Constitución “de procedimientos” frente a constituciones “de valores” o sustantivas, no es más que una licencia académica mediante la que intentamos diferenciar aquellos sistemas que se contienen a la hora de proclamar sus bases ideológicas, dándolas por sobrentendidas o dejándolas en estado latente, frente a aquellos otros que hacen explícitas las visiones del mundo u orden de valoraciones que inspiran el empeño constitucional y le sirven de guía directriz.

En el caso de la Constitución española de 1978, el asunto de la ideología de la Constitución ha tendido a presentarse con perfiles bastante confusos. La razón de ello estriba en un argumento de teoría constitucional que mira a la presencia o ausencia de cláusulas apartadas de la posibilidad de reforma como el dato concluyente a la hora de decidir si tenemos una democracia *agnóstica* o una de tipo *militante*. Si lo primero, lo que se viene a decir es que a la Constitución le son indiferentes los objetivos que se persigan, siempre y cuando no haya un quebrantamiento de las formalidades que se exigen para verlos plasmados en las correspondientes reformas constitucionales, tendríamos entonces una Constitución ciega frente a lo sustantivo y vigilante en cuanto a lo procedimental.

Y por superficial o alejado de la realidad que pueda parecer ese argumento, el del indiferentismo de la Constitución hacia

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

el sentido de lo que se defiende o se propugna siempre que se respeten los requerimientos de la reforma, ha sido utilizado con profusión por los jueces constitucionales españoles para alejar las sombras de sospecha sobre la persecución de ideologías plasmada en normas o en decisiones judiciales y remachar la lógica de una defensa de la Constitución puramente adjetiva o de carácter formal. Es como si la Constitución actuara a veces como una rémora para enfrentar los peligros que acechan su subsistencia y llevara en sus genes la predisposición a aceptar estoicamente cualquier causa, con la sola condición de haber alcanzado los niveles de apoyo exigidos para materializar la posibilidad de emplazarlos en esta o en aquella parte de la Constitución.

Una exégesis de esa naturaleza choca frontalmente con el *parti pris* que cualquier lector, por muy desinformado que esté sobre el estado del arte de la interpretación, puede apreciar en el texto constitucional. Se arranca de una definición que es toda una declaración de principios con alcance *performativo*. Lo que se constituye es un Estado social y democrático y un Estado de derecho; un Estado del que lo primero que se nos dice es que propugna valores que sobrevuelan el entramado normativo por medio del cual se manifiesta. ¿Cómo va a ser indiferente a concepciones morales o ideológicas una forma de organización política cuyo momento constitutivo aparece indisociablemente unido a esa voluntad *propugnadora*? Luego viene todo lo demás: un conjunto de proclamas de alta densidad ideológica y un compromiso con los derechos fundamentales y las libertades públicas que arranca también con la adhesión al valor por excelencia del constitucionalismo renacido de las cenizas del Holocausto y de la guerra total: la dignidad de la persona, sí, pero además los derechos inviolables que le son inherentes: el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social.

Así, literalmente transcrito, para poner al lector sobre aviso respecto a lo absurdo de ciertas afirmaciones que parecen leer la Constitución como una hoja en blanco sobre la que cabe escribir cualquier cosa. Por si fuera poco, conviene no olvidar además que una Constitución de la libertad y del libre desarrollo de la personalidad, como la española, una que mira con buenos ojos el pluralismo y asume como objetivo alentarlos, no podría admitir

Valores europeos y modelos de democracia (¿agnóstica?, ¿militante?)

adoctrinamientos oficiales potencialmente nocivos para la libertad ideológica de cada cual. Ciertamente no podría, pero precisamente por ello la dogmática del punto de vista exige pronunciarse sobre las finalidades de la educación, como hace, con todo acierto, el artículo 27, al proclamar como objeto de la misma “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. El Estado constitucional español traza, en definitiva, una línea divisoria de imperativos; lo que es respetuoso con los derechos, la autodeterminación individual y la convivencia democrática, frente a lo que ataca tales principios, los impugna en abstracto o los pone en peligro mediante actuaciones concretas.

