TESIS DOCTORAL

TRANSFORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA MUTUA Y AFECCIONES AL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO ANTE EL SURGIMIENTO DE REGÍMENES ILIBERALES

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y JUSTICIA INTERNACIONAL

AUTOR:

JUAN FRANCISCO BARROSO MÁRQUEZ

DIRECTORES:

DR. ROBERTO VICIANO PASTOR
DR. GABRIEL MORENO GONZÁLEZ

SEPTIEMBRE DE 2024

A mi madre, Maruja,
madre de madres, madre de todos,
porque sin todas sus enseñanzas y, en especial,
que la inteligencia palidece sin la constancia,
no podría estar escribiendo estas líneas

TRANSFORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA MUTUA Y AFECCIONES AL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO ANTE EL SURGIMIENTO DE REGÍMENES ILIBERALES

ÍNDICE

RESUMEN **11**

SUMMARY **13**

AGRADECIMIENTOS **15**

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA **17**

CAPÍTULO I

CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA MUTUA . **27**

1. El nacimiento del principio en el mercado interior 28
2. La aplicación del principio en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia 32
3. La concreción del principio: órdenes de detención europea 40
4. Primeros pasos en la transformación del principio de confianza mutua 51
5. El principio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 63

CAPÍTULO II

EL ESTADO DE DERECHO COMO PRECONDICIÓN PARA LA CONFIANZA MUTUA **69**

1. El concepto de Estado de Derecho 70
2. Las dificultades a la hora de adaptar el concepto a la estructura supraestatal .. 92
3. La interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 106
4. La relación simbiótica entre Estado de Derecho y confianza mutua 119

CAPÍTULO III

CAMBIO DE PARADIGMA: EL ILIBERALISMO ROMPE LA CUARTA PARED 125

1. Caracterización general de los regímenes iliberales 125

2. Los regímenes iliberales en el seno de la Unión Europea..... 149

2.1. El régimen iliberal húngaro..... 153

2.1.1. Hungría A. F. 154

2.1.2. Hungría D. F. 160

2.2. El régimen iliberal polaco 175

2.2.1. Polonia A. P. 175

2.2.2. Polonia D. P. 180

3. Análisis crítico comparado: Iliberalismo sinérgico convergente 201

4. La ruptura de la cuarta pared: iliberalismo vs. confianza mutua 220

CAPÍTULO IV

LA RESPUESTA DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL SURGIMIENTO DE REGÍMENES ILIBERALES 223

1. Repaso cronológico y consideraciones generales 224

2. La respuesta de las instituciones políticas: análisis por instrumentos..... 228

2.1. Artículo 7 del Tratado de la Unión Europea..... 229

2.2. Mecanismos de Cooperación y Verificación 237

2.3. Procedimiento de incumplimiento 238

2.4. Nuevo Marco de la UE para Reforzar el Estado de Derecho 242

2.5. Diálogos e Informes sobre el Estado de Derecho 245

2.6. Reglamento 2020/2092: Macrocondicionamiento de fondos 248

2.7. Microcondicionamiento de fondos 272

2.8. Propuestas doctrinales 274

3. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 277

3.1. Cauces procesales disponibles 278

3.2. Análisis jurisprudencial..... 289

4. Estudio crítico comparado de la intervención de las instituciones europeas .. 308

5. Nuevos horizontes: sedimentación y sinergia 324

CAPÍTULO V

LAS CONSECUENCIAS DEL CAMBIO DE PARADIGMA..... 335

1. Implicaciones sobre el principio de confianza mutua y el sistema de las ODE . 335

1.1. Derivadas de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales 341

1.2. Derivadas la dimensión estructural de los derechos fundamentales . 348

2. Implicaciones sobre el constitucionalismo europeo..... 371

CONCLUSIONES Y RESULTADOS 393

CONCLUSIONS AND FINDINGS..... 409

BIBLIOGRAFÍA 425

RESUMEN

El objeto de la presente tesis doctoral es analizar la transformación experimentada por los principios de confianza mutua y, como su derivación, de reconocimiento mutuo, como resultado del surgimiento de regímenes iliberales en el seno de la Unión Europea, así como las afecciones que dimanan de este cambio de paradigma –que denominamos la *ruptura de la cuarta pared*— respecto de los elementos de constitucionalidad europeos.

Los tres fundamentos de nuestra investigación son: el principio de confianza mutua, cuya concepción tradicional se expone en el Capítulo I; el concepto de Estado de Derecho, estudiado en el Capítulo II; y el surgimiento de los regímenes iliberales y, especialmente, los que han nacido en el seno de la Unión Europea, como ocurre en Hungría y Polonia, cuya evolución, a raíz de los autoritarismos tradicionales, está recogida en el Capítulo III.

Sobre la base de los tres primeros capítulos, de contenido eminentemente teórico, hemos examinado en el Capítulo IV la reacción de las instituciones de la Unión Europea ante la manifestación del iliberalismo, como ejemplo práctico de la intersección entre el segundo y el tercero de los elementos que hemos mencionado. De manera más específica, hemos recogido en el Capítulo V los efectos que esta interrelación ha provocado respecto del primero de ellos, esto es, del principio de confianza mutua, utilizando como caso de estudio el sistema de las órdenes de detención europea, y, con un carácter más general, respecto del proceso de constitucionalización de la integración europea. Por último, hemos incluido en el último apartado las principales conclusiones y los resultados que hemos extraído a través de nuestra investigación doctoral.

SUMMARY

The object of this doctoral thesis is to analyse the transformation experienced by the principles of mutual trust and, as its derivation, of mutual recognition, as a result of the emergence of illiberal regimes within the European Union, as well as the effects of this paradigm shift –which we refer to as the *breaking of the fourth wall*— on European elements of constitutionalism.

The three foundations of our research are the these: the principle of mutual trust, the traditional conception of which is set out in Chapter I; the concept of the rule of law, studied in Chapter II; and the emergence of illiberal regimes, especially those originated within the European Union, such as in Hungary and Poland, whose evolution, following traditional authoritarianisms, is covered in Chapter III.

On the basis of the first three chapters, which are eminently theoretical in content, in Chapter IV we have examined the reaction of the EU institutions to the manifestation of illiberalism, as a practical example of the intersection between the second and third of the elements mentioned above. More specifically, in Chapter V, we have taken up the effects that this interrelationship has had on the first of these, the principle of mutual trust, using the European Arrest Warrant system as a case study, and, more generally, on the process of constitutionalisation of European integration. Finally, we have included the main conclusions and results we have drawn from our doctoral research.

AGRADECIMIENTOS

Si afirmara que el camino que me ha permitido llegar hasta este momento fue fácil estaría faltando a la verdad. Sin embargo, en esta etapa final se hace posible ver las cosas con una perspectiva distinta a la del inicio y, por lo tanto, no solo debo lamentarme por las dificultades que se esconden tras una investigación doctoral, sino que también he de reconocer que muchas personas han estado a mi lado para compartir, no solo las penas, sino también las alegrías. Por esta razón, quiero invertir unas líneas para agradecerles el papel imprescindible que han jugado en mi vida.

A mi familia. A mi madre, Maruja, a quien tengo el honor de dedicar estas páginas, porque ha logrado a través de la perseverancia y el sacrificio inculcarme todo aquello de lo que hoy en día me honro ser. A mis hermanas, Puri e Isabel, porque me han inspirado a ser una persona mejor y me han enseñado lo que es el amor fraternal e incondicional. A mi padre, Francisco, por enseñarme que el amor puede ser expresado de muchas formas. A mi tía Chabelín y mi prima Gema, con quines tanto tiempo compartí durante mi infancia y que tan querido me hicieron sentir. Y a Flaco, mi leal compañero perruno, del que todos dicen –mitad en broma, mitad en serio— que con el tiempo que pasa a mi lado mientras investigo podría escribir también una tesis doctoral.

A mis amigos. Cristina, Laura, Álvaro, Jose, Javier, Eva, Guillermo, Mario, Sergio, Marijose, Javi, Carla y Sandra. La vida me hizo el regalo de encontraros y, gracias a ello, me habéis demostrado que los problemas si se pueden compartir son menos problemas, habéis conseguido calmar mis inquietudes, incluso sin saberlo, solo con vuestras risas, conversaciones y momentos que jamás podré olvidar, y, por encima de todo, porque me recordáis a diario qué es lo verdaderamente importante.

A todos los compañeros y amigos con los que he podido coincidir en la Universidad. A mis camaradas de la Universidad de Extremadura, Gabriel Moreno González, director, compañero, amigo y, por encima de todo, aspiración, por mostrarme el camino a seguir; Ana Torrecillas Martínez, con quien he compartido batallas más allá de nuestras fronteras, que tantas discusiones me ha brindado y me ha ayudado a crecer tanto en el plano personal como en el intelectual; Silvia Soriano Moreno, con cuyo apoyo he podido siempre contar; y, aunque ya no tengamos la fortuna de tenerlo en esta tierra, José Ángel Camisón Yagüe,

que fue el primero en abrirme la puerta al mundo de la investigación y que ha continuado animándome desde la región alicantina, porque sin ese primer empujón ni siquiera habría considerado unirme a la academia. A todos los compañeros de la Universitat de València, entre ellos el director que ha hecho posible la culminación de mis estudios de doctorado, Roberto Viciano Pastor; así como Pedro Guijarro García y Mar Sánchez Montell, porque espero compartir más momentos inolvidables con ellos. A los amigos que he podido hacer a lo largo y ancho de este país gracias a esta disciplina, comenzando por mis compañeros del máster en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Juan Álvarez Suárez y Lucía Rodríguez Duque, que ayudaron a encender la chispa de mi interés allá por el 2019; y, más adelante, Alicia González Moro, porque me ha deslumbrado con su luz y, a su vez, me ha demostrado que las personas brillantes no siempre son conscientes de que lo son, y Miguel Ángel Sevilla Duro, que siempre pongo como ejemplo de lo que ocurre cuando se combinan el talento, el esfuerzo y un sentido del humor incomparable.

Infinitas gracias por haber estado a mi lado.

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

A través de la presente tesis doctoral intentamos realizar una aproximación teórica de tres elementos. Pese a que cada uno de ellos tiene la suficiente entidad como para merecer una investigación separada, consideramos que en la actualidad es más interesante hallar la interrelación entre los mismos, para ver en qué manera se han condicionado de manera recíproca sus respectivas dinámicas evolutivas.

Los tres factores que hemos elegido como eje para nuestro análisis se corresponden con el Estado de Derecho, como instrumento de limitación del poder a través del Derecho; el autoritarismo y, más recientemente, los regímenes iliberales, como manifestación del poder en la que los límites jurídicos desaparecen por completo o han sido desvirtuados; y, de manera más concreta, el principio de confianza mutua, puesto que nos servirá como un punto de intersección entre ambos conceptos –más teóricos— y nos permitirá apreciar, a través de un supuesto concreto, como es el sistema de las órdenes de detención europea, en qué medida los cambios en la relación entre los dos primeros elementos pueden afectar a la integridad de la Unión Europea.

Por tanto, el objeto de esta tesis doctoral será analizar la manera en que el principio de confianza mutua se ha transformado a causa del surgimiento de regímenes iliberales en el seno de la Unión Europea y de la respuesta dada por las instituciones de esta última, utilizando como ejemplo paradigmático el sistema de las órdenes de detención europea, así como estudiar cuáles son las afecciones que el proceso ha tenido, con carácter general, sobre el *constitucionalismo europeo*. Para ello, partiremos de una perspectiva europeísta, pero crítica, en tanto somos conscientes de que en la actualidad es necesario que exista la Unión Europea, pero también de que esta debe cumplir con los mismos estándares que le exige a los Estados miembros para gozar de un grado suficiente de legitimidad.

Ante la paradoja que suponía la reticencia de los Estados miembros a ceder mayores parcelas de soberanía –*de iure*— a la estructura de la integración europea[1], por un lado,

[1] Como bien señalaba Pernice (2015: 543), los verdaderos dueños de la Unión Europea no son los ciudadanos, sino que esta les pertenece a los Estados miembros, como estrategia para preservar su poder. Dicha expresión se deriva de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963,

y la necesidad de avanzar en dicha integración para no perder su soberanía –*de facto*— frente a los poderes de la globalización[2], por otro, el principio de confianza mutua ha sido el instrumento utilizado como remedo. A causa de las sucesivas adhesiones y, en especial, la gran ampliación que se dio hacia el centro y este de Europa, se produjo un incremento de la heterogeneidad en cuanto a valores de los Estados miembros de la Unión Europea y, siguiendo a Leibholz (1962: 18), ante este tipo de situación la única solución se halla en la realización de concesiones mutuas.

Los términos de este acuerdo entre los intereses estatales y supraestatales suponen, a grandes rasgos, la incorporación de una presunción en el epicentro de la integración y, por ende, la instauración de un espíritu eminentemente dialógico –aunque pueda parecer lo contrario a causa del principio de primacía del ordenamiento jurídico europeo— entre los poderes estatales y la estructura supraestatal, basado en la aceptación de su destino, en tanto ninguna de sendas esferas podría sobrevivir en el mundo globalizado sin llegar a un acuerdo de esta naturaleza. Así, se ha originado un ordenamiento jurídico en el que, pese a que existan instrumentos de supremacía del Derecho de la Unión Europea, *de facto* su eficacia depende de la buena fe de los Estados miembros al aceptar dichas normas.

De forma más concreta, el principio de confianza mutua descansa en la premisa de que si los Estados miembros se han visto obligados a aceptar una serie de valores comunes –recogidos en el artículo 2 TUE, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 TUE— para hacer posible su adhesión, puede presumirse que van a seguir cumpliéndolos *a posteriori*, y, por tanto, también se instaura la ficción de que –con carácter general— van a respetar el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y, en especial, los derechos fundamentales. Uno de los valores principales a este respecto será el Estado de Derecho, pues actúa como cauce para asegurar el cumplimiento del orden jurídico a través de la limitación del poder. Como resultado, en el ámbito de la cooperación judicial se instauró un principio derivado, de reconocimiento mutuo, a través del cual se han creado instrumentos concretos como las órdenes de detención europea (ODE).

van Gend en Loos, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, para. 1, en la que determina que la estructura supraestatal «constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido».

[2] Menéndez (2012: 76) nos advierte, en este sentido, que «la transferencia jurídico-formal de poderes al nivel supranacional de gobierno de la Unión Europea no se corresponde necesariamente con una transferencia material de poder», sino que, por el contrario, en muchos casos «los poderes que se transfieren han dejado efectivamente de estar en manos de los Estados miembros o de sus regiones».

Sin embargo, como se puede reparar *ab initio*, hacer depender el funcionamiento de toda la estructura supraestatal de una presunción de este estilo provoca que el éxito de la Unión se encuentre al albur de la *buena fe* de los Estados miembros que la componen. Durante muchos años –y salvo excepciones puntuales e incumplimientos concretos— la cooperación en el avance de la profundización en la integración parece haber sido la regla, pero esta tesitura se ha visto alterada por el surgimiento de regímenes iliberales en el seno de algunos Estados miembros, como es el caso de Hungría o Polonia, pues en los mismos se ha intentado sustituir el *Gobierno del Derecho* por el *Gobierno a través del Derecho*, con la *sofisticación* de los instrumentos tradicionales de los regímenes autoritarios.

El recorrido de nuestra investigación doctoral será el siguiente. En primer lugar, analizaremos con detenimiento los orígenes del principio de confianza mutua y la forma en que ha ido evolucionando hasta el momento en que surgieron los regímenes iliberales. A continuación, como uno de los dos marcos teóricos imprescindibles de nuestro trabajo, nos centraremos en el concepto de Estado de Derecho, su evolución y las problemáticas a la hora de adaptarlo a la estructura supraestatal, pues el mismo mantiene, como veremos, una relación *simbiótica* con el principio de confianza mutua y, por ello, no es posible la supervivencia de ambos por separado. Tercero, como el otro de los marcos teóricos, estudiaremos los principales conceptos relacionados con los regímenes autoritarios y con el proceso de sofisticación que han experimentado a lo largo del tiempo. En cuarto lugar, utilizando como punto de partida el desarrollo temporal de los fundamentos dogmáticos a los que nos hemos referido, elaboraremos un estudio más detallado de la respuesta dada por las instituciones de la Unión Europea ante las deficiencias sistémicas en materia de valores en los regímenes iliberales que alberga en su seno. Acto seguido, sintetizaremos las consecuencias que este cambio de paradigma ha tenido tanto respecto del sistema de las órdenes de detención europea como en relación con el principio de confianza mutua, y, desde un punto de vista más amplio, las afecciones que esta transformación ha tenido sobre el *constitucionalismo europeo*. En sexto lugar, expondremos las conclusiones que hemos podido extraer gracias a la investigación doctoral realizada.

Para llevar a cabo esta labor será necesario adoptar una metodología compuesta, consistente en la intersección entre el *constitucionalismo crítico* y el *iuscomparativismo*, aderezados por un prisma *dinámico* en el análisis de los desarrollos histórico-políticos. Pasamos a exponer en qué consisten cada uno de estos tres ingredientes esenciales.

La mejor expresión del constitucionalismo crítico se halla en la obra del profesor Carlos de Cabo Martín (2014), en la que pone de manifiesto la necesidad de que la doctrina constitucionalista destierre las asunciones relativas a la neutralidad del Derecho, exprese la existencia del conflicto e intervenga en el mismo tomando partido –desde una perspectiva racional— con el objeto principal de compartir el conocimiento extraído para alcanzar una mejora en la sociedad (2014: 33 y 57). Siguiendo las palabras de este autor, hemos de descartar que el Estado de Derecho y, en concreto, el Derecho constitucional, sean conceptos de naturaleza *apolítica*, y, por el contrario, hemos de aceptar que pueden ser instrumentalizados por los intereses de aquellos que ostentan el poder y que, por ende, si los que nos gobiernan tienen como objetivo eliminar los obstáculos a la concentración del poder en sus manos, estos baluartes acabarán convertidos en meras fachadas vacías, únicamente presentes en un sentido formal.

Además del profesor De Cabo Martín, podemos encontrar en la doctrina otras voces autorizadas que apuestan por una aproximación crítica hacia el Derecho constitucional, como ocurre en el caso de Aragón Reyes (1987: 39), cuando advierte que «un concepto de Constitución cargado de *sentido* es el único que permite que el Derecho constitucional sea un conocimiento crítico, además de exegético, o sea, que pueda realizarse, desde el Derecho, la crítica al Derecho mismo»; Hesse (1992: 3-4), al determinar que más allá del concepto abstracto de Constitución –que es de utilidad para la Teoría de la Constitución, pero está «vacío de contenido» para el Derecho constitucional— es necesario exponer los rasgos de la «Constitución actual, individual y concreta»; Häberle (2004: 155), al precisar que «la ciencia jurídico-constitucional no puede degenerar en un mero *(post)glosador* de la jurisdicción constitucional»; o Alzaga Villaamil (2013: 76), cuando hace énfasis en la «permanente interconexión entre teoría y realidad» y concluye que el «realismo obliga a no reflexionar in vitro, sino admitiendo que no hay efectos sin causas y que estas con frecuencia residen en la dura realidad, que no nos podemos permitir el lujo de ignorar». No obstante, entendemos que es necesario ir más allá y precisar que el constitucionalismo crítico ha de entenderse necesariamente desde una perspectiva democrática.

Con todo ello no queremos decir que se deba prescindir de los análisis teóricos, sino que los mismos han de ser concebidos con carácter instrumental, como la plataforma que nos permitirá realizar aproximaciones críticas a estos contenidos normativos concretos. Los efectos que se van a derivar de este cauce metodológico en nuestro análisis se pueden resumir en la concepción de las categorías tradicionales del constitucionalismo –como es

el caso del Estado de Derecho— como instrumentos no consustancialmente neutrales y, por lo tanto, en la posibilidad de que los mismos sean utilizados torticeramente en pro de intereses contrarios al espíritu de la limitación del poder y la defensa de la democracia. Por lo tanto, habremos de atender a la teleología de las instituciones jurídicas y, a su vez, a la teleología de los actos políticos llevados a cabo por los que ostentan el poder, para determinar si el espíritu de las primeras está siendo respetado –o no— por los últimos.

Emplearemos como marco teórico para nuestra investigación el *constitucionalismo*, pese a que la Unión Europea sea una integración supraestatal, a causa de varias razones. Por un lado encontramos las posturas que aceptan totalmente que la integración europea ha de ser observada desde el punto de vista del Derecho constitucional[3], entre las que se encuentra la del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando subrayó –sobre la base de lo dispuesto en el asunto *van Gend en Loos*— que el hecho de que los Tratados hayan sido celebrados «en forma de Convenio internacional» no es un obstáculo para que sean considerados «la carta constitucional de una Comunidad de Derecho»[4]. Por otro, hallamos aquellas que sostienen que en el ámbito supraestatal no existe una Constitución[5]. Por nuestra parte, consideramos que lo acertado sería adoptar una posición intermedia en la que se consigan aproximar sendos extremos a través de una perspectiva más realista, pues, como bien apuntaba Darnstädt (2005: 234), «es una creencia vana […] la idea de que la Unión Europea, con o sin Constitución, no sea más que una alianza entre Estados soberanos». Se ha dado un paso más allá en la construcción de un ámbito de soberanía compartida entre ambas esferas, en el que tanto la Unión Europea como los Estados que la integran han ganado poder, la primera por la transferencia de los últimos, y estos como resultado del mayor peso político que han adquirido al unirse[6].

La mejor representación a este respecto radica en la obra del profesor De Cabo Martín (2014: 112) cuando determina que, si bien el concepto formal de Constitución no es trasladable al ámbito supraestatal por la vinculación histórica que tiene con el Estado, en realidad «sí cabe la aplicación de una serie de componentes o de lo que puede llamarse

[3] Entre otros, podemos citar los trabajos de Solozábal Echavarría (1995: 46; 2003: 64); De Vergottini (2006: 136); Tajadura Tejada (2002: 245), Häberle (2004: 168) o Cruz Villalón (2020a: 372).

[4] Dictamen del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1991, *Acuerdo EEE — I*, 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, para. 21.

[5] Maestro Buelga (2004: 146) realiza una crítica desde el punto de vista democrático por la ausencia de un verdadero debate constitucional sobre los valores de la integración económica; mientras Pérez Calvo (2004: 114) niega que los Tratados constitutivos sean una Constitución.

[6] Balaguer Callejón (2018: 7) indica que la integración supraestatal ha hecho posible que los Estados que componen la Unión Europea recuperen parte del poder que habían perdido a causa de la globalización.

elementos de constitucionalidad». Serán estos últimos, en el marco de la Unión Europea, los que servirán como eje para nuestro análisis sobre las afecciones de la transformación del principio de confianza mutua sobre el constitucionalismo europeo. Como veremos, destacarían la existencia de un centro de normatividad propio, un punto de referencia en cuanto a la legitimidad democrática diferente al de los Estados miembros, un catálogo de derechos fundamentales, el equilibrio institucional y la primacía del Derecho de la UE.

Respecto de la utilización de la metodología *iuscomparativista*, pese a que resulta obvio que al analizar el surgimiento de los regímenes iliberales en dos Estados miembros diferentes será necesario recurrir al Derecho comparado, hemos de precisar que el mismo también nos será de utilidad en otros ámbitos. La finalidad de esta disciplina se halla en la construcción de categorías conceptuales que nos permitan clasificar e individualizar las analogías y diferencias, teniendo en cuenta las peculiaridades propias de cada sistema (Pegoraro y Rinella, 2017: 38-39), y, como tal, no solo debe limitarse al marco estatal, sino que también ha de ser extendido a la estructura supraestatal, como recientemente ha propuesto Ragone (2021), a través de la construcción del *Derecho Comparado Europeo*[7]. La conveniencia de dicha extensión reside no solo en fortalecer las comparaciones y así llegar a mejores resultados en las dinámicas miméticas de los Estados, sino que, además, puede ayudar a robustecer las construcciones dogmáticas propias de la Unión Europea, como podremos comprobar en el caso del Estado de Derecho, pues, a través del uso de este nuevo *iuscomparativismo europeo*, el concepto podría quedar convertido en lo que denominaremos más adelante como *Unión de Derecho*.

Por la panoplia de tradiciones constitucionales que conviven en el ordenamiento jurídico europeo, entendemos que no basta con realizar un estudio comparativo al uso, sino que es necesario seguir una metodología más compleja, pero que se adapta mejor a las necesidades doctrinales de las categorías europeas. Consideramos que sería imposible identificar un punto de encuentro entre las veintisiete concepciones de conceptos clave, como el Estado de Derecho, sobre todo teniendo presente que algunos sistemas difieren en puntos esenciales, como ocurre respecto del control de constitucionalidad de las leyes, que no está presente en todos los Estados miembros[8].

[7] En el ámbito concreto del Derecho Constitucional, la perspectiva *iuscomparatista* ha sido analizada por Salvador Martínez (2008).

[8] Pues en el caso de los Países Bajos, la propia Constitución prohíbe el control de constitucionalidad, como se deriva del artículo 140, que establece que «las leyes existentes y otras disposiciones y decisiones

Teniendo en cuenta el contexto, lo más apropiado es utilizar un prisma teleológico, esto es, hallar la finalidad de las instituciones jurídicas, para tratar de aproximar la misma en el ámbito de la Unión Europea, pues de esta forma podremos disponer de instrumentos y conceptos que hayan sido adaptados a las especificidades de la estructura supraestatal. Así, podríamos evitar que ciertos términos e instituciones jurídicas resulten extraños a las tradiciones constitucionales en las que se insertan, y que las condicionalidades impuestas por la Unión Europea estén ajustadas a las características que distinguen a cada Estado, permitiendo un mayor pluralismo jurídico y, a su vez, reduciendo las posibles resistencias de los Estados miembros ante los trasplantes constitucionales.

En cuanto a la perspectiva histórica de naturaleza dinámica, consideramos que una construcción estática de las concepciones adolecería de un defecto estructural insalvable, enfrentándose a la misma disyuntiva que Zenón de Elea trataba de ejemplificar mediante la *paradoja de la flecha*[9]. A fin de poner a prueba la conceptualización del *movimiento*, realizaba el siguiente razonamiento: tomando en consideración que el tiempo se compone de una sucesión infinita de instantes precisos, si tras haber lanzado una flecha pudiésemos detener el tiempo, comprobaríamos que la flecha –como tal— permanece inmóvil en cada uno de ellos, por lo que su trayectoria no puede ser considerada como un movimiento, sino como una sucesión de lapsos temporales en los que la flecha está siempre en reposo. Siguiendo la argumentación del eleata, si únicamente estudiamos fotogramas separados de los conceptos jurídicos –configuraciones aisladas de estos en momentos concretos— estaríamos negando su movimiento.

Por ende, estamos obligados a adoptar un prisma dinámico en nuestra investigación. Somos plenamente conscientes de que dicho análisis es ingenuo como punto de partida, pues no es posible identificar el movimiento sin tomar en consideración, previamente, todas las posiciones que lo componen. Como consecuencia, para reconocer la dinámica evolutiva del Estado de Derecho y el constitucionalismo en el marco de la Unión Europea, hemos de exponer con detalle las diferentes etapas por las que estos dos han transitado, pero sin conformarnos con ese resultado, que supondría una sucesión de *lapsos* inmóviles,

---

que sean contrarias a una modificación introducida en la Constitución seguirán en vigor mientras no se provea al respecto conforme a la Constitución». Esto es compensado, como apuntaba Corstens (2017: 61), con la exacerbación de la naturaleza monista del ordenamiento jurídico respecto del Derecho Internacional, permitiendo la inaplicación de las normas nacionales que sean contrarias a Tratados que sean vinculantes.

[9] Para un análisis profundo de esta paradoja podemos acudir a la obra de Bernabé (2010: 166-169), donde se recogen y comentan los fragmentos de Zenón de Elea, siguiendo la terminología de Diels-Kranz, cuya fuente tradicional se encuentra en la *Fisica* de Aristóteles (239b5-240a18, Fragmento DK 29A25).

por lo que habremos de realizar posteriormente una síntesis integradora de todos ellos a través de la cual obtengamos su *movimiento*.

Como fundamento para este tipo de aproximación dinámica podemos recurrir a las afirmaciones de O'Donnell (1973: 3), Lucas Verdú (1975: 118), Macpherson (1982: 17), Weiler (1986: 343-344 y 347), Linz (1989: 11-12), o, más cercanos en el tiempo, Levitsky y Ziblatt (2018: 12), que representan esta problemática de una manera muy gráfica cuando afirman que «la Historia no se repite, pero sí rima». A este respecto no podemos olvidar que el devenir histórico no es un producto impersonal, sino que el mismo está influido por numerosos factores, tanto personales –que actúan deliberada o inintencionalmente— como naturales. Una de las consecuencias de este razonamiento –como nos advertía Closa (1994: 363) respecto de la integración europea— sería un aumento de la discontinuidad, que dificulta la capacidad predictiva de cualquier modelo teórico que se pretenda realizar.

