

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO

Populismos y conflicto entre valores  
constitucionales en la Unión Europea

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*

*13 febbraio 2023*

# Populismos y conflicto entre valores constitucionales en la Unión Europea

## Sommario

1.Introducción: una guerra de valores.- 2. El contenido de los valores constitucionales y su textura abierta.- 3. El juez de los valores constitucionales de la Unión Europea.- 4. Valores comunes vs. Identidad nacional: los valores en serio.

## Abstract

El mundo está sumido en una “guerra de valores”, una lucha por imponer los fundamentos y la estructura de una inminente comunidad global. Los valores del constitucionalismo democrático se ven ahora confrontados con los valores particularistas e iliberales de las grandes potencias emergentes. Esta guerra de valores se está desarrollando también en el interno de los estados democráticos por obra de los movimientos y partidos populistas. Para apuntalar los valores del constitucionalismo, en este artículo, se propone una aproximación a la judicialización del conflicto y el principio de proporcionalidad. Para ello se ejemplificará con la situación actual de la Unión Europea.

*The world is sunk in a "war of values," a struggle to impose the foundations and structure of an imminent global community. The values of democratic constitutionalism is confronted with particularist and illiberal values of the great emerging powers. This war of values is also taking place within democratic states through populist movements and parties. In order to protect the values of constitutionalism, this paper deals with judicialization of the conflict and the principle of proportionality as keys to recover the functionality of pluralist constitutionalism. It will be exemplified with the current situation of the European Union.*

## 1. Introducción: guerra de valores

En el discurso pronunciado en el Debate del estado de la Unión en el mes de septiembre de 2022, la Presidenta de la Comisión Europea, Ursula Von der Leyen, señaló: “No se trata solo de una guerra declarada por Rusia a Ucrania. Es una guerra contra nuestra energía, contra nuestra economía, contra

---

\* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Granada, España. Relazione al Convegno “Populismi, identità personali, diritti fondamentali” ospitato da “Sapienza” Università di Roma in data 30.09.2022. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

nuestros valores y contra nuestro futuro. Es la guerra de la autocracia contra la democracia<sup>1</sup>”.

Lo cierto es que la guerra real provocada por la invasión de Ucrania tiene una dimensión mucho mayor que la ya de por sí inútil e insostenible destrucción que provoca toda guerra, y una lectura más allá de la geoestratégica o internacional. En mi opinión hay una dimensión jurídica en la invasión, algo que la convierte en una auténtica ‘guerra de valores’. Entiendo por guerra de valores la lucha entre potencias por el relato histórico, cuyo fin es imponer las estructuras del nuevo orden fundamental, las bases de una cada vez más inminente comunidad política global.

Como en toda guerra, la que se cierne en el terreno axiológico, podría simplificarse en dos bandos que a su vez se despliegan a nivel interno y externo.

a) Por un lado, los valores constitucionales: la perpetuación de los valores liberales del orden socio-político occidental creado en la modernidad (no en vano, la Edad histórica Moderna se fecha con las revoluciones liberales del siglo XVIII)<sup>2</sup>. Estos valores liberales dieron lugar, con su devenir histórico, a los fundamentos de las Constituciones democráticas normativas<sup>3</sup> contemporáneas, que aparecen de forma generalizada tras la II Guerra Mundial, como última etapa del constitucionalismo. El constitucionalismo de posguerra positivizó en su núcleo el concepto de la dignidad humana, pactado a nivel mundial en la Declaración Universal de Derechos Humanos: todo ser humano posee unos derechos inalienables que lo convierten en un fin en sí mismo, jamás en un medio. Desde el concepto de dignidad se desarrollaron los valores constitucionales de libertad, justicia, igualdad, solidaridad, trabajo y pluralismo político como elementos esenciales del desarrollo de la persona en el seno de una sociedad y, por tanto, como elementos constituyentes del Estado social y democrático de Derecho. Estos valores llenaron de contenido axiológico las constituciones normativas y permitieron un desarrollo espectacular de las formas de garantía de los derechos fundamentales<sup>4</sup>.

Pese a que desde la Declaración de la ONU ya surgieron algunas voces discrepantes con la naturaleza universal de los fundamentos del orden de posguerra<sup>5</sup>, el consenso global sobre estos valores parecía haber sido más o menos continuado hasta hace muy poco<sup>6</sup>.

b) Por otro lado, la axiología de la constitución normativa se enfrenta al bando de los valores particularistas, llamados en ocasiones “iliberales”, que amalgaman un relato histórico alternativo a la hegemonía del constitucionalismo occidental de los últimos siglos<sup>7</sup>. Para los afines a este bando, los derechos humanos y los valores constitucionales han cimentado la tradición individualista de occidente, siguiendo los dictados del capitalismo y el mercado. Para el bando particularista, el

---

1 Puede verse el discurso completo en español en el siguiente enlace: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/speech\\_22\\_5493](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/speech_22_5493),

2 Por todos, me remito a A. D’Atena, *La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2018, 3.

3 F. Balaguer Callejón, *Interpretación constitucional y Populismo*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2020, 33.

4 J. Habermas, *La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 201), 44. Pp. 105-121.

5 En torno a la revista de antropología *American Anthropologist*, ver como ejemplo de este relativismo cultural tamizado de ciencia crítica R. Boco, G. Bulanikian, *Derechos Humanos: universalismo vs. relativismo cultural*, en *Alteridades*, 2010, 40.

6 Un consenso deshecho por la paulatina influencia de potencias no occidentales en el mundo, que se ha ejercido a través del denominado *soft power*, como forma de persuadir sin el uso de la fuerza (*hard power*) al resto de estados para un acercamiento a nuevas formas de ordenación socioeconómica mediante relaciones internacionales y económicas. Por todos me remito para el concepto *soft power* a S. Nye Jr., *Soft Power*, en *Foreign Policy*, 1990, 80, pp. 153-171.

7 De nuevo A. D’Atena, *Democracia iliberal e democracia direta na era digital*, en *Revista da Ajuris*. 2020, 49, p. 315. Sobre la conflictividad intrínseca a todo pacto constituyente ver V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952, pp. 30 y ss.

principio democrático y el Estado de Derecho son sólo una opción más de los tipos legítimos de organización social<sup>8</sup>.

La “guerra de valores” es una guerra total, desplegada a nivel interno y a nivel externo. A nivel externo, sirva como ejemplo la confrontación máxima entre valores expresada de forma desquiciada a través del sinsentido de la invasión de Ucrania por Rusia, mal fundada en un riesgo para los “valores tradicionales” imperialistas rusos, provocada por la hegemonía NATO. La ruptura definitiva con la estructura de valores constitucionales pactada desde los años 90 se expresa, a nivel jurídico, con la expulsión de Rusia del Consejo de Europa y la denuncia por parte de aquel del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>9</sup>, dos elementos clave de la evolución de los sistemas constitucionales europeos. La ideología que sostiene esta confrontación entre Rusia y el resto de Europa, define los valores del constitucionalismo como ideología impuesta, que no representa un progreso natural ni evolutivo de la historia, sino un esquema ideológico instaurado en beneficio del neoliberalismo económico<sup>10</sup>.