En esto, todas las democracias constitucionales son bastante parecidas. No practican cacería de brujas contra los enemigos del sistema de valores en el que se inspira la Constitución, pero sientan las bases jurídicas para reaccionar contra los actos que supongan ataques frontales a tal sistema. Y al mismo tiempo, y con independencia de su mayor o menor flexibilidad frente a la reforma de la Constitución, no suelen tener empacho en descartar que el principio de igualdad de trato imponga una valoración indiferenciada de creencias o concepciones ideológicas.

Aquello de que todas las opiniones son por igual respetables no casa con el tipo de constitucionalismo que ha acabado por afianzarse en nuestros días. Un constitucionalismo intensamente axiológico o de “estimativa constitucional” —como difundiera en varias de sus obras Pablo Lucas Verdú— y un constitucionalismo que opera en el marco de Estados que ya no son Estados cerrados y autorreferenciales, sino abiertos e interconectados. Defender los derechos fundamentales significa hoy admitir controles más allá de las fronteras e implica también estar disponible para asumir las directrices interpretativas y las recomendaciones que puedan producir tribunales u organizaciones supranacionales dotadas de *auctoritas* en ese campo.

6.2. LOS VALORES EN LA DIMENSIÓN EUROPEA

Si en el nivel del Estado, el constitucionalismo de los derechos genera modelos democráticos con características marcadamente

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

semejantes, donde se pone en pie un modelo de genuina integración supranacional, sería absurdo pensar que esta pudiera ser compatible con un grado elevado de disparidad de concepciones constitucionales de principio. En esto, hacer teoría abstracta que desentienda de las particularidades de cada caso concreto es ciertamente problemático, aunque vivimos tiempos en los que acaso esa teoría es más necesaria que nunca.

Entre los anhelos de un constitucionalismo cosmopolita y las complejidades de un orden internacional en mutación, que tiene que habérselas con soberanías sedicentes y poderes salvajes, lo que sí sabemos es que en ese rincón del mundo que a veces llamamos la vieja Europa se ha asistido durante las últimas décadas a un proceso de integración sin paralelo. Es un proceso que también parte de la voluntad de alejar para siempre el horror de la guerra y que tiene, por ello mismo, desde el principio, un fortísimo componente aglutinador en torno a valores compartidos que son los que tiran de las realizaciones concretas que se van consiguiendo en los diferentes ámbitos de incidencia del proceso.

Solo desde esa puesta en común de visiones y objetivos alentada por los padres fundadores de las comunidades puede reconstruirse un proceso plagado de vicisitudes y dificultades, pero en el que si hay un elemento de continuidad, es la creencia compartida en las virtudes “estructurales” del Estado de derecho. El patrimonio compartido en lo político, en lo jurídico y en lo cultural permitió realzar el papel de los jueces sobre la disposición del derecho y, en definitiva, sobre el propio proceso integrador, y posibilitó los *descubrimientos pretorianos* que al final resultaron decisivos para dar lugar a lo que tenemos hoy. Sin la apuesta decidida por la doctrina de la eficacia directa y la aplicación preferente de las normas jurídicas producidas en sede europea nada hubiera sido posible, pero ni una ni otra, como sabemos, hubieran podido afianzarse sin reafirmar el compromiso con los derechos fundamentales en el entramado de la integración en marcha.

Cuando leemos el artículo 6 del Tratado de la Unión es fácil advertir en él un precipitado de todo lo que ocurrió hasta llegar a esa evocación precisa del patrimonio común y compartido. Aunque también podemos leer, me temo, si nos centramos en el mandato taxativo del párrafo segundo para que la Unión se adhiera

Valores europeos y modelos de democracia (¿agnóstica?, ¿militante?)

al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la crónica de una dificultad no superada. Y cuando leemos el artículo 2 (“La Unión se fundamenta en los valores del respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros de una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”), lo que allí vemos condensadas son las señas características y las implicaciones del *ismo* ideológico y político en que se ha convertido hoy el viejo constitucionalismo de la era de las revoluciones; un *ismo* posiblemente *light* y no tan cargado de proyectos cerrados de futuro como lo eran las grandes ideologías políticas que surgieron en el siglo XIX, pero uno que posibilita gestionar una convivencia de proyectos políticos distintos en el marco de una sociedad libre, abierta y respetuosa con los derechos y las libertades de cada individuo.