A ello debemos sumarle el hecho de que los conceptos que analizaremos no están conformados por una dimensión única, sino que poseen una naturaleza multifactorial, como bien ha puesto de manifiesto Weiler (1986: 347) respecto del *supraestatalismo*, advirtiendo que no solo el concepto en su conjunto es de naturaleza dinámica, sino que cada uno de los elementos que lo componen pueden evolucionar en una dirección distinta. Se trata de un *dinamismo complejo*, que se ve intrincado más aún por la bidireccionalidad de la relación entre Tiempo y Derecho, en cuanto comprende la del *Tiempo en el Derecho* y la del *Derecho en el Tiempo* (De Cabo Martín, 2003: 15).

El principal obstáculo que los procesos de integración supraestatal se encuentran a la hora de configurar su arquitectura –generalmente— se corresponde con su carencia de soberanía *originaria*. Nacen como resultado de la voluntad expresa de los Estados que los componen y, como consecuencia, se crea una suerte de *purgatorio de la soberanía*. Aunque la asunción y ejecución de las competencias cedidas por los Estados al proceso de integración le corresponden sin duda a este último, respecto de la titularidad *originaria* hay en la doctrina una feroz discusión sobre el carácter definitivo o no de dicha operación. Pese a que el Brexit ha demostrado que sí es posible revertir el proceso de integración, entendemos que las dificultades que se han producido en el marco de dicho proceso han provocado que *de facto* se laminen las intenciones eurófobas –que no euroescépticas— en los demás Estados miembros.

Si utilizamos una aproximación *diacrónica* podemos comprobar con facilidad cómo el paso del tiempo ha colocado una serie de materias en el ámbito de las cesiones que son *cuasi irreversibles*, aquellas cuya competencia sería complicado devolver a los Estados; mientras que otras materias continúan aún en manos de los miembros que conforman los procesos de integración supraestatal, normalmente como consecuencia de la sensibilidad política tan notable que las caracteriza. Esta dualidad está provocando, al mismo tiempo, que los gobiernos de los Estados intenten aferrarse a los últimos resquicios de soberanía que el –cada vez más acuciante— fenómeno de la globalización les permite conservar.

Las materias afectadas por el principio de confianza mutua y, muy especialmente, el sistema de las órdenes de detención europea, como vía de cooperación judicial penal, comportan un terreno de una sensibilidad política elevadísima. Por ello, entendemos que resulta interesante centrarnos en este ámbito para entender la evolución de la integración europea y, en concreto, de su concepción del Estado de Derecho y el constitucionalismo, en su relación con la confianza mutua que actúa como principio vertebrador. Además, nuestra investigación no solo tiene en cuenta los efectos positivos de lo que se considera como un *momento constitucional europeo*, sino que también se refiere a la posibilidad de que esta transformación del principio de confianza mutua acabe desembocando en una *desintegración* del proyecto europeo.

CAPÍTULO I

CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA MUTUA

La manifiesta incompatibilidad de las integraciones supraestatales con un ambiente de desconfianza fue señalada con acierto por Kant (1998: 9-10) cuando hacía referencia –como uno de los artículos preliminares necesarios para alcanzar la *paz perpetua*— a la impertinencia de las hostilidades que imposibilitan la confianza mutua en la paz futura, así como –casi al finalizar de su obra— al trazar el vínculo existente entre la publicidad de las máximas y la supresión de la desconfianza hacia las mismas. Sin embargo, fue el ámbito económico donde verdaderamente se desarrolló el concepto de confianza mutua, como vemos en la Declaración Schuman realizada el 9 de mayo de 1950, que depositaba toda su esperanza en una integración de tipo funcionalista a partir de avances concretos en el plano económico, siguiendo el modelo de la *Zollverein* alemana del siglo XIX[10].

En este primer capítulo analizaremos la evolución del principio de confianza mutua: comenzaremos explorando sus orígenes en el ámbito económico y, más concretamente, en el seno del mercado interior; pasaremos a continuación con la extensión del mismo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ); seguiremos con su traducción en uno de los concretos instrumentos que servirá como eje para el estudio contenido en los capítulos posteriores (Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros); a continuación, expondremos los primeros pasos que se han producido en la transformación del principio a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE; y, por último, incorporaremos un apartado relativo a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre este principio, ya que la misma tendrá una gran relevancia cuando veamos los efectos –reales— de la transformación de la confianza mutua a través de la dimensión estructural de los derechos fundamentales en el Capítulo V.

[10] Tal y como señala Ploeckl (2010: 2), la *Zollverein* fue la primera unión consuetudinaria y supone, asimismo, la primera experiencia en la que se produjo la supresión de las fronteras interiores como resultado de los intereses económicos, que acabaron por superar las vicisitudes políticas.

1. El nacimiento del principio en el mercado interior

Aunque hoy en día el principio de confianza mutua recibe una mayor atención por el rol que juega en el ámbito de la cooperación judicial –en asuntos civiles y penales— entre los Estados miembros que conforman la Unión Europea, los orígenes del principio en el proceso de integración se encuentran en un escenario totalmente distinto.

El principal objetivo de la integración europea, al menos en el corto o medio plazo, se correspondía –además de con la paz en el continente europeo— con la creación de un mercado sin fronteras interiores entre los Estados que la componían. En este contexto, somos plenamente conscientes de que la economía solo puede funcionar si existe un grado suficiente de seguridad jurídica, y de que esta última solo existe cuando la confiabilidad del ordenamiento jurídico es complementada con los otros conceptos de ejecutabilidad, previsibilidad y aceptación (Lösing, 2002: 276-282). A través de un recorrido histórico, podemos comprobar cómo la confianza, que se ve representada en el mundo del Derecho a través de la seguridad jurídica, acabó convirtiéndose en un elemento imprescindible respecto del manejo de las expectativas en el ámbito de las transacciones comerciales[11], como puede incluso deducirse de la obra *La riqueza de las naciones*:

> *En suma, el comercio y la industria no pueden progresar en ningún estado donde no haya un cierto grado de confianza en la justicia. La misma confianza que predispone a los grandes comerciantes e industriales en condiciones normales a confiar sus propiedades a la protección del estado, los predispone en circunstancias extraordinarias a confiarle al estado el uso de sus propiedades* (Smith, 2011: 781).

Para alcanzar este tándem entre seguridad jurídica y confianza mutua existían dos opciones distintas: por un lado, la armonización sustantiva de las normas nacionales, y, por otro, el establecimiento de una presunción que supliera la ausencia de armonización. En un principio, se eligió la segunda, pero no por considerar que fuera la más idónea de las dos opciones, sino porque en aquel momento resultaba imposible alcanzar la primera debido a la ausencia de un centro de normatividad propio y compartido. Esta operación se realizó sobre la base de una –supuesta— identidad común que justifica la confianza mutua entre los Estados miembros (Lenaerts, 2015: 525).

[11] En este sentido, Sanz Rubiales (2000: 94) apunta que el ámbito material *natural* de la aplicación del principio de confianza legítima es, sobre todo, el derecho económico, ya que los operadores económicos requieren un marco jurídico lo suficientemente estable como para poder operar adecuadamente.

Sin embargo, pese a que en esta investigación centremos nuestra atención en el principio de confianza mutua, debemos ser conscientes de que el sistema no se configura, en la práctica, sobre la base del mismo, sino que este ha servido como fundamento para la articulación de una manifestación más concreta: el principio de reconocimiento mutuo. Este último implica en el ámbito del mercado interior la posibilidad de que los productos y servicios puedan circular en el espacio intracomunitario si cumplen las exigencias legales del país de origen con una incidencia nula o menor en la ley del país de destino (Guzmán Zapater, 2001: 406). No fue introducido de una vez en el Derecho de la UE, sino que este proceso puede dividirse claramente en dos tiempos: en una primera etapa fue planteado por el Tribunal de Justicia como una técnica de supresión de los obstáculos a la libertad de circulación –es decir, por la ausencia de armonización legislativa— de bienes y servicios, para más tarde consolidarse como uno de los principios estructurales para el correcto funcionamiento de la Unión Europea (Guzmán Zapater, 2001: 410).

En un primer momento el principio de reconocimiento mutuo se planteó respecto de la libre circulación de bienes o productos. Pese a que muchos sitúan su punto de inicio unos años más adelante, en realidad la confianza mutua se originó en el comercio bovino respecto de las medidas veterinarias que debían adoptarse, ya que en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Bauhuis* se determinó –sobre la base de una previa armonización a través de la Directiva 64/432/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1964, relativa a problemas de policía sanitaria en materia de intercambios intracomunitarios de animales de las especies bovina y porcina— que el «sistema se basa en la confianza que deben mostrarse los Estados miembros en lo concerniente a las garantías ofrecidas por los controles efectuados a la salida por los servicios sanitarios del Estado miembro desde el que los animales son exportados y, como consecuencia, que salvo las excepciones previstas por la propia Directiva, todo control suplementario impuesto unilateralmente por un Estado miembro sobre el ganado bovino y porcino destinado a la exportación a otro Estado miembro, bien por propia iniciativa, bien por responder a exigencias injustificadas de otro Estado miembro, constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa y todo gravamen exigido en tales casos es, por esta razón, incompatible con el Derecho comunitario»[12].

[12] Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 1977, *Bauhuis*, 46/76, ECLI:EU:C:1977:6, paras. 22 y 40.

Un par de años después y, en esta ocasión, respecto de un ámbito en el que no existía armonización previa, el Tribunal de Justicia dictó sentencia en el importantísimo asunto *Cassis de Dijon*[13]. Más allá de los aspectos concretos que contiene la citada resolución y del contexto en que se produjo la controversia jurídica que la originó, nos interesa que sobre la base de la confianza mutua –que existe entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros— se podía reconocer que los estándares de fabricación de ciertos productos eran equivalentes en todos ellos[14], por lo que estaría resumiendo la técnica del reconocimiento mutuo –según apunta la doctrina alemana— en la expresión popular de *Cerveza es cerveza, aguardiente es aguardiente* (*«Bier ist Bier, Schnaps ist Schnaps»*)[15].

En el ámbito de la libre circulación de mercancías, el principio de reconocimiento mutuo surgió para paliar la ausencia de una normativa armonizada en el plano europeo, de modo que consistía en la presunción por parte de los Estados miembros de que el resto de las normativas técnicas nacionales alcanzaban el mismo nivel de protección respecto de los intereses públicos perseguidos, pese a que los productos derivados que provenían de otros Estados miembros no cumplieran las normas específicas del Estado miembro de destino en cuestión. Este razonamiento teórico no tardó en extenderse –por una identidad de razón (Guzmán Zapater, 2001: 412)— al ámbito de la libre prestación de servicios, como se deduce fácilmente de la sentencia que el Tribunal de Justicia dictó en el asunto *van Wesemael*, así como en su desarrollo posterior a través del asunto *Säger*[16].

En el asunto *Cassis de Dijon* el Tribunal de Justicia impuso un deber *cualificado* de reconocimiento mutuo, entendiendo que dicho calificativo se deriva de la imposición de límites a la presunción de confianza mutua para evitar que el reconocimiento mutuo se produzca de forma automática; pero, en sentido contrario, esto suponía que el citado automatismo tampoco podría fundamentar la desconfianza entre los Estados miembros

[13] Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

[14] *Ibid.*, para. 15. Determina que «el concepto de «medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación», contenido en el artículo 30 del Tratado, debe interpretarse en el sentido de que también está comprendida dentro de la prohibición prevista por esta disposición la determinación de un grado alcohólico mínimo para las bebidas espirituosas destinadas al consumo humano, establecida por la legislación de un Estado miembro, cuando se trate de la importación de bebidas alcohólicas legalmente producidas y comercializadas en otro Estado miembro».

[15] Tal y como señala De Hoyos Sancho (2005: 809), haciendo referencia a la obra de Sabine Gleß (2004), «Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennug», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116, 353-367.

[16] Respectivamente, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 1979, *Ministère public y otros contra Van Wesemael*, C-110/78 y C-111/78, ECLI:EU:C:179:8; y de 25 de julio de 1991, *Säger contra Dennemeyer*, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331.

(Snell, 2016: 11). Si consideramos que el principio de reconocimiento mutuo opera sobre la base de una equivalencia –homogeneidad mínima— de las legislaciones nacionales, resulta razonable que la carga de la prueba –para demostrar la falta de equivalencia entre las legislaciones nacionales que regulen las condiciones del bien o servicio en cuestión— recaiga en las autoridades del Estado de destino, ya que las mismas son las que estarían generando –al rechazar la entrada del mismo— un obstáculo al comercio intracomunitario (Guzmán Zapater, 2001: 416-418).

La introducción del principio de confianza mutua y, como su traducción práctica, del principio de reconocimiento mutuo, no está exenta de contradicciones. Por un lado, la voluntariedad inherente al concepto habitual de confianza se ve transformada a través de su imposición por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como, por otro lado, el objetivo perseguido por su introducción puede convertirse en un obstáculo para el avance de la integración europea, ya que al salvar la ausencia de un grado suficiente de armonización –desagregando horizontalmente el ejercicio tanto de la autoridad nacional como del concepto de territorialidad— con la presunción de confianza, puede evitarse, precisamente, que los Estados miembros profundicen en la senda de la armonización (Rizcallah, 2019: 38-39). La razón de ser de la presunción de confianza mutua se halla, como bien señaló la *Editorial* de la *European Constitutional Law Review* (2006: 7), en el egoísmo (*self interest*) de los Estados miembros, pues pese a que las reglas individuales puedan ser perjudiciales y, por ello, sean vulneradas puntualmente, los Estados miembros son plenamente conscientes de que salen ganando si –con carácter general y a pesar de las vulneraciones puntuales— aceptan las reglas del juego[17].

Respecto del concepto de extraterritorialidad de las normas, Rizcallah (2019: 40) utiliza la definición de Brigitte Stern[18], que lo concibe como la aplicación de una norma más allá de las fronteras del Estado que la ha aprobado y distingue dos tipos principales: extraterritorialidad indirecta, cuando la norma doméstica es aplicada por las autoridades extranjeras; y extraterritorialidad directa, cuando la norma doméstica es aplicada por las autoridades nacionales más allá de las fronteras nacionales. En el caso de los principios de confianza mutua y, como resultado, su manifestación en el de reconocimiento mutuo,

[17] Es especialmente relevante el convencimiento de las autoridades nacionales, pues su cooperación es necesaria para que funcione el sistema de reconocimiento mutuo (Jiménez García, 2007: 779).

[18] Stern, B. (1986). Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit. *Annuaire français de droit international*, 32, 7-52.

la extraterritorialidad de las normas se presenta en su dimensión directa, ya que la norma nacional en cuestión sería aplicada por las autoridades del Estado miembro que la dictó, pero no se trataría de una extraterritorialidad pura, esto es, que se produce en todo caso, sino que sería de naturaleza condicionada, ya que se prevén determinadas excepciones y, por tanto, su funcionamiento estaría sometida al cumplimiento de una serie de requisitos (Rizcallah, 2019: 41).

Nos interesa destacar, a modo de resumen, que ante la ausencia de armonización y sobre la base de la confianza mutua, que se traduce en la presunción de cumplimiento del Derecho de la UE, se articula el principio de reconocimiento mutuo como técnica para hacer sostenible el mercado interior; y que, como consecuencia del gran éxito cosechado, este último ha acabado convirtiéndose en un pilar fundamental de la propia integración, abandonando su dimensión puramente instrumental para convertirse, por sí mismo, en un verdadero elemento estructural de la Unión, pero sin olvidar en ningún caso que la existencia del principio de confianza mutua se configura como requisito *sine qua non* para la operación del principio de reconocimiento mutuo.

Tras estudiar tanto el contexto en que se originaron como las implicaciones que han tenido los principios de confianza y de reconocimiento mutuos en el mercado interior, estamos ya capacitados para analizar la forma en que ambos han sido extrapolados en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles y penales.

2. La aplicación del principio en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

La aplicación analógica del principio de reconocimiento mutuo –extendiendo sus efectos desde el mercado interior hacia el ELSJ— tuvo lugar por iniciativa británica y, según apunta Lenaerts (2015: 525-526), se configuraba como una doble vía para superar la oposición de algunos de los Estados miembros a los avances en la armonización y, simultáneamente, mantener el equilibrio justo entre unidad y diversidad.

Es cierto que los principios de confianza y de reconocimiento mutuos comparten el mismo objetivo tanto en el ámbito del mercado interior como en el de la cooperación judicial en materia civil y penal. Esta finalidad común ha sido calificada por la doctrina italiana como una «fuga in avanti» ante la imposibilidad de conseguir la armonización (De Hoyos Sancho, 2005: 821), esto es, debido a la necesidad de avanzar en la integración se ha optado por un cauce alternativo –la presunción de cumplimiento del Derecho UE

derivada del principio de confianza mutua— en el que no sea necesario llevar a cabo con carácter previo la armonización. Por esta razón, ningún autor de la doctrina ha puesto en duda la naturalidad de su extensión al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), pero debemos ser conscientes de que existen una serie de diferencias entre sendos ámbitos que son esenciales para poder comprender con mayor profundidad las implicaciones que ha tenido su importación hacia el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. En definitiva, el hecho de que no existieran dudas en la doctrina no significa que su evolución haya resultado del todo pacífica. Debemos tener en cuenta que en un principio la cooperación en asuntos de justicia e interior –CAJI— no formaba parte del pilar comunitario y que, aunque hasta el Tratado de Ámsterdam no se produjo la comunitarización de este ámbito y se introdujo el nuevo concepto en el ámbito del ELSJ, la cooperación judicial y policial en materia penal continuaba perteneciendo al marco intergubernamental de la Unión (Ordóñez Solís, 2003: 456).

La primera diferencia se halla en el *resultado* que se persigue en ambos casos. Mientras que en el mercado interior el principio de confianza mutua fue incorporado para empoderar a los particulares frente al poder de los Estados[19], en el ámbito del ELSJ serán los Estados miembros los que ganan poder a través del principio de confianza mutua (Brower, 2016: 60-61). Dicho con otras palabras, la supresión de fronteras interiores en el plano económico permitiría que los residentes en España puedan comprar un producto francés sin ningún obstáculo, como resultado de la libertad de circulación de mercancías que implica la laminación de los aranceles interiores; pero esta supresión de fronteras, cuando es extendida al ámbito del ELSJ, supone que cada uno de los Estados miembros pueda extender más allá de sus fronteras su aparato judicial coercitivo. En definitiva, mientras que en el primer caso el foco es de naturaleza individual –o personal— y trae aparejadas una serie de ventajas para las personas que son afectadas por estos principios; en el segundo caso su naturaleza es colectiva –o pública— y su resultado se corresponde con la posible limitación de los derechos y libertades de las personas afectadas.

La segunda diferencia se encuentra en el *objeto*. En el ámbito del mercado interior simplemente hablábamos de beneficios económicos e, indirectamente, de comodidades en cuanto a la adquisición de bienes o servicios provenientes de otros Estados miembros.

[19] La idea se corresponde con la tesis principal de Poiares Maduro (2002), que considera que a través del principio de confianza mutua –y utilizando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea como ariete— las corporaciones privadas han sido un actor decisivo en la integración económica.

Sin embargo, en el caso del ELSJ los principios de confianza y de reconocimiento mutuos se desenvuelven respecto de asuntos mucho más delicados y, sobre todo, cuando se trata de la cooperación judicial en materia penal, nos encontramos en los ámbitos de la vida, la muerte, la libertad o la prisión (Hirsch Ballin, 2009: 10), así como se trata de sectores muy sensibles respecto de la soberanía de los Estados miembros, por ejemplo, a la hora de compartir los datos policiales. Por estas razones su aplicación en el ámbito del ELSJ ha de ser diferente de lo que hemos expuesto en relación con los asuntos *Cassis de Dijon*, *van Wesemael* o *Säger*.

La tercera diferencia es de carácter *temporal*: mientras que en el mercado interior el reconocimiento mutuo –basado en la confianza mutua— opera *ex ante*, es decir, antes de que se produzca el conflicto en que los operadores se ven involucrados; en el caso del ELSJ, debido a que son las resoluciones judiciales las que deben ser reconocidas por las autoridades nacionales de otros Estados miembros, el reconocimiento operaría *ex post*, esto es, una vez que el conflicto se ha producido (Guzmán Zapater, 2001: 426-427).

La cuarta diferencia se halla en la *actitud* que se le exige a los Estados miembros. En el caso del mercado interior se le requería a los Estados miembros una actitud pasiva, pues bastaba con que no obstaculizaran la libre circulación de bienes y servicios en el ámbito intracomunitario. Por el contrario, si queremos conseguir un ELSJ que funcione, no bastaría con esta actitud pasiva –de no obstaculización— sino que sería necesario, adicionalmente, que se produjera una cooperación estrecha y fluida entre las autoridades –sobre todo las judiciales— de los Estados miembros, por lo que en este ámbito los principios de confianza y de reconocimiento mutuos se caracterizarían por demandar una actitud activa de los Estados miembros (Brower, 2016: 60) en espacios que son, además, especialmente sensibles para la consideración tradicional de su soberanía.

La quinta diferencia radica en el plano de la *extraterritorialidad*. Como ya dijimos, en el ámbito del mercado interior la extraterritorialidad tendría una naturaleza *directa*, puesto que las normas domésticas eran aplicadas por las autoridades nacionales más allá de sus fronteras. Sin embargo, en el ámbito del ELSJ tendría una naturaleza *indirecta*, pues en este caso el reconocimiento mutuo implica una extensión del poder normativo de los Estados miembros más allá de sus fronteras y, como resultado, su Derecho penal va a ser empleado por autoridades extranjeras –del resto de los Estados miembros— a través de la aplicación de un instrumento de Derecho de la UE (Rizcallah, 2019: 42).

Las cinco diferencias ilustran a la perfección que este proceso de extensión, aunque presente bastantes similitudes, debe ser analizado teniendo en cuenta sus particularidades. Su objetivo coincide con el que hemos visto en el ámbito del mercado interior, esto es, esa *fuga in avanti* ante la imposibilidad –o la extrema dificultad— de la armonización, así como también son dos las posibles consecuencias de la implantación de los principios de confianza y de reconocimiento mutuos en el ELSJ: para los autores más *optimistas* esta operación se puede convertir en un «círculo virtuoso» de modo que, ante el éxito de la cooperación judicial basada en la confianza mutua, se alcance como consecuencia una aproximación de las legislaciones procesales y penales nacionales (Pisani, 2004: 676); pero también existen autores más *escépticos*, esto es, quienes entienden que el principio de reconocimiento mutuo resulta más atractivo para aquellos Estados miembros que se resisten a avanzar en la integración (Mitsilegas, 2016: 24) y, por tanto, este puede actuar como un verdadero elemento limitador –porque suprimen temporalmente la necesidad— de las posibilidades de alcanzar la armonización en el ámbito del ELSJ.

En este sentido, debemos considerar que la idea de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tuvieran que reconocer las decisiones que han sido adoptadas por sus homólogos en los demás Estados miembros parecía mucho menos intrusiva respecto de la soberanía nacional que la adopción de normas comunes sobre los procedimientos civil y penal. Por esta razón, podemos afirmar que la verdadera razón que se esconde tras la implantación del principio de confianza mutua –y, como traducción práctica del mismo, del de reconocimiento mutuo— como uno de los pilares sobre los que se fundamenta la Unión Europea no es la intención de profundizar en la integración, sino todo lo contrario, pues afloró como resultado de la resistencia que algunos Estados miembros presentaron ante la posibilidad de alcanzar un mayor grado de integración[20]. De todo esto se infiere, a su vez, una problemática democrática y constitucional de gran calado, debido a que la insuficiencia en el perfeccionamiento del proyecto europeo –su falta de completud— provoca la necesidad de acudir a remedos con una alto grado de afectación en las bases de legitimidad estatales, en las que sigue descansando la legitimidad última de la Unión a través del principio de atribución de competencias.

[20] Resulta bastante apropiado para ejemplificar esta resistencia la actitud de algunos de los tribunales constitucionales de los Estados miembros que, como veremos con detenimiento en el siguiente apartado, emitieron pronunciamientos en contra de las normas de transposición de la Decisión Marco 2002/584/JAI; y, de una forma más general, según analizaremos en el Capítulo IV, han intentado utilizar el concepto de *identidad nacional* como un límite frente a los avances de la integración europea.

Como consecuencia, y en contra de lo que podríamos haber pensado en un primer momento, el principio de confianza mutua no surge *por* la integración europea, sino que nace por la inexistencia de un suficiente grado de armonización legislativa y, por ende, entendemos que resulta imprescindible *para* que pueda producirse la integración europea. Esta distinción –entre *por* y *para*, sobre la que volveremos más adelante— nos sirve como punto de partida para constatar el marcado *carácter instrumental* con el que los principios de confianza y de reconocimiento mutuos fueron introducidos en la construcción de la integración europea.

El principio de confianza mutua fue concebido por primera vez respecto del ELSJ en el Consejo Europeo de Tampere en 1999, como resultado de una iniciativa británica anterior en el seno del Consejo Europeo de Cardiff en 1988 (Lenaerts, 2015: 525). Aunque desde un principio fue apuntada la necesidad de que la presunción de confianza mutua fuera acompañada de medidas que hicieran razonable su existencia, principalmente a través de la garantía de cierto grado de uniformidad mínima (Christou, 2010: 13); su posterior desarrollo ha diferido notablemente de la afirmación que acabamos de realizar, por lo que nos encontraríamos ante el acierto de las previsiones de los más *escépticos*.

Como resultado de esta operación la evolución del proceso de integración europeo pudo compatibilizar la pervivencia de una miríada de regímenes nacionales diferenciados con la posibilidad de introducir el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales, sobre la base de la presunción de que todos los Estados miembros respetarán lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea porque tienen unos valores compartidos, que actualmente están recogidos en el artículo 2 TUE.

Asimismo, debemos tener en cuenta que hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia continuaba perteneciendo a uno de los pilares extracomunitarios, lo que hacía aún más lejana la posibilidad de alcanzar un grado de armonización suficiente como para garantizar un *mínimo común denominador*. La reforma que se produjo a través del Tratado de Lisboa suprimió la estructura de pilares que hasta entonces había caracterizado a las Comunidades Europeas, produciendo lo que se denomina la *comunitarización* del ELSJ; y, como resultado, se produjo una ampliación de las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como sirvió para incluir de forma expresa el principio de reconocimiento mutuo en varios de los preceptos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

El Tribunal de Justicia ha desarrollado el papel del principio de confianza mutua en el ELSJ en asuntos como *Brügge*, *Rinau* o *N.S*. En los dos primeros el Tribunal confirmó la importancia del principio de confianza mutua como requisito previo –y fundamento— para el funcionamiento del sistema de reconocimiento mutuo[21], mientras que en el último de ellos rechazó la posibilidad de concebirlo como una mera derivación normativa del Reglamento Bruselas II bis[22], sino que, por el contrario, optó por configurarlo como un verdadero principio constitucional (Lenaerts, 2015: 526) (sic), señalando incluso que

> *se trata de la razón de ser de la Unión y de la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia y, más concretamente, del sistema europeo común de asilo, basado en la confianza mutua y en una presunción del respeto, por parte de los demás Estados miembros, del Derecho de la Unión, en particular de los Derechos fundamentales*[23].

Aparece aquí en escena, por tanto, la presunción –derivada de la confianza mutua— de que los Estados miembros están cumpliendo el Derecho de la Unión y, en particular, los derechos fundamentales[24].

Esta interpretación del principio de confianza mutua fue confirmada más adelante por el Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni*, donde se ponderó –en detrimento del estándar de protección del derecho a la tutela judicial efectiva previsto por el Tribunal Constitucional español—a favor de la uniformidad del Derecho de la Unión Europea,

[21] En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003, *Gözütok* y *Brügge*, C-187/01 y C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87, para. 33, señaló que «el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, con independencia de que se aplique a procedimientos de extinción de la acción pública en los que se prevea o no la intervención de un órgano jurisdiccional o a sentencias, implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente». En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2008, *Rinau*, C-195/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:406, para. 50, determinó respecto del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que «este se fundamenta en el concepto de que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario».

[22] Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000.

[23] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011, *N. S. y otros*, C-411/10 y C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, para. 83.

[24] Aunque lo expondremos con más detalle en el siguiente apartado, esta presunción ha provocado, por ejemplo, que en el caso de las órdenes de detención europea (ODE) su ejecución únicamente pueda ser denegada por los motivos que expresamente se han incluido en su normativa reguladora (Sánchez Frías, 2020: 178-179), esto es, en los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI.

utilizando como fundamento los principios de confianza y reconocimiento mutuos que la Decisión marco 2009/299 pretendía reforzar[25]; y fue expresada con mayor rotundidad en el Dictamen 2/13, donde el Tribunal de Justicia afirmó que:

> *dicho principio obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho*[26].