Por su parte, también a nivel externo, China inició el relato de sus “singularidades” en el terreno de los valores desde que Deng Xiaoping las desarrolló en los años 90, tras el colapso del bloque comunista, como una evolución política del Confucianismo en oposición a Occidente. Como señala Greco, el gobierno chino resaltaba cinco puntos principales en el proyecto de establecer unos valores del orden político: a) la nación debe estar por encima de la comunidad y la sociedad antes del individuo; b) la familia es la unidad básica de la sociedad; c) buscar la solución de los problemas a través de consensos y no de imposiciones; d) promover la armonía y la tolerancia entre las diferentes religiones y etnias; e) respeto y apoyo de la comunidad al individuo<sup>11</sup>. Un discurso encomiable, si no

- 
- 8 Por ejemplo en el mundo árabe F. Bicchi, L. Guazzone, D. Pioppi (Ed.), *La questione della democrazia nel mondo arabo. Stati, società e conflitti*, Monza, 2004. S. Andó, *Revueltas árabes, transición democrática, y partidos religiosos*; en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2013, 10, PP. 41-100.
- 9 El 15 de marzo de 2022, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa votó a favor de la salida de Rusia de la organización. En el mismo día el Ministerio de Asuntos Exteriores ruso notificó a la Secretaría General del Consejo de Europa la retirada de la Federación Rusa de la organización en virtud del artículo 7 del Estatuto del Consejo de Europa, así como su intención de denunciar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- 10 Anticipadamente expuesto por J. Vaquer, *Putin y los valores tradicionales*, en *El País*, 24 marzo 2014. También Q. Badía y N. De Pedro, *¿Eurasianismo frente a europeísmo?*, en *Política exterior*, 2019, 191, pp. 14-20. Los valores constitucionales, como punto último de la evolución y progreso natural desde el Estado liberal del Siglo XIX, se ponen ferozmente en entredicho por ideólogos como A. Duguin que “propone una versión alternativa de la historia política basada en el ocasionalismo sistematizado. Carl Smith estaba muy cerca de esto en su obra... Esto exige una nueva clasificación de la transformación social y política. Nosotros reconocemos esas transformaciones, pero no las colocamos en una amplia escala que sería el ‘destino’ común de todas las sociedades. Esto nos proporciona pluralismo político “las sociedades pueden ser construidas y transformadas de diferentes maneras. La experiencia de la década de 1990 es bastante demostrativa de esto: las gentes de la Unión Soviética estaban seguras de que el socialismo procedería del capitalismo y no al revés. Pero en la década de 1990 vieron lo contrario: el capitalismo siguiendo el socialismo. Rusia podría regresar al feudalismo o, incluso, a una sociedad esclavista. Incluso una sociedad comunista o primordial podría surgir después de eso. Los que se rían de esto son prisioneros de la modernidad y de su hipnosis. Reconociendo la reversibilidad del tiempo político histórico nosotros llegamos a un nuevo punto de vista pluralista de la Ciencia Política y alcanzamos la necesaria perspectiva avanzada para la construcción ideológica. La cuarta teoría política construye y reconstruye la sociedad por detrás de los axiomas modernos [...] No hay etapas y épocas, sino solo preconceptos y conceptos.” A. Duguin, *Cuarta Teoría Política*, [Trad. Alexandre Villaci, F. Rive-ro], Ediciones Nueva República, Barcelona, 2013, pp. 88-90,
- 11 Ver L. Greco, *El progreso de Singapur a partir de los valores asiáticos*, en *Geirsa: Grupo de estudios sobre India y el Sudeste Asiático del Rosario*, Universidad de Rosario, consultado en <https://geirprecur.files.wordpress.com/2020/05/el-progreso-de-singapur-a-partir-de-los-valores-asic381ticos.pdf>. Pone de manifiesto cómo este proyecto justifica un orden autocrático, la

fuera porque enfrenta el concepto de “armonía” al valor antropológico cultural de la dignidad del individuo<sup>12</sup>: impone la primacía de la “sociedad sobre el individuo” anulando los fundamentos kantianos de la autonomía de la voluntad y las libertades individuales sobre las que se fundamentan los Estados constitucionales. Armonía, en la práctica, significa la negación del conflicto<sup>13</sup>, no reconocer las diferencias cuando de ellas deriva un perjuicio para la mayoría, y esta negación pervierte los fundamentos de la democracia constitucional, pues negar el conflicto, significa no reconocer el pluralismo, apostar por la homogeneidad, la voluntad única, negar las diferencias entre seres humanos. Convierte por tanto al individuo en un medio para alcanzar un fin superior, la prevalencia del Estado. El contraste con los modelos occidentales culmina con la introducción por Xiao Jinping del concepto “Estado ‘con’ Derecho” frente al valor constitucional Estado de Derecho o *Rule of Law*<sup>14</sup>: “es decir, las palabras gobernante y gobernado, padre e hijo asignan a cada individuo un lugar en la sociedad. La no aceptación de cada papel social que corresponde a cada miembro de la sociedad tiene como consecuencia el caos<sup>15</sup>”, por lo que queda justificada la autocracia.

Esta suerte de revisionismo histórico es causa de la desintegración del bloque soviético a principios de los años 90, y de lo que se considera ahora la victoria de la ideología liberal como relato hegemónico. Por ello no es de extrañar que se haya extendido en la propia Unión Europea, entre los antiguos países soviéticos que protagonizaron la Gran Adhesión en los años 2004 y 2010.

Nos referimos en particular al Grupo de Visegrado ( Hungría, Polonia, República Checa, Eslovaquia, y en cierto sentido a Rumanía y Bulgaria). Sirvan de ejemplo las siguientes palabras de Victor Oban, el Presidente húngaro, pronunciadas en 2014 en Rumanía, en la que se refería a “Singapur, China, India, Rusia, y Turquía [como] las estrellas de los analistas internacionales contemporáneos y modelos a seguir” para romper con la aproximación occidental, enfatizando que “el tema de reflexión más popular es pensar cómo sistemas que no son occidentales, no liberales, no democracias liberales y quizás ni siquiera democracias, pueden a pesar de todo tener éxito como

---

primera “democracia” orgánica dinástica china. En el lenguaje esencial ¿Quién no estaría de acuerdo con el discurso pronunciado por Xi Jinping en su primer acto diplomático tras asumir la presidencia de China a final de 2012? En él propuso la creación mundial de una “Comunidad de Destino” que trascendiese las diferencias en la sociedad humana y buscarse el bien común. En su discurso pronunciado en Moscú al año siguiente recaló que “nuestro futuro está en manos de todos los países por igual y todas las naciones deben procurar el diálogo en vez de la confrontación entre ellos y forjar asociaciones en lugar de alianzas” y exhortó al “impulso de la creación de la comunidad de destino de la humanidad y la construcción de un mundo armonioso caracterizado por la paz duradera y la prosperidad”. Ver S. Schulz, “Aproximaciones a la noción de “comunidad de destino compartido” en el marco de las transformaciones actuales en el orden mundial, en GT N 12: Cuestión social, movimientos sociales y geopolítica, CIPE.

- 12 P. Haberle, *El Estado Constitucional*, (Trad. H. Fix-Fierro), Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 47, UNAM, México D.F. 2003, p. 170. En relación a la confrontación de la dignidad humana con los valores particularistas, es muy iluminadora la anécdota del profesor Antonio D’Atena: “Al respecto, no me parece fuera de lugar recordar una experiencia personal. Con ocasión de una lección sobre el Estado de Derecho que dicté ante procuradores de la República China, pude constatar que mis interlocutores no alcanzaban lógicamente a concebir la categoría de los derechos fundamentales. ¿Por qué razón, me objetaban, intereses de los individuos o de los grupos minoritarios deben dotarse de resistencia frente al poder del Estado, que representa a todos los ciudadanos?”. A. D’Atena, *La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet*, cit.
- 13 Véase la importancia del reconocimiento del conflicto, como base del reconocimiento del pluralismo político y social, en C. De Cabo Martin, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*, Madrid, Trotta, 2010, p. 136.
- 14 Ver, M. Rocha Pino, *Los valores compartidos: una reinterpretación política del confucianismo en Singapur*, en *Revista de Sociología e Política*, 2014. Disponible en: <https://www.scielo.br/pdf/rsocp/v22n51/02.pdf>.
- 15 L. Greco, *El progreso de Singapur a partir de los valores asiáticos*, cit.

naciones”.