Si la integración europea es un tipo de integración profundamente enraizada con las características del constitucionalismo de los valores que hoy predomina allí donde lo que hay no es un mero constitucionalismo “de boquilla” o “de disfraz”, entonces se comprende mucho mejor que el tópico de la democracia indiferente contrapuesta a la democracia militante se nos presente aquí con unas connotaciones que cuestionan la pertinencia misma de la contraposición. Una integración supranacional comprometida con el *pathos* de la democracia constitucional es “militante” o no es.

Con mayor razón si contemplamos las cosas desde la vertiente más amplia del compromiso con una Declaración de derechos *paneuropea* que *gestiona* y salvaguarda un Tribunal capacitado para actuar a instancia de parte cuando en sede interna se ha constatado la incapacidad para remediar las vulneraciones sufridas por cualquier persona sujeta a la jurisdicción de los Estados que han asumido dicho compromiso. En este sentido, la deriva de la jurisprudencia de ese Tribunal-espejo, que es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ofrece un ejemplo paradigmático. Sobre la estela de la Declaración Universal de 1948, el Convenio Europeo de 1950 contiene un artículo que es cla-

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

ramente tributario del deseo de tapar la vía a la posibilidad de una nueva experiencia Weimar, es decir, la de la destrucción de la democracia favorecida por las oportunidades que ella misma había abierto. Ese artículo es el 17 del Convenio, que incorpora al núcleo mismo del convenio el tópico de la prohibición del abuso de derecho.

Quizá no se repara lo suficiente en que esa llamada a la proscripción del abuso no es un cuerpo extraño en las declaraciones de derechos. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se refiere expresamente a ella para advertir contra los abusos de la libertad de expresarse y hacer una llamada a la responsabilidad individual de quien la ejerza. Pero lo que allí es mera contrapartida a la eliminación de la censura previa, se transforma en el Convenio de 1950, por obra de la reacción ante el drama de Weimar, en aviso rotundo para navegantes: reconocer derechos no es otorgar patente de corso a los enemigos de los derechos para ganar adeptos y echar por tierra la lógica política que los sustenta.

Durante años, el artículo 17 del Convenio fue un espíritu dormido de enorme carga simbólica, pero encapsulado en una secuencia histórica vinculada a la Alemania de entreguerras y asociada, en consecuencia —por decirlo a la manera de Gibbon—, con el ocaso y caída del sistema democrático. Elementos esenciales de esa manera de mirar las cosas eran las cláusulas pétreas de la Ley Fundamental de Bonn y el par de decisiones del Tribunal Constitucional alemán, en los primeros años de la década de los cincuenta, prohibiendo la reviviscencia de los partidos de ideología nacional socialista o comunista por el peligro potencial que, en sí mismas, representaban tales ideologías para el orden básico protegido por la Constitución.

En relación con esto tiene el máximo interés comprobar cómo ha evolucionado la exégesis de la cláusula del artículo 21.2 de la Constitución de Alemania. Tan recientemente como hace unas fechas (enero de 2017), el Tribunal de Karlsruhe desestimaba una demanda de ilegalización del ultraderechista NPD interpuesta por el *Bundesrat*. El Tribunal indaga en el significado de los términos abolir (*beseitigen*) o devaluar (*beeinträchtigen*) el orden básico liberal democrático para desmarcarse resueltamente del

Valores europeos y modelos de democracia (¿agnóstica?, ¿militante?)

par de decisiones de 1953 a las que acabamos de referirnos. Lo relevante ahora no es el peligro potencial, sino las expectativas concretas de materialización de las propuestas programáticas. Si las expectativas de éxito, “por vías parlamentarias o extraparlamentarias”, viene a decir el Tribunal, se aparecen como irrealizables o remotas, y si sus formas de proselitismo no sobrepasan los márgenes de lo lícitamente admisible, entonces no hay por qué activar un cauce prohibitivo como el del artículo 21.2, que debe tener un carácter de recurso último.