Lenaerts (2015: 535) ha señalado tres límites al principio de reconocimiento mutuo: mediante un ejercicio de ponderación, los beneficios derivados de la aplicación de este principio deben sobrepasar en gran medida el daño causado al particular en cuestión; también puede ser limitado como consecuencia del margen de apreciación que el Derecho derivado de la Unión le concede a los Estados miembros en su aplicación; y, por último, el propio ordenamiento jurídico de la Unión Europea puede referirse de manera expresa a situaciones en las que dicho principio deja de estar operativo. En relación con el tercero de estos límites, hemos de señalar que en su concepción primigenia solo algunas de las normas europeas que han desarrollado –a través de la creación de mecanismos concretos, como el sistema de las órdenes de detención europea— el principio de confianza mutua, incluían la vulneración –individual— de los derechos fundamentales entre las posibles causas de limitación. Como cuestión última de fondo a este respecto nos encontramos con el concepto de identidad nacional, puesto que ha sido esgrimido en numerosas ocasiones por algunos tribunales nacionales como un límite a los avances de la integración europea, como veremos más adelante[27].

---

[25] Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, para. 63.

[26] Dictamen del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la Unión al CEDH*, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, para. 191. En consecuencia, el Tribunal Constitucional español señaló en su sentencia 177/2006, de 5 de junio, FJ. 5.III, que «La Decisión Marco relativa a la orden europea de detención y entrega ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los Estados miembros no pueden ser sometidas a dicha exigencia». Sin embargo, esta afirmación categórica por parte de sendas instancias jurisdiccionales no ha logrado evitar que algunos autores malentiendan los principios de confianza y de reconocimiento mutuos, llegando a afirmar, como hace González-Cuéllar Serrano (2019: 316), que el «principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales no excluye, sino que presupone la reciprocidad».

[27] Como hemos indicado (Ragone y Barroso Márquez, 2022), hay distintas vertientes de la identidad: puede ser de naturaleza *individual* y pertenecer a un solo Estado miembro, en cuyo caso estaríamos ante el concepto de identidad nacional; puede predicarse de varios Estados miembros que compartan una serie de

Aunque el Dictamen 2/13 parecía imponer el principio de reconocimiento mutuo con un carácter casi automático (Mitsilegas, 2016: 31), debemos deslindar claramente el principio de confianza mutua del concepto de *confianza ciega*. Si adoptásemos esta última postura deberíamos establecer la presunción *iure et de iure* de que los Estados miembros están cumpliendo el Derecho de la Unión Europea y, especialmente, el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); pero desde su origen la confianza mutua está subordinada al establecimiento de determinadas salvaguardias[28], que no deben ser concebidas como una muestra de desconfianza, sino como una de las razones que hacen plausible este nivel de confianza (Storskrubb, 2016: 19). Asimismo, tras considerar que por configurarse como una limitación de las libertades personales el principio de reconocimiento mutuo se encuentra sometido a unas condiciones y límites estrictos en el ámbito del ELSJ, Lenaerts (2017: 811-812) apunta que les corresponde a las instituciones europeas fortalecer la confianza mutua que le sirve como fundamento a través de la armonización de las normas sobre derechos procesales básicos.

Si las instituciones europeas intentaran establecer con carácter automático –esto es, sobre la base de una presunción *iure et de iure* respecto del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea— el sistema de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales entre los Estados miembros, estarían a su vez olvidando el *telos* perseguido por la implantación del principio de confianza mutua, ya que esta se produjo como solución provisional para paliar la falta de armonización legislativa en este ámbito. La adopción de un estándar de *confianza ciega* supondría que la Unión Europea estaría tratando de resolver un problema –la ausencia de un adecuado nivel de armonización en el ámbito del ELSJ— siguiendo un cauce que, aunque a primera vista parece solucionar esta problemática, realmente, cuando es interpretado sistemáticamente –de manera integral, considerando las distintas

similitudes y, por tanto, configurarse desde una perspectiva *sincrética*, que se ha materializado a través del concepto de las tradiciones constitucionales comunes; pero también puede configurarse de forma *reactiva*, como ha sucedido en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha creado un factor identitario propio de la Unión Europea, cuando ha hecho referencia a «la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común» en la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento Europeo y Consejo*, ECLI:EU:C:2022:98, C-157/21, para. 145. Asimismo, debemos tener en cuenta que para realizar el proceso de síntesis de las tradiciones constitucionales comunes no se tienen en cuenta todos los Estados miembros, ni siquiera en la mayoría de los mismos, sino que el Tribunal de Justicia realiza un juicio evaluativo o comparación crítica (Ragone, 2021: 321). En cuanto a la dimensión individual, el ejemplo más conocido se encuentra en la postura del Tribunal Constitucional Federal alemán, que ha sido desarrollada en sentencias como *Omega*, *Maastricht I*, *Maastricht II* o *Lisboa*.

[28] En este sentido se han pronunciado, por ejemplo, Guzmán Zapater (2001: 431), que entiende que el reconocimiento automático no equivale a un reconocimiento sin condiciones; o de Hoyos Sancho (2005: 815), cuando determina que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales es cualquier cosa menos intocable.

peculiaridades que presenta— resulta debilitar la estructura institucional de la integración supraestatal al confiar totalmente su éxito a la buena voluntad de los Estados miembros. En un clima de cumplimiento generalizado de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea –lo cual resulta una verdadera utopía, como demuestra una mera ojeada al elevado número de recursos por incumplimiento que son presentados ante el TJUE— esta concepción –*ciega*— del principio de confianza mutua no podría tener objeciones; pero de esta forma la arquitectura institucional de la Unión Europea quedaría totalmente indefensa ante la más mínima resistencia por parte de los Estados miembros a la hora de cumplir con las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico europeo.

Tras la caracterización general del surgimiento del principio de confianza mutua y de su traducción en el principio de reconocimiento mutuo, debemos tener en cuenta que ambos han sido desarrollados de un modo diverso en los distintos ámbitos del ELSJ[29]. Sin embargo, en esta sede únicamente analizaremos lo que ha ocurrido en relación con las órdenes de detención europea (ODE), ya que este es el mecanismo concreto que ha protagonizado la reciente evolución de sendos principios en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin perjuicio de que también recojamos aquellas innovaciones que se hayan introducido en los demás ámbitos del ELSJ –como ocurre con el derecho de asilo— y que sean relevantes para entender la evolución del sistema ODE.

3. La concreción del principio: órdenes de detención europea

La orden europea de detención fue creada por la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002. Se configura como el instrumento mediante el cual las autoridades judiciales de los Estados miembros de la Unión pueden solicitar –a través de una vía de contacto directo entre ellas— que se detenga y entregue a una persona que se encuentre otro Estado miembro para que sea procesada o para proceder a la ejecución de una pena o medida de seguridad que implique la privación de libertad que se haya dictado en el Estado miembro que emita la orden de detención. En este sentido, el artículo 1.1 determina que la orden de detención europea (ODE) es «una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de

[29] Como bien ha puesto de manifiesto Bazylińska-Nagler (2021: 335), «los instrumentos jurídicos del Espacio Judicial Europeo prevén un grado variable de desarrollo de la confianza mutua», de modo que en ciertos aspectos alcanza un carácter absoluto, cuando no se permite que los Estados miembros se nieguen a cooperar a pesar de que el otro esté violando los derechos fundamentales. Esto ocurre, por ejemplo, en el ámbito del reconocimiento y ejecución de las decisiones de los tribunales civiles, o en materia de alimentos, derechos de visita y devolución.

una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad».

Como ha repetido en numerosas ocasiones el Tribunal de Justicia, el objetivo de esta Decisión Marco es

> *sustituir el sistema de extradición multilateral fundamentado en el Convenio europeo de extradición […] por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias penales, basado en el principio de reconocimiento mutuo*[30].

La introducción de este mecanismo, como ha señalado Fonseca Morillo (2003: 70), supone un «punto de no retorno» en la construcción del Espacio Europeo de Justicia, y fue adoptado durante la Presidencia española del Consejo (Ordóñez Solís, 2003: 476). Por la importancia que este sistema reviste, su implantación encontró reticencias *ex ante* por parte de algunos de los Estados miembros que no se mostraban del todo convencidos a causa de su marcado componente de automaticidad, como ocurrió en el caso de Italia; pero también encontró obstáculos *ex post*, ya que varios tribunales constitucionales de los Estados miembros resolvieron acerca de la constitucionalidad de las normas nacionales de transposición de la Decisión Marco 2002/584/JAI[31], un control que fue provocado por la ausencia de los motivos de denegación opcionales en dichas normas nacionales.

Sin embargo, la creación de las ODE también encontró una actitud colaborativa en otras instancias jurisdiccionales, como fue el caso del Tribunal Constitucional de Polonia, ya que pese a que dicho Estado miembro recogía en el artículo 55 de la Constitución una prohibición expresa de la extradición de sus ciudadanos y, como consecuencia, cuando se enjuició la constitucionalidad de la norma de transposición se vio obligado a declarar

[30] El para. 75 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, ha recogido una jurisprudencia ya consolidada, que fue establecida por primera vez en la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261, para. 28.

[31] Para un análisis detallado de la respuesta del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y de los Tribunales Constitucionales de la República Checa y de Bélgica, podemos consultar el excelente trabajo de Sarmiento (2008: 173-174), en el que distingue las aproximaciones seguidas por cada uno de ellos y determina que este planteamiento –control de la norma nacional de transposición, no de la norma europea— sirvió para evitar un conflicto directo o frontal en los términos de la saga *Solange*. Sin embargo, como bien ha puesto de manifiesto Iglesias Sánchez (2010: 175), salvo el caso del TCF de Alemania, los demás han tratado directamente la constitucionalidad de la entrega de sus nacionales, aspecto este que resulta impuesto –si bien con ciertas excepciones— por la propia Decisión Marco 2002/584/JAI, por lo que las sentencias de los Tribunales Constitucionales de la República Checa y de Bélgica supondrían un juicio «implícito» de constitucionalidad respecto de la propia Decisión marco.

–en la sentencia de 27 de abril de 2005— que era imposible proceder a la extradición, decidió asimismo aplazar los efectos de esta sentencia –durante unos dieciocho meses— para permitir que se produjera una reforma de la Constitución que resolviera el conflicto sin que se viera afectada –durante el tiempo que transcurriera hasta que esta culminara— la eficacia del sistema de las ODE (Bodnar, 2010: 43-44).

A continuación, como prueba de la naturaleza instrumental de las ODE –en línea con lo que hemos visto con carácter general respecto de los instrumentos derivados de los principios de confianza y de reconocimiento mutuos, que supone que su finalidad es servir como remedo hasta que se alcance un suficiente grado de armonización— vemos que el Tribunal de Justicia en el asunto *Advocaten voor de Wereld* determina que:

> *El reconocimiento mutuo de las órdenes de detención dictadas en los diferentes Estados miembros de conformidad con el Derecho del Estado emisor de que se trate exige la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros relativas a la cooperación judicial en materia penal y, más en particular, de las normas sobre los requisitos, procedimientos y efectos de la entrega entre autoridades nacionales*[32].

Para comprobar que el cauce procesal de las órdenes de detención europea no está caracterizado por un reconocimiento de tipo automático, sino que está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos y que, por tanto, la autoridad judicial receptora puede negarse a ejecutarla, basta analizar el contenido de la propia norma que las regula. La Decisión Marco contiene en su artículo 3 los motivos para la no ejecución *obligatoria* de las órdenes de detención europea, mientras que en su artículo 4 recoge los motivos para la no ejecución *facultativa* de estas.

El artículo 3 de la Decisión Marco determina que la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución *debe* denegar la ejecución de una ODE en los siguientes supuestos: la existencia de una amnistía que cubra el delito en el que se base la ODE, siempre que el Estado miembro de ejecución tenga competencia para perseguir dicho delito según su propio Derecho penal; la existencia de información suficiente para determinar que la persona buscada ya ha sido juzgada de forma definitiva y por los mismos hechos en otro Estado miembro, siempre que la condena ya haya sido o esté siendo ejecutada, o bien ya

[32] Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261, para. 29.

no pueda ser ejecutada en virtud del ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor; y la ausencia de responsabilidad penal por motivos de edad y respecto de los hechos en que se basa la ODE conforme al Derecho del Estado miembro de ejecución.

El artículo 4 de la Decisión Marco determina que la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución *puede* denegar la ejecución de una ODE en los siguientes casos: cuando el delito cometido no esté incluido de forma expresa en el artículo 2.2[33] de la Decisión Marco y no fueren constitutivos de delito conforme al ordenamiento jurídico del Estado miembro de ejecución, salvo algunas excepciones en materia tributaria y aduanera; cuando la persona objeto de la ODE ya esté siendo sometida por los mismos hechos que la motiven a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución; cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieren decidido no incoar o concluir la acción penal por la infracción objeto de la ODE, o bien cuando sobre dicha persona pese en otro Estado miembro una resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales; cuando el delito haya prescrito conforme al Derecho del Estado miembro de ejecución y los hechos sean de su competencia según su Derecho penal; cuando la autoridad judicial de ejecución disponga de información suficiente para concluir que la persona buscada ya ha sido juzgada en un tercer Estado por los mismos hechos siempre que, en caso de condena, esta haya sido ejecutada, esté en curso o ya no pueda ser ejecutada conforme a su ordenamiento jurídico; cuando la ODE tenga por objeto a un nacional o residente del Estado miembro de ejecución y dicho Estado se comprometa a ejecutar dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno; y cuando la ODE contemple infracciones que el ordenamiento jurídico del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo, o que dichas infracciones se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio.

Los motivos de denegación *facultativos* otorgan un margen de apreciación a los Estados miembros y, como consecuencia, estos son libres de transponerlos –o no— en su ordenamiento jurídico interno, así como también pueden limitar las situaciones en las que

[33] Este precepto contiene una lista de treinta y dos tipos delictivos en los que no se permite controlar la doble tipificación.

la autoridad judicial de ejecución puede denegar la ejecución de una ODE, teniendo en cuenta que en ningún caso la transposición de estos motivos *facultativos* puede realizarse de tal manera que –por limitar sus facultades de apreciación en cada caso concreto— imponga la obligación de denegar dicha ejecución, ya que si este fuera el caso «tendría como efecto transmutar la simple facultad prevista en el artículo 4 de la Decisión Marco en una genuina obligación, con la consiguiente transformación de la excepción que constituye la denegación de la entrega en una regla de principio»[34]. Por el contrario, cuando nos hallamos ante los motivos de denegación *obligatorios* que se hallan en el artículo 3 de la Decisión Marco la autoridad judicial de ejecución no dispone de este margen de apreciación al que nos acabamos de referir y, como resultado, deberá denegar la ejecución de la ODE siempre que concurra alguno de ellos[35].

La afirmación realizada en el asunto *X* –para. 47— trae causa de una jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que se remonta al asunto *Popławski* –y que a partir de entonces ha sido utilizada en casi todos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en relación con la orden de detención europea— en el que determinó que «la ejecución de la ODE constituye el principio, mientras que la denegación de la ejecución se concibe como una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta»[36]. En este sentido, aunque se encuentre matizado por el contenido de los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco, el reconocimiento mutuo sí que ha tendido hacia un funcionamiento de tipo automático en su configuración original[37]. Los argumentos que determinan este *cuasi automatismo* están contenidos en los artículos 2, 3, 4 y 8 de la propia Decisión Marco.

En relación con el artículo 2 debemos señalar que la existencia de una lista de delitos en los que no se permite controlar la doble tipificación introduce un claro elemento de automaticidad porque reduce la intervención de la autoridad judicial de ejecución[38].

---

[34] Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2021, *X (Mandat d'arrêt européen - Ne bis in idem)*, C-665/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:339, paras. 41-47, la cita corresponde al para. 47.

[35] *Ibid*., para. 48.

[36] Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2017, *Popławski*, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503, para. 19; sobre la base de lo establecido en la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, paras. 80 y 82 y jurisprudencia citada.

[37] Respecto del automatismo del sistema se han pronunciado, entre otros, autores como Mitsilegas (2012: 324), que se refiere a las características que lo provocan, o Mancano (2022: 4), que entiende que la existencia de motivos limitados para la denegación de la ejecución de una ODE refuerza la presunción de confianza mutua.

[38] El artículo 2.2, antes de enumerar unos treinta y dos tipos delictivos –entre los que se encuentran el terrorismo, la corrupción, la trata de seres humanos o la estafa— establece que «[d]arán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión marco

Respecto del artículo 8, que contiene los aspectos formales que debe cumplir la ODE[39], vemos que se establece como un formulario y, por ende, deja poco espacio para la intervención de las autoridades judiciales de ejecución. Finalmente, si los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco son analizados *a contrario sensu*, entendemos que la limitación de los motivos de denegación de las órdenes de detención europea supone en realidad que el régimen general –esto es, siempre que no estemos ante uno de los supuestos referidos en dichos preceptos— esté caracterizado por el deber de ejecución automática de las mismas como consecuencia de una fuerte presunción de cumplimiento del Derecho de la UE por parte de los Estados miembros, sobre la base de la importancia que el Tribunal de Justicia le ha otorgado al principio de confianza mutua. Pero, en relación con los artículos 3 y 4, no podemos olvidar en que el propio Tribunal de Justicia ha determinado en el asunto *Puig Gordi y otros* que «tales motivos [de denegación] tienen un alcance estrictamente limitado y, por lo tanto, solo permiten denegar la ejecución de una orden de detención europea con carácter excepcional»[40].

Partiendo de esta base, si añadimos a la ecuación la ausencia de la vulneración de los derechos fundamentales como motivo de denegación de la ejecución de las ODE, provocada por la presunción cuasi absoluta –derivada del principio de confianza mutua— de cumplimiento de los derechos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por parte de los Estados miembros, tal y como ha determinado el Tribunal de Justicia en el Dictamen 2/13; podremos comprobar en la práctica que el sistema sí está regido por un fuerte componente de automaticidad. Por ello, algunos autores han utilizado –para poder huir del concepto de confianza *ciega*, pero al mismo tiempo dar fe del *cuasi automatismo* propio de este sistema— el adjetivo calificativo *cualificada* para referirse a

y sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor».

[39] Como podemos apreciar en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 2016, *Bob Dogi*, C-241/15, ECLI:EU:C:2016:385, para. 63, donde se determinó que «si bien las citadas disposiciones de la Decisión Marco no permiten la existencia de ningún motivo de no ejecución distinto de los enumerados en ellas, no es menos cierto que dichas disposiciones se basan en la premisa de que la orden de detención europea de que se trate cumple los requisitos de regularidad de dicha orden previstos en el artículo 8, apartado 1, de la Decisión Marco». Sobre la base de esta afirmación, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2018, *IK (Ejecución de una pena accesoria)*, C-551/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:991, para. 43, ha concluido que «el incumplimiento de uno de esos requisitos de regularidad, cuya observancia constituye una condición de la validez de la orden de detención europea, debe tener como consecuencia, en principio, que la autoridad judicial de ejecución no dé curso a dicha orden de detención».

[40] Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2023, *Puig Gordi y otros*, C-158/21, ECLI:EU:C:2023:57, para. 74.

la configuración que el principio de confianza mutua adoptó tras la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Cassis de Dijon* (Snell, 2016: 11).

Tras la reforma efectuada por el Tratado de Lisboa, que asimiló en el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea la fuerza vinculante de la CDFUE a la de los Tratados, *podría resultar lógico* concebir que el siguiente paso sería la inclusión de la vulneración de los derechos recogidos en dicho instrumento entre los motivos que la Decisión Marco prevé para la negativa a ejecutar una ODE. Sin embargo, no solo nos encontramos a este respecto la ausencia de la modificación normativa que acabamos de apuntar, sino que, por el contrario, la tendencia opuesta fue confirmada poco después en el asunto *Radu*, cuando el Tribunal de Justicia consideró que la vulneración de los derechos de defensa de la persona objeto de una orden de detención europea no puede ser considerada como un motivo de denegación de su ejecución, sino que dicha negativa únicamente podría producirse bien como resultado de los motivos previstos por los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco, bien por el incumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 5, relativos a la prestación de garantías ante determinadas situaciones[41].

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado de una forma más explícita en el asunto *Aguirre Zarraga*[42]. Determinó que, sobre la base del «principio de la confianza recíproca entre los Estados miembros en cuanto al hecho de que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales […], corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen examinar la legalidad de dicha resolución a la luz de las exigencias impuestas, en particular, por el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales y el artículo 42 del Reglamento nº 2201/2003»[43].

[41] Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de enero de 2013, *Radu*, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, para. 39. Establece que «el cumplimiento de los artículos 47 y 48 de la Carta no exige que una autoridad judicial de un Estado miembro pueda rechazar la ejecución de una orden de detención europea dictada para el ejercicio de acciones penales porque la persona buscada no haya sido oída por las autoridades judiciales emisoras antes de la emisión de esa orden de detención». Asimismo, el parágrafo 36 establece que «con arreglo a las disposiciones de la Decisión marco 2002/584, los Estados miembros sólo pueden negarse a ejecutar tal orden en los supuestos de no ejecución obligatoria contemplados en su artículo 3 y en los casos de no ejecución facultativa enunciados en sus artículos 4 y 4 bis […]. Además, la autoridad judicial de ejecución únicamente puede supeditar la ejecución de una orden de detención europea a los requisitos establecidos en el artículo 5 de dicha Decisión marco».

[42] Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, *Aguirre Zarraga,* C-491/10, ECLI:EU:C:2010:828.

[43] *Ibid.*, paras. 69 y 70.

Algunos autores han calificado esta ausencia –la falta de inclusión de los derechos fundamentales entre los motivos de denegación de la ejecución de las ODE— como un *olvido irresponsable* por parte del legislativo europeo (Rodríguez Yagüe, 2020: 138). Para un contraste más evidente con esta postura, hemos utilizado de manera intencionada la expresión marcada en cursiva en párrafos anteriores: en efecto, si tenemos en cuenta de manera aislada la fuerza vinculante que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recibió del Tratado de Lisboa, *podría resultar lógico* concluir que el siguiente paso sería la inclusión de los derechos fundamentales entre los motivos para denegar la ejecución de una ODE. Sin embargo, debemos huir de los exámenes aislados y, por tanto, hemos decidido realizar una interpretación sistemática, que resulte conforme con los principios de unidad y coherencia que caracterizan al ordenamiento jurídico de la Unión Europea[44]. Como resultado de la interpretación sistemática, vemos que a pesar de que la CDFUE haya adquirido la misma fuerza vinculante que los Tratados constitutivos, hemos de considerar dos elementos adicionales en nuestro análisis, que harán desaparecer esta conclusión aislada y, del mismo modo, precipitada: en primer lugar, el artículo 51 de la Carta contiene un mecanismo de autolimitación que provoca que la fuerza vinculante de dicha norma no sea absoluta, sino que esté condicionada a que en el asunto concreto se esté aplicando una norma de Derecho de la Unión Europea; así como, en segundo lugar, establece que las competencias atribuidas por los Tratados a la Unión no pueden ser ampliadas por la vía de los derechos[45].

[44] Conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1 TUE, una de las finalidades del marco institucional de la Unión es «garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones», así como el artículo 7 TFUE completa esta afirmación, señalando que a la hora de velar por la coherencia, lo hará «teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos y observando el principio de atribución de competencias». De manera más específica en relación con el ordenamiento jurídico, el artículo 256.2.II TFUE le atribuye al Tribunal de Justicia la competencia para reexaminar las resoluciones del Tribunal General cuando exista un «riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión». El propio Tribunal de Justicia, cuando emitió el famoso Dictamen de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la Unión al CEDH*, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, para. 174, utilizó una expresión que más adelante adoptarían otras sentencias, produciendo una extensión de esta garantía, de modo que ya no solo caracteriza a la función de *reexamen* que acabamos de ver, sino que, con carácter general, «los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión». De manera más específica, pues se circunscribe a un ámbito concreto, el artículo 21.3.II TUE establece que «La Unión velará por mantener la coherencia entre los distintos ámbitos de su acción exterior y entre estos y sus demás políticas. El Consejo y la Comisión, asistidos por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, garantizarán dicha coherencia y cooperarán a tal efecto». Así, podemos observar que en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2016, *Parlamento/Consejo*, C-263/14, ECLI:EU:C:2016:435, para. 72, estableció que una de las traducciones de este precepto se halla en la obligación de información del resto de instituciones al Parlamento Europeo en virtud de lo dispuesto en el artículo 218.10 TFUE.

[45] Aguilar Calahorro (2021: 220-226) señala que «la eficacia de la Carta ha puesto en entredicho la naturaleza de la Unión hasta el punto de suponer un verdadero paso atrás en el proceso de integración

Asimismo, debemos tener en cuenta el canon hermenéutico teleológico, esto es, realizar la interpretación considerando la finalidad perseguida por el sistema de las ODE. En este sentido, el propio Tribunal de Justicia ha determinado en el asunto *Tupikas* que

> *la Decisión Marco 2002/584 ha de ser interpretada de tal manera que se garantice la conformidad con las exigencias del respeto a los derechos fundamentales de las personas afectadas, sin que por ello se ponga en peligro la efectividad del sistema de cooperación judicial entre los Estados miembros, del que la orden de detención europea, tal y como está establecida por legislador de la Unión, constituye un elemento fundamental*[46].

Salvo excepciones –y alguna que otra interpretación demasiado extensiva por parte del Tribunal de Justicia— estos límites han sido respetados por las instituciones europeas. Debemos ser conscientes de que una evolución distinta conllevaría una interpretación demasiado amplia del rol jugado por los derechos fundamentales y, como resultado, podría acabar suponiendo la vulneración del principio de atribución de competencias que –recogido expresamente en el artículo 5.1 TUE— se configura como un pilar basilar de la arquitectura institucional de la Unión Europea[47].

En consecuencia, no podemos afirmar sin más que esta situación trae causa de un *olvido irresponsable* por parte del legislador, sino que debemos matizar esta conclusión

---

europea y su particular naturaleza constitucional»; así como afirma que los principales obstáculos para la eficacia de la Carta que se derivan de las disposiciones generales que rigen su interpretación y aplicación son tres: la incisiva distinción entre principios y derechos (artículo 52.5 CDFUE), la limitación establecida respecto del principio de atribución de competencias y su ámbito de aplicación.

[46] Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de agosto de 2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:628, para. 63.

[47] Una hipotética ampliación competencial de la Unión Europea a través de la *vis expansiva* de los derechos fundamentales contenidos en la CDFUE, que al ser interpretados con demasiada flexibilidad pueden acabar penetrando en casi todos los ámbitos de la vida. Según ha establecido el artículo 5.1 TUE, «[e]n virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que estos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros». Como señala Viciano Pastor (2009: 96), para que los principios fundantes del Estado constitucional no sean vulnerados por la Unión Europea, «solo puede atribuirse el ejercicio de competencias constitucionales a una instancia supranacional si se respeta en su sistema institucional los principios constitucionales de división de funciones y de garantías democráticas en la elaboración de normas jurídicas de alcance general». El Tribunal de Justicia recordó en la sentencia de 13 de diciembre de 2001, *Parlamento/Consejo*, C-93/00, ECLI:EU:C:2001:689, para. 39, que las instituciones de la Comunidad sólo pueden actuar dentro de los límites de las competencias que les atribuye el Tratado; así como señaló en la sentencia de 14 de abril de 2015, *Consejo/Comisión*, C-409/13, ECLI:EU:2015:217, para. 64, que este constituye la expresión del principio más amplio de *equilibrio institucional* que es característico de la estructura institucional de la UE, teniendo en cuenta que la precisión sobre la relación entre principios, esto es, sobre cuál es el más *amplio*, ha sido realizada más adelante, en la sentencia de 6 de septiembre de 2017, *Eslovaquia/Consejo*, C-643/15 y C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, para. 146.

y señalar que, en realidad, se trata de una muestra de *auto limitación* o *self-restraint*[48], provocada por la consciencia de este último sobre las limitaciones que sufre el propio sistema sobre el que legisla[49]. De hecho, podemos ver que en la propuesta original que fue presentada por la Comisión Europea se preveía una *cláusula de salvaguarda* en el artículo 49.1, mediante la cual los Estados miembros podían suspender la aplicación de la Decisión Marco por lo que se refiere a los otros Estados miembros que violaran los derechos humanos fundamentales; pero esta suspensión tenía carácter temporal y cesaría en un plazo seis meses si no se producía la activación del mecanismo del artículo 7 TUE[50]. No obstante, este precepto –que estaba incluido en la proposición original y, por tanto, podía estar sujeto a cambios— desapareció durante el procedimiento legislativo. Para compensar esta modificación se decidió incluir en el texto definitivo de la Decisión Marco un precepto que no aparecía en la propuesta original, lo que se conoce como «cláusula de derechos fundamentales», en el artículo 1.3:

> *La presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea*.