Pero la guerra no es sólo entre potencias, sino también interna, si atendemos a aquellos grupos políticos que apuestan por este tipo de valores particularistas en el seno de estados considerados constitucionales. Las crisis económicas acaecidas especialmente en Europa desde 2008 y la crisis sanitaria provocada por la enfermedad Covid-19 han desembocado en múltiples crisis constitucionales (de representación, de normatividad, de derechos...<sup>16</sup>). El descontento social ha sido utilizado por populismos ultranacionalistas, centralistas, antiglobalización y en gran medida anticonstitucionales<sup>17</sup>. Su aparición como grupos y partidos políticos legítimos en los estados constitucionales se justifica sobre una supuesta crisis de los “valores tradicionales” del estado nación: “invasiones de migrantes” que pervierten la cultura nacional, reconocimiento de “nuevas subjetividades” e “ideologías de género” que deshacen el espíritu tradicional del pueblo y la familia, organismos internacionales o supranacionales que minan la soberanía del estado... en definitiva, efectos de la globalización que ha provocado la “fragmentación” de la presunta “identidad homogénea” del pueblo.

Estos grupos políticos que actúan a nivel interno están vinculados con la presión que ejercen las potencias “alternativas” a nivel externo<sup>18</sup>. Pero se diferencian en un elemento particular. A nivel interno los populismos no reniegan de los valores de la democracia constitucional, sino que se los apropian. No proceden a una eliminación de los valores constitucionales (al menos en su discurso) sino a una subversión de su amplio significado retrotrayéndolo a los conceptos del constitucionalismo “liberal” del siglo XIX impuesto por las mayorías hegemónicas estatales frente al pluralismo social<sup>19</sup>. El problema de la “guerra de valores” a nivel interno no es que traten de encajarse dentro del valor democracia, libertad, igualdad o Estado de Derecho concepciones diversas, sino que se niegue la existencia de ese valor a concepciones ajenas, que se convierta en un sinónimo de homogeneidad y hegemonía de un grupo sobre otro, lo que subvierte el propio concepto de valor normativo (como se verá más abajo). Si los valores constitucionales adquieren un significado excluyente, si representan una “identidad homogeneizadora” del estado constitucional, se convierten en un factor de desintegración de la comunidad política constitucional de la que se excluye, por lo general, a las minorías, a los más vulnerables, y a los más pobres.

---

16 Véase, por todos, F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillen López, J. F. Sánchez Barillao (Dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson Reuters. Aranzadi, 2020.

17 F. Balaguer Callejón, *Interpretación constitucional y populismo*, cit.

18 La intervención de potencias extranjeras en procesos disruptivos como el Brexit, la victoria de Donald Trump y Bolsonaro, o el conflicto independentista en Cataluña (España) está sobre la mesa con abundantes pruebas. Ver F. Balaguer Callejón, *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2019, 32.

19 A. Schillaci, “il referente critico alla luce del quale valutare le sfide poste dai populismi alla democrazia costituzionale non è soltanto la libertà politica dei singoli, ma anche e soprattutto la tenuta della solidarietà tra di essi, indipendentemente dalla parte politica o dalla comunità culturale cui appartengano: ciò perché l'unità politica del popolo si costruisce a partire dalla pluralità, che non può essere obliterata ma anzi viene valorizzata nel quadro di una “formula di convivenza” (Aldo Moro) aperta allo sviluppo storico e culturale”, A. Schillaci, *Un anno vissuto pericolosamente: l'Italia e il ‘populismo di governo’*, en F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillen López, J. F. Sánchez Barillao (Dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson, Madrid, 2020.

## 2. El contenido de los valores constitucionales y su textura abierta

En mi opinión hay dos factores que han precipitado la guerra de valores. Uno de tipo global y otro de tipo doméstico. Y están interrelacionados.

A escala global, en medio de la confrontación interna y externa por hacerse con el contenido de valores universales ha aparecido un tercer actor “híbrido”<sup>20</sup>: las compañías tecnológicas. Particularmente, las plataformas digitales y redes sociales configuran un ecosistema social y económico global, y en este ecosistema sirven de escaparate de las “alternativas” en materia de valores, al tiempo que desarrollan y apuestan por sus “propios valores”. Dejaremos al margen esta cuestión ya analizada en otros lugares<sup>21</sup>.

A escala interna, o más bien normativa, el problema es el de la configuración propia de los valores constitucionales como disposiciones jurídicas. Los valores superiores de los ordenamientos (por ejemplo los del art. 1 de la Constitución española, pero también todo contenido axiológico de las constituciones europeas) son disposiciones normativas abiertas<sup>22</sup>, presentan una vaguedad conceptual que requiere de concreción. Su contenido es muy amplio, pero al mismo tiempo, las constituciones que los han recogido entre su articulado (que como decimos son casi todas las constituciones contemporáneas<sup>23</sup>) los han convertido en disposiciones jurídicas vinculantes, y ello significa que no permiten, “en primer lugar, eludir su aplicación ni, en segundo término, realizar cualquier interpretación valorativa”. Al ser constitucionalizados los valores se convierten en disposiciones jurídicas, en Derecho, y deben responder a contenidos constitucionales claros e indiscutidos y

- 
- 20 Sobre la evolución del concepto guerra híbrida y actor híbrido, merece la pena el análisis de F. J. Quiñones de la Iglesia, *Una revisión del concepto «guerra híbrida/actor híbrido»*, en *Biz3: Boletín IEEE*, 2020, 20, pp. 672-686: «La GZ [“zona gris” que separa la zona negra – guerra- y la zona blanca -paz-] es generada por el actor híbrido que se mueve y actúa con impunidad entre sus imprecisos límites puesto que es él quien los establece. Como en un genuino proceso de conducción de la batalla, el actor híbrido modula el alcance de la GZ en tiempo, espacio y dominio. Del mismo modo, en beneficio de sus objetivos estratégicos, puede introducir discontinuidades en el proceso, lo que resulta evocativo del mencionado término “operaciones no lineales” empleado por la doctrina rusa. Podemos comprobar cómo encajan las piezas del puzzle conceptual». Como señala F. Balaguer Callejón “...la crisis sanitaria, la crisis económica que ha generado y la configuración de los procesos de comunicación social y política por las grandes compañías tecnológicas, pueden impulsar notablemente a los movimientos populistas”, *Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo*, en F. Lanhester (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa*, CEDAM, 2019, pp. 59-82.
- 21 A. Aguilar Calahorro, *Valores constitucionales y sociedad digital*, en F. Balaguer Callejón, I. W. Sarlet, C. L. Strapazzon, I. R. Filho, A. Aguilar Calahorro y A. Pérez Miras (Coords.) *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, Thomson Reuters-Aranzadi, en prensa
- 22 Se trata de la tesis hartiana de la «textura abierta» de las normas por imperativo de las modernas filosofías del lenguaje. La controversia jurídica actual sobre el Derecho como lenguaje abierto reside en si existe o no la posibilidad de alcanzar una solución jurídicamente determinada en un caso concreto, en un «caso difícil», o si es una cuestión subyacente a la discrecionalidad del juez; y dentro de estas posturas, si los elementos auxiliares a los que acude el aplicador de las normas (principios, valores, observación sociológica, moralidad, principios políticos...) pueden o no considerarse Derecho en sentido estricto. Ver H. H. L. Hart, *El concepto de Derecho*, [Trad. G. R. Carrió], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 155 y ss. R. Dworkin, *La justicia con toga*, [Trad. M. Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 67 y ss. R. Guastini, *El escepticismo ante las reglas replanteado*, en *Discusiones*, n. 11, 2012, pp. 27-57.
- 23 Valores superiores, en el caso del artículo 1.1 de la Constitución española o de la Constitución Brasileña. Por todos me remito a G. Peces-Barba, *Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.

desplegar algún tipo de eficacia<sup>24</sup>. Estas características inicialmente contradictorias, (naturaleza abierta y contenido jurídico vinculante) entrañan toda la dogmática relativa a la interpretación constitucional.