Curiosamente, esta toma de postura del Tribunal Constitucional alemán se sitúa en las antípodas de la perspectiva que, en la interpretación del artículo 17, adopta el TEDH. La del primero es (ahora) analítica y posibilista, imbuida de un espíritu de medida y sentido de la proporción que no parecen alumbrar precisamente las líneas interpretativas por las que opta el segundo. En lo que se refiere a la defensa de los valores que subyacen al Convenio, el Tribunal de Estrasburgo es muy dado a embarcarse en razonamientos *on principle*, esto es, opta por mostrar a la comunidad de intérpretes del derecho y a los operadores jurídicos que, por mucho que ciertas actividades puedan aparecer *prima facie* como ejercicio legítimo de derechos reconocidos en el Convenio, si por su espíritu o finalidad se aparecen en contraposición con aquellos valores de sustento, *caen por su propia naturaleza más allá del ámbito de protección*.

Dicho de otra manera, la prohibición del abuso de derecho actúa como un filtro delimitador de contenidos que exige al intérprete de embarcarse en juicios de proporcionalidad o en balances ponderativos. El discurso antisemita y/o el “negacionismo”, así como el filoterrorista, son —quizá por ese orden— los principales ámbitos en los que el artículo 17 despliega todo su potencial delimitador. Un par de ejemplos de casos en los que luce en todo su esplendor esa posición *on principle* del TEDH puede verse en las sentencias *Leroy vs. Francia* (2008) y *Dieudonné M’Bala M’Bala vs. Francia* (2015), dos casos en los que el Tribunal marca férreas fronteras al derecho a la sátira política cuando esta contemporiza o ensalza el terrorismo (*Leroy*) o se desliza por la vía del más burdo antisemitismo (*Dieudonné*). El Tribunal (dice el párr. 39 de esta última sentencia) “no puede aceptar que la expresión de

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

una ideología que va en contra de los valores fundamentales del Convenio, tal cual lo expresa su preámbulo, es decir, la justicia y la paz, sea equiparada con un espectáculo, aún satírico o provocador, que entraría en el ámbito de protección del artículo 10 del Convenio”. No se puede hablar de manera más clara.

Pero volvamos al ámbito de la “pequeña Europa” y a la cuestión de la defensa “militante” de los valores de fondo que la sustentan. Lo primero que podríamos preguntarnos es el frente a quién de esa defensa. Y la respuesta nos sitúa en el corazón mismo del problema. Si la comunidad de valores a la que alude el artículo 6 fuera en verdad una comunidad sólida y mantenida en el tiempo, entonces el artículo en cuestión actuaría como el mero recordatorio “proclamativo” de lo que nos une. Que no se trata solo de eso es fácil colegirlo si seguimos leyendo el Tratado de la Unión y nos detenemos a renglón seguido en los párrafos procedimentales del artículo 7.

En la versión resultante del Tratado de Lisboa, este artículo contempla una vía para sancionar a los Estados con la suspensión de ciertos derechos, incluido el de voto en el Consejo, en aquellos casos en los que se constate que, con su forma de actuar, vulneran de manera grave y persistente los valores recogidos en el artículo 2 del Tratado. El procedimiento puede instarse a solicitud del Parlamento, de la Comisión o por al menos una tercera parte de los Estados miembros y está escindido en dos fases: una de carácter preventivo, en la que lo que se constata es la existencia de un “riesgo claro” para la vigencia de los valores —lo que abre la vía para poder efectuar recomendaciones al Estado afectado tendientes a evitar que el riesgo se consume—, y otra de carácter propiamente sancionador que se activa cuando la fase de prevención no ha dado los frutos esperados.

Más que detenernos en los pormenores de la regulación contenida en los cinco apartados del artículo, lo que nos interesa poner de relieve es el carácter referencial de los valores del artículo 2 como el marco para dilucidar nada menos que la cuestión de si el Estado miembro se pliega o no a las exigencias político-estructurales derivadas de la pertenencia a la Unión. Es algo tan fácil de enunciar como difícil de aplicar en el caso concreto, puesto que a nadie se le oculta que lo que hay en el artículo 2 no son

Valores europeos y modelos de democracia (¿agnóstica?, ¿militante?)

precisamente reglas bajo las cuales fuera sencillo enjuiciar esta o aquella práctica, sino enunciados que son un precipitado intenso de significantes jurídico-políticos con capacidad de evocar significados diversos y en sí mismos discutibles. Bien sabemos que lo que acabamos de decir es un mero *tropo* acarreado hasta aquí desde los rudimentos de la lingüística estructural; con carga de ambigüedad o sin ella, hay ciertas prácticas y actitudes políticas que cualquiera reconocería como contrapuestas —real o potencialmente— a las exigencias del Estado de derecho.