Sin embargo, no podemos caer en la tentación de concluir que el problema se halla en la ausencia de esta pequeña modificación normativa, sino que debemos tener en cuenta que esta se configura como una deficiencia de tipo estructural, provocada por la ausencia

[48] La auto contención o *self-restraint* ha sido definida por Cruz Mantilla de los Ríos (2021: 350) como el «comportamiento seguido por parte de los órganos judiciales que se ubican en la cúspide de los respectivos sistemas judiciales integrados en el espacio jurídico europeo en virtud del cual deciden voluntariamente hacer un uso moderado de sus atribuciones». Selznick (1999: 37) ha determinado que una *cultura de la legalidad*, que supone una rutina de *respeto*, *self-restraint y deferencia*, es uno de los requisitos que no pueden faltar en un Estado de Derecho; así como Krygier (2018: 46-48) señala que la *moderación* (*temperance*), que ha sido considerada como una de las principales virtudes desde la antigua Grecia, incluía ya este concepto de *self-restraint*, analizándolo en oposición al concepto de *hubris*.

[49] Como hemos desarrollado en los párrafos anteriores, en el seno del proceso de integración europea los Estados miembros siguen siendo los *Señores de los Tratados* (*Masters of the Treaties*). Teniendo en cuenta los principios que, por el motivo señalado, rigen la arquitectura institucional de la Unión Europea, esta última no puede actuar con total libertad en su evolución, sino que se encuentra constreñida por la voluntad de los distintos Estados miembros a la hora de ceder competencias, pues sin ella sus posibilidades de actuación se encuentran limitadas por el principio de atribución.

[50] La Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros [COM(2001) 522 final – 2001/0215(CNS)] establecía en el artículo 49 que «Todo Estado miembro podrá, mediante declaración al Consejo y a la Comisión, decidir suspender la aplicación de la presente Decisión marco por lo que se refiere a otro Estado miembro en caso de violación grave y persistente en dicho Estado de los derechos humanos fundamentales en el sentido del apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la UE. Esta suspensión unilateral tendrá una aplicación temporal. Si el procedimiento contemplado en el artículo 7 del Tratado no se inicia en el plazo de seis meses, cesará el efecto de la suspensión».

de mecanismos efectivos de garantía de los valores europeos del artículo 2 TUE; así como por la inexistencia de un grado de armonización legislativa suficiente en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y que, cuando realizamos una consideración de tipo integral –en conjunto— de todos estos elementos podemos ver que –de facto— provocan que la efectividad del principio de confianza mutua se encuentre al albur de la buena voluntad de los Estados miembros y que, *a contrario sensu*, este resulte totalmente indefenso ante las vulneraciones que los mismos realicen de manera intencionada[51].

Esta situación es originada por lo que se conoce como *Paradoja de Copenhague* (*Copenhagen Dilemma*), que es provocada por el hecho de que más allá del momento de la adhesión a la Unión Europea, sus instituciones no cuentan con mecanismos efectivos para garantizar el cumplimiento de sus valores fundamentales en los Estados una vez han adquirido la condición de miembro (Tuori, 2016: 225)[52]. Halmai (2018a: 85) ha señalado que esta «debilidad» supone una desigualdad entre las condiciones previas a la adhesión y las obligaciones post-adhesión y que, sumando esto al pasado autoritario de las nuevas democracias consolidadas en los años previos a la gran adhesión que tuvo lugar en 2004, obtenemos las razones por las que el procedimiento del artículo 7 TUE fue reformado por el Tratado de Niza.

En relación con la problemática que adelantábamos, Kochenov (2016: 307) apuntó que resulta una «combinación potencialmente explosiva» cuando se da en una Unión basada en los principios de igualdad entre Estados miembros y de reconocimiento mutuo, este último como derivación directa del principio de confianza mutua. Basta por ahora con apuntar los riesgos existentes, pues las implicaciones de esta *peligrosa* combinación serán analizadas con detenimiento más adelante, cuando expongamos los efectos que el

[51] Debemos distinguir las vulneraciones *inintencionales* o *accidentales* de las vulneraciones *intencionales*. El primer tipo de vulneraciones se puede producir por diversos motivos, pero en todo caso se caracterizan porque no es la voluntad directa del Estado miembro que se produzca dicho incumplimiento; como ocurre, por ejemplo, cuando los Estados miembros carecen de la capacidad suficiente para transponer en plazo una directiva de las instituciones europeas o cuando una norma europea se aplica erróneamente por accidente. Por el contrario, las vulneraciones *intencionales* se caracterizan por traer causa de la voluntad directa del Estado miembro incumplidor que está totalmente en contra de una disposición del ordenamiento jurídico europeo. Hecha esta distinción, vemos con claridad que se pueden solucionar las vulneraciones *inintencionales* o *accidentales* a través de los cauces tradicionales del Derecho de la UE, pero los problemas surgen cuando el Estado miembro lo incumple de manera intencionada, por las razones que luego veremos, de modo que este tipo de vulneraciones será el que analizaremos en esta obra.

[52] Aunque esta afirmación pueda parecer demasiado categórica, comprobaremos en el Capítulo IV las limitaciones que los instrumentos europeos de defensa de los valores (de manera directa con el 7 TUE, y de manera indirecta a través de mecanismos como el recurso de incumplimiento del 258-260 TFUE o la cuestión prejudicial del 267 TFUE) encuentran ante el surgimiento de los regímenes iliberales.

choque entre iliberalismo y Estado de Derecho ha desencadenado respecto del principio de confianza mutua a través de la actuación más reciente de las instituciones europeas.

Para concluir este apartado debemos referirnos al concepto de «autoridad judicial» recogido en el artículo 6.1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, ya que el mismo es un concepto autónomo del Derecho de la UE. En este sentido, el propio Tribunal de Justicia ha dejado claro que «no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro el sentido y el alcance del concepto, pues el mismo exige una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe buscarse teniendo en cuenta a la vez el tenor de esta disposición, el contexto en el que se inscribe y el objetivo perseguido por dicha Decisión Marco»[53]. La importancia a la hora de determinar qué autoridades nacionales serán consideradas «autoridad judicial» reside en que solo ellas podrán emitir las «resoluciones judiciales» a las que se refiere el artículo 1.1 de la citada Decisión Marco y, por tanto, serán las únicas que podrán emitir una ODE. Por tanto, aunque «conforme al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, el artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco se refiere al Derecho de estos últimos, debe señalarse que esta remisión se limita a la designación de la autoridad judicial que tiene competencia para emitir la orden de detención europea» y, por tanto, «esta remisión no se refiere a la definición del concepto de «autoridad judicial» en sí mismo»[54].

4. Primeros pasos en la transformación del principio de confianza mutua

Debido a que hemos expuesto los orígenes del principio de confianza mutua en el ámbito del mercado interior, también hemos de referirnos brevemente a la transformación que el mismo ha sufrido en el plano económico, ya que resulta divergente respecto de lo que ha ocurrido en el ámbito del ELSJ desde una perspectiva temporal. El momento en que las instituciones de la Unión Europea adquirieron consciencia de la insuficiencia de las presunciones –que encuentran su fundamento directo en los principios de confianza y de reconocimiento mutuos— llegó mucho antes al plano económico como consecuencia

[53] Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, paras. 31 y 32.

[54] *Ibid*., para. 30. Para ilustrar las consecuencias de esta construcción teórica, podemos ver que en el para. 52 de este asunto se ha determinado que el concepto de autoridad judicial «debe interpretarse en el sentido de que un servicio de policía, como la Dirección General de la Policía sueca, no está comprendido en el concepto de *autoridad judicial emisora* a efectos de dicha disposición, de modo que la orden de detención europea emitida por éste para la ejecución de una sentencia por la que se impone una pena privativa de libertad no puede considerarse una *resolución judicial* a efectos del artículo 1, apartado 1, de la Decisión Marco».

de la crisis que tuvo lugar a partir de 2008 y, por este motivo, el principio de confianza mutua en los asuntos meramente económicos se ha visto acompañado, hace ya tiempo, de una serie de medidas correctoras, como serían la adopción de normas de armonización o la creación de autoridades de control comunes en el ámbito europeo (Snell, 2016: 14). Sin embargo, la ausencia de conflictos de gran calado –más allá de la existencia de ciertas problemáticas de pequeño recorrido— hasta hace poco tiempo respecto de este principio en el ámbito la cooperación judicial civil y penal ha provocado que en relación con las materias incluidas en el ELSJ –y con carácter general— este tipo de medidas correctoras haya brillado por su ausencia.

La primera de las iniciativas para incluir medidas correctoras en relación con los principios de confianza y de reconocimiento mutuos se corresponde con la reforma del Tratado de Lisboa, ya que este dio forma al contenido actual del artículo 82.2 TFUE:

> *En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. […].*
>
> *Estas normas se referirán a:*
>
> *a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros;*
>
> *b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal;*
>
> *c) los derechos de las víctimas de los delitos;*
>
> *d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.*
>
> *La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas*.

La principal característica de esta competencia de armonización es que se encuentra condicionada a la necesidad de que la norma aprobada facilite el reconocimiento mutuo en los términos establecidos en el primer párrafo. Por tanto, estaría concebida como una vía para afrontar la percepción de confianza mutua insuficiente en los sistemas de justicia penal de los distintos Estados miembros, pero exigiría que se cumplieran dos requisitos: la adecuación de la medida, de modo que esté acompañada de una suficiente motivación; y la existencia de pruebas relevantes, apoyadas en una base fáctica sólida, que muestren el nexo de causalidad entre la medida y el reconocimiento mutuo (Öberg, 2020: 45). Como resultado de la facultad contenida en el artículo 82.2 TFUE se han aprobado varias directivas que pretenden armonizar aspectos procesales básicos y, entre ellas, hallamos la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI; o la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio[55]. Además de las escasas medidas de corrección que han sido adoptadas, la mayor fuente de innovación respecto del principio de confianza mutua en el ámbito del ELSJ se halla en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido provocada, principalmente, por dos elementos fácilmente identificables: por un lado, las deficiencias que hay en el sistema penitenciario en algunos Estados miembros, que se ven traducidas en la existencia de unas condiciones de detención que pueden constituir tratos inhumanos o degradantes; y, por otro lado, las dificultades en la garantía de los derechos de defensa –derivados de los arts. 19.1.II TUE y 47 CDFUE, que contienen el derecho a la tutela judicial efectiva— que se han dado en varios Estados miembros a raíz de las reformas iliberales, ya que estas han ocasionado serias dudas sobre su respeto a la independencia judicial y –en general— al principio de separación de poderes.

Partiendo de esta base, las primeras sentencias del Tribunal de Justicia que pueden ser consideradas como un verdadero desarrollo de su jurisprudencia respecto del principio de confianza mutua fueron las dictadas en los asuntos *N.S.* y *Melloni*.

[55] A este respecto Öberg (2020: 41-43 y 47-50) ha puesto de manifiesto que las directivas no superan, respectivamente, el test de adecuación y el test de establecimiento del nexo causal (*relevant evidence*).

Debemos precisar que pese a que el asunto *N. S.* contenga un avance imprescindible en el ámbito del principio de confianza mutua, el mismo no está circunscrito al sistema de las ODE, sino que trae causa del sistema europeo común de asilo que está contenido en el Reglamento Dublín II[56]. En el citado asunto el Tribunal de Justicia determinó que «no cabe excluir que este sistema se enfrente, en la práctica, a graves dificultades de funcionamiento en un Estado miembro determinado, de manera que exista un riesgo importante de que los solicitantes de asilo, en caso de ser trasladados a ese Estado miembro, reciban un trato incompatible con sus derechos fundamentales»; y esto fue complementado más adelante, cuando señaló que «incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al *Estado miembro responsable* en el sentido del Reglamento nº 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 4 de la Carta»[57].

El contenido de sendos apartados ha sido calificado como la primera relativización experimentada por el principio de confianza mutua en el ámbito de la Unión Europea[58]. Aunque unos parágrafos más adelante ha determinado con claridad que esta presunción «según la cual los solicitantes de asilo serán tratados de manera conforme a los derechos humanos, debe considerarse refutable»[59], hemos de tomar en consideración que para ello se exige un umbral muy alto y, en consecuencia, no bastará cualquier vulneración. Pero, con carácter general, supone un verdadero punto de inflexión –pues representa el fin de la automaticidad— en la cooperación entre Estados miembros en el ámbito del ELSJ (Mitsilegas, 2012: 355-359). Para facilitar la tarea de la determinación del umbral de lo que constituye una deficiencia sistémica y, de esta forma, para refutar la presunción del cumplimiento del Derecho de la UE –y, más específicamente, del respeto de los derechos fundamentales— por parte de los Estados miembros sería de gran utilidad la activación

[56] Reglamento (CE) 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

[57] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y otros*, C-411/10 y C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, paras. 81 y 94.

[58] Aunque Arzoz Santisteban (2018: 120-121) indique que la primera relativización tuvo lugar en el asunto *Aranyosi y Căldăraru*, entendemos con Lenaerts (2015: 546) que esta se produjo en el asunto *N.S.*

[59] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y otros*, C-411/10 y C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, para. 104.

de las competencias recogidas en el artículo 82.2 TFUE, siempre y cuando se respeten los límites a los que antes hicimos referencia.

El asunto *N. S.* incorpora una aproximación de dos extremos que son problemáticos: por un lado, el hecho de que la protección de los derechos fundamentales en los distintos Estados miembros no es idéntica, sino equivalente (Cortés Martín, 2016: 827); y, por otro, la necesidad de preservar la eficacia de los mecanismos que se derivan de los principios de confianza y de reconocimiento mutuos. Para ello, se adopta una solución intermedia, de modo que esta presunción de protección equivalente –no idéntica— de los derechos fundamentales en los Estados miembros de la UE no puede ser destruida unilateralmente, por cada uno de ellos, ni siquiera sobre la base de principios de su derecho constitucional; pero no tiene una naturaleza absoluta, sino que podrá ser desvirtuada cuando se produzcan situaciones en las que «la garantía de tales derechos sufra una bajada tan relevante que no se pueda mantener la confianza» (Bustos Gisbert, 2017: 357).

Nos encontramos, por tanto, ante una prueba evidente de que la *confianza mutua* no debe ser confundida con la *confianza ciega*[60]. Como consecuencia, la presunción de cumplimiento del Derecho de la UE –y de los derechos fundamentales— que se deriva de ella no es *iure et de iure*, sino que es de naturaleza *iuris tantum*, por lo que podría ser destruida si se cumplen los requisitos que iremos viendo a lo largo de esta investigación.

Tras poco más de un año el Tribunal de Justicia dictó sentencia en el asunto *Melloni*, donde retomó la dirección que con carácter previo había sido marcada en el asunto *N.S.*; pero esta argumentación fue ensombrecida por la característica primacía de la que goza el ordenamiento jurídico europeo. El Tribunal de Justicia no rechazó en el asunto *Melloni* que el principio de confianza mutua pueda ser limitado en pro de la protección de los derechos fundamentales ante las deficiencias sistémicas, sino que, pese a que aceptó la posibilidad que acabamos de señalar, la condicionó al cumplimiento de los principios de primacía, unidad y efectividad del Derecho de la UE[61].

[60] En este sentido se ha pronunciado la práctica totalidad de la doctrina. Podemos citar, entre otros, los trabajos realizados por De Hoyos Sancho (2005: 831), Lenaerts (2015: 550), Von Bogdandy y Spieker (2019: 425) o Bazylińska-Nagler (2021: 337).

[61] La sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, establece en el para. 58 que «dicha interpretación del artículo 53 de la Carta [según lo dispuesto en el para. 56, que se refiere a aquella que autoriza de forma general que un Estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta] menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la

Sin embargo, a finales de 2014 el Tribunal de Justicia elaboró el Dictamen 2/13[62], cuyo contenido –que afirmaba tajantemente que únicamente se admiten excepciones ante *circunstancias excepcionales*— contrasta con los argumentos que acabamos de exponer, puesto que no recoge modulación alguna respecto del principio de confianza mutua y de la presunción de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

En primer lugar, ha identificado la justificación de la confianza mutua en la premisa de que los Estados miembros comparten los valores del artículo 2 TUE[63], y, poco después, se ha referido a los supuestos en los que puede refutarse esa premisa –la presunción de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros— limitándolos a aquellos en los que concurran ciertas «circunstancias excepcionales»[64].

De lo expuesto hasta ahora podemos concluir, en primer lugar, que el concepto de *deficiencias sistémicas* al que se refería el Tribunal de Justicia en el asunto *N. S.* sería un ejemplo de las *circunstancias excepcionales* a las que hacía referencia el Dictamen 2/13; y, en segundo lugar, que cobra más fuerza aún el entendimiento de la confianza mutua como una presunción *iuris tantum*. Como señala ilustrativamente Sliedregt (2007: 249), el mero hecho de que existan motivos para la denegación de la ejecución de las ODE, implica que «aún hay espacio para la desconfianza»[65]; y, si esto ya resultaba evidente en el caso de los motivos de denegación que son expresamente recogidos en los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, ha quedado más claro aún gracias a la posibilidad

Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado». Como bien apunta Ragone (2021: 312), esta sentencia es sintomática de la necesidad de articular mecanismos que permitan la coexistencia de diferentes identidades en el seno de un mismo marco jurídico.

[62] Dictamen del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la Unión al CEDH*, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

[63] *Ibid*., para. 168, que determina que «tal construcción jurídica se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que éstos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión Europea, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica».

[64] *Ibid.*, para. 191. Determina que «el principio de confianza mutua entre Estados miembros tiene una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores. Pues bien, dicho principio obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho (véanse, en este sentido, las sentencias *N. S. y otros*, C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865, apartados 78 a 80, y *Melloni*, EU:C:2013:107, apartados 37 y 63)».

[65] En el mismo sentido se han pronunciado Klimek (2015: 151) y Sánchez Frías (2020: 176).

de que la presunción de cumplimiento del Derecho de la UE sea refutada, aunque solo se permita cuando concurran *circunstancias excepcionales*.

A este respecto no solo se derivan consecuencias en un sentido negativo, esto es, en relación con los límites a la presunción de cumplimiento del Derecho de la UE por parte de los Estados miembros, sino que también se derivan consecuencias en un sentido más bien positivo. Con ello nos referimos al cambio de paradigma que supone el paso de un sistema que únicamente se enfoca en promover los intereses estatales –a través de un reconocimiento cuasi automático— a otro en el que también se tiene en cuenta el valor de los derechos fundamentales (Mitsilegas, 2016: 33), que supondría que el principio de confianza mutua deja de ser exclusivamente un elemento de divergencia para convertirse, además, en un elemento de convergencia a través de la armonización, como hemos visto. Para ello, entendemos que no solo hace falta alcanzar la armonización, sino que también es necesario instaurar mecanismos de control para asegurar la sostenibilidad y eficiencia de la confianza mutua (Wolff, 2013: 122) y, a tal fin, tanto las instituciones europeas como las autoridades nacionales –principalmente las judiciales— deberían adoptar una actitud proactiva en el fortalecimiento de la confianza mutua (Lenaerts, 2015: 550).

Más allá del valor que tiene el contenido literal de las dos sentencias y el dictamen, podemos extraer conclusiones adicionales. A la hora de conseguir una mayor precisión respecto de la definición de los conceptos señalados de *circunstancias excepcionales* y de *deficiencias sistémicas*, nos encontramos con una dificultad notable. Ninguno de estos términos ha sido desarrollado por las normas de derecho derivado y, como consecuencia, la respuesta debe ser obtenida a partir del derecho originario, esto es, de los Tratados, pero en esta fuente los «asideros jurídicos» tampoco son numerosos y, en consecuencia, la tarea de desarrollar qué se entiende por sendos conceptos le ha sido atribuida *de facto* al juez comunitario (Martín Rodríguez, 2016: 877-878). Por esta razón, sobre la base de la refutabilidad de los principios de confianza y de reconocimiento mutuo y, por ende, también de la refutabilidad de la presunción de cumplimiento del Derecho de la UE por parte de los Estados miembros, nos faltaría ver a continuación cómo ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estos conceptos de *circunstancias excepcionales* y *deficiencias sistémicas*. Sin embargo, pese a que la tarea de definición le corresponde indiscutiblemente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no podemos olvidar que el ejercicio de apreciación en el caso concreto no le corresponde a la citada institución, sino a los órganos jurisdiccionales nacionales (Lenaerts, 2015: 546) en tanto los mismos

se configuran a su vez como *jueces europeos*; y este reparto de las funciones ha sido calificado como la «apertura de la caja de Pandora» (Moraru, 2016: 41) por los evidentes riesgos de divergencia jurisdiccional entre los Estados miembros[66].

Esta senda fue confirmada poco después –y de forma más explícita— en el asunto *Jeremy F*, cuando el Tribunal de Justicia estableció que la «obligación» –por parte de los Estados miembros de respetar los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH o en su Derecho nacional, según lo dispuesto en el parágrafo 48 de la misma sentencia— «refuerza precisamente el grado de confianza elevado entre los Estados miembros y el principio de reconocimiento mutuo en el que se apoya el mecanismo de la orden de detención europea»[67]. La posibilidad de que se controle el cumplimiento de las garantías necesarias para evitar la vulneración sistémica de los derechos fundamentales, por tanto, no puede ser considerado como un obstáculo, sino que habría de configurarse como un requisito indispensable para la existencia del principio de confianza mutua[68]. La confianza no es un elemento consustancial a la integración europea, sino que esta debe «ganarse», y no podrá ser impuesta –*top-down*— por las instituciones europeas, sino que deberá ser preservada y provendrá del cumplimiento de los estándares comunes (Gerard, 2016: 78).

La dinámica jurisprudencial que estamos exponiendo sufrió un avance significativo con la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Aranyosi y Căldăraru*[69]. En ambos supuestos nos encontramos ante la detención de dos personas en Alemania que, previa solicitud de los correspondientes órganos jurisdiccionales, son objeto de una ODE. Los Estados miembros que emitieron las respectivas ODE fueron Hungría y Rumanía, ambos caracterizados por el deficiente nivel de las condiciones de detención existentes en sus centros penitenciarios[70], por lo que fue esta circunstancia la que, esencialmente,

[66] Si el Tribunal de Justicia determina que los encargados de resolver sobre la ejecución –o la falta— de las órdenes de detención europea emitidas por las autoridades judiciales de otros Estados miembros, sean las autoridades judiciales del Estado miembro que deba ejecutar dicha ODE, surge sin lugar a dudas la posibilidad de surjan divergencias respecto de los criterios que se utilicen por los tribunales nacionales de distintas nacionalidades; y esto, a su vez, podría acabar transformando el principio de confianza mutua en una verdadera *ley del talión* entre los Estados miembros, como veremos más adelante.

[67] Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013, *Jeremy F.*, C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358, para. 49.

[68] En este sentido se pronuncia Azpitarte Sánchez (2022: 13), cuando señala que la cooperación leal y, como derivación, los principios de confianza y reconocimiento mutuos, no pueden servir como una tesis legitimadora de la preeminencia constitucional de la Unión Europea, sino que son la consecuencia de esta.

[69] La sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

[70] Para poder realizar esta afirmación utilizamos como fundamento los datos que han sido recogidos por Rodríguez Yagüe (2018: 9): en el caso de Hungría ya existían condenas previas del TEDH a causa de las condiciones de reclusión inhumanas, como podemos ver en la de 10 de marzo de 2015, *Vargas y otros*

esgrimieron las autoridades judiciales de ejecución alemanas para activar el mecanismo de remisión prejudicial y plantear las respectivas peticiones ante el Tribunal de Justicia. Este último resolvió las cuestiones mediante la creación de una suerte de *doble juicio*, esto es, un examen dividido en dos fases consecutivas que sirve como guía de actuación para aquellos órganos jurisdiccionales que se planteen la denegación de la ejecución de una orden de detención europea como consecuencia de la posible vulneración sistémica de los derechos fundamentales de la persona objeto de esta en el Estado miembro emisor.

La primera fase de este examen consiste en la valoración del contexto existente en el Estado miembro emisor, por lo que su objetivo es determinar si realmente concurren las *circunstancias excepcionales* que mencionaba el Dictamen 2/13 como requisito para excepcionar el principio de confianza mutua. En esta misma línea –como adecuadamente recuerda el parágrafo 81 del asunto *Aranyosi y Căldăraru*— hemos de tener en cuenta que el considerando 10 de la Decisión Marco 2002/584/JAI establece que, debido a que el sistema ODE descansa en un grado de confianza elevado entre los Estados miembros, «su aplicación sólo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros», de los valores contemplados en el artículo 2 TUE[71], constatada por el Consejo en aplicación del apartado primero del artículo 7 TUE, y con las consecuencias previstas en el apartado segundo del mismo precepto.

Tras ello, supera esta afirmación señalando –en el parágrafo 88, utilizando como fundamento la jurisprudencia sentada en el asunto *Melloni* y en el Dictamen 2/13— que cuando la autoridad judicial tenga conocimiento suficiente como para entender acreditado un riesgo real de que se inflija un trato inhumano o degradante a las personas que sean encarceladas en el Estado miembro emisor de la ODE, «dicha autoridad deberá apreciar la existencia de ese riesgo a la hora de pronunciarse sobre la entrega a las autoridades judiciales del Estado miembro emisor de la persona que es objeto de una orden de detención europea». Asimismo, ha determinado –en el parágrafo 89— que para realizar dicha apreciación «la autoridad judicial de ejecución deberá basarse primero en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de

c. Hungría; y respecto de Rumanía también encontramos sentencias condenatorias del TEDH debidas a la sobrepoblación penitenciaria, como ocurre en las dictadas el 10 de junio de 2014 (*Voicu c. Rumanía*, *Bujorean c. Rumanía*, *Constantin Aurelian Burlacu c. Rumanía* y *Mihai Laurentiu Marin c. Rumanía*).

[71] Aunque el tenor literal se refiere a los principios contenidos en el artículo 6 TUE, debemos adaptar su contenido a las modificaciones terminológicas y de numeración experimentadas por dicho precepto.

deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión»[72]; y, respecto de los elementos que esta podrá utilizar para fundamentar dicha apreciación, hace referencia –aunque sin carácter excluyente— a las «resoluciones judiciales internacionales», utilizando como ejemplo las «sentencias del TEDH, así como las resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o las decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas». Entendemos que cuando se refiere expresamente a los informes elaborados por los órganos del Consejo de Europa, lo hace teniendo en mente la valiosísima labor realizada por la Comisión de Venecia[73], cuyos dictámenes sobre el Estado de Derecho han sido utilizados por las instituciones de la Unión Europea en la construcción dogmática de dicho valor fundamental de la integración[74].

Esta primera fase constituye un requisito *sine qua non* para que la autoridad judicial nacional transite hacia la segunda fase del *doble juicio*[75], ya que este avance solo tendrá lugar en aquellos supuestos en los que se constate la existencia de un riesgo real de trato inhumano o degradante como consecuencia de las condiciones de reclusión existentes (Rodríguez Yagüe, 2018: 54). Tras constatar que el contexto general del Estado miembro emisor de la orden de detención europea resulta desfavorable para la adecuada protección

[72] A través de esta afirmación el Tribunal de Justicia parece flexibilizar la naturaleza sistémica de las circunstancias excepcionales, ya que está admitiendo que pueda referirse a un grupo de personas o a un centro penitenciario en concreto (Martín Rodríguez, 2016: 883).

[73] Aunque nos referiremos a ella con su denominación común, esto es, como la *Comisión de Venecia*, debemos tener en cuenta que su denominación oficial es la de *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho* (*European Commission for Democracy through Law*). La denominación *Comisión de Venecia* no solo es la más habitual, sino que a nuestro entender evita cualquier tipo de confusión en relación con las instituciones de la Unión Europea, pues en su seno ya existe una Comisión Europea.

[74] Los documentos que sirven como referencia en este ámbito son los Estudios N.º 512/2009, de 4 de abril de 2011, CDL-AD(2011)003rev, *Report on the Rule of Law*; y N.º 711/2013, de 18 de marzo de 2016, CDL-AD(2016)007, *Rule of Law Checklist*. Pero su producción es muy prolija, pues cuenta con estudios sobre diversos temas, entre los que se encuentran la independencia del poder judicial [Estudio N.º 494/2008, de 16 de marzo de 2010 –CDL-AD(2010)004 (I)— y de 3 de enero de 2011 –CDL-AD(2010)040 (II)—]; los nombramiento judiciales [Opinión N.º 403/2006, de 22 de junio de 2007, CDL-AD(2007)028]; o el respeto de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho durante los estados de emergencia [Estudio N.º 987/2020, de 19 de junio de 2020, CDL-AD(2020)014]. Aunque resulta innegable la calidad de los trabajos elaborados por la Comisión de Venecia, algunos autores han criticado su falta de independencia a través de argumentos como la composición del Consejo de Europa, ya que del mismo son parte algunos Estados que no cumplen con los estándares mínimos señalados por su órgano consultivo, como puede concluirse si es analizada la independencia judicial (Sillen, 2019: 106); pero los defensores de la Comisión de Venecia señalan que el cauce procesal para la elección de sus miembros y el prestigio del que goza a nivel internacional este órgano dan fe de la independencia de sus integrantes (Tuori, 2016: 238).