Los debates jurídicos sobre los valores han girado en torno a dos cuestiones. La primera marcada por la relación entre la moral y el Derecho: si derivan los valores de una moral intrínseca al Derecho (Fuller<sup>25</sup>), si se deducen del propio Derecho (Dworkin<sup>26</sup>) o si no son más que reglas positivas abiertas (Hart<sup>27</sup>). En segundo lugar, en tanto que normas abiertas, quién debe ser el encargado de concretar su contenido específico para aplicarlo a un caso concreto: si el legislador democrático a través de su desarrollo normativo (Habermas<sup>28</sup>) o el juez a través de su aplicación cuando resuelve un caso determinado, y si fuera este último, si debe tratarse de un juez al que la norma atribuya potestad para producir normas (piénsese en la justicia constitucional como legislador negativo en Hart o Kelsen<sup>29</sup>) o un juez que mediante su motivación sirva de nexo entre la norma y la realidad social (Dworkin y Ross<sup>30</sup>).

Fueron sonados los debates doctrinales a raíz de la sentencia *Lüth* del Tribunal Constitucional Federal Alemán (1958), en la que se reconoce que la Constitución alemana, además de derechos subjetivos, también presenta un orden de valores objetivo que vincula a los poderes públicos<sup>31</sup>. Se criticó entonces por la doctrina que dado el carácter abierto y abstracto de los valores constitucionales, su eficacia jurídica en relación a los poderes públicos impediría a la constitución cumplir su principal función, limitar al poder, pues por el contrario se estaría ampliando el poder y su acción de forma proporcional a las amplias posibilidades de interpretación de cada valor<sup>32</sup>. Si la constitución, más allá de significar una garantía subjetiva de libertad individual frente al poder público, entrañaba también una dimensión objetiva basada en valores, su interpretación concedería al intérprete constitucional, el juez, una inmensa discrecionalidad a la hora de interpretarla, al ser aplicada como mecanismo de resolución de conflictos<sup>33</sup>.

- 
- 24 T. Freixes Sanjuan y J. C. Remotti Carbonel, *Los valores y principios en la interpretación constitucional*, en *Revista española de derecho constitucional*, 12, 1992, p. 18.
- 25 L. L. Fuller, *Positivism and fidelity to law: a reply to profesor Hart*, en *Harvard Law Review*, 1958, 4, pp. 630-672.
- 26 R. Dworkin, *Los derechos en serio*, [trad. M. Guastavino], Ariel, Barcelona, 7 ed. 2009.
- 27 H. H. L Hart, *El concepto de Derecho*, [Trad. G. R. Carrió], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 155 y ss.
- 28 J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*, [trad. M. Jiménez Redondo], Trotta, Madrid, 5 ed. 2008.
- 29 H. L. Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, en P. A. Bulloch y J. Raz (Eds.), [Trad. R. Tamayo y Salmorán], UNAM, México, 2000. ID. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review*, n. 71, 1957.
- 30 H. Kelsen, *Alf Ross. Una teoría 'realista' y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia*, en P. Casanovas - J. J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Mondadori, Barcelona, 1994. H. Kelsen, *Esencia y Valor de la Democracia*, [Trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra], Comares, Granada, 2002. A. Ross, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, 1ª ed., [Trad. J. Barbosa], Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- 31 "Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho": Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán BVerfGE 7, 198, de 15 de enero de 1958.
- 32 E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, CEPC, 1975, pp. 124-125 y 257-263. J. Isensee, *El pueblo fundamento de la Constitución*, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 6, 2005, pp. 335-453.
- 33 H. L. A. Hart, *Post scriptum al Concepto del Derecho*, en la obra del mismo nombre de P. Bulloch, y J. Raz, (eds.) Ciudad de México, UNAM, 2000, p. 269.

De estos debates ha derivado el argumento mayoritario de que no debe ser el juez el encargado de dotar de contenido indiscutido a los valores constitucionales, sino el legislador democrático, pues el juez debe quedar sometido a la ley, a esa voluntad democrática, la única legitimada para dilatar o comprimir el contenido de cada valor según las preferencias o evolución social<sup>34</sup>.

Pero la inserción de ese orden objetivo de valores en las constituciones europeas no supone, en absoluto, una afrenta para la función que el constitucionalismo debe cumplir. La aparición de estos mandatos constitucionales abiertos han dado cobijo al pluralismo social y al Estado social. Por un lado, su carácter de mandato constitucional para alcanzar un objetivo han transformado el rol que juegan los poderes públicos como prestadores de servicios obligados a guiarse por un objetivo (los derechos fundamentales como límite a la actuación del poder se transforman en ocasiones en objetivos que los poderes públicos deben alcanzar favoreciendo la eficacia de los derechos sociales). Pero también, los valores constitucionales juegan un rol integracionista, en el sentido (parafraseando al maestro Paolo Ridola) de “*Integrationslehre* de Smend”. Constituyen un humus de factores de integración social<sup>35</sup> al aglutinar “las identidades, los intereses y los antagonismos existentes en la sociedad<sup>36</sup>”. Este es el sentido de su inserción en las constituciones contemporáneas de forma generalizada a partir de la II Guerra Mundial, como instrumento de superación de los traumas y conflictos sociales históricos. Los valores permiten que muy diversas facciones, grupos e interés puedan sentirse igualmente identificados con una fórmula abierta (como libertad, justicia, igualdad...) con un objetivo y fundamento común. Su naturaleza consiente la aglutinación de muy diversas formas de ser o sentir bajo una misma metanorma, integrando en los fundamentos de la constitución todas las posibles perspectivas vitales de la sociedad a la que regulan, cimentando el pluralismo político y social de una comunidad. Expresan a un tiempo los fundamentos políticos de la comunidad, como orden pactado entre diferentes, y los instrumentos organizativos y procedimentales; de forma que libertad, igualdad, justicia y pluralismo se traducen en el orden fundamental de una sociedad basada en el reconocimiento y protección de las minorías sociales frente al gobierno de la mayoría<sup>37</sup>, al tiempo que apuntan la configuración de los procedimientos y órganos del Estado social democrático de Derecho.

Basándonos en esta función de integración de la sociedad en una comunidad política, parecería que lo más adecuado para ofrecer un contenido determinado a estos elementos axiológicos constitucionales sería remitir la tarea a los parlamentos democráticos. El debate democrático debería encontrarse en condiciones de concretar los valores en acciones concretas pactadas entre los diferentes grupos políticos con representación parlamentaria. Pero, en momento de crisis como los que estamos viviendo, en mi opinión, no es posible fiar esta labor de concreción a las mayorías parlamentarias. El

---

34 J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit. pp. 338 y 349. Habermas considera que la crítica a la teoría de los valores hierra al confundirlos con los principios. No obstante, preferirá ordenar el procedimiento discursivo democrático, los procedimientos de democracia deliberativa, más que sujetarlos a valores predeterminados centrándose en los procedimientos y derechos que permiten el debate democrático. En un sentido similar, aunque volcado en el papel de la Justicia Constitucional, ver J. H. Ely, *Democracia y desconfianza: una teoría del control de constitucionalidad*, [Trad. M. Holguín], Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá- Universidad de los Andes, 1997. Ver R. Alexy, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, en F. Fernández Segado (dir.) *The Spanish constitution in the European constitutional context*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 1505.

35 P. Ridola, *La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa*, en *Revista de derecho constitucional europeo*, 3, 2005.

36 P. Ridola, *Diritti fondamentali*, G. Giappichelli editore, Turín, 2006, pp. 19 y 20.

37 Véase, A. Aguilar Calahorro, *Naturaleza y eficacia de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

conflicto sobre los valores y su contenido siempre aparece en momentos de crisis, en momentos de coacción o de emergencia social (crisis económica, COVID 19, momentos de emergencia...), pues es entonces cuando la base social se ve superada por los acontecimientos y busca respuestas (un camino a seguir) en su orden fundamental en el que los valores deben ser concretados para iluminar el sendero al gobierno y la legislación. ¿Debe imponerse la garantía de la salud colectiva sobre las libertades individuales ante una pandemia? ¿Debe aumentarse el gasto público en garantía de los derechos sociales o debe reducirse la carga impositiva en garantía de la libertad del mercado en una crisis económica e inflacionaria? ¿Deben aliviarse los controles sobre los poderes públicos o debe fiscalizarse la actuación de manera más acuciante? ¿Debe intervenir en una guerra donando armamento a uno de los bandos o debe seguirse la vía diplomática? Cuando el Derecho encuentra zonas grises, oscuras, y la fragmentación social se hace patente, la axiología constitucional debe actuar como metanorma para mantener el pacto constitucional al tiempo que ofrezca certeza ante la pluralidad de interpretaciones.