Hasta aquí de acuerdo, pero, ¿quién pone el cascabel? ¿Quién lo hace en el seno de una Unión donde por vez primera el portazo de salida —la retirada voluntaria y unilateral— no es solo una posibilidad abierta en el Tratado (art. 50), sino una realidad consumada, por empuje de un populismo del vuelo más rastrero, en el *annus horribilis* que fue para la Unión 2016? ¿Quién se atreve a esgrimir el señuelo de los valores ante el drama persistente de los refugiados llamando a la puerta de una Unión Europea cada vez más diluida e irreconocible?

Contemplar, a 17 años vista, los tímidos pasos que se dieron para dilucidar si la entrada en el Gobierno austriaco del partido comandado por Haider en la República Austriaca ponía o no en cuestión los valores europeos produce cierta melancolía. En aquella sazón política (septiembre de 2000), con la alianza derechista de Berlusconi husmeando el poder en Italia, lo que la Europa —por entonces de los 15— decidió indagar —y así quedó reflejado en el informe de los *Tres sabios* (el finlandés Ahtisaari, el alemán Frowein y el español Oreja) a los que se les encargó dictaminar— hasta qué punto representaba un peligro para los valores europeos el discurso xenófobo y de nacionalismo exaltado del ultraderechista Haider, el tipo de discurso, ni más ni menos, que hoy es moneda corriente en buena parte de las ofertas programáticas con las que se intenta seducir a los electores a escala continental.

Dicho en corto, el informe en cuestión consideró que Austria no representaba a fin de cuentas una amenaza tan grave, ya que su sistema jurídico no había acusado el impacto del odio al extranjero, aunque habría que estar atentos al desarrollo de los acontecimientos. Y desde entonces hasta ahora, con atención o

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

sin ella, los valores europeos, de salud más delicada que robusta, sirven lo mismo como recordatorio de los logros alcanzados en el sofisticado entramado del constitucionalismo multinivel que como ariete contra quienes pretenden beneficiarse de sus réditos sin estar dispuestos a reconocerlos y a apreciarlos en todo lo que valen.

Con el fin de evitar las barrocas complejidades del procedimiento preventivo-sancionador del artículo 7, la Comisión aprobó en marzo de 2014 un —así llamado— “Nuevo marco de la Unión Europea para reforzar el Estado de derecho”. Son ocho páginas de apretada literatura mediante la que, con un tono bastante académico, se ensalzan las virtudes del Estado de derecho, se recuerda el compromiso de respetarlo que asumen quienes ingresan en la Unión y se reivindica el papel activo que, en ese sentido, corresponde a la Comisión como guardiana de los tratados. En realidad, el marco susodicho no es más que un intento de desarrollar las implicaciones de lo que puede significar ser preventivo (o sea, la primera fase del art. 7 del Tratado) para evitar tener que ser punitivo, y ello partiendo de la consideración, en verdad razonable, de que activar el artículo 7 ya es de por sí una sanción. Es una vía *light* de defensa de los valores —una democracia militante al estilo de la Unión— que puede dar sus frutos, pero siempre y cuando el Estado, frente a quien se decida actuar, esté dispuesto a embarcarse con lealtad en un marco de diálogo como el que ofrece la Comisión y a asumir como plausibles y realizables las medidas concretas sugeridas por ella.

Si atendemos, sin embargo, a lo que viene ocurriendo durante los últimos meses con la situación del Estado de derecho en la Polonia gobernada por el partido *Ley y Justicia* —un nombre cuyo retrogusto resulta ya algo inquietante—, mucho nos tememos que esas condiciones están muy lejos de darse. Como es sabido, en el caso de Polonia, el cuarteamiento del Estado de derecho ha comenzado a cuajar a través de un ataque sin precedentes contra la jurisdicción constitucional, un ataque que se ha diversificado en los dos frentes, el competencial y el de la composición personal, que en la práctica incapacita al Tribunal para cumplir su función *contramayoritaria* de guardián de la Constitución mediante el control de la ley.