[75] Esta construcción es formulada en sentido contrario en el para. 91 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, cuando señala que «la constatación de la existencia de un riesgo real de trato inhumano o degradante debido a las condiciones generales de reclusión en el Estado miembro emisor no puede, por sí sola, abocar a que se deniegue la ejecución de una orden de detención europea».

de los derechos fundamentales de la persona que es objeto de esta, «la autoridad judicial de ejecución aún deberá comprobar, concreta y precisamente, si existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá ese riesgo debido a las condiciones de reclusión previstas para ella en el Estado miembro emisor»[76]. Al respecto, hemos de subrayar la naturaleza *acumulativa* –y, por tanto, no alternativa— de estas dos fases del doble juicio (Wendel, 2019: 24), de modo en el ámbito del sistema ODE no bastaría con la constatación de la existencia de una deficiencia sistémica –la primera fase, en los términos del asunto *Aranyosi y Căldăraru*— ni con la certeza de que la entrega producirá una vulneración de los derechos fundamentales de la persona afectada por una –la segunda fase—, sino que deberán concurrir ambas para que el órgano jurisdiccional nacional de ejecución pueda denegar el traslado de la persona objeto de la ODE. Asimismo, debemos precisar que este doble juicio se predica del ámbito de la cooperación judicial en materia penal, pues a diferencia del mismo, en el caso del derecho de asilo el Tribunal de Justicia nunca ha exigido un doble juicio (Wendel, 2019: 25).

Por tanto, para que pueda denegarse la ejecución de una orden de detención europea es necesario que concurran los dos tipos de vulneraciones que distinguíamos más arriba. Como resultado, la existencia de una sola de ellas no podría en ningún caso –utilizando su configuración original— ser utilizada como fundamento para que la autoridad judicial de un Estado miembro deniegue la ejecución de una ODE: aunque existan deficiencias de tipo sistémico, estas no serían un óbice para la ejecución si en el caso concreto pueden garantizarse las condiciones de detención acordes con la dignidad humana y se cumplen las exigencias de la tutela judicial efectiva; y, del mismo modo, la posibilidad de que en el caso concreto estas garantías puedan ser vulneradas, no es suficiente para denegar la ejecución de una ODE si en dicho Estado miembro no existen deficiencias sistémicas, pues se supone que en este caso es posible la *autorreparación*, ya que se presume que el ordenamiento jurídico del Estado miembro que ha emitido la ODE cuenta con los medios suficientes –ordinarios, como la existencia de un sistema adecuado de vías de recurso— para remediar las vulneraciones cuando son de carácter individual o puntual.

Este doble juicio ha sido caracterizado por Rodríguez Yagüe (2020, 125) como una vía para «salvar la viabilidad» del instrumento, «limitando y reduciendo las posibilidades de denegación por la existencia del riesgo de sufrir condiciones de reclusión que no

[76] *Ibid*., para. 92.

puedan ser consideradas dignas». El verdadero mérito de esta sentencia se encontraría, como señala Arzoz Santisteban (2018: 120-121) en la formulación de una serie de pautas sustantivas, criterios metodológicos y obligaciones procedimentales que permiten que sea operativo el genérico estándar europeo relativo a los procedimientos de la ODE. Además, como ha señalado Sánchez Frías (2020: 182), debemos tener en cuenta que el doble juicio «no supone que el control del respeto de los derechos fundamentales se traslade de las autoridades judiciales del Estado miembro de emisión al Estado miembro de ejecución», sino que las primeras siguen siendo responsables de su garantía y protección[77].

En aquellos supuestos en los que la autoridad judicial encargada de ejecutar una ODE constate «que existe un riesgo real de que la persona que es objeto de una orden de detención europea sufra un trato inhumano o degradante […], deberá aplazarse la ejecución de esa orden, pero no abandonarse»[78].

Esta última afirmación –que ha sido realizada por el Tribunal de Justicia a partir de una interpretación analógica de la sentencia que él mismo dictó en el asunto *Lanigan*[79]— merece una consideración especial: supone que la existencia de deficiencias sistémicas en un Estado miembro en ningún caso puede implicar una completa laminación de la regla general de ejecución automática de las órdenes de detención europea, ya que esta innovación jurisprudencial opera como una suerte de suspensión de dicha regla general y, por esta razón, únicamente será aplicable durante el tiempo en que persistan las circunstancias –tanto las de carácter general, esto es, las deficiencias de tipo sistémico de la primera fase; como las circunstancias de tipo concreto e individual de la segunda fase— que han provocado la negativa a la ejecución.

El sentido de este aplazamiento –y no terminación— del procedimiento de la ODE se encuentra en que de esta manera se puede «continuar sujetando procedimentalmente esta situación e involucrar a Eurojust y al Consejo en su gestión, lo que puede confesarse

[77] La afirmación realizada por este autor ha sido confirmada unos años más tarde en la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2023, *Puig Gordi y otros*, C-158/21, ECLI:EU:C:2023:57, para. 54, que determina que «la garantía de los derechos fundamentales en el marco de un procedimiento relativo a una orden de detención europea es, ante todo, responsabilidad del Estado miembro emisor».

[78] *Ibid*., para. 98.

[79] La sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, *Lanigan*, C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, determina en el para. 38 que en aquellos supuestos en los que se produzca una demora de los plazos en relación con el procedimiento de ejecución de una ODE «el legislador de la Unión ha considerado que, en una situación en que no se hayan respetado esos plazos, se aplazará la ejecución de la orden de detención europea, pero no se abandonará». Esta interpretación analógica del contenido del asunto *Lanigan* ha sido calificada por Martín Rodríguez (2016: 884) como un recurso muy forzado.

como uno de los grandes aciertos de este pronunciamiento» (Martín Rodríguez, 2016: 885). Como consecuencia, podemos afirmar que la interpretación del Tribunal de Justicia al elaborar el *test bifásico* se encuentra influida con carácter principal por la naturaleza y los propósitos concretos inherentes al sistema de reconocimiento mutuo (Spano, 2021: 291).

Asimismo, en la senda marcada por el asunto *N. S.* el asunto *Aranyosi y Căldăraru* da un paso más, ya que este último otorga a los órganos jurisdiccionales nacionales un considerable margen de maniobra –inexistente en el primero— que incluso les permite la denegación de la ejecución de la ODE de manera directa, sin la necesidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (Bustos Gisbert, 2017: 356-357).

Queremos dejar claro que la única intención de este apartado –como su propio nombre indica— es introducir los primeros pasos que se han dado en la transformación del principio de confianza mutua y que, como hemos visto, se corresponden, por un lado, con la refutabilidad de la presunción de cumplimiento del Derecho de la UE por parte de los Estados miembros, y, por otro, con el reconocimiento de que la ejecución de las ODE puede ser suspendida cuando se den las *circunstancias excepcionales* a las que se refiere el Tribunal de Justicia en el asunto *Aranyosi y Căldăraru*, siempre que se cumplan las dos fases acumulativas del *doble juicio* contenido en dicha sentencia. En consecuencia, dejamos deliberadamente para más adelante las transformaciones que se han producido a este respecto tanto a través de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, como a través de su dimensión estructural u objetiva, pues para entender adecuadamente estos últimos progresos debemos antes estudiar otros elementos esenciales, como son el concepto de Estado de Derecho, el surgimiento de los regímenes iliberales en el seno de la integración europea, y la respuesta de las instituciones de la Unión Europea ante lo que se ha denominado como *crisis del Estado de Derecho*. Una vez que hayamos analizado con detenimiento todos estos elementos –en los Capítulos II, III y IV, respectivamente— estaremos capacitados para abordar –en el Capítulo V— la verdadera influencia de los recientes acontecimientos en relación con el principio de confianza mutua y en el sistema de las ODE y, con carácter más general, con el constitucionalismo europeo.

5. El principio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Para concluir este capítulo, realizaremos un breve repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) respecto de los principios de confianza

y de reconocimiento mutuos y sobre la ejecución de las órdenes de detención europea. Teniendo en cuenta el objetivo perseguido por esta obra, no nos parece del todo útil exponer aquí los extremos jurisprudenciales más concretos que el TEDH ha desarrollado, sino que resulta mucho más provechoso centrar nuestro análisis en el *doble juicio* que el Tribunal de Estrasburgo ha incorporado también en sus sentencias, para poder compararlo con el homólogo elaborado por el Tribunal de Luxemburgo. Consideraremos, asimismo, la posibilidad de que el TEDH controle el cumplimiento de los derechos contenidos en el CEDH por parte de las autoridades judiciales nacionales en el marco de los instrumentos que se derivan del principio de reconocimiento mutuo en la UE, concretamente las ODE, tanto si se deniega como si se procede a la ejecución de las mismas. Por tanto, debemos dejar claro que el objetivo de este apartado no es conocer el funcionamiento del TEDH, sino que será poder realizar propuestas de mejora en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sirviéndonos de los resultados del mismo.

El TEDH trató por primera vez la posibilidad de controlar el cumplimiento de la conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por parte de las decisiones de traslado adoptadas con base en el sistema de Dublín de la Unión Europea en el caso *T.I. c. Reino Unido*[80]. Sin embargo, únicamente podemos considerar el avance en el plano teórico, pues una vez había confirmado dicha posibilidad, el TEDH terminó declarando la inadmisibilidad de la demanda (Morgades Gil, 2015: 757). Por esta razón, hallamos el verdadero punto de inflexión en la sentencia dictada por el TEDH en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, donde señaló por primera vez que la presunción de que los Estados miembros de la Unión Europea respetan los derechos fundamentales –teniendo en cuenta que dicha presunción se configura como una derivación concreta del principio de confianza mutua— puede ser refutada[81].

El TEDH no solo confirmó lo anterior en *Tarakhel c. Suiza*, sino que, además, enfatizó el aspecto de la protección individual de los derechos humanos y, de esta forma, sirvió para evidenciar los límites inherentes a la aproximación del TJUE en este ámbito (Morgades Gil, 2015: 752). Determinó que la presunción de cumplimiento del artículo 3 CEDH podrá «ser refutada legítimamente cuando *existan razones fundadas para creer*

[80] Sentencia del TEDH de 7 de marzo de 2000, *T.I. c. Reino Unido*, ap. 43844/98, ECLI:CE:ECHR:2000:0307DEC004384498.

[81] Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, ap. 30696/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609, para. 340, donde determina que debido a las circunstancias concretas «la presunción de protección equivalente no es de aplicación en este caso».

que la persona cuyo traslado de vuelta se está ordenando se enfrenta a un *riesgo real* de verse sometida a un trato contrario a dicha disposición en el país receptor»; así como, posteriormente, señaló que esta afirmación «no exime al Estado en cuestión de efectuar un examen exhaustivo e individualizado de la situación de la persona afectada, ni de suspender la ejecución de la orden de traslado si se determina la existencia del riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes»[82].

De manera similar a lo que veíamos respecto del Tribunal de Justicia, el TEDH también ha establecido la necesidad de realizar un doble juicio al examinar la posibilidad de denegar la ejecución de una ODE, pero en este caso sería aplicado de forma inversa, ya que primero examina el carácter excepcional de las circunstancias del caso concreto (Sánchez Frías, 2020: 183) y, con posterioridad, tiene en cuenta el contexto general del Estado miembro emisor (Morgades Gil, 2015: 755).

La diferencia que acabamos de señalar tiene implicaciones respecto de la naturaleza que adopta la jurisprudencia de ambos sistemas. Mientras que el Tribunal de Luxemburgo ha construido sus sentencias desde un prisma *ELSJ-céntrico* y *objetivista*, priorizando la conservación del espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando como fundamento la importancia que posee el principio de confianza mutua y la presunción de cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y, en especial, de los derechos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales[83]; el Tribunal de Estrasburgo se caracteriza por una postura más *subjetivista*, puesto que prioriza la protección de los derechos humanos, en todo caso, sin que sea necesaria la concurrencia de una deficiencia de tipo sistémico, de modo que su jurisprudencia no solo ampararía aquellas situaciones en las que exista un riesgo fundamentado de violación del derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes como resultado de la ejecución de una ODE, sino que podría ser extendida a cualquiera de los derechos que son reconocidos por el CEDH (Morgades Gil, 2015: 761). Debemos tener en cuenta que esta postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se trata de una elección específica respecto de las ODE, sino que se deriva con carácter general de la naturaleza de este Tribunal, que desde sus orígenes se ha caracterizado por perseguir la defensa de los derechos fundamentales individuales y, por tanto, tiene una

[82] Sentencia del TEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, ap. 29217/12, ECLI:CE:ECHR:2014:1104JUD002921712, para. 104.

[83] Una construcción de tipo objetivo, en la que se prioriza la conservación del ELSJ sobre la base del principio de confianza mutua y la correspondiente presunción de cumplimiento del Derecho de la UE y, especialmente, los derechos recogidos en la CDFUE.

aproximación subjetivista a las controversias. Esto lo diferencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues su objetivo es el correcto funcionamiento de la integración y, por ende, se caracteriza por una postura funcionalista o, incluso, estructuralista[84]. Así, resulta lógico que mientras que el Tribunal de Justicia haya incorporado en el doble juicio un parámetro objetivista –las deficiencias sistémicas— para reforzar la confianza mutua, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no lleva en su ADN este funcionalismo, no haya atendido tanto a la cuestión estructural, sino que se haya enfocado realmente en el cumplimiento estricto de los derechos fundamentales en cada caso concreto.

Ello implica que pueden llegar a solaparse los dos niveles de protección –TJUE y TEDH— en el mismo ámbito territorial sobre la materia de las órdenes de detención europea y, como consecuencia, podrían surgir tensiones entre ambas instancias jurisdiccionales[85], que, en el peor de los escenarios, acabarían produciendo un colapso de la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que se ha construido sobre los cimientos del principio de confianza mutua (Moraru, 2016: 46).

Teniendo esto en cuenta podríamos plantearnos la posibilidad de invertir también el doble juicio en el ámbito de la Unión Europea, es decir, que el Tribunal de Justicia examine primero las circunstancias concretas del caso y, si concluye que en ese supuesto puede producirse una vulneración de los derechos fundamentales de la persona objeto de la orden de detención europea, compruebe tras ello si en el Estado miembro existen o no deficiencias de tipo sistémico. Sin embargo, entendemos que por la gran fortaleza que caracteriza a la presunción del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea entre los distintos Estados miembros esta inversión –del doble juicio— resultaría del todo fútil, puesto que no serviría de nada analizar en primer lugar las circunstancias concretas si para que la autoridad judicial que recibe la ODE pueda denegar su ejecución también es necesario que concurran las deficiencias de tipo sistémico.

Respecto de la posibilidad de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncie respecto del Derecho de la Unión Europea en el ámbito de la confianza mutua,

[84] Los sistemas nacionales estarían virando hacia una concepción más estructuralista o funcionalista, como podemos ver con la reforma del recurso de amparo en España, con la introducción del requisito de la *especial trascendencia constitucional*. Esto provoca una mayor conflictividad de nuestro país en el TEDH, ya que en este último aún se mantiene el paradigma liberal subjetivo de los derechos fundamentales.

[85] Aunque apostilla que es una suposición (*guess*), Brouwer (2016: 66) señala esta confrontación entre el TJUE y el TEDH como uno de los posibles motivos que provocaron el polémico Dictamen 2/13, que vio la luz tan solo un mes después de la sentencia del TEDH en el asunto *Tarakhel c. Suiza*.

debemos explicar en qué consisten tanto el *principio de protección equivalente* como la *presunción Bosphorus*.

El principio de protección equivalente encuentra su génesis en la sentencia *M & Co contra Alemania*[86], aunque este se ha popularizado a través de la sentencia *Bosphorus*[87], de la que ha obtenido su denominación más común como la «presunción Bosphorus». Supone la presunción *iuris tantum* de compatibilidad del Derecho de una organización internacional con los derechos que son protegidos por el CEDH siempre que la misma disponga de un sistema adecuado de mecanismos de control del respeto de los derechos fundamentales que garantice una protección equivalente[88]. Esto sería lo que ocurre con carácter general, pero en el caso concreto de la integración europea se configura como una expresión de respeto hacia el sistema de protección de los derechos fundamentales que existe en la UE, resultado de la constatación de que este último resulta *equivalente* al que está previsto en el CEDH, lo que supone que el TEDH no examinará las decisiones individuales que sean adoptadas por las instituciones de la Unión Europea desde la perspectiva de las violaciones de los derechos humanos (Bazylińska-Nagler, 2021: 326).

Sin embargo, en los últimos años el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha comenzado a reducir el alcance de la *presunción Bosphorus* y a crear una serie de cauces procesales mediante los que le resulta posible acceder, paulatinamente, a la evaluación del Derecho de la UE desde la perspectiva del cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Bazylińska-Nagler, 2021: 326). Podemos observar esta evolución a través del contenido de la sentencia *Avotiņš c. Letonia*, pues en la misma ha determinado que cuando los tribunales de un Estado miembro que sea al mismo tiempo miembro de la UE y parte del CEDH deban aplicar un mecanismo de reconocimiento mutuo establecido por el Derecho de la UE, deben darle pleno efecto a este «en los casos en los que no se considere que la protección de los derechos del Convenio es manifiestamente deficiente», pero en los supuestos en los que exista «una queja seria y fundada sobre una protección manifiestamente deficiente de los derechos del Convenio y esa situación no puede ser

[86] Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 9 de febrero de 1990, *M & Co c. Alemania*, ap. 13258/87.

[87] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda*, ap. 45036/98, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698.

[88] Para un análisis más profundo sobre la *presunción Bosphorus* podemos acudir a los trabajos de Cortés Martín (2016: 823) o Ballesteros Barros (2022).

resuelta por el derecho de la Unión Europea, dichos tribunales no pueden abstenerse de examinar tal queja por el solo motivo de que están aplicando el derecho de la UE»[89].

En definitiva, aunque los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se vean en la tesitura de decidir si ejecutan –o no— una ODE que claramente va a resultar en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona afectada por esta se vean obligados por el contenido de la Decisión Marco 2002/584[90] y la naturaleza acumulativa del doble test establecido por el Tribunal de Justicia en el asunto *Aranyosi y Căldăraru*[91], en la práctica habrán de tener en cuenta, adicionalmente, la necesidad de que se respeten los derechos contenidos en el CEDH. Por ahora nos quedaremos aquí, pues el desarrollo más reciente de la posibilidad que se anuncia a raíz de esta última sentencia del TEDH ha de esperar al Capítulo V, ya que para un adecuado entendimiento del mismo es necesario que analicemos –previamente— los recientes acontecimientos –relacionados con la crisis iliberal relacionada con el Estado de Derecho— que han provocado una nutrida evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la independencia judicial y la tutela judicial efectiva en el plano estructural de los derechos fundamentales.

[89] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia*, ap. 17502/07, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207, para. 116. «No obstante, debe verificar que el principio de reconocimiento mutuo no sea aplicado de manera automática y mecánica (véase, mutatis mutandis, *X c. Letonia* [GS], nº 27853/09, §§ 98 y 107, TEDH 2013) en perjuicio de los derechos fundamentales – lo cual, según ha subrayado también el TJUE, debe observarse en este contexto (véase, por ejemplo, su sentencia *Alpha Bank Cyprus Ltd*, mencionada en el apartado 48). En este sentido, cuando los tribunales de un Estado que es a al mismo tiempo Parte Contratante del Convenio y Estado miembro de la Unión Europea deben aplicar un mecanismo de reconocimiento mutuo establecido por el derecho de la UE, deben dar pleno efecto a dicho mecanismo en los casos en los que no se considere que la protección de los derechos del Convenio es manifiestamente deficiente. Sin embargo, si se plantea ante ellos una queja seria y fundada sobre una protección manifiestamente deficiente de los derechos del Convenio y esa situación no puede ser resuelta por el derecho de la Unión Europea, dichos tribunales no pueden abstenerse de examinar tal queja por el solo motivo de que están aplicando el derecho de la UE».

[90] Que no contiene ningún motivo expreso de denegación derivado de los derechos fundamentales más allá de lo dispuesto en el artículo 1.3.

[91] Pues se determina que la mera existencia de una vulneración de los derechos fundamentales no es significativa a los efectos de denegar la ejecución de una ODE si no existen deficiencias sistémicas, debido a la fortaleza de la presunción de cumplimiento del Derecho de la UE por parte de los Estados miembros, derivada del principio de confianza mutua.

CAPÍTULO II

EL ESTADO DE DERECHO COMO PRECONDICIÓN PARA LA CONFIANZA MUTUA

El segundo elemento esencial para nuestra investigación será el Estado de Derecho. Debemos detenernos a analizar en profundidad varios aspectos relativos a este concepto, pues nos servirán como base para que podamos entender, no solo los motivos por los que resulta posible que un sistema funcione sobre la base de la confianza mutua, sino también los peligros inherentes al surgimiento de los regímenes iliberales y, como consecuencia, las implicaciones que todo ello tiene respecto del adecuado funcionamiento del sistema, tanto por el mantenimiento de la confianza mutua como por sus implicaciones prácticas, esto es, de los instrumentos que se derivan del reconocimiento mutuo. Como tendremos la ocasión de comprobar en los siguientes capítulos, la conjunción de estos tres factores –Estado de Derecho, iliberalismo y confianza mutua— ha provocado un auténtico cambio de paradigma en el marco de los elementos de constitucionalidad europeos.

Por ahora comenzaremos con el estudio del Estado de Derecho. Somos conscientes de que a pesar de que se trata de un concepto utilizado de manera profusa por la doctrina, en realidad no es aprehendido de manera adecuada en muchas ocasiones. La principal causa para los defectos presentes en los estudios sobre el concepto de Estado de Derecho está en el relativismo, pues la mayor parte de los autores utilizan como punto de partida la concepción propia del sistema jurídico del que son naturales y ello, como resultado, enturbia cualquier intento de elaborar una institución jurídica susceptible de ser entendida por los demás y, por ende, de ser exportada a otros sistemas jurídicos, ya sean estatales o supraestatales. El principal objetivo del capítulo será arrojar algo de luz a este respecto y, por ello, nos centraremos en la delimitación del concepto, teniendo en cuenta su evolución y las problemáticas que la doctrina ha encontrado a la hora de teorizar sobre él; trataremos las dificultades que el mismo encuentra cuando se pretende adaptar a una estructura ajena a aquella para la que nació, esto es, su transposición del contexto estatal al supraestatal; desarrollaremos la interpretación que le han dado las instituciones de la Unión Europea, principalmente el Tribunal de Justicia; y, por último, enfocaremos nuestra atención en el

vínculo que existe entre el Estado de Derecho y la confianza mutua, respecto del cual determinaremos que se trata de una relación de naturaleza *simbiótica*, esto es, que ambos elementos se necesitan mutuamente para sobrevivir.

1. El concepto de Estado de Derecho

En el marco del análisis sobre el concepto de Estado de Derecho debemos comenzar señalando el marcado talante dinámico que tienen con carácter general las instituciones de los distintos ordenamientos jurídicos a lo largo del espacio y del tiempo. Este hecho, que se configura a la vez como la solución y el problema, supone en primera instancia la solución porque la razón de ser de las instituciones jurídicas se halla en su capacidad de crecimiento, actualización e innovación[92], pero al mismo tiempo se puede presentar como un problema de primer orden debido a que cuando en el marco del dinamismo social se intentan elaborar conceptos con un aparato intelectual basado en categorías tradicionales «solo se pueden captar *fantasmas*, *virtualidades*, o, como máximo, reflejos de un foco de luz ya extinguido» (De Cabo Martín, 2014: 9-10)[93]. En definitiva, en el plano temporal el concepto de Estado de Derecho es descrito como *moving horizon* (O'Donnell, 2004: 43), pues en su búsqueda de la limitación del poder –que como veremos a continuación es su objetivo principal— habrá de adaptarse a la forma que en cada momento este adopte[94]. En el plano espacial también nos encontramos ante una gran variedad de concepciones del Estado de Derecho en función de cada Estado, a causa de las diferentes experiencias históricas (Pech, 2009: 45) y –sobre todo— las diversas concepciones de la soberanía que imperaba en los mismos durante la etapa del liberalismo clásico (Baratta, 1977: 17)[95].

[92] Sentencia del Tribunal Constitucional de España 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, ECLI:ES:TC:2019:132, FJ 3.

[93] En esta misma dirección Fioravanti (2009: 27) evidencia que no se debe cometer el error de buscar «derecho» en la Edad Media utilizando como referencia las categorías propias del derecho moderno. Así, por ejemplo, Gowder (2016: 78) trata de abstraerse de los hechos institucionales y sociales contemporáneos para observar en la democracia ateniense algunas de las dinámicas propias del Estado de Derecho.

[94] De esta manera, García Pelayo (1983: 12) afirma que «[c]ada tiempo tiene que buscar, de acuerdo con sus realidades, la forma de orden que garantice óptimamente la administración responsable del poder». Asimismo, Gowder (2016: 38) determina que de la misma forma en que las normas pueden ver alterado su significado con el paso del tiempo, también la evaluación del Estado de Derecho puede variar con el tiempo.

[95] Esto ha provocado que aunque todos hablemos de Estado de Derecho, podamos distinguir algunas características específicas del *Rule of Law* americano que traen causa directa de su relación antagonista con el Estado y que lo diferencian, por ejemplo, de la configuración del *Rechtstaat* alemán, pues en este caso se optó por una relación simbiótica con el Estado (Rosenfeld, 2001: 20). Como apunta Pavone (2020: 670), el contexto espacial tiene un verdadero significado y puede provocar la aceptación y la evitación de ciertas prácticas constitucionales, por lo que los espacios geográficos se convierten en lugares socio-jurídicos que empoderan, limitan o constituyen el comportamiento.

Para tratar de salvar la indeterminación y mutabilidad –temporal y espacial— de los conceptos de Estado de Derecho que habitualmente se elaboran en sede doctrinal[96], trataremos de realizar un recorrido teórico que nos permita –en la medida de lo posible— abstraer todo rastro de relativismo y acuñar una definición del Estado de Derecho que sea capaz de resistir a los embates de *Kronos* y *Gea*.

La primera etapa de este recorrido se corresponde con la identificación del objetivo –*telos*— del Estado de Derecho. Tal y como han representado de una forma muy gráfica, desde que los grandes teóricos del constitucionalismo, como Bodin, Hobbes o Pufendorf, inventaron *la gran pistola* (*the big gun*), la tarea ha sido encontrar dónde esconderla para que nadie salga herido (Jakab, 2006: 376), en un intento por contener al nuevo *monstruo*, identificado con ese *Leviathan* hobbesiano que ha sustituido a la razón natural de Dios (Requejo Pagés, 2016: 66-67)[97]. Si bien es cierto que los instrumentos elegidos para tratar de contener el poder de los recién creados Estados han ido variando a lo largo del tiempo, con carácter general todos ellos han sumido sus raíces en el Derecho. Este vínculo con el mundo de lo jurídico está, por ejemplo, en la reformulación del rol de las instituciones[98], pero se encuentra de una forma más evidente en la introducción de la supremacía de las constituciones y, como resultado, su sofisticación con la introducción del control judicial de la legislación (Pinelli, 2011:13), ya que a partir de este momento no solo las relaciones entre ciudadanos, sino también las relaciones de estos con las autoridades, se encontraban limitadas por el poder del Derecho[99].

[96] Que están abocadas a una temprana desactualización en el plano temporal y a una falta de validez más allá de sus fronteras en el plano espacial (Da Silva, 2005).

[97] La nueva preocupación común por controlar el poder político, que ahora está en manos del hombre, encuentra como fundamento una percepción de la *falibilidad* y la *arbitrariedad* inherentes al ser humano (Grote, 2012: 12).

[98] Como ocurrió, por ejemplo, con la asignación del poder legislativo a los parlamentos para que se convirtieran en un baluarte frente a los dominios del poder ejecutivo. O, más directamente relacionado con la mejora de la posición del Derecho, con el reconocimiento del poder judicial como poder diferenciado, que según Caamaño (2022; 71-72) nació por la necesidad de *neutralizar* a los otros dos poderes –ejecutivo y legislativo— del Estado. Aunque en un principio los esfuerzos se enfocaron en crear un legislativo fuerte, que evitara que sufriéramos a manos de los demás, con la introducción del Estado de partidos y la confusión entre los poderes legislativo y ejecutivo sobre el centro gravitacional de los partidos políticos, se convirtió en una necesidad controlar a los poderes mayoritarios para no sufrir a manos de ellos (Krygier, 2006: 20), y la manera de relativizar esa vieja dicotomía orgánica –Parlamento y Gobierno— se halla en la permanente tensión dialéctica entre mayoría y minoría a través de los derechos fundamentales (García Roca, 2000: 64). Es en ese preciso instante en el que se crea el ideal tradicional del Estado burgués –liberal— de Derecho, que utiliza una perspectiva crítica y negativa frente al poder del Estado y, por tanto, centra sus esfuerzos en la protección de la ciudadanía frente a los abusos de poder de este último (Schmitt, 1996: 62).