Como señaló Gustavo Zagrebelsky, “cuando en determinadas situaciones calientes chocan necesidades regulatorias plurales con puntos de vista todos dignos de reconocimiento, el Derecho mediante reglas no es adecuado para gobernar la complejidad, y el Derecho por principios se vuelve necesario. No es casualidad que se desarrolle particularmente en las sociedades llamadas pluralistas y con respecto a temas en los que se entrelazan derechos, intereses, ideologías y aspiraciones en conflicto<sup>38</sup>”. Es en estas situaciones en las que los valores deberían alcanzar su máxima funcionalidad dirigiendo a los poderes públicos y al mismo cohesionando a la sociedad.

Los valores constitucionales se asientan entonces en la dicotomía entre orientar una solución normativa concreta (repetimos, en aquellos momentos de crisis y división social en los que el ordenamiento jurídico ofrece una respuesta explícita) y “el reconocimiento de que el pueblo o la nación no pueden ser otra cosa que un conjunto de personas libres que tienen planteamientos diferentes de la política y de la sociedad y que ponen en común sus verdades parciales para construir un orden constitucional común, al que todos se someten por igual. No cabe, por tanto, ni una verdad absoluta ni una interpretación fundamentalista de la constitución a favor de un grupo concreto<sup>39</sup>”.

Es por ello, que en momentos de crisis no puede dejarse la concreción de los valores a los procedimientos deliberativos ordinarios basados en el gobierno y legislación de la mayoría. El legislador no es, en mi opinión, una solución convincente para la concreción de los valores. En épocas de crisis, la representatividad política es la primea en resentirse, y la fragmentación social se termina traduciendo en una fragmentación política y en la aparición de extremos irreconciliables. De ahí la “guerra de valores”. Sobre un mismo concepto, la idea de los valores constitucionales, surgen ahora diferentes y contradictorias comprensiones que llevan a una confrontación entre convicciones íntimas y personales. En épocas de crisis, no se puede dejar la concreción de los valores en manos del legislador democrático o del juego político mayoría-minoría, gobierno-oposición, porque la consecuencia es una fractura del tejido social, de la comunidad, la expulsión de una parte de la sociedad o la imposición de una visión determinada, disolviendo la funcionalidad de los valores constitucionales: la integración social.

En mi opinión debería apostarse, en estos momentos, por la judicialización del conflicto. Esta idea podría fundamentarse en dos argumentos.

En primer lugar, por la paradoja del paralelismo. Esta paradoja puede resumirse del siguiente modo. A nivel externo existen gobiernos (también en el seno de la Unión) denominados “iliberales”

---

38 G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, 31, pp. 865 y ss.

39 F Balaguer Callejón, *Interpretación constitucional y populismos*, cit.

que, aupados por amplias mayorías parlamentarias, imponen una comprensión determinada de los valores constitucionales a las (inmensas) minorías sociales, terminando por excluir a los diferentes. Por tanto quiebran la función integradora de estas disposiciones. Pero a nivel interno, en el seno de estados aparentemente gobernados por mayorías constitucionales “liberales”, las mayorías parlamentarias también imponen el contenido de los valores sobre grupos y minorías “iliberales” ¿Dónde se encuentra la diferencia? La única distinción se localiza en la medida en que se respeten las convicciones de las minorías, de su inclusión social mediante mecanismos deliberativos que garanticen el pluralismo. La paradoja del paralelismo nos muestra que para dar respuesta a los problemas que hoy acucian a las democracias constitucionales, conviene no olvidar que el constitucionalismo no puede imponer argumentos sobre las minorías que no comparten determinados valores: el éxito del constitucionalismo pasará por establecer un equilibrio en su respuesta dada a las “minorías iliberales dentro de los estados constitucionales paralela a los estados iliberales en el seno de la Unión Europea<sup>40</sup>”. Se trata de evitar la imposición axiológica de la mayoría sobre la minoría o los sectores opositores del país<sup>41</sup>.

Como señala De CABO, el sistema constitucional contemporáneo pasa por la creación de Constituciones abiertas, que no generan espacios extra sistema sino todo lo contrario, que sean capaces de incluir los nuevos retos sociales en su articulado<sup>42</sup>. Para que la idea del constitucionalismo democrático normativo funcione no puede ignorarse el conflicto, ni marginar a las ideologías anticonstitucionales o iliberales, sino que deben ser integradas a través de procedimientos. Veremos un ejemplo más abajo en el seno de la Unión Europea.

El segundo argumento es el de la función que debe cumplir la justicia constitucional en garantía de los derechos de las minorías y el respeto al pacto constituyente. Los beneficios de jurisdiccionalizar el conflicto sobre valores. Atraer el contenido axiológico de los valores al terreno político (o prepolítico) corre los mismos riesgos que si se hiciese en el terreno moral<sup>43</sup>, al menos en el momento actual de intervención en el espacio constitucional de movimientos populistas anticonstitucionales. Los valores constitucionales deben permanecer en el ámbito del Derecho e identificarse a través de mecanismos jurídicos. De lo contrario se convierten en una guerra de todos contra todos por imponer la validez propia, devolviendo el concepto de valor constitucional a la acepción negativa, subjetiva, utilizada por Carl Schmitt: una “promiscuidad de los valores”. Se trata de un concepto en el que los valores se hacen valer, no en nombre de alguien, sino siempre “contra alguien”. El célebre autor, en su alegato contra *La tiranía de los valores* señaló que éstos siempre valen para alguien, pero también, y esto es lo fatal “también valen siempre contra alguien” o dicho de otro modo “la negación de un valor

---

40 Z. Kortvélyesi, *The Illiberal Challenge in the EU: exploring the parallel with illiberal minorities and the example of Hungary*, en *European Constitutional Law Review*, 2020, 16, pp. 567-600.

41 Como señala J. RAZ, “when one thinks in the Netherlands or in Britain of the right way to deal with cultural groups within our countries, one should always imagine what one would want to happen had the question affected not the Turks, let us say in the Netherlands, or the Bangladeshis in Britain, but the Dutch or the British in Europe. If we always start by applying this procedure and transferring the answer to the case of cultural communities within our countries, subject to the modifications which are really required by the differing circumstances, then we will not go far wrong. This is in brief my view about multiculturalism”. *The Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, 1994, p. 175.

42 Cfr. C. De Cabo Martín, *Propuesta para un constitucionalismo crítico*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2013, 19, pp. 387-399.

43 M. Azpitarte Sánchez, *Tres crisis europeas*, en F. Balaguer Callejón et al. (Coords), *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad*, cit.

negativo es un valor positivo” dependiendo de quién considere uno u otro<sup>44</sup>.

Las diversas precompresiones de los grupos y movimientos sobre el contenido de los valores no pueden trazarse como “una moralización del Derecho ni una legalización de la moral, sino un intento de establecer un puente entre Derecho y cultura<sup>45</sup>”, que invite a “construir cooperativamente un Derecho más líquido y fluido”<sup>46</sup> fundamentado sobre axiomas colectivos, pero sin olvidar su naturaleza normativa.

En mi opinión, la clave se encuentra en buscar argumentos sólidos para configurar el régimen jurídico de estos valores, como fuentes, así como su contenido desde dos premisas: en primer lugar, distanciar los valores del terreno político y moral; en segundo lugar, establecer procedimientos jurisdiccionales para concretar el contenido de los valores, al menos, para momentos de crisis.