Valores europeos y modelos de democracia (¿agnóstica?, ¿militante?)

No es cuestión, en el caso de Polonia, de un enfrentamiento pseudo teórico entre dos tipos de constitucionalismo, uno *legal* y otro *político* a lo Waldron; es cuestión de un asalto en toda regla a un componente esencial del Estado de derecho que ha sido denunciado a instancias de la Comisión, en un dictamen *ad hoc* de la Comisión de Venecia. Ha sido denunciado, sí, pero sin efecto alguno, lo que no deja mucho espacio para ser optimistas con respecto a la situación presente y futura de los valores europeos en Polonia. Y la misma preocupación por la suerte de ellos cabe constatar en la Hungría gobernada por Viktor Orbán, con su agresivo nacionalismo y su discurso antieuropeo.

Tras el fracaso del referéndum contra los emigrantes (octubre de 2016) y el del intento de introducir una reforma constitucional para “blindar” a Hungría de las intromisiones europeas en las políticas migratorias (noviembre de 2016), el Tribunal Constitucional se embarcó en una férrea defensa del principio del respeto a la identidad nacional (art. 4.2 del Tratado de la Unión) para reafirmar los límites últimos de la delegación de competencias a favor de la Unión. En una suerte de giro copernicano de la doctrina *Solange*, el Tribunal Constitucional húngaro, en lugar de auspiciar un mayor nivel de protección de los derechos fundamentales, lo rebaja paladinamente, y ello en nombre de la defensa de una supuesta *ultima ratio* de la que forman parte el principio de la soberanía popular y la defensa de la dignidad humana (¿) y otros derechos fundamentales; unos valores sin duda de carácter fundamental, pero cuyo efecto en este caso no es otro que el de sacudirse de encima las cuotas europeas de acogida.

6.3. CONCLUSIÓN

Hace ya unos cuantos años (en 1997), Fareed Zakaria publicaba en la revista *Foreign Affairs* un artículo titulado “The Rise of Illiberal Democracy”, el ascenso de las democracias iliberales. En el artículo se evocan acertadamente las dos almas o tradiciones, una “liberal” y otra “democrática”, que han acabado por confluir en el sistema político al que hoy nos referimos como democracia constitucional. Sin el alma democrática, el constitucionalismo no alcanza los estándares de legitimidad exigibles a cualquier

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

sistema fundado en la soberanía del pueblo. Pero si el alma “liberal” se cuartea, en nombre de la voluntad de la mayoría, en el de la identidad nacional o en el de cualquier otro pretexto que actúe como estilete contra los controles, especialmente los jurisdiccionales, entonces la democracia constitucional entra en una mudanza de naturaleza cuyo primer signo inequívoco suele ser la pérdida de la independencia judicial y la burda instrumentalización del derecho, incluido el derecho de la Constitución, al servicio de los intereses del gobernante. Es un proceso que reconocemos de inmediato y que desafortunadamente nos toca ver de continuo aquí y allá, dando lugar a novedosas etiquetas académicas como la del constitucionalismo *abusivo* (David Landau) o la de las democracias con libertades disminuidas (Soria Luján).

En las páginas anteriores hemos intentado mostrar que la defensa del *ethos* democrático es consustancial a cualquier democracia que haya hecho del compromiso con la defensa de los derechos fundamentales y con la de la dignidad intangible de la persona, una seña de identidad. Cuando ese compromiso es sincero, el Estado constitucional asume hoy la forma de un Estado abierto y respetuoso con el derecho internacional de los derechos y con las decisiones que puedan tomar, para salvaguardarlos, las instancias jurisdiccionales de carácter supranacional.

La *militancia* de ese tipo de democracias lo es de una manera que ya no está asociada con la trágica sucesión de acontecimientos que destruyeron el constitucionalismo en la Europa de entreguerras y nos llevaron a la guerra y al asesinato cruel y planificado de millones de seres humanos. Ese es, me parece, el contexto en el que cabe situar la cuestión de la persecución de ciertas expresiones o tomas de posición que contrastan de lleno con los fundamentos por los que optamos al redactar nuestras constituciones, y cuya defensa concreta siempre está, por lo mismo, sujeta a cautelas procesales y controles que alejan del horizonte la posibilidad del exceso.