[99] En este sentido se pronuncian, entre otros, Calamandrei (2016: 36); Aragón Reyes (1987: 34), cuando determina que el control se configura como un elemento clave de la Constitución en el Estado de Derecho democrático y social; Díaz (1963: 22), que identifica al Estado de Derecho como aquel Estado que

En cuanto a los cauces idóneos para alcanzar la limitación del poder, encontramos una panoplia de enumeraciones en la doctrina. La más representativa es la tradicional, donde se ha diferenciado entre la *división* y la *compartición* del poder (Sartori, 1999: 80), pero también encontramos propuestas doctrinales más variadas (Jakab, 2006: 377-382), donde se recogen técnicas como las de compartición (*sharing*), mistificación (*mystifying*), institucionalización (*institutionalising*), agente controlado (*monitored agent*), sustitución (*substituting*) o desarme (*disarmament*). A la hora de elegir uno o varios de estos métodos habremos de tener en cuenta las especificidades temporales y espaciales de cada sistema, y, por ello, entendemos que no solo es imposible, sino que también es poco recomendable, intentar determinar *a priori* –y de manera abstracta, sin referirse a un sistema concreto— un modelo idóneo de limitación del poder[100]. Hemos de ser conscientes de que el concepto dogmático del Estado de Derecho –cuya finalidad es la limitación del poder— puede ser la base de los análisis teóricos, pero en la práctica para determinar si las instituciones con las que cuenta un sistema concreto son efectivas –a tal fin— debemos atender también a las especificidades del contexto histórico, político, económico y sociológico en el que se insertan las mismas. Al mismo tiempo, sería imposible llevar a cabo este último análisis sin contar previamente con un concepto dogmático y abstracto del Estado de Derecho, por lo que ambas concepciones –la teórica general y la que es específica de cada Estado— se encuentran en realidad íntimamente relacionadas.

Una de las propuestas doctrinales más sugerentes es la de Barber (2013: 558-559), al hilo de la reflexión que hace sobre los mecanismos que sirven para que una institución se defienda frente al resto de las instituciones como una forma potencial de *autodefensa*, sin la intervención de un tercero que controle su relación. Los mecanismos de *autodefensa* se configuran como inmunidades o poderes conferidos a una institución que van más allá de los requisitos ordinarios de la separación de poderes, y los mismos se articulan como escudos (*shields*) para protegerse de las injerencias de los demás o como espadas (*swords*) para repeler o desalentar los ataques[101]. Más allá de las interacciones interinstitucionales

se encuentra limitado por ley; Alzaga Villaamil (2013: 79), que entiende que el control jurídico del poder es una de las «ideas nutricias» de todo Estado de Derecho; o Solozábal Echavarría (1981: 217), para quien la idea de libertad no debe hallarse en la buena voluntad del gobernante, sino en la habilidad para conseguir una estructura del poder tal que torne impracticable el despotismo.

[100] Respecto del principio de la separación de poderes, García Roca (2000: 42) apuntaba que se trata preferentemente de un «concepto empírico y cada época ha tenido sus peculiaridades y versiones».

[101] La propuesta de Barber ha sido comentada por muchos autores, normalmente en sentido positivo, como Kosar, Baros y Dufek (2019: 434), que tratan de adaptarla al concepto de *checks and balances* y, así, identifican los *checks* con las *espadas* y los *balances* con los *escudos*. La principal crítica que ha recibido

ordinarias –que según el autor se ven distinguidas por la cooperación—, existe otro tipo de interacción que está caracterizado por la existencia de fuerzas opuestas y que persigue, precisamente, provocar *tensión* entre las instituciones con el objetivo de disminuir su margen de error y de permitir que se vean limitados de manera justificada sus respectivos ámbitos de preocupación (Barber, 2013: 570-571).

Antes de continuar con los desarrollos más recientes del Estado de Derecho, como cauce para la limitación del poder a través del Derecho, debemos realizar una precisión. Aunque muchos autores diferencian entre las normas *neutrales* y las normas *parciales*, esto es, que han recibido una carga ideológica o axiológica[102], hemos de ser conscientes de que las normas jurídicas no son, ni pueden serlo aunque quieran, plenamente neutrales. La mejor representación teórica de esta problemática se encuentra en la obra de Waldron (2011: 25), quien afirma tajantemente que no tiene sentido asociar el Estado de Derecho con ningún constitucionalismo mitológico o representar la negación de que el mismo es una creación humana y, normalmente, producto de una deliberada manufactura, ya que el Estado de Derecho es, en definitiva, un ideal humano creado para instituciones humanas, no una fórmula mágica que de alguna manera evita el gobierno humano[103]. Tal y como

proviene de Sadurski (2019b: 21), que considera que la *autodefensa* institucional no resulta fácil de aplicar cuando una institución se ve amenazada existencialmente.

[102] Por ejemplo, cuando Loeweinstein (1979: 211) distingue las constituciones que han sido cargadas ideológicamente de aquellas constituciones que son ideológicamente neutrales o puramente utilitarias.

[103] Ya que somos conscientes de las críticas que puede recibir una afirmación tan incisiva como esta, fundamentaremos teóricamente la misma a partir de las voces autorizadas de nuestra doctrina. A través de la obra de Carl Schmitt podemos ver cómo el surgimiento del Estado de Derecho liberal a manos de la clase burguesa se produjo como una lucha política conducida desde el punto de vista de su interés económico (1996: 301); y, con carácter más general, que lo importante de los valores es determinar quién los establece (1961: 69), pues el que tiene el poder es el que decide sobre lo que es bueno y lo que es malo (1954: 14), de modo que es imposible valorizar sin realizar, al mismo tiempo, un proceso de desvalorización de otras actitudes que son consideradas carentes de valores (1961: 74). Más recientemente, Mattei (2003: 383) ha tratado de demostrar que el Estado de Derecho –junto a la democracia— es solo una forma retórica más de legitimación de una dinámica internacional de poder dada y es funcional a los intereses del gran capital; O'Donnell (2004: 43) dice que el verdadero significado de las normas está definido por las interpretaciones dominantes o autorizadas y que el Derecho, generalmente, es una condensación dinámica de las relaciones de poder y no solo una técnica racionalizada de ordenación de las relaciones sociales; Krygier (2006: 1) señala que quizá el Estado de Derecho también tiene su «lado oscuro»; Cossio (2007: 62-67) da fe de que habitualmente la selección de los elementos normativos del sistema se hace a conveniencia de los sujetos que se encuentran en una posición determinada; Pech (2009: 54) considera que el Estado de Derecho no es un concepto neutral, sino que este persigue un objetivo moral; el propio Waldron (2011: 4) ha puesto de manifiesto que los intereses de los que adoptan una concepción puramente formal del Estado de Derecho no son solo formalistas; Krygier (2012: 24), unos años después, ha calificado el Estado de Derecho como un concepto artificial y no como una entidad natural que espera a ser descrita; Requejo Pagés (2016: 17) ha apuntado que la normativización de la Constitución «nunca se ha tratado de un proceso intelectualmente desinteresado, si es que alguno puede serlo, sino de una empresa dirigida siempre a un fin tan material y prosaico como el ejercicio del poder»; así como Graver (2018: 321-322) considera que las instituciones son el resultado de la acción intencional de aquellos que son lo suficientemente poderosos como para imponer

afirma De Cabo Martín (2014: 46-47), debemos utilizar la teoría del discurso como la superación de la neutralidad del lenguaje, pues el mismo no es la expresión de un estado de cosas –utilizando la terminología de Noam Chomsky— sino que tiene una naturaleza intervencionista, debido a que «las reglas de producción del discurso jurídico son *reglas de designación*, en cuanto individualizan quiénes tienen la facultad del *ius dicere*».

Después de haber dejado claro que el Estado de Derecho no es un concepto neutral, se revela ante nosotros el hecho indiscutible de que ningún poder es inmune a su abuso[104]. De la misma forma en la que los Parlamentos –que en un principio fueron ideados como un freno al poder del Gobierno— perdieron su inmunidad funcional a raíz de la aparición de los partidos políticos, ya que en el Estado de Partidos al que se refería García Pelayo, cuando existen mayorías suficientes puede ocurrir que «la voluntad que promueve las decisiones atribuidas jurídicamente a tales órganos no radique en ellos mismos, sino en un centro decisorio institucionalmente extraño» (1991: 2020); no podemos dar por sentado en la actualidad que el Poder Judicial resulte –*per se*— ontológicamente bueno, sino que, por contra, hemos de ser conscientes de los peligros que se esconden tras un poder judicial *excesivamente* fuerte y, en consecuencia, habremos de imponerle límites análogos a los que en origen se idearon para el resto de los poderes del Estado[105].

En línea con la tipología de Barber que antes expusimos, no sería razonable otorgar demasiadas *espadas* a una de las instituciones del Estado, y mucho menos si a su vez le hemos retirado los *escudos* a las demás. Traducido al ámbito de la tradicional distinción entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, significa que ninguno de estos poderes puede ser el soberano[106] y ni siquiera sería convincente considerar soberano al Derecho, pues la soberanía en esencia no es un concepto jurídico, sino político (Leibholz, 1962: 7). La necesidad de limitación ya había quedado clara respecto del ejecutivo y el legislativo, pues por ella se crearon los *órganos constitucionales extrapoderes* (Bazán, 2010: 32-33),

---

su perspectiva y, de esta manera, mejorar su posición, haciendo que el pensamiento de los dominantes acabe convertido en el pensamiento dominante.

[104] Tal y como señala Loewenstein (1979: 28), aunque habitualmente se utilice «el concepto *poder* para designar un elemento objetivo del acontecer político sin ninguna cualificación ética; sin embargo, el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo». De igual manera, Krygier (2012: 243) ha subrayado que los peligros para los que el Estado de Derecho supone un antídoto son los abusos de poder, no solo los abusos de Derecho.

[105] Por lo que la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como límite para su acción, también está referida a los jueces (Aragón Reyes, 1996: 365).

[106] En este sentido se pronuncia Kriele (1980: 315), cuya obra ha sido reproducida poco después por Pedro de Vega (1985: 109) y, más recientemente, por Balaguer Callejón (2020).

como el Defensor del Pueblo o el Tribunal Constitucional, pero observamos más dudas respecto del poder judicial. Si partimos de que su principal mecanismo de *autodefensa*, en este caso como *escudo*, es la noción de *independencia judicial*, nuestro discurso se ve traducido en la necesidad de considerar que la misma no debe ser considerada como *prius*, sino como otro más de los instrumentos de limitación del poder[107]. Como consecuencia, no puede considerarse absoluta, ni siquiera como un concepto de *más es mejor*, sino que «existe una cantidad correcta de independencia judicial» (Moliterno y Čuroš, 2022: 121).

Es poco probable que la «entronización» del poder judicial haya sido un resultado buscado por el constitucionalismo democrático (Ahumada, 2022: 155), pero poco a poco, paulatinamente, ha ido ganando importancia a los ojos de la ciudadanía gracias a lo que, de manera gráfica y certera, Caamaño (2022: 83) ha calificado como el «casco de Hades» de la independencia, que tiene la facultad de convertir en invisible a aquel que lo porta. Entendemos que la *invisibilidad* del poder judicial trae causa de la concepción del mismo como un poder *contramayoritario* y, por ende, que es afín a los intereses de las minorías. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues no existe una *conexión motivacional* para que las proteja, por lo que puede darse el caso de que lo haga, pero también puede ocurrir justo lo contrario; además de que los términos de la dicotomía entre mayoría y minoría para la que este poder fue concebido en un principio no se corresponde con los extremos de esta en la actualidad[108]. De nuevo, Barber (2013: 577) nos indica que la clave se encuentra en que –pese a que existan fricciones entre las instituciones y estas cuenten con cierto grado de protección frente al resto— los mecanismos de autodefensa aseguren que el potencial antagonismo que se produzca no tenga efectos destructivos.

En definitiva, no vale con identificar a los políticos con seres demoníacos y a los jueces como salvadores angelicales. Debemos concebir a todos ellos como personas y, como tales, capaces de actuar de manera bondadosa o diabólica en función del contexto,

[107] Para mostrar la naturaleza instrumental de la independencia judicial, Sadurski (2019b: 14) apunta que esta no es valiosa por sí misma, pues si se combina, por ejemplo, con la *impotencia judicial*, no supone un beneficio para la sociedad. En sentido contrario, entendemos que si la independencia se combina con la *omnipotencia judicial* tampoco obtendríamos un resultado deseable, puesto que, como bien ha advertido Caamaño (2022: 86), es posible que se den situaciones de *abuso de independencia*.

[108] En este sentido, Gargarella (2022: 226-231) expone de manera extensa que los orígenes del poder judicial como institución protectora de los intereses del grupo minoritario –en el caso de Estados Unidos— debe ser entendida en un contexto temporal en el cual la minoría estaba conformada por aquellos más ricos, mientras que el grupo mayoritario –cuyos intereses le correspondía proteger al Congreso— se correspondía con la población no tan pudiente. Sin embargo, en la actualidad existe una mayor heterogeneidad social y las minorías normalmente son asociadas con los grupos más desaventajados.

por lo que nuestra tarea como constitucionalistas deberá enfocarse en tratar de diseñar las instituciones jurídicas lo mejor posible para que estén preparadas ante la posibilidad de que los encargados de utilizarlas deseen contravenir los fines originales de las mismas.

Tras exponer que la finalidad del Estado de Derecho es limitar el poder y determinar que esto es extensible a todos los poderes, el siguiente paso en nuestro recorrido teórico será analizar las distintas adjetivaciones que han acompañado al Estado de Derecho a lo largo del tiempo. Podemos encontrar sus calificativos no solo en los trabajos doctrinales, sino también en los distintos textos constitucionales, y, de entre ellos, centraremos nuestra atención en los Estados de Derecho *liberal*, *social*, *democrático* y *constitucional*[109].

Pese a que sigamos el orden que acabamos de indicar, hemos de ser conscientes de que el surgimiento del Estado liberal de Derecho en el continente europeo se corresponde con una maniobra política –intencionada— cuyo objetivo era obstaculizar la introducción de la supremacía constitucional –y, por tanto, del Estado constitucional de Derecho— que se impuso mucho antes en el caso de Estados Unidos, tal y como confirmó más adelante la famosa sentencia *Marbury vs. Madison*.

El Estado *liberal* de Derecho fue el primero en surgir y, a su vez, es el que resulta más problemático en la actualidad. Sus orígenes se hallan en la revolución –de la clase— burguesa en su búsqueda por una estabilidad jurídica que les asegurara la estabilidad en el plano económico, por lo que estaba centrado en la instauración de una libertad absoluta, sin injerencias del poder estatal y capaz de satisfacer la aspiración al bienestar individual (Fioravanti, 2009: 98); pero esta libertad ha sido definida por Macpherson (1982: 9-10) como la «libertad de los fuertes para aplastar a los débiles mediante la aplicación de unas normas de mercado». La libertad contractual y la igualdad jurídica permitían instaurar de manera progresiva un sistema económico basado, en realidad, en la dominación de unos sobre otros, pues estos principios tan loables escondían tras su formalidad la desigualdad real dominante. Huelga decir que este no es el concepto imperante actualmente y, por ello, cuando hablemos del Estado liberal de Derecho contemporáneo no podemos utilizar sin más esta adjetivación, sino que, en cambio, hemos de adaptarla a las transformaciones políticas, sociológicas e históricas que han acaecido desde entonces.

[109] Bastaría con acudir al artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978, que establece que España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho*.

Aunque suele estar representado como su continuación, debemos subrayar que el Estado *social* de Derecho no surgió como una evolución natural de su homónimo liberal, sino que es una manifestación de ruptura con él (De Cabo Martín, 2007: 201), esto es, trajo causa de las dos principales problemáticas inherentes al modelo de libertad propio del liberalismo económico: el papel negativo o residual del Estado, que únicamente debe evitar obstaculizar el tráfico económico que, supuestamente, se autorregula, por un lado; y la primacía del modelo de la libertad económica absoluta frente a la igualdad social. Como resultado de esta ruptura el Estado social está caracterizado por la predominancia de un Estado fuerte (Díaz, 1963: 38) y, en consonancia, por la adopción de un modelo de libertad relativizado que tiene en cuenta las situaciones de los distintos sujetos para poder tomar partido y conseguir un efecto igualador. La principal problemática que ha surgido con el paso del Estado liberal al social, en relación con el modelo de Estado de Derecho, es que a pesar de que los objetivos perseguidos por el liberal eran opuestos a los del social, no se produjo una adaptación de las estructuras propias del primero con el paso al último (Ferrajoli, 2016: 93), por lo que nos encontramos ante un Estado social de Derecho que lleva en su seno un sistema conceptual inidóneo para las funciones que trata de realizar. La solución a esta falta de adaptación se halla en que, pese a que la finalidad inmediata perseguida por ambos difiera, el medio elegido en sendos casos –la limitación del poder— es el mismo y, por ende, no es necesario destruir hasta los cimientos la concepción liberal para instaurar unas nuevas bases sociales, sino que basta con relativizar algunos de los postulados liberales –encarnados en algunas de sus instituciones características, como los principios de legalidad, separación de poderes o tutela judicial o la primacía del derecho de propiedad— que se encuentran en tensión con los fines del Estado social para que el resultado de su fusión sea operativo[110].

El Estado *democrático* de Derecho nace de la combinación de dos elementos que, pese a que parecen diversos, en realidad responden a un objetivo único[111]. Sin embargo, para poder aprehender el propósito compartido de la democracia y el Estado de Derecho debemos comenzar determinado qué entendemos por el primero de estos dos términos. El concepto de *democracia* tiene dos acepciones principales: como *método*, entendiendo

[110] En relación con esta problemática encontramos el trabajo de Moreno González (2017).

[111] De manera un tanto irónica Weiler (2021: 5) se refiere a democracia, derechos humanos y Estado de Derecho con el término *Holy Trinity*, para dar fe de que estos tres elementos son uno solo. O'Donnell (2004: 32), por su parte, entiende que existe una relación íntima de retroalimentación entre la democracia y el Estado de Derecho.

incluidos en él los distintos procesos que le otorgan al sistema su apariencia democrática, como pueden ser la celebración de elecciones o la tramitación de las normas siguiendo los cauces parlamentarios constitucionalmente previstos[112]; pero también como *principio*, donde se incardinarían, además de los procesos democráticos que acabamos de señalar, una serie de contenidos sustantivos o axiológicos que se enfocan –de manera principal, pero no exclusiva— en la defensa de las minorías de la mera regla de la mayoría y en la consecución de una igualdad –real y social— de todos[113]. Al hilo de esta distinción hemos de realizar dos apuntes fundamentales: por un lado, sendas dimensiones de la democracia no tienen naturaleza excluyente, sino que son complementarias, por lo que ambas han de estar presentes para que podamos hablar de una verdadera democracia; y, por otro lado, los fines del Estado social y del Estado democrático están interrelacionados hasta el punto de que podríamos identificar su surgimiento como un verdadero tándem. García Pelayo (1996: 102) nos advertía que cuando falta el elemento democrático el Estado no es social, sino paternalista o benevolente.

Desde la consideración de la democracia como principio –y no solo como método— se deduce que las normas encuentran límites axiológicos para cumplir con las exigencias democráticas. Nuevamente, no se demanda aquí una destrucción del paradigma liberal clásico del Estado de Derecho para instaurar los contenidos democráticos, sino más bien una relativización de ambos extremos para hacer posible su convivencia en el marco de un mismo modelo de Estado[114]. Entendida como principio la democracia se postula como una buena aliada para el liberalismo a la hora de hacerle frente a un adversario común (Leibholz, 1964: 13) como el autoritarismo, por lo que será la sensación de peligro frente a la posibilidad de que vuelvan a surgir los regímenes autoritarios –como los regímenes

[112] Esta concepción también se conoce como *democracia procedimental*.

[113] Esta distinción entre la democracia como método y la democracia como principio puede hallarse en De Cabo Martín (2014: 91); o, implícitamente, en el trabajo realizado por de Otto (1987: 65), cuando afirma que «[s]i la democracia está esencialmente vinculada al pluralismo, está claro que se excluye la posibilidad de aplicar los métodos democráticos a su supresión». Respecto de su concepción como método, Corstens (2017: 8-9) entiende que Estado de derecho y democracia no son sinónimos, por lo que resultaría posible aprobar democráticamente normas que violan flagrantemente el Estado de Derecho.

[114] Así lo indica Jiménez Campo (1980: 98), haciendo referencia a la obra de Morelli, que señala que «los principios de Estado democrático y de Estado de Derecho deben interpretarse armónicamente y no de tal manera que el primero de ellos pueda, eventualmente, mediante la supresión o la erosión fundamental de las libertades, servir de instrumento para la destrucción del segundo». De igual forma, Bastida Freijedo (1991: 124) determina que a pesar de que «en el Estado de Derecho la idea de libertad democrática pierde su sentido originario y se relativiza», esta operación «[n]o se construye sobre un divorcio entre libertad civil y libertad política». Esta idea sobre las posibilidades de combinar y hacer compatibles la democracia y el liberalismo se puede extraer con carácter general de la obra de Bobbio (2003: 293-322).

de signo fascista europeos en el contexto de la IIGM— la que permita que se produzca el sacrificio de la legitimación meramente legal –que es característica del Estado liberal— en favor de una legitimación político-democrática (De Cabo Martín, 1979: 111-112).

Respecto del Estado *constitucional* de Derecho la principal modificación proviene de la instauración de la supremacía constitucional. Al respecto, no podemos obviar que esta característica se deriva precisamente de la raíz democrática que han adquirido los textos constitucionales en los últimos tiempos, por lo que será la legitimación democrática la que permita que adquieran dicha supremacía. Como resultado, los elementos propios de las concepciones anteriores del Estado de Derecho deben adaptarse a la existencia de una norma fundamental cuyo contenido puede ser garantizado por los poderes estatales, así como, en su caso, por un órgano de revisión de la constitucionalidad de las normas[115]. Al igual que ocurría con la democracia, debemos realizar aquí una diferenciación básica, pues no trae aparejadas las mismas consecuencias la concepción *formal* de constitución, que simplemente exige que esta norma se autoproclame como suprema pero sin entrar a valorar si en la práctica realmente esta regula las relaciones de poder en dicho sistema[116]; que la concepción *material* o *sustantiva* de constitución, respecto de la cual también va a ser preciso que se cumplan ciertas exigencias de naturaleza axiológica o valorativa y, como principal derivación, encierra la necesidad de realizar un juicio evaluativo –y no meramente descriptivo— para determinar si una norma concreta es una constitución[117]. Apostamos por la segunda consideración y, por tanto, entendemos que para hablar de Estado *constitucional* de Derecho no solamente habremos de comprobar si –de iure— existe una norma fundamental sino que, además, será necesario que nos cercioremos de que la misma tiene –de facto— tal supremacía.

[115] Respecto del vínculo entre estos dos conceptos, Kahn (2016: 243) entiende que la relación entre Constitución y Estado de Derecho no es de causalidad sino, más bien, al contrario, por lo que en la medida en que creemos en el Estado de Derecho hacemos que sea posible la Constitución. Esto se debe a que las Constituciones obtienen su fuerza de los entendimientos intersubjetivos entre las élites y los ciudadanos (Huq y Ginsburg, 2018a: 167).

[116] Este tipo de concepción formal de las normas constitucionales es el que ha provocado que se den análisis que, para analizar el cumplimiento del Estado de Derecho a lo largo de todo el mundo, únicamente se tomen en consideración las disposiciones contenidas de manera expresa en el propio texto constitucional, pero no su aplicación –o falta de ella— por parte los poderes públicos u otros factores sociales que pueden ser determinantes. Esto ocurre, por ejemplo, en el trabajo de Nardully, Peyton y Bajjalieh (2013).

[117] De manera similar, Schmitt (1996: 37) determina que se produce una relativización del concepto de Constitución cuando no nos fijamos en el concepto unitario de la Constitución, como un todo, sino solo en el de «ley constitucional concreta», que está determinada por unas «características externas y accesorias, llamadas formales». Esto provoca que se designe como «verdadera» o «auténtica» a aquella Constitución que responde a un cierto ideal de Constitución y que, en consecuencia, «hay Estados con y sin Constitución, *Estados constitucionales* y *Estados no constitucionales*».

Volvemos a la adjetivación *liberal*. Si traemos a colación su concepción original, vemos que el liberalismo estaba relacionado con la libertad absoluta, sin tener en cuenta las implicaciones –en materia de desigualdad socioeconómica— que pudiera implicar, pero también es posible concebir una «libertad efectivamente igual para que todos utilicen y desarrollen sus capacidades» (Macpherson, 1982: 9-10)[118]. Entendemos con Biagini (1982: 146 y 152) que la doctrina del liberalismo responde a diversos encuadramientos según el punto de vista que se elija y que, por tanto, es posible que la misma «reverdezca bajo otro tipo de manifestaciones políticas y filosóficas en las que lo liberal no tenga una significación análoga a la de *capitalista*, *interés privado*, etc., sino a *democrático* o *antiburocrático*»[119].

Tras referirnos a todas estas adjetivaciones del Estado de Derecho, no podemos considerar que solo una de ellas es la correcta, sino que es un *concepto multidimensional* (Gowder, 2016: 180), por lo que estamos obligados a concebir todas las adjetivaciones, no como una mera yuxtaposición de los elementos que son propios de cada una de ellas, sino de manera que se produzca una relativización de las mismas –sin llegar hasta el punto de aniquilarlas— para hacer posible alcanzar una convivencia pacífica. Como manifiesta García Pelayo (1996: 96), resulta necesaria su «articulación en una totalidad conceptual», sin perjuicio de que esta interrelación no implica necesariamente que todos los elementos de adjetivación del Estado de Derecho deban tener el mismo peso en el resultado final[120], por lo que en cada caso tendremos que evaluar en qué medida cada uno de los elementos ha cedido en favor de los demás para evaluar el modelo de Estado de Derecho existente.

Hemos determinado ya la finalidad general del Estado de Derecho, limitar el poder, y las finalidades concretas para las cuales se produce dicha limitación: en el caso *liberal*, proteger a los individuos de los abusos del poder del Estado; en el *social*, conseguir una igualdad real entre los individuos a través de los derechos sustantivos; en el *democrático*, instaurar el pluralismo y legitimar las decisiones adoptadas por los poderes a través de la

[118] Pues, como ha señalado Bobbio (2008: 41), en un sentido amplio libertad e igualdad se configuran como «valores antitéticos, en cuanto no se puede realizar con plenitud uno sin limitar fuertemente el otro», salvo que se hagan compatibles a través del concepto de «la igualdad en la libertad».

[119] Como podemos ver más recientemente en la obra de Rosenblatt (2018).

[120] En este sentido, de Cabo Martín (2007: 207) afirma que «el Constitucionalismo del Estado social se asienta en la estructura Estado social-Democrático-de Derecho, que, en cuanto estructura, implica que sus elementos están interrelacionados, con la peculiaridad de que esta interrelación aunque naturalmente implica una complejidad de interinfluencias, no es, estrictamente, equilibrada, ya que uno de sus elementos, el Estado social en cuanto procede de componentes más profundos (el pacto Capital-Trabajo) es un condicionante (y respecto de ciertos contenidos constitucionales mínimos hasta determinante) de los otros dos».

participación efectiva del pueblo; y en el caso del *constitucional*, garantizar que la norma fundamental goce de una verdadera supremacía. Faltaría por ver, por tanto, cuáles son los contenidos a través de los cuales puede realizarse el Estado de Derecho y, en este sentido, la doctrina ha realizado, principalmente, una distinción dicotómica entre las concepciones formales, débiles o *thin*, por un lado, y las respectivas materiales, fuertes o *thick*, por otro; pero son muchos los autores que se han pronunciado en contra de una caracterización de este tipo y apuestan por otro tipo de concepciones diversas. Expondremos en primer lugar la distinción entre las concepciones formales y materiales[121] y, acto seguido, reflejaremos las críticas que ambas han recibido, así como las propuestas alternativas que se han dado, en el marco de la doctrina del constitucionalismo.

La concepción formal del Estado de Derecho se ve relacionada habitualmente con los trabajos de Hans Kelsen[122] y, posteriormente, Joseph Raz[123]. Resulta tributaria de la visión iuspositivista del Derecho y, de manera más concreta, del Derecho constitucional. Se caracteriza por una aproximación de naturaleza descriptiva (Asís Roig, 1999: 24-26) y enfoca su atención únicamente en el contenido textual de las normas (Cossio, 2005: 57), por lo que nada de esta concepción *thin* exigiría del Estado de Derecho que las normas deban ser justas o buenas en su contenido o aplicación, sino que estas pueden ser malas, como ocurre en el caso de las normas de segregación racial, y aun así, seguirían siendo compatibles con el Estado de Derecho (Tamanaha, 2011: 5-6)[124]. En esta misma línea, Fioravanti (2009: 119-120), que identifica esta dimensión con el modelo *estatalista* de la doctrina europea del Estado de Derecho, entiende que lo importante para la misma es que los derechos reconocidos por las leyes en ese momento sean «adecuadamente tutelados, pero sin entrar a valorar qué derechos (y en qué medida) se reconocen», por lo que sería reducida el problema a una cuestión de *actio*. Esta concepción también se identifica con un tipo de Estado de Derecho *débil* (Gowder, 2016: 4) o *debilísimo* (Bobbio, 2008: 18)

[121] Según Zanghellini (2016: 213) la discusión doctrinal sobre la existencia (o no) de valores morales inherentes al Estado de Derecho es la que hace surgir las concepciones formal y sustantiva del concepto.