Preguntarse quién debe ser el guardián de los valores constitucionales es igual que preguntarse quién debe ser el defensor de la constitución. Y las opciones, la vía política de la representación del pueblo o la jurisdiccional con un tribunal especializado, son las mismas planteadas entonces por Schmitt y Kelsen<sup>47</sup>. El intérprete de los valores en épocas de crisis en las que la comunidad se encuentra fragmentada debe ser el juez, un tribunal, un órgano jurisdiccional. En el terreno del proceso judicial, tasado, se confrontan las diferentes visiones políticas, pero tamizadas y desactivadas por la necesidad de ser esgrimidas mediante la argumentación jurídica en un proceso predeterminado. Y es aquí donde el juez puede integrar las diferentes perspectivas concediendo un significado concreto al valor en casos específicos sin renunciar o eliminar una perspectiva concreta, sino equilibrando las diferentes visiones en juego: a través de la aplicación de la ponderación judicial y el principio de proporcionalidad.

### 3. El juez de los valores constitucionales de la Unión Europea

Un ejemplo de la función de integración que cumplen los valores y el éxito de la jurisdicción frente a

---

<sup>44</sup> C. Schmitt, “La tiranía de los valores”, *Revista de estudios políticos*, n. 115, 1961, pp.65-82, [Trad. A. Schmitt de Otero]. En él, de forma demoledora, alegará que el término «no es exclusivo del vocabulario de Hitler, el cual aludió con frecuencia e insistencia al valor». Para este autor se pasa por alto el límite establecido anteriormente a la filosofía de valores por el que «las cosas tienen un valor, las personas tienen una dignidad. Valorar la dignidad se consideró indigno. Hoy día, en cambio, también la dignidad se ha convertido en un valor por obra y gracia de la filosofía de valores [...] Hay que tener en cuenta que el valor, según la filosofía de valores, no tiene un ser, sino una validez. El valor no es, sino vale. Algunos hablan del ser ideal de los valores, pero no es necesario profundizar en semejantes matices porque, de todos modos, el valor, como tal, no es, sino precisamente, vale. El valor, sin embargo, implica un afán muy fuerte a la realización, como veremos más adelante. El valor tiene realmente ansia de actualización. No es real, pero está relacionado con la realidad y está al acecho de ejecución y cumplimiento». «Hay filósofos de los valores objetivos que opinan que la vida física de los hombres actualmente vivientes no es el valor supremo, y, por consiguiente, no tienen reparos en aplicar los medios de destrucción de la ciencia y técnica moderna para imponer aquellos valores supremos; y hay otros filósofos que sostienen que es un crimen destruir la vida humana por supuestos valores mayores», p. 74.

<sup>45</sup> G. Zagrebelsky, cit., p. 878. Se hace imprescindible aquí remitir a la obra de Peter Häberle, *Pluralismo y constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, [Trad. E. Mikunda], Tecnos, Madrid, 2002. P. Häberle, *La Constitución como cultura*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 6, 2002.

<sup>46</sup> L. Prieto Sanchis, Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos), en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010, p. 480.

<sup>47</sup> H. Kelsen *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.

la política para su salvaguarda, puede observarse en el ámbito de la UE: el caso Polaco de vulneración del valor constitucional del Estado de Derecho<sup>48</sup>.

En la UE los valores constitucionales se encuentran recogidos en el artículo 2 del Tratado UE (TUE). Son disposiciones jurídicas, no meros deseos o aspiraciones<sup>49</sup>, pues tienen eficacia jurídica real. Por un lado, constituyen elementos que determinan la pertenencia a la comunidad política, “cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión” (art. 49 TUE), por tanto, son un factor de integración. Por otro lado, la vulneración de los valores tiene consecuencias jurídicas. El artículo 7 TUE establece un procedimiento para alertar y sancionar sobre su incumplimiento. Este procedimiento permite la constatación de un riesgo o una violación de los valores por parte de los Estados miembros, desplegando normatividad, también como condición de permanencia en la UE.

Pero el procedimiento de alerta y sanción del artículo 7 TUE es un procedimiento político, diplomático que requiere, además, de la unanimidad del Consejo Europeo para constatar la violación. Por ello su eficacia práctica, hasta la fecha, ha sido casi nula.

La defensa de los valores dependiente de la unanimidad en el Consejo Europeo (a través del artículo 7 TUE) ha sido absolutamente ineficaz e inoperativa, por ejemplo, en el momento actual y el caso de Polonia y Hungría. Sin embargo, al jurisdiccionalizar la protección del artículo 2 TUE se han obtenido mejores resultados. Véase al respecto, por ejemplo, en defensa del valor Estado de Derecho la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de febrero de 2022, en el asunto República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (C-157/21), en la que se condena al Estado Polaco por incumplimiento de los valores de la Unión<sup>50</sup>.

---

48 En el caso Polaco de violación del Estado de Derecho, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) terminó pronunciándose mediante sentencia de 24 de junio de 2019, en el asunto C-619/18, *Comisión c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531 señalando: «La necesidad de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho. Habida cuenta de lo anterior, las normas nacionales contra las que se dirige el recurso de la Comisión pueden ser objeto de control a la luz del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo», párrafos 58 y 59.

49 El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea dispone: “La Unión se fundamenta en los valores de 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 en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

50 Hay innumerables ejemplos en este sentido: Sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE) de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531, apartados 42 y 43; STJUE de 15 de julio de 2021, C-791/19, *Comisión contra Polonia*, apartados 51- 59. STJUE de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, C-896/19, EU:C:2021:311, apartados 63 a 65, y STJUE de 2 de marzo de 2021, *A. B. y otros* (Nombramiento de jueces al Tribunal Supremo), C-824/18, EU:C:2021:153, apartado 112. Por todas, véase el resumen en las Conclusiones del Abogado General Evgeni Tanchev presentadas el 6 de mayo de 2021 en el asunto C-791/19, *Comisión Europea contra República de Polonia*: “63. Tal como reiteradamente ha declarado el Tribunal de Justicia, el artículo 19 TUE, que se refiere con mayor concreción al valor del Estado de Derecho proclamado en el artículo 2 TUE, confía a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia la tarea de garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial que ese ordenamiento jurídico confiere a los justiciables. Aunque corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, al ejercer esta competencia deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión y, en particular, el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo. Con arreglo a dicha disposición, todo Estado miembro debe garantizar que aquellos órganos que, en calidad de «órganos jurisdiccionales» —en el sentido definido por

Debe destacarse que la acción del TJUE se fundamenta en última instancia y de forma expresa en la vulneración del valor constitucional del “Estado de Derecho”. El TJUE concretará el contenido del valor Estado de Derecho siguiendo un tridente conceptual basado en el axioma valor-principio-derecho: el valor Estado de Derecho (Art. 2 TUE) se ha concretado y desarrollado a través de un principio general (Art. 19 TUE), y este principio, a su vez, se ha concretado y desarrollado mediante un derecho (el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial del art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE). La Unión Europea, hay que reconocerlo, ha estado especialmente acertada a la hora de distinguir entre valores y principios generales, y concederles funciones diversas. Y el TJUE no inventa Derecho, no crea un contenido específico de la nada, sino que se remite al Derecho vigente considerando el contenido del artículo 2 TUE (Estado de Derecho) en relación a los artículos 19 TUE (obligación de los estados de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión) y el 47 de la Carta de derechos de la Unión (derecho a la tutela judicial efectiva)<sup>51</sup>.

La judicialización del conflicto, cuando los mecanismos diplomáticos y políticos fallan, no sólo abre una alternativa a la eficacia de los valores y su concreción, sino que ha permitido también que el conflicto se desenvuelva en el terreno de la argumentación jurídica y la ponderación entre la pluralidad de aproximaciones al concepto, pues no está de mal recordar que han participado hasta un total de 12 estados miembros esgrimiendo sus posturas, y tres instituciones de la Unión, toda una “sociedad abierta de intérpretes constitucionales” sobre el significado del valor Estado de Derecho<sup>52</sup> que han permitido al Tribunal ponderar en base a argumentos, a un debate argumentado y deliberativo en sede judicial.

#### 4. Valores comunes Vs. Identidad nacional: los valores en serio

La mediación judicial, para que actúe como reintegración del pluralismo, requiere de una particular pericia equilibrista a través de la ponderación entre los intereses y argumentos esgrimidos durante el proceso. Se trata del cumplimiento del verdadero objetivo de la Unión, su lema, “unidos en la diversidad”. Este lema adquiere contornos jurídicos en el artículo 4.2 TUE: “La Unión respetará la

---

el Derecho de la Unión—, formen parte de su sistema judicial en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión cumplan las exigencias de la tutela judicial efectiva”.

- <sup>51</sup> Como ha señalado el propio TJUE: “que el respeto por parte de los Estados miembros de los valores comunes en los que se fundamenta la Unión, que han sido identificados y son compartidos por esos Estados y que definen la identidad misma de la Unión como ordenamiento jurídico común a tales Estados, entre ellos el Estado de Derecho y la solidaridad, justifica la confianza mutua entre dichos Estados. Así, dado que el respeto de tales valores constituye un requisito para disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a un Estado miembro, la Unión debe estar en condiciones, dentro de los límites de sus atribuciones, de defender los valores indicados. El Tribunal de Justicia puntualiza sobre este extremo, por una parte, que el respeto de dichos valores no puede reducirse a una obligación a la que esté sujeto un Estado candidato para adherirse a la Unión y de la que pueda eximirse después de su adhesión...” ver asuntos C-156/21 y C-157/21, cit.
- <sup>52</sup> Ver en este sentido, P. Haberle, *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta* en E. Ferrer Macgregor, A. Zaldivar, (Coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Teoría general del Derecho procesal constitucional*. México, UNAM, 2008. ID. *La Sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución*, [Trad. Xavier Arzo Santisteban], en *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15-46.

igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos". La concreción del valor constitucional requiere, en la Unión, de la inescindible obligación de respetar la identidad constitucional de cada estado, de forma que se preserve el pluralismo europeo, por lo que la ponderación entre intereses y el principio de proporcionalidad se convierten en los dos instrumentos nucleares<sup>53</sup>.

De la dificultad judicial para equilibrar integración e identidad dan muestras algunas sagas jurisprudenciales recientes derivadas del caso *Coman*<sup>54</sup>. Particularmente el asunto *Pancharevo*<sup>55</sup> de 2021 es un ejemplo de ello, en el que se confrontan el reconocimiento de la filiación de una menor, hija de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo reconocido por otro estado miembro, y la identidad constitucional de Bulgaria<sup>56</sup>.

El TJUE será taxativo. Conforme a la doctrina *Coman*, los Estados miembros disponen de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo en su Derecho nacional, así como la parentalidad de estas. No obstante, cada Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la UE relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir en el territorio de los Estados miembros, reconociendo para ello el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este<sup>57</sup>. De modo que en este caso concreto, Bulgaria está obligada, por una parte, a expedir un documento de identidad a una menor búlgara nacida en España (nacida de madre búlgara) y cuyo certificado de nacimiento expedido por las

---

<sup>53</sup> F. De Witte, *Sex, drugs & Eu law: the recognition of moral and ethical diversity in Eu law*, *Common Market Law Review*, 2013, 50, pp. 1545-1578.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante STJUE), de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16, EU:C:2018:385. En este asunto se trata el derecho a la libertad de residencia dispuesto en los Tratados de la Unión, del cónyuge norteamericano de un ciudadano de la Unión, que contrajeron matrimonio en otro estado de la Unión. Caso que puso sobre la mesa del Tribunal de Justicia la cuestión del reconocimiento de los matrimonios entre dos personas del mismo sexo celebrados en un estado miembro por otro estado miembro, y del que resultó la obligación de Rumanía de considerar cónyuge al marido de un nacional a los efectos de reconocer su derecho de residencia.

<sup>55</sup> STJUE de 14 de diciembre de 2021, *Pancharevo*, C-490/20.

<sup>56</sup> Siendo la menor hija de una ciudadana búlgara, las autoridades de este país se preguntan si tienen la obligación de expedir un certificado de nacimiento en el que se mencione a las dos madres como progenitoras ya que ese Estado miembro no ha previsto la posibilidad de expedir un certificado de nacimiento con dos progenitoras del mismo sexo. Y ello, habida cuenta de que "las disposiciones nacionales que rigen la filiación de la menor revisten una importancia fundamental en la tradición constitucional búlgara, así como en la doctrina búlgara en materia de Derecho de familia y de sucesiones, tanto desde el punto de vista puramente jurídico como desde el punto de vista de los valores, habida cuenta del estado actual de la evolución de la sociedad en Bulgaria" (ver párrafo 28 de la Sentencia *Pancharevo*, cit.). Se trata de la búsqueda de un equilibrio entre la identidad constitucional y nacional de la República de Bulgaria, que no admite los matrimonios ni las uniones entre personas del mismo sexo y, por otro, los intereses de la menor y, en particular, su derecho a la vida privada y a la libre circulación, pues conforme al Derecho europeo (que recordemos tiene primacía sobre el Derecho nacional a menos que se esgrima que vulnera la identidad constitucional del estado), con arreglo al artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE y a la Directiva 2004/38, todos los Estados miembros deberían reconocer a las progenitoras de una ciudadana de la Unión, menor de edad, bajo su guarda y custodia efectiva, el derecho a acompañar a la menor en el ejercicio de ese derecho a la libre circulación entre estados miembros (STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartados 50 a 52), aunque nunca lo hubiese ejercido previamente (STJUE de 2 de octubre de 2019, *Bajratari*, C-93/18, EU:C:2019:809, apartado 26).

<sup>57</sup> Tal y como se estableció de forma pionera por la STJUE *Coman*, cit., en 2018, apartados 36 a 38.

autoridades españolas designa como progenitores a dos personas del mismo sexo y, por otra parte, a reconocer el vínculo de filiación entre la menor y cada una de esas dos personas a efectos de que esta pueda ejercer sus derechos a circular y residir libremente por el territorio de la Unión (art. 21 TFUE); y ninguna de estas dos obligaciones impuestas por el Derecho europeo vulnera la identidad nacional ni amenaza el orden público de Bulgaria<sup>58</sup>.

La clave de la decisión, como puede observarse, es si la negativa de Bulgaria a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo (matrimonio celebrado en otro estado) es o no un elemento esencial de su identidad constitucional. Dicho de otro modo, si la imposición de la Unión Europea de reconocer este tipo de matrimonios (y a sus hijos) a efectos de su residencia en Bulgaria vulnera quiebra su identidad nacional.

Las categorías que rigen el caso son un clásico en la doctrina Europea: principio de atribución competencial, primacía y contralímites (identity review). La adquisición de la nacionalidad y el Derecho de familia son competencia exclusiva de los Estados. Pero en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, como es el caso de un ciudadano que ejerce su derecho a la libre circulación entre dos estados, deben respetar éste (primacía del Derecho europeo). Sólo hay una excepción, que la aplicación del Derecho europeo en el caso concreto atente contra la identidad nacional (constitucional), inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional (art. 4.2 TUE).

La doctrina del TJUE ha considerado que los conceptos identidad nacional y orden público, cuando son esgrimidos para excepcionar las libertades consagradas en el Derecho de la Unión, constituyen conceptos comunes de la Unión, conceptos autónomos, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte del TJUE, control basado en los siguientes puntos:

a) El orden público solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental del Estado<sup>59</sup>.

b) Solo puede justificarse si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia<sup>60</sup>.

c) No vulnera la identidad nacional ni amenaza el orden público de dicho Estado miembro si el reconocimiento no se hace con fines distintos a la libertad de circulación y residencia<sup>61</sup>.

La conclusión es que los límites por parte de un Estado basados en su identidad nacional suponen un objetivo legítimo siempre que resistan su ponderación clásica (test de proporcionalidad: idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto) con las libertades fundamentales de la Unión.