[122] Kelsen (1982: 320), con su más que conocida afirmación de que «todo Estado tiene que ser un Estado de Derecho, puesto que todo Estado es un orden jurídico», viene a reafirmar la concepción formal, pues entiende (1982: 62) que el hecho de que «sea calificado como injusto no constituye fundamento para no aceptar un orden coactivo como un orden jurídico».

[123] Raz (1977: 196) determina que la consideración del Estado de Derecho como parámetro para la determinación de la *bondad* de las leyes provocaría que el mismo se volviera inútil, y que el mismo no debe ser confundido con las otras virtudes que debe tener el ordenamiento jurídico, como democracia, justicia, igualdad, derechos humanos o respeto de la dignidad humana.

[124] Debemos precisar que pese a que Tamanaha describe la concepción *thin* del Estado de Derecho, más adelante critica la misma.

que únicamente tiene en cuenta los argumentos de la razón técnico-jurídica y, por ende, no entra a valorar los componentes axiológicos de las normas, sino que solo le importa que dichas normas se hayan aprobado siguiendo los cauces procedimentales previstos.

El principal argumento de los iuspositivistas para apoyar la concepción formal del Estado de Derecho se halla en la consideración de que la evaluación de las normas como justas o injustas no se formula sobre la base de un juicio jurídico, sino de un juicio político (Calamandrei, 2016: 41), pero ya hemos visto en los párrafos precedentes que las normas, por muy técnicas y neutrales que parezcan ser –o se pretenda hacer ver que lo parecen— siempre encierran algún tipo de interés y, como consecuencia, no pueden ser el resultado de un juicio estrictamente jurídico. El propio Tamanaha (2004: 96), como adelantábamos, determina que la «vacuidad» inherente a la legalidad meramente formal es contraria a la tradición del Estado de Derecho. Y no solo es cierta dicha afirmación, sino que, además, debemos tener en cuenta que en su dimensión puramente formal el Estado de Derecho puede, incluso, ser moralmente valioso para otro tipo de regímenes (Gowder, 2016: 22), como tendremos la ocasión de comprobar en el siguiente capítulo, pues en la práctica la misma es inidónea para la limitación del poder cuando existe por parte de sus ostentadores una voluntad expresa de abusar de sus prerrogativas[125].

A raíz de estas críticas, de las que ha demostrado ser consciente el propio J. Raz[126], surgen las concepciones materiales del Estado de Derecho. A diferencia de las formales, en estas el imperio de la ley no solo se refiere a que las normas se produzcan a través de los cauces constitucionalmente previstos, sino que además exige que estas «se produzcan dentro de la Constitución, por la voluntad popular y con plena garantía de los derechos

[125] May (2018: 374), por ejemplo, se cuestiona la plausibilidad de concebir que el Estado de Derecho en su concepción *thin* pueda someter a los gobernantes a límites legales, cuando ellos mismos se configuran como la fuente de las normas jurídicas. Por tanto, aunque sea cierto que determinados regímenes que no son plenamente liberales –en sentido político, no económico— respetan puntualmente la seguridad jurídica, pues establecen con la suficiente previsibilidad las normas que rigen su funcionamiento, la ausencia de un grado suficiente de control provoca que –*de facto*— esta seguridad jurídica pueda desaparecer –de acuerdo a los intereses de los detentadores del poder— en cualquier momento (Vanossi, 2009: 473). Consideramos, como acertadamente ha puesto de manifiesto Solozábal Echavarría (1981: 217), que la libertad no reside en la confianza en la buena voluntad del gobernante sino en la consecución de una estructura del poder tal que haga imposible el despotismo. Esta idea puede extraerse, asimismo, de la obra de Calamandrei (2016), *Sin legalidad no hay libertad*.

[126] En un trabajo mucho más reciente, Raz (2019) trata de responder a las críticas generales que han recibido las posiciones iuspositivistas como la suya. Con carácter general, determina que el hecho de que considere que el Estado de Derecho no alberga contenidos de naturaleza sustantiva –como los derechos— no significa que no reconozca la importancia de los mismos, sino que tienen una existencia independiente. Por tanto, considera que es correcta la observación de que los principios del Estado de Derecho no sirven para evaluar si una norma es injusta, pero al mismo tiempo entiende que esto no supone una crítica respecto de la verdadera naturaleza y finalidad del principio que se pretende criticar.

humanos o fundamentales»[127]. Así, según esta concepción material del Estado de Derecho no podemos identificar *Derecho* con cualquier sistema legal sin considerar su contenido, sino que deberíamos concebir un concepto de *normatividad* que sea «acorde con la idea de legitimidad, de la justicia, de los fines y de los valores a los que debía servir el Derecho» (García Pelayo, 1996: 52)[128]. Si empleamos la misma terminología que en el caso anterior, vemos que la concepción material no es de naturaleza descriptiva, sino que es prescriptiva (Asís Roig, 1999: 24-26), y no se define por sus contenidos, sino como modelo deóntico (Cossio, 2007: 57), por lo que no se trata de averiguar *cómo es* el ordenamiento jurídico, sino *cómo debe ser* el mismo de acuerdo con las finalidades que se persigan. Asimismo, frente a la extrema debilidad de la anterior, Bobbio (2008: 18) calificaba como *profunda* la concepción del Estado de Derecho que subordina las leyes a límites materiales que se derivan del reconocimiento de derechos fundamentales que son considerados inviolables; mientras Gowder (2016: 4) habla de una versión *fuerte*, donde la verdadera justificación de las normas se halla en razones que sean coherentes con la igualdad de todos.

Si tomamos como punto de referencia la concepción material del Estado de Derecho se derivan dos conclusiones principales. La primera se refiere a su capacidad para evaluar los contenidos de las normas jurídicas y no meramente sus procedimientos de aprobación y, por ende, la capacidad de los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las normas para conocer más allá de la pura dimensión formal (García Pelayo, 1996: 65), permitiendo que se declare que ciertas normas jurídicas, pese a ser aprobadas sin errores, son contrarias al ordenamiento jurídico-constitucional porque no cumplen en cuanto a su contenido con los estándares mínimos que son establecidos por la norma fundamental[129].

[127] De esta manera se pronunciaba García de Enterría (1984: 11-13), que más adelante recogía una ristra de sentencias del Tribunal Constitucional español que identifican nuestra Constitución como sistema de valores normativos y no meramente ornamentales o teóricos. En el caso alemán, Hesse (1992: 5) recoge sentencias del Tribunal Constitucional Federal que se caracterizan por una comprensión de la Constitución no formal, sino de contenido, como unidad material con valores fundamentales previos al derecho positivo.

[128] A favor de la concepción material del Estado de Derecho se han pronunciado otros autores como Dworkin (1985), Bingham (2010: 67) y, de manera parcial, Unger (1976), pues aunque valora la dimensión formal porque otorga cierta apariencia de *impersonalidad* al poder, considera que preservar su compromiso ideológico supone, en cierta manera, truncar el concepto mismo, ya que su concepción formal casa mal con la ideología –intervencionista— propia del Estado social. En el ámbito de la doctrina española encontramos el trabajo de Elías Díaz (1963: 21), que determinó adelantándose a su tiempo que «la existencia de un orden jurídico no autoriza a hablar sin más de un Estado de Derecho», y más recientemente Martínez Alarcón (2023: 76), cuando afirma que no podemos equiparar el *Estado de Derecho* con un *Estado con Derecho*.

[129] Podemos ejemplificarlo con la utilización de este razonamiento por parte de Jellinek (1961: 348), para concluir «que las leyes de la Alemania nacionalsocialista eran en realidad disposiciones dictatoriales». La consecuencia extrema de la concepción material del Estado de Derecho se encuentra en la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, como podemos apreciar en la discusión doctrinal sostenida en nuestra doctrina por De Vega (1985), Pérez Royo (1987) y De Cabo Martín (2003), así como con carácter general en los trabajos de Schmitt (1996) y Kelsen (1982).

La segunda está relacionada con el papel del texto constitucional, de modo que aunque exista una constitución escrita habremos de examinar su relación con la realidad para ser capaces de determinar si esta es verdaderamente la norma suprema o si, por el contrario, se configura como una mera fachada para camuflar regímenes autoritarios y totalitarios, de modo que Loewenstein (1979: 213-220), sobre este hecho, propone un nuevo análisis ontológico de las constituciones y las diferencia según su carácter: normativo, cuando las normas constitucionales dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso de poder se adapta a las normas de la Constitución y se somete a ellas; nominal, cuando la misma es jurídicamente válida pero carece de realidad existencial porque la realidad del proceso político no se adapta a sus normas; y semántico, cuando pese a ser plenamente aplicada, más que como cauce para la limitación del poder sirve como instrumento de estabilización de los dominadores fácticos de la localización del poder político, encubriendo regímenes autoritarios, por ejemplo. Estamos totalmente de acuerdo con que es necesario considerar la aplicación de la Constitución en la práctica, pero consideramos que se debe dar un paso más y tener en cuenta las condiciones sociales, pues las normas no se aplican en el vacío, sino que aterrizan sobre un espacio y un tiempo determinados que van a condicionar de manera determinante sus efectos[130]. Por estas razones, para la concepción material del Estado de Derecho será la existencia y el respeto efectivo de los derechos fundamentales lo que determine si verdaderamente se están cumpliendo los estándares impuestos por la norma suprema democrática, por lo que únicamente podemos considerar como *verdadera* la que Loewenstein ha calificado como *normativa*.

Sin embargo, como dijimos antes de embarcarnos en la distinción formal-material, existen también posturas contrarias y alternativas a este respecto. No faltan los autores que defienden la importancia de la concepción formal frente a la respectiva material[131], pero teniendo en cuenta nuestra investigación entendemos con Aragón Reyes (1987: 46) que la dicotomía que plantea habitualmente la doctrina es «falsa» y, como consecuencia,

[130] Así, Gowder (2016: 42-47) trata los efectos de los *literacy tests* y la criminalización de la pobreza, como dos ejemplos de normas que en principio parecen de carácter general pero que, en la práctica, suponen una discriminación indirecta.

[131] Böckenförde (2000: 42) entiende que la «apelación a un Estado de Derecho material pasa por alto o infravalora el significado del Estado de Derecho, y de un modo particular el significado material que tienen las garantías jurídico-formales y los procedimientos regulados». De manera más reciente, vemos que Bárd y Kazai (2022: 171-172) nos proporcionan tres argumentos a favor de una mayor consideración de los requisitos formales del Estado de Derecho: dar una mayor importancia a los elementos formales no supone necesariamente rechazar o debilitar el escrutinio de los criterios sustantivos; puede servir como vía para hacer más neutrales algunas batallas que en principio son de naturaleza ideológica; y su vulneración resulta más fácil de demostrar.

consideramos que los elementos propios de cada una de ellas no han de caracterizarse por tener entre sí una relación de exclusión absoluta sino que –por el contrario— han de ser sometidas a un proceso de relativización y readaptación similar al que vimos respecto de las adjetivaciones del Estado de Derecho[132]. Estos componentes formales y materiales no deben entablar una lucha encarnizada para declarar un vencedor, sino que se ven en la obligación de realizar concesiones para poder convivir de manera pacífica y, por tanto, sería más aconsejable adoptar una postura intermedia, correspondiente con la *middle way* por la que apostaba Craig (1997) y años después fue apoyada por Emmert (2008: 563), por entender que la concepción formal es *under-inclusive*, mientras que la material resulta demasiado ambiciosa y *over-inclusive*, pues lo carga de tanto contenido axiológico que lo aboca a un fracaso inevitable. A modo de propuesta alternativa, como una combinación de la preocupación por la *actio* que antes mencionamos y la necesidad de que se respeten y reconozcan determinados derechos, Waldron (2011: 5-6) ha teorizado una concepción que podríamos denominar *procedimental* basada en una serie de principios que complete las listas tradicionales de elementos característicos del Estado de Derecho.

Ya que mencionamos los componentes que tradicionalmente han sido relacionados con el Estado de Derecho[133], haremos un breve apunte a este respecto que nos resultará de gran utilidad unos párrafos más adelante. El autor que mejor ha puesto de manifiesto las problemáticas que surgen a la hora de configurar el Estado de Derecho a través de sus manifestaciones típicas ha sido Krygier (2006: 3-4), cuando afirmó que tratar de capturar la esencia de este concepto poniendo el foco en las características de las normas e instituciones jurídicas es empezar en el lugar equivocado e ir en una dirección errónea[134]. La principal consecuencia que Krygier extrae del rechazo de las concepciones *anatómicas*

[132] Waldron (2011: 4-5) y Gowder (2016: 49-51) han manifestado que sendas concepciones son en realidad lo mismo, en el primer caso porque entiende que se produce un solapamiento natural entre ambas, y en el segundo porque se configuran como el mismo principio aplicado a diferentes etapas cronológicas de la ley. Por su parte, Pech (2009: 45) ha apostado por la complementariedad de ambas concepciones y ha descartado que sean mutuamente excluyentes.

[133] Resultan significativas las listas de Dicey (1885), Díaz (1963), Fuller (1969) o Bingham (2010), todos ellos de acuerdo en algunos elementos como los principios de legalidad y de separación de poderes, así como podemos referirnos también como evolución a la lista procedimental adicional de Waldron (2011). De una manera más general, Pech (2009: 53) ha señalado que el Estado de Derecho se configura como un *concepto paraguas* que está compuesto por subprincipios formales y sustantivos.

[134] En un trabajo posterior, Krygier (2012: 235-237) criticaba la concepción del Estado de Derecho realizada por Dicey por considerar que se encuentra demasiado ligada a la concepción jurídica anglosajona, así como relacionó estas concepciones *anatómicas*, que se centran en sus componentes, con una actitud de condescendencia en el marco de las misiones de asesoramiento constitucional. Más moderadamente, Weber (2008: 40) concluye que la caracterización del Estado de Derecho a través de ciertas manifestaciones típicas no supone que nos estemos refiriendo a un principio exclusivo a las citadas concretizaciones.

se encuentra en su famosa doctrina de la *perspectiva teleológica* del Estado de Derecho, esto es, aquella que recomienda hallar los valores que subyacen al mismo y lo justifican, comenzando por una reflexión sobre los objetivos y valores inmanentes a este concepto, para luego pasar a un análisis de los medios que se han utilizado en cada sistema concreto para alcanzarlos (2006: 4; 2012: 235). Esta apuesta por el *telos* del Estado de Derecho ha sido respaldada posteriormente por voces autorizadas en la doctrina como ha sido el caso de Sadurski (2016: 353) o Konstadinides (2017: 43), así como, de una manera parcial, Palombella (2020: 392), ya que el mismo establece que el *punto ciego* respecto del abuso de la concepción formal del Estado de Derecho reside en la posibilidad de que esta sea instrumentalizada para alcanzar fines antitéticos y que, por tanto, «la verdadera pregunta está en la finalidad de las normas y el objetivo de jugar a otro juego»[135], mas también ha señalado que a pesar de la «solidez» de la propuesta de Krygier no es recomendable que la dimensión teleológica sea el único factor de análisis, sino que la misma debería estar acompañada de un núcleo general relativo a la estructura institucional[136].

Pero no solo debemos tener en cuenta la teleología propia del Estado de Derecho, sino que también hemos de atender a su componente sociológico, pues las instituciones y normas jurídicas no solo aterrizan en tiempo y espacio, sino que, además, son recibidas por personas que pueden –en mayor o menor medida— aceptarlas gustosa y totalmente, acogerlas de manera parcial, incorporarlas porque son beneficiosas pero a regañadientes, aceptarlas solo de manera aparente para conseguir una apariencia o estatus determinados, o repudiarlas de manera absoluta[137]. Esta concepción sociológica no tendrá una posición excluyente respecto de las demás que hemos visto –formal, material y teleológica— sino

[135] Respecto de esta última expresión, se refiere a la consideración de que los conceptos como el de democracia o el de Estado de Derecho únicamente pueden sobrevivir cuando se consideran la única opción (*the only game in town*), como han señalado, entre otros, Linz y Stepan (1996: 5).

[136] De manera similar, Gowder (2016: 155) señala que, si bien es cierto que no hay instituciones que sean imprescindibles o necesarias para el Estado de Derecho, sí que existen *prerrequisitos institucionales* para que el mismo sea sostenible a largo plazo, pero la naturaleza de los mismos es contingente y maleable.

[137] Señalaba Fioravanti (2009: 23) que «con frecuencia en las monografías jurídicas falta constatar que los derechos no son nunca el resultado automático de los mecanismos de garantía formalmente previstos por el ordenamiento, aunque estos estén recogidos en normas prescriptivas del máximo nivel, en la constitución, sino que cada uno de estos mecanismos […] se desarrolla en un determinado contexto histórico-social e histórico-político, que condiciona de manera decisiva su efectividad práctica». A su vez, Krygier (2006: 1) determinaba que para que exista Estado de Derecho no basta con las normas jurídicas, sino que harán falta otros factores y, teniendo en cuenta las diferencias entre sociedades, estos otros factores también diferirán en función de cada una de ellas, por lo que no resulta plausible una respuesta universal e *institution based* a la pregunta de *qué es*. Para tratar la importancia de la concepción sociológica, podemos acudir al trabajo de Blokker (2016: 249-252). Vemos que se corresponde con lo que Gowder (2016: 143) denomina la «afirmación estratégica» del Estado de Derecho, esto es, la que toma en consideración los «incentivos conductuales que tiende a generar y a los hechos sociales que tienden a generar los incentivos para comportarse de acuerdo con sus prescripciones normativas».

que se añade a ellas como un elemento complementario y contempla tanto el compromiso de los actores institucionales como el hábito general de obediencia de la ciudadanía hacia el Estado de Derecho (Avbelj, 2016: 194)[138].

A causa de la *vida social de las Constituciones* (Scheppele, 2017), no solo debemos prestar atención al ejercicio formal del poder, esto es, el que utiliza los cauces oficiales, sino que también habremos de prestar atención a su ejercicio informal (Zgut, 2022: 289), de modo que para saber si nos encontramos ante un sistema constitucional normativo o, por el contrario, se trata de uno semántico, no bastará con ver lo que hace el poder público, sino que hemos de atender también, por ejemplo, a la existencia de fuerzas paramilitares, mafias, gánsteres, problemas de corrupción generalizada, redes de clientelismo, etc.; y, como consecuencia, estaremos obligados a adoptar una concepción más flexible del término *poder* que incluya los ejercicios informales –o no institucionales— del mismo (Krygier, 2012: 233-234). No basta con ampliar el concepto de *poder*, sino que debemos hacer lo mismo con el concepto de *institución* para que en él no solo se tengan en cuenta las reglas formales sino que también tengan cabida las prácticas informales y experiencia acumulados, así como las relaciones de poder y de dependencia entre los distintos actores (Graver, 2018: 319). El mayor exponente de esta «valorización de las instituciones» es Philip Selznick (1957), que ha definido este proceso como aquel a través del cual las organizaciones –impersonales— se ven imbuidas por elementos axiológicos que van más allá de la tarea que deben realizar, así como ha apuntado que puede producirse de manera espontánea –a modo de proceso paulatino e imperceptible— o de manera deliberada, como un proyecto que dependerá en gran medida del liderazgo que lo lleve a cabo y de las prácticas institucionales que existieron con anterioridad en el contexto en el que se pretenden implantar las nuevas[139]. En consecuencia, para conocer de manera fidedigna cómo funcionan las instituciones jurídicas será necesario aproximarse a ellas desde un

[138] Esta concepción se corresponde con la regla de reconocimiento que fue teorizada por Hart (1990), que supone la necesidad de que las normas jurídicas adquieran virtualidad convencional en la práctica de los actores jurídicos encargados de aplicarlas para determinar si dichas normas forman parte del sistema. Como señala Weiler (2012b: 35), el tirón del cumplimiento de la ley en las democracias liberales no se basa en la coacción, sino en la existencia de una cultura política que ha internalizado –sobre todo las autoridades públicas— esta obediencia a la ley en lugar de atender a meros criterios de oportunidad.

[139] Por ejemplo, respecto del proceso de implantación de la independencia judicial, Bustos Gisbert (2022a: 96-97) señala que normalmente esta no dependerá tanto de las normas jurídicas formales, como de las prácticas constitucionales que existan en el sistema concreto y, como consecuencia, «las mismas normas y diseños institucionales pueden funcionar de manera radicalmente diferente según los contextos jurídicos e históricos en los que se apliquen». En esta misma dirección, Gargarella (2022) llama la atención sobre la necesidad de motivar a los jueces para que decidan imparcialmente y no solo centrarse en brindar los medios constitucionales necesarios para que lo hagan.

punto de vista moral o cultural y prestar atención a aquellas narrativas que les afecten (Jakab, 2019: 165-166), así como tener en cuenta el *factor subjetivo* o *elemento humano*, esto es, el comportamiento de aquellos que ocupan cargos de poder dentro del Estado, pues a pesar de que nos esforcemos en construir un *diseño constitucional* inexpugnable, en la práctica los ataques deliberados por parte de quienes ostenten el poder nos muestran, desgraciadamente, cuan frágiles son las construcciones teóricas cuando en la motivación de los gobernantes subyace una sombra iliberal[140].

Por último, expondremos las posibilidades de evaluación del Estado de Derecho. Existe un consenso casi absoluto en la doctrina respecto de la consideración del concepto no de manera binaria, sino como un *espectro continuo*, esto es, en el que no se producen diferencias de clase sino de grado y, para ser coherentes con una concepción de este tipo, únicamente se podrá imponer una especie de *umbral mínimo* que determine en qué punto comienza a existir el Estado de Derecho, cuando nos situemos por encima del mismo, y por debajo del cual nos situemos en el ámbito de los regímenes autoritarios[141]. Por tanto, la estrategia más efectiva para la defensa del Estado de Derecho sería la propuesta realizada por Armin von Bogdandy, consistente en trazar de manera precisa las *red lines*, esto es, las líneas rojas que al ser traspasadas darían paso a la posibilidad de activar los mecanismos de garantía jurídico-político-sociales con los que cuente el sistema[142].

Después de este largo –y arduo— recorrido teórico sobre el concepto que la doctrina ha elaborado respecto del Estado de Derecho, debemos culminar el presente apartado con una revisión crítica del mismo que solo resulta posible sobre la base de la exposición que acabamos de dejar atrás.

Entendemos el Estado de Derecho como un concepto que, a pesar de su amplitud, tiene un objetivo claramente definido: limitar el poder a través del Derecho. Para ello, teniendo en cuenta la naturaleza mutable del poder a lo largo del tiempo, necesariamente,

[140] En este sentido se han pronunciado Huq (2018: 153), Jakab (2019: 185) y Sadurski (2019b: 1).

[141] Hemos de señalar que esta concepción es deudora –o muy similar— a la *garantía institucional* a la que se refería Schmitt (1996: 175), cuando señalaba que la misma «es, por su esencia, limitada y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta *universalidad del círculo de actuación*». Este tipo de razonamiento lo encontramos, asimismo, en la obra de autores tales como Díaz (1963: 22), O'Donnell (2004: 43), Krygier (2012: 234-235), Gowder (2016: 26) o Corstens (2017: 4).

[142] Sobre este concepto de *red lines* podemos consultar tanto trabajos en solitario de Von Bogdandy (2019: 28-29; 2021: 92), como un trabajo conjunto en el que se trata de manera específica la importancia de este concepto (Von Bogdandy et al., 2021).

el Estado de Derecho ha de adquirir esta misma naturaleza para cumplir con su función, de modo que las instituciones jurídicas que cada sistema constitucional haya establecido para limitar el poder tendrán que ir adaptándose al mismo ritmo que este último para ser lo suficientemente eficaces, tanto por las necesidades sociopolíticas que vayan surgiendo, como por las finalidades que persiga el Estado, que desde sus orígenes no existe *per se*, sino como instrumento para el avance –liberal, social, democrático, constitucional— o el retroceso –autoritario, iliberal— a través de los ideales de aquellos que ostentan el poder. Como consecuencia de esta realidad estamos obligados a concluir que no existe un *set* de instituciones óptimas o idóneas –la idea de *one size fits all*[143], de una solución única— sino que debemos realizar un asesoramiento específico para cada sistema a la vista de su bagaje histórico, político y sociológico, esto es, de su pasado, pero también con arreglo a la proyección hacia el futuro que dicho Estado tenga, pues en función de los ideales a los que se otorgue un mayor peso –que dependerá de las adjetivaciones que reciba y de la manera en que se produzca la relativización de los elementos de cada uno de ellos— nuestra conclusión inevitablemente variará.

Respecto de su contenido, el concepto de Estado de Derecho debe concebirse como una imbricación de factores de naturaleza jurídica y social y, en el caso de la primera, compuesta por factores de tipo formal y material. No podemos desconocer que las normas son creadas y aplicadas en un contexto determinado y, por ello, tenemos que ser *modestos* a la hora de realizar los diseños constitucionales, pero, al mismo tiempo, tampoco se ha de olvidar las posibilidades transformadoras del Derecho y las instituciones jurídicas[144], si este proyecto del que hablaba Selznick es liderado adecuadamente y acompañado de la suficiente educación de la ciudadanía en los nuevos valores. La solución está en combinar las aptitudes propias del mundo de lo social y del mundo de lo jurídico, pues cada uno de ellos por separado se encuentra ineludiblemente abocado al fallo, el primero por caótico

[143] Expresada por Krygier (2006: 7) y reproducida más adelante por Avbelj (2016: 199), Sadurski (2016: 353) o Kosar, Baroš y Dufek (2019: 449).

[144] Sobre la posibilidad de que el Estado de Derecho no solo desempeñe una función *regulativa*, sino también tenga capacidad *constitutiva*, se ha pronunciado Gibbs (2016: 326-327), sobre la base de la obra del filósofo John Searle. En el marco de la doctrina española y de una manera más general, se pronuncian a favor de esta dimensión transformadora del constitucionalismo autores como De Cabo Martín (2003: 99), que se pronuncia de forma específica respecto del constitucionalismo de tipo social, o De Esteban (1977), con carácter general. Respecto de la consciencia de que las normas son aplicadas en un contexto concreto, desde los puntos de vista temporal y espacial, debemos recordar que también juega un papel importante el *elemento subjetivo*, de modo que habría que tener en cuenta la posibilidad de que las normas sean aplicadas de manera intencionalmente antitética por los detentadores del poder y, como consecuencia, construir una dimensión estructural –siguiendo la terminología de Issacharoff (2015: 22) respecto de la democracia— o institucional del Estado de Derecho lo más robusta posible para resistir a estos embates.

y el segundo por ilegítimo; y en ese mundo de lo jurídico, que es el que nos corresponde estudiar como constitucionalistas, apoyarnos tanto en las garantías formales –relativas a los cauces para la aprobación de las normas— como en las garantías materiales –que se ocupan de evaluar si el contenido de las normas concuerda con los estándares mínimos de naturaleza axiológica previstos en la norma fundamental— para alcanzar, mediante la relativización de las exigencias inherentes a cada uno de estos extremos por separado, una mayor efectividad –para que no se detenga en la corrección procesal de las normas, pero tampoco cargue con tanto peso sustantivo que el concepto se torne inoperativo— a la hora de evaluar el ejercicio del poder. Para ello, nos resulta de utilidad la propuesta elaborada por Waldron, pero con una pequeña matización, pues si bien es cierto –como él propone— que lo importante es que los derechos fundamentales sean verdaderamente garantizados a través de cauces procesales eficaces, entendemos que también es necesario que el *núcleo iusfundamental* acorde –y necesario— a la finalidad que persigue el sistema político-constitucional se vea materializado en el texto de la Constitución.

En definitiva, apostamos aquí por la creación de una nueva categoría conceptual. La concepción *integral* del Estado de Derecho será aquella que tenga en cuenta todas las variables –jurídicas, políticas y sociológicas; teniendo en cuenta para ello tanto el cauce a través del cual se aprueben las normas como su contenido y su teleología— que influyen en la limitación del poder a través del Derecho, pero sin desvirtuar ninguna de ellas, sino, por el contrario, tratando de hacer que todas ellas formen parte de un todo y obteniendo, como una síntesis a través de este *enfoque integrador*, un concepto que sea unívoco[145].