Frente a la sentencia del TJ, llaman la atención las conclusiones previas presentadas por la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión, Juliane Kokott. Para la Abogada, el artículo 4.2,

58 Ibidem. Apartado 54.

59 STJUE *Coman*, cit., apartado 44.

60 Ibidem, apartado 47. En el caso concreto, la identidad nacional y el concepto de orden público, exige el reconocimiento del respeto a la vida privada y familiar y la no discriminación del menor, así como su interés superior. El contenido de estos derechos fundamentales de la Unión (artículo 7 y 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE) deben ser interpretados con el mismo sentido y alcance del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (como señala el artículo 52 CDFUE), que ya ha prescrito que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de «vida privada» y en el de «vida familiar» del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación.

61 Idénticas consideraciones han sido esgrimidas por el TJUE en el reciente Auto de 24 de junio de 2022, asunto C-2/21, *K.S. y S.V.D.*

la identidad nacional, no es un mero objetivo legítimo más, sino auténtica cláusula de salvaguardia de la pervivencia de la identidad propia de cada estado<sup>62</sup>. Lo que significa que el artículo 4.2 TUE, “no efectúa una simple remisión a las concepciones del Derecho constitucional de los Estados miembros” puesto que “el contenido exacto de este concepto puede variar de un Estado miembro a otro”, por lo tanto “por su propia naturaleza, no puede determinarse sin tener en cuenta las concepciones adoptadas por los Estados miembros sobre su identidad nacional<sup>63</sup>”. Es decir, es un concepto que debe interpretarse de forma plural, pues impone, también al TJUE, la “obligación de respetar la pluralidad de concepciones y, por tanto, las diferencias que caracterizan a cada Estado miembro<sup>64</sup>”.

Ello significa que la ponderación judicial y la aplicación del principio de proporcionalidad requieren de un cuidadoso análisis de los objetos y argumentos a ponderar. La diferencia interpretativa, aparentemente teórica, que realiza la Abogada General (repetimos, la identidad nacional no es igual que otros objetivos legítimos como la seguridad pública o el orden público sino un principio de distribución competencial) se vuelve práctica en el momento en que el artículo 4.2 exige, en primer lugar, que el Estado que argumenta la vulneración de su identidad constitucional coopere lealmente en el procedimiento (4.3 TUE). En segundo lugar, conforme señala la Abogada General, exige que la ponderación se realice, no entre la identidad constitucional del estado y la Carta de derechos fundamentales o las libertades fundamentales de la UE, sino entre la identidad constitucional del Estado y los valores constitucionales comunes a los Estados miembros de artículo 2 TUE: solo puede estar protegida una concepción de la identidad constitucional estatal que sea conforme con los valores comunes de la Unión, pues son el límite y fundamento de la integración<sup>65</sup>.

En mi opinión esta idea es clave: el test de proporcionalidad, la ponderación que debe realizar el juez y las partes en el procedimiento, no se realiza entre la concepción de la identidad constitucional del Estado y los derechos fundamentales, sino entre aquella y los valores constitucionales comunes a los Estados. El proceso argumentativo no es una mera contradicción entre alegaciones que deben ser equilibradas, sino un proceso deliberativo sobre el contenido de los valores constitucionales comunes a los estados miembros del artículo 2 TUE, que se encuentran por tanto en continuo estado de renegociación y reconfiguración pues deben seguir siendo elemento clave de la integración entre estados.

La propia Abogada General parafrasea (haciendo evolucionar de forma extraordinaria) una idea insertada anteriormente en las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón en 2015 en el asunto *Gawweiler*, y que en su origen decían:

*“el Tribunal de Justicia ha operado desde muy antiguo con la categoría de las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros a la hora de buscar inspiración en la construcción*

---

62 Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 15 de abril de 2021, en el asunto «Pancharevo», C-490/20, puntos 82-88: “Contrariamente a lo que parece sugerir, a primera vista, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia hasta la fecha, la identidad nacional consagrada en el artículo 4 TUE, apartado 2, no es únicamente un objetivo legítimo entre otros que puede tenerse en cuenta durante el examen de una posible justificación de una restricción del derecho a la libre circulación”.

63 Ibidem. Punto 70.

64 Ibidem. Punto 71.

65 Conforme al punto 73 de las Conclusiones: “En efecto, las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente y del Estado miembro de que se trata, que dispone al respecto de un amplio margen de apreciación constituyen el punto de partida de la interpretación del artículo 4 TUE, apartado 2. No obstante, este margen de apreciación está limitado por la obligación de cooperación leal consagrada en el apartado 3 de esta misma disposición. Asimismo, solo puede estar protegida con arreglo al artículo 4 TUE, apartado 2, una concepción de la identidad nacional que sea conforme con los valores fundamentales de la Unión consagrados, en particular, en el artículo 2 TUE”.

del sistema de valores sobre los que la Unión se asienta. En particular, en estas tradiciones constitucionales comunes el Tribunal de Justicia ha buscado, de forma muy preferente, asentar una propia cultura de derechos, la cultura de derechos de la Unión. La Unión ha adquirido así el carácter, no sólo de una comunidad de Derecho, sino también de una «comunidad de cultura constitucional». Esa cultura constitucional común aparece como parte de la identidad común de la Unión, con la importante consecuencia, a mi juicio, de que la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del Derecho de la Unión debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros<sup>66</sup>”.

Por tanto, la concepción estatal de los valores constitucionales deben ponderarse con la concepción europea de los valores constitucionales, pues éstos deben su contenido a la confluencia de las diferentes concepciones particulares.

Atendiendo a la paradoja del paralelismo, la jurisdiccionalización del conflicto en torno al contenido de los valores (en momento de crisis como la que vive la Unión por el empuje de los estados iliberales) requiere al mismo tiempo de “una restricción de la intensidad del control para preservar la existencia de esferas de competencias materiales reservadas a los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión<sup>67</sup>”. Dicho de otro modo, el contenido del artículo 2 TUE no viene impuesto por el Tribunal europeo, sino que se reconoce su contenido abierto al debate y la argumentación en aras de componer un contenido cierto que aglutine las concepciones particulares y les permitan seguir cumpliendo su función integradora, como elementos de identidad de la comunidad política, al tiempo que desplegar una eficacia jurídica frente a los infractores<sup>68</sup>.

El TJUE ha preferido no asumir, por el momento, tal distinción<sup>69</sup>. En septiembre de 2022 ha impuesto mediante Auto los mismos parámetros de juicio a la República de Polonia en un caso idéntico al asunto *Pancharevo*. Pero creemos que antes o después deberá aproximarse a las indicaciones de los Abogados Generales en defensa de los valores de la Unión, en busca de una resolución del conflicto integradora y pluralista. Esa actitud será el pistoletazo de salida para asumir y tratar “*Los valores en serio*”.

<sup>66</sup> Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de enero de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, apartado 62.

<sup>67</sup> Punto 96 de las Conclusiones de la Abogada General Kokott, cit.

<sup>68</sup> Transcribo el punto 99 de las Conclusiones: “Si, en el marco del examen de la justificación de tal restricción, el Tribunal de Justicia efectuara cada vez un control exhaustivo de la normativa nacional en función de la Carta y, en particular, de sus disposiciones relativas a las relaciones familiares —como los artículos 7 y 24—, esto tendría como consecuencia que todo el Derecho de familia nacional, incluida la expresión fundamental de las diferencias que la Unión debe respetar en virtud del artículo 4 TUE, apartado 2, debería ajustarse a una concepción uniforme de la política familiar que el Tribunal de Justicia establecería en su interpretación de dichas disposiciones”.

<sup>69</sup> De forma errada a nuestro parecer pues, parafraseando a Körtvélyesi, el pluralismo es inherente a la UE, pero es un acuerdo cualificado, con los límites del artículo 2 TUE, lo que supone admitir los límites del multiculturalismo, es decir, que hay un mínimo de valores compartidos que incluye crucialmente la aceptación de que no todos los valores son compartidos, al menos no todo el contenido preasignado por las partes. De nuevo, Z. Körtvélyesi, *The liberal challenge in the EU: exploring the parallel with liberal minorities and the example of Hungary*, cit. p. 1577.