En cuanto a los criterios para una correcta evaluación del grado de cumplimiento del sistema con el Estado de Derecho, aunque coincidimos con la mayoría de la doctrina en que esta debe realizarse mediante el establecimiento de umbrales mínimos o el trazado de líneas rojas por debajo de las cuales deja de existir, al mismo tiempo entendemos que resulta necesario apuntar una problemática íntimamente ligada a esta forma de proceder. Si toda la construcción sobre el Estado de Derecho está concebida en términos negativos, esto es, centrada en cuáles son los ejercicios de poder –tanto formal como informal— que suponen su vulneración, será imposible identificar adecuadamente cuáles son los avances que contribuyen a su fortalecimiento. Por esta razón, entendemos que hemos de distinguir dos cauces en función del momento elegido para la evaluación del Estado de Derecho:

[145] Aunando las acepciones tercera y quinta del término «integrar» en la Real Academia Española.

cuando nos encontremos en un momento de *tranquilidad constitucional* no sería efectivo centrarse en las líneas rojas y, por tanto, deberíamos otorgar una mayor importancia a los intentos de fortalecer más aún las instituciones que en ese sistema concreto contribuyen a la existencia del Estado de Derecho; mientras que en momentos de *crisis constitucional*, cuando se ve cuestionada la existencia misma de un sistema de limitación del poder y se trata de sustituir por un modelo alternativo que pretende imponer su concentración[146], nuestros esfuerzos deberían dirigirse principalmente a demostrar que estas líneas rojas han sido traspasadas y que, por tanto, es legítimo activar los mecanismos extraordinarios de defensa del Estado de Derecho que estén contemplados en el ordenamiento jurídico y, especialmente, en la Constitución. Por tanto, la diferencia se hallaría en adoptar una actitud *expansionista*, centrada en el desarrollo del concepto, cuando nos hallemos ante situaciones ordinarias desde la perspectiva constitucional, y en una actitud *proteccionista*, enfocada en marcar claramente los límites establecidos y en la capacidad de reaccionar ante los ataques, cuando nos encontramos en el caso de las situaciones extraordinarias; sin olvidar que estos dos cauces no son excluyentes entre sí, sino que están conectados por una relación de proporcionalidad inversa y, como resultado, en los momentos en los que uno de ellos debe adquirir un mayor protagonismo el otro pasa a un segundo plano y, cuando la situación cambia, se produce una adaptación, invirtiendo los roles que acabamos de señalar, hasta que el contexto transite nuevamente entre la normalidad y la excepción político-constitucionales[147].

Consideramos que el cauce principal para la formulación de esta dimensión positiva o proactiva del Estado de Derecho se encontraría, como bien señalaba Stolleis (2014: 30), en la recuperación de su idea germinal a través de la composición de todas sus variantes. El proceso partiría de una abstracción teórica de lo que pretende conseguir el concepto en cada uno de los Estados que seleccionemos en nuestro estudio para obtener unas nociones básicas sobre la teleología general y el set institucional que mejor se adapte –en este caso, de manera específica y, por ende, variable— a cada situación. Dicho esto, es manifiesto

[146] Como ocurre, por ejemplo, en el caso de los regímenes iliberales, cuyo surgimiento y evolución que serán analizados en el próximo capítulo.

[147] Respecto de la diferencia entre infracciones aisladas y deficiencias sistémicas, que es asimilable a la distinción entre situaciones constitucionales ordinarias y extraordinarias, vemos que las primeras han sido caracterizadas por Von Bogdandy y Ioannidis (2014: 35) y Martín y Pérez de Nanclares (2019: 139), en el marco de aquellos sistemas jurídicos que funcionan adecuadamente, como verdaderos testimonios de que el ordenamiento jurídico tiene capacidad para generar una respuesta adecuada frente a las vulneraciones que son puntuales y, por tanto, puede concluirse que el mismo conserva su capacidad de *autorreparación*; mientras que respecto de las segundas nos encontraríamos ante *situaciones límite* y, por tanto, estas serían las que verdaderamente ponen en peligro la integridad del propio sistema.

que en el proyecto de integración europea se encuentra una oportunidad inmejorable para experimentar con la operación teórica que acabamos de perfilar, pero la misma no se ha materializado por dos razones: una de naturaleza teórica –que analizaremos en el apartado siguiente de este capítulo— provocada por las dificultades a la hora de adaptar el concepto de Estado de Derecho a la estructura supraestatal; y una de naturaleza práctica –que será analizada con detenimiento en el apartado segundo del Capítulo III— respecto de la forma en que las instituciones de la Unión Europea afrontaron –de manera *cuasi impositiva*— el proceso de ampliación hacia el este. Como podremos comprobar a lo largo de la tesis, el asesoramiento y el acompañamiento constitucional de las instituciones europeas hacia los nuevos Estados del centro y este de Europa que pretendían adherirse al proceso de integración supraestatal puede concebirse como una oportunidad perdida.

2. Las dificultades a la hora de adaptar el concepto a la estructura supraestatal

Antes de exponer cuáles son las dificultades que el Estado de Derecho encuentra a la hora de ser adaptado a la estructura de una integración supraestatal como la UE hemos de referirnos a la necesidad de que –de una forma u otra— dicha adaptación se produzca. Es absolutamente necesario que las integraciones supraestatales que se encuentren en un grado de desarrollo suficiente y se hallen en la fase de unión económica y monetaria[148] y, sobre todo, aquellas que –como ocurre en el caso de la UE— no solo buscan la obtención de beneficios económicos para sus miembros sino que también incluyen en su estructura un núcleo robusto de valores y principios fundamentales de tipo axiológico, incorporen un concepto análogo al Estado de Derecho que hemos visto a nivel nacional en el seno de su arquitectura institucional[149]. Como ha apuntado con gran acierto respecto de los efectos de la integración europea sobre los poderes nacionales Solozábal Echavarría (1995: 65), las consecuencias derivadas del ordenamiento jurídico europeo «no pueden suponer una renuncia a la aspiración a controlar el poder, sino sólo un nuevo modo de conseguirlo».

[148] Respecto de los grados de desarrollo de las integraciones supraestatales utilizaremos como base las categorías elaboradas por García Guerrero (2019), que las clasifica en cuatro etapas: acuerdo o zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común y unión económica y monetaria; todas ellas ordenadas de mayor a menor grado de integración.

[149] Respecto del Consejo de Europa, Spano (2021: 269) determina que el Estado de Derecho es una de las características de la herencia espiritual común a todos los miembros y que en el mismo es donde la Convención en su totalidad encuentra su inspiración, utilizando como fundamento las sentencias del TEDH de 21 de febrero de 1975, *Golder c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170, y de 31 de enero de 2017 *Rozhkov c. Rusia (No. 2)*, ECLI:CE:ECHR:2017:0131JUD003889804. Esta sería la única forma de colmar el vacío de derecho público internacional necesario para disciplinar a los grandes poderes económicos transnacionales al que se refiere Ferrajoli (2016: 117).

Por ello, tanto el desarrollo de la propia Unión Europea, como el consecuente aumento de los poderes de sus instituciones, ha de estar acompañado de la implantación de cauces de control adecuados si se pretende cumplir el Estado de Derecho (Tridimas, 2006: 53).

Dicho esto, podemos comenzar ya a referirnos a los obstáculos que encuentra esta adaptación del Estado de Derecho a la estructura supraestatal. A lo largo de este apartado trataremos cuatro problemáticas: las dificultades derivadas de los cauces elegidos para la elaboración de este nuevo concepto supraestatal; aquellas resistencias manifestadas como resultado de la utilización de conceptos íntimamente ligados a la estructura de un Estado a un contexto que no se corresponde con la misma, principalmente como resultado de la arquitectura institucional *sui generis* de la Unión Europea; los óbices relacionados con la terminología empleada; y, por último, los conflictos que surgen de manera inevitable por la convivencia de diferentes estándares de Estado de Derecho en un mismo espacio. Mientras que los tres primeros tienen una importante carga teórica, el cuarto –y último— de ellos se corresponde –como podremos comprobar a partir de los problemas dogmáticos que serán analizados en primer lugar— con los resultados prácticos de una configuración *defectuosa* de la teoría constitucional europea.

Las dificultades derivadas de los cauces elegidos para la elaboración del concepto traen causa de dos aspectos distintos: falta por explorar más aún la dimensión teleológica, de modo que aún no se ha definido en abstracto en qué consiste el Estado de Derecho y, como consecuencia directa de ello, se hace más complicada la tarea –ya de por sí difícil— de sintetizar a partir de todas las concepciones nacionales una acepción propia para el ámbito de la Unión Europea[150].

Nos referimos únicamente a esta opción porque consideramos que la alternativa, consistente en la *autoproclamación* de un Estado de Derecho propio de la Unión Europea e independiente de las concepciones nacionales, lleva aparejada el deletéreo riesgo de ser considerada como una injerencia por los Estados miembros. La elaboración *transnacional* del concepto a partir de los elementos que son comunes a ellos, en cambio, tendría como resultado una percepción como algo propio y natural, lo que Konstadinides (2017: 27-28) define como una suerte de «retorno al hogar».

[150] Pernice (2015: 542) señala que el hecho de que el entendimiento del Estado de Derecho varíe entre los Estados miembros hace muy complicado que estos se traduzcan en una concepción común para la Unión Europea.

Pese a que sea la opción más recomendable, ya hemos adelantado que la misma no se encuentra libre de obstáculos. El principal problema a la hora de crear esta síntesis de concepciones nacionales para extraer un concepto de Estado de Derecho que sea común a los Estados miembros se encuentra en la existencia de elementos que son resistentes a su transposición (Blokker, 2017: 19) o inmunes a la extensión (Konstadinides, 2017: 39) a causa de su estrecho vínculo con la historia y la tradición constitucionales de cada uno de los miembros, por lo que desafían cualquier intento de síntesis tanto por la negativa de aquel Estado que se ve afectado por la relativización de uno de sus elementos definitorios, como porque al ser tan específicos del sistema original su encaje en el ámbito supraestatal –donde debe coincidir con el resto de estándares nacionales— resulta complicado.

Para la creación de un concepto supraestatal de Estado de Derecho necesitaríamos tomar en consideración los contextos específicos y las trayectorias históricas propios de cada uno de los Estados miembros, pero sin llegar a incorporar elementos que sean tan específicos que puedan entrar en conflicto con los que son propios de los demás sistemas. Por tanto, como ha puesto de manifiesto Blokker (2016), no debemos pecar de optimistas a la hora de transferir de normas y diseños constitucionales y, por tanto, hemos de tener en cuenta dónde, cuándo y por quién será aplicado todo aquello que vaya a ser objeto de una transferencia constitucional[151].

Esta metodología de síntesis ya se ha utilizado para la elaboración del concepto de *tradiciones constitucionales comunes*. Sin embargo, dando fe de los problemas inherentes a la misma, «el Tribunal de Justicia no ha utilizado una metodología empírica/estadística para sincretizar las distintas identidades nacionales, sino que para llevarlo a cabo realiza un juicio evaluativo o comparación crítica (wertende Rechtsvergleichung), y, por tanto, no será necesario que un principio esté presente en todos y cada uno de los Estados miembros —ni siquiera en la mayoría— para que sea considerado parte de las tradiciones constitucionales comunes» (Ragone y Barroso Márquez, 2022: 108). Por tanto, este sería uno de los aspectos que deberían ser perfeccionados en el futuro a la hora de utilizar la aproximación sintética para elaborar conceptos comunes a los Estados miembros.

[151] Como una suerte de solución intermedia, como señala Wahl (2006: 107) sobre la obra de Häberle, estaría la creación de un concepto que esté libre de «analogías con los modelos del Estado nacional», pero, al mismo tiempo, aproveche su «reserva teórica» y la «riqueza de sus experiencias».

En segundo lugar, nos referiremos a los problemas derivados de la utilización de conceptos que se encuentran íntimamente ligados a la arquitectura del Estado y que son, por tanto, ajenos a la estructura institucional –*sui generis*— propia de la Unión Europea. Hemos comprobado que son numerosos los autores que han señalado esta dificultad[152], pero el razonamiento que más nos convence por su carácter gráfico es el de Requejo Pagés (2016: 160-161), cuya originalidad entendemos merecedora de ser citada textualmente:

> *El mundo de lo pequeño (el Estado) se entiende bien con el principio de validez, del mismo modo que la realidad atómica puede comprenderse con la mecánica cuántica. El mundo de lo grande, sin embargo, como es el caso de la sociedad de los Estados, puede aprehenderse, al igual que el cosmos, con el auxilio de la relatividad. Pero para entender simultáneamente ambas dimensiones hace falta una teoría unificada que evite las consecuencias que produce cada una de aquellas teorías cuando se trata de aplicarlas a la realidad para la que no han sido concebidas.*

En relación con esta *teoría unificada* del Estado de Derecho *estatal* y *supraestatal* podremos aventurarnos a extraer una serie de conclusiones una vez que hayamos tratado todas las problemáticas teóricas y prácticas que encuentra dicha operación. Por ahora, continuamos con la segunda de ellas. Ya hemos visto con carácter general que existe esa

[152] Por ejemplo, Berber (1966: 99), cuando apunta que los intentos de explicar la integración europea con categorías similares a las utilizadas en el seno de los Estados han fracasado porque las características esenciales de la misma difieren totalmente de las propias del federalismo; Viciano Pastor (1997: 41), que ha afirmado que no se pueden extender a la Unión Europea las exigencias constitucionales nacionales; Pierré-Caps (2000: 156), que muestra su preocupación por la mutación provocada por la rearticulación del *demos* en el marco de la Unión Europea; de Cabo Martín (2003: 89), al señalar que «buena parte de los problemas que plantea el Derecho comunitario desde la perspectiva técnica de la relación entre Ordenamientos proceden de que tanto su implantación como los procesos de producción y de reproducción no se ajustan y hasta contradicen los modelos de configuración de las muy acabadas construcciones del Estado de Derecho propias del constitucionalismo occidental»; Grzeszczak (2005: 1528), que entiende que la Unión Europea no debería ser observada o analizada exclusivamente (o incluso complementariamente) sobre la base de las asunciones creadas para las estructuras estatales; Menéndez (2010: 68), al considerar que «la dificultad de aprehender la integración europea en términos teóricos se debía (y en buena medida, sigue debiéndose) a la originalidad de los procesos y del orden jurídico resultante»; Alzaga Villaamil (2013: 92), cuando advierte que «la solución jurídico-constitucional para la Europa del siglo XXI no la podemos materializar con fósiles, con arquetipos oxidados ni, en suma, antiguallas»; Pernice (2015: 542), ya que ha puesto de manifiesto que las dificultades radican en la inexistencia de un lenguaje propio de la UE, porque se utilizan conceptos tradicionales propios de la filosofía política y el Derecho constitucional que han sido desarrollados para los Estados, y que su aplicación a una estructura no estatal, como es el caso de la UE, genera necesariamente malentendidos; Konstadinides (2017: 27), que hace hincapié en la necesidad de que se tome en consideración el hecho de que algunos elementos del Estado de Derecho están relacionados de manera tan íntima con el ámbito estatal que no pueden ser extendidos y aplicados al contexto supraestatal; o Balaguer (2020), que subraya la obligación de adaptar o reinterpretar el entendimiento tradicional de los conceptos esenciales del Estado constitucional de Derecho a causa de los efectos derivados de integración supranacional y de la globalización.

dificultad por la ligazón de los conceptos tradicionales del constitucionalismo al Estado, pero vamos a enumerar algunos de los ejemplos que consideramos que son más relevantes a los efectos de nuestra investigación: su disonancia con el esquema de desconcentración de poderes nacional; las diferencias entre las categorías normativas de ambos sistemas; y la introducción de principios que no encajan a la perfección con aquellos que han regido tradicionalmente las relaciones jurídicas.

Respecto de la disonancia entre la arquitectura institucional europea y el esquema tradicional de desconcentración de poderes[153], debemos comenzar haciendo hincapié en que la misma ha ido mutando de forma paralela a la evolución que ha experimentado el rol de las distintas instituciones en el seno de la Unión Europea. En un primer momento, cuando la potestad legislativa le correspondía en exclusiva al Consejo, una institución de marcada naturaleza (inter)gubernamental y, por tanto, perteneciente al poder ejecutivo, esto resultaba sumamente extraño a la reserva –de la función de aprobación de las leyes— al poder legislativo a la que estamos acostumbrados en el plano nacional[154]. Esto cambió cuando al Parlamento Europeo le otorgaron funciones legislativas en pie de igualdad con el Consejo a través del procedimiento legislativo ordinario, pero seguía formando parte del poder legislativo europeo una institución (inter)gubernamental como es el Consejo y otra ajena a esta relación, la Comisión, con el *cuasi monopolio* de la iniciativa legislativa. Asimismo, vemos que el hecho de que nos encontremos con más de tres instituciones[155], hace que nos demos cuenta de que va a ser imposible que –tal y como está configurado actualmente— el funcionamiento de la Unión Europea encaje con la distinción tripartita tradicional de *tres órganos para tres poderes*[156], sino que por el contrario la estructura de

[153] En este sentido, debemos ser conscientes de que el principio de *separación de poderes*, como es calificado normalmente por la doctrina, ha dejado de reflejar fielmente el funcionamiento de las relaciones entre los poderes, sobre todo el legislativo y el ejecutivo, a partir del surgimiento del Estado de partidos (García Pelayo, 1991: 2020). Por esa razón, preferimos hablar de *desconcentración* de poderes, ya que el objetivo primordial del mismo es, precisamente, evitar que el poder se concentre en un solo individuo o en una sola colectividad.

[154] Entendemos con Solozábal Echavarría (1995: 64) que la afectación a la separación de poderes por el poder legislativo del Consejo (ejecutivos) no tenía efectos destructivos sobre la propia idea del Estado de Derecho, «de modo que estaríamos ante un cuestionamiento de lo que es una variedad organizativa del mismo pero no ante una renuncia a la consecución de sus objetivos».

[155] Las instituciones de la Unión, según dispone el artículo 13.1 TUE, son el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas.

[156] Debido a que en la teoría constitucional tradicional el poder ejecutivo le corresponde al Gobierno, el poder legislativo al Parlamento (unicameral o bicameral) y el poder judicial al conjunto de los jueces y tribunales del Estado. En este sentido, resultan interesantes las aportaciones de Viciano Pastor (2000: 200; 2009: 96) y Grzeszczak (2005: 1528). Hemos de subrayar que esta tripartición del poder nació ya viciada, pues *de facto* era inexistente esta separación estanca, total y absoluta, entre los distintos poderes del Estado,

la integración supraestatal europea lleva más allá la superación de este paradigma clásico, hasta el punto de que ya no solo es que debamos hablar de *desconcentración de poderes*, sino que en la misma ha visto la luz en las primeras sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea un nuevo paradigma, denominado *principio de equilibrio institucional*, como podemos ver en el temprano asunto *Meroni/Alta Autoridad*[157], donde determinó que el hecho de que los objetivos de la integración Europea no son impuestos a una sola institución sino al conjunto de todas ellas en el marco de sus respectivas competencias[158], «permite ver en el equilibrio de facultades, característico de la estructura institucional de la Comunidad, una garantía fundamental concedida por el Tratado, en particular a las empresas y asociaciones de empresas a las que se aplica»; y «que la delegación de una facultad discrecional, confiándola a autoridades distintas de las que fueron establecidas por el Tratado para asegurar y controlar su ejercicio en el marco de sus respectivas competencias, infringe dicha garantía». Más adelante, este principio se ha visto traducido en la prohibición de que las instituciones europeas infieran en las competencias que los Tratados le atribuyen a las demás, así como en la exigencia de que se respete el ejercicio de aquellas competencias que efectivamente tienen atribuidas[159].

En relación con las categorías normativas, vemos que a pesar del intento de realizar una aproximación de los distintos términos –los reglamentos, directivas y decisiones— que no encuentran un referente análogo en el ámbito nacional hacia el concepto de «ley», que sí resulta familiar en los Estados miembros, que fue truncado al mismo tiempo que la ratificación del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa,

---

y con el tiempo se ha alejado más aún de la realidad práctica, como ocurre, por ejemplo, con la introducción de instituciones como el Tribunal Constitucional, los Consejos del Poder Judicial o los Bancos nacionales.

[157] Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 1958, *Meroni/Alta Autoridad*, C-9/56, ECLI:EU:C:1958:7.

[158] Conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (París, 1951).

[159] Tal y como podemos deducir con claridad de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, *Eslovaquia/Consejo*, C-643/15 y C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, en la que ha determinado que «la facultad de iniciativa legislativa que el artículo 17 TUE, apartado 2, y el artículo 289 TFUE atribuyen a la Comisión, inscrita en el principio de atribución de facultades consagrado en el artículo 13 TUE, apartado 2, y, de forma más amplia, en el principio de equilibrio institucional, característico de la estructura institucional de la Unión, implica que sea a la Comisión a la que corresponde tomar una decisión acerca de la presentación de una propuesta de acto legislativo» (para. 146); que «el artículo 78 TFUE, apartado 3, faculta al Consejo para adoptar medidas por mayoría cualificada, como hizo al adoptar la Decisión impugnada y, por tanto, el principio de equilibrio institucional prohíbe que el Consejo Europeo modifique esta norma de votación imponiendo al Consejo, a través de conclusiones adoptadas de conformidad con el artículo 68 TFUE, la unanimidad» (para. 148); y, por último, que «la participación efectiva del Parlamento en el proceso de toma de decisiones con arreglo a los procedimientos previstos en el Tratado representa, en efecto, un elemento esencial del equilibrio institucional perseguido por el Tratado» (para. 160).

la iniciativa no se ha retomado con el paso del tiempo. De esta manera, aún hoy en día el contenido del Derecho de la Unión Europea difiere en cuanto a sus categorías de lo que acostumbran a manejar en su vida cotidiana los ciudadanos en los Estados miembros[160], contribuyendo así a una mayor percepción de lejanía por parte de estos últimos respecto del funcionamiento de la propia integración europea, que se ve empeorada más aún por la opacidad y el secretismo que tradicionalmente la ha caracterizado a ciertas instituciones –pensemos en el Banco Central Europeo— y que de manera paulatina se va reformando para conseguir una mayor transparencia y –como resultado— cercanía, pero que aún dista mucho de una situación óptima.

En relación con los principios rectores de la integración europea que pueden entrar en conflicto con aquellos a los que están habituados los Estados miembros, centraremos nuestra atención en aquellos que tratan la relación entre sendos ordenamientos jurídicos, por lo que nos referiremos a los principios de autonomía y de primacía del Derecho UE.

Existe una jurisprudencia consolidada en cuanto al principio de autonomía que se puede consultar con facilidad gracias al razonamiento contenido en el Dictamen 1/17, *Acuerdo CETA UE-Canadá*[161]. Al analizar la compatibilidad del mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados (SDIE) previsto en el Acuerdo CETA con la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, determina que la autonomía «existe tanto en relación con el Derecho de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional» y que «se deriva de las características esenciales de la Unión y de su Derecho»[162]; que esta «reside por tanto en la circunstancia de que la Unión está dotada de un marco constitucional propio»[163]; y que, «para asegurar la preservación de esas características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico así creado, los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión»[164]. Sin embargo, esta autonomía ha sido utilizada con carácter general como un instrumento para dotar de una cierta *vis expansiva* a las competencias atribuidas a la Unión Europea en los Tratados,

[160] Como en su día puso de manifiesto Viciano Pastor (2000: 200), que apunta, además, el problema que se deriva de la inexistencia de una jerarquía normativa en el ámbito del derecho derivado de la UE.

[161] Dictamen del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2019, *Acuerdo CETA UE-Canadá*, 1/17, ECLI:EU:C:2019:341. Para un análisis detallado de dicho acuerdo, podemos acudir al trabajo de Guamán Hernández y Conesa de Lara (2016).

[162] *Ibid.*, para. 109.

[163] *Ibid.*, para. 110. Señala, asimismo, que en este marco constitucional «se incluyen los valores fundacionales enunciados en el artículo 2 TUE».

[164] *Ibid.*, para. 111.

por lo que se estaría interpretando extensivamente la voluntad de los Estados miembros –expresada mediante la ratificación de los Tratados constitutivos— en la que se encuentra verdaderamente la fuente de validez del ordenamiento jurídico de la UE. Es probable que la tensión inherente a la introducción de un concepto como el que hemos expuesto sea la que haya provocado que este nunca ha sido recogido de manera literal en los Tratados, por lo que continúa configurándose como uno de los principios que han sido elaborados de manera pretoriana por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Algo similar ocurre en el caso del principio de primacía del Derecho de la Unión, que tampoco ha sido incluido expresamente en los Tratados por las consecuencias de gran calado que lleva aparejadas. Sus orígenes se encuentran en las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en los asuntos *van Gend en Loos*, donde afirmó que la Unión Europea «constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales»[165]; y *COSTA/E.N.E.L.*, donde el Tribunal de Justicia utilizó como fundamento para crearlo la fuerza obligatoria y aplicabilidad directa de los Reglamentos[166]; pero fue confirmado de manera más explícita en la sentencia del asunto *Simmenthal*, donde afirmaba que

> *en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también –en tanto que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros—, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias*[167].

[165] Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, *van Gend en Loos*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

[166] Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, *COSTA/E.N.E.L.*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

[167] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, para. 17.

Como acertadamente señalaba Azpitarte Sánchez (2005: 353-354), «la autonomía del ordenamiento comunitario y la primacía de sus normas resultan de un concreto presupuesto de legitimidad, en este caso, de una perspectiva funcional de la legitimidad»; y, en consecuencia, «no son por sí mismos elementos estructurales indisponibles, sino que se toman como imprescindibles simplemente porque están aviados a lograr el fin por el que se han instituido las Comunidades». Sin embargo, por muy instrumental o funcional que sea su naturaleza, sendos principios han contribuido al proceso de retirada gradual de la dimensión intergubernamentalista y, por ende, a implementar el de *comunitarización*, por lo que han provocado en la práctica una «pérdida de la autodeterminación nacional», así como a mostrar la «parcialidad del ordenamiento jurídico estatal y, específicamente, del Derecho constitucional» (Ruiz-Rico Ruiz, 2002: 107). Volveremos sobre este aspecto unos párrafos más adelante, cuando tratemos la problemática relativa a la convivencia de distintos estándares de Estado de Derecho en un mismo espacio. En cuanto a las trabas que se derivan de la terminología empleada, consideramos que no es un problema que afecte únicamente a la integración europea, sino que el concepto de Estado de Derecho se presenta con denominaciones bien diversas en cada uno de los Estados miembros[168]. Aunque no suele ser problemático en el ámbito nacional, puesto que cada uno de ellos ha determinado el contenido de su denominación correspondiente conforme a su experiencia constitucional, sí puede generar un conflicto en el ámbito supraestatal por la necesidad de traducir un mismo concepto –propio de la Unión— a sus veinticuatro lenguas oficiales. En este sentido, vemos que la *communauté de droit*, a la que hacía referencia el Tribunal de Justicia en el asunto *Les Verts/Parlamento*[169], pese a que coincide en gran medida con algunas de las traducciones –como la española, *comunidad de Derecho*, o la alemana, *Rechtsgemeinschaft*— difiere en el caso del inglés, ya que el término empleado en este caso es el de *community based on the Rule of Law*. Esta divergencia ha evolucionado a la par que la integración europea y en la actualidad los términos son por un lado los de *Unión de Derecho*, *union de droit* y *Rechtsunion*, y, por otro, el inglés de *union based on the rule of law*[170]. Parece que, mientras que España, Francia o Alemania han entendido desde

[168] Respecto de las distinciones terminológicas entre *Rule of Law* británico (mientras Reino Unido aún pertenecía a la Unión Europea), *Rechtstaat* alemán, *État de Droit* francés o *Estado de Derecho* español, podemos consultar los trabajos de Rosenfeld (2001), Cossio (2007: 61), Weber (2008), Pech (2009: 22-41), Grote (2012), Konstadinides (2017: 68-69) o May (2018: 369-370).

[169] Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, para. 23. Utilizamos el término francés porque fue la lengua de procedimiento que se utilizó en el presente asunto.

[170] Como vemos en las traducciones de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2012, *Polonia/Comisión*, C-336/09 P, ECLI:EU:C:2012:386, para. 36.

el principio que se trata de un concepto que se debe hacer propio de la Unión Europea, conforme a sus especificidades y características, los ingleses se resistían a concebir que el concepto Estado de Derecho puede existir más allá de sus fronteras. Aunque el propio Tribunal de Justicia haya acuñado un término propio del ámbito europeo como es el de *Unión de Derecho* que es, por tanto, distinto del concepto de *Estado de Derecho* nacional, la operación señalada no ha ido más allá de la nomenclatura y –como comprobaremos en el siguiente apartado— seguimos sin contar con una definición de este concepto adaptada a la estructura supraestatal.

Una vez nos hemos referido a las tres primeras problemáticas de naturaleza teórica, pasamos ahora a tratar la cuarta de ellas, en este caso de naturaleza práctica, que se deriva de la coexistencia de distintos estándares del Estado de Derecho en un mismo espacio[171]. En el caso de la Unión Europea conviven tres estándares distintos: uno propio de la UE, que se divide a su vez entre las exigencias que afectan a las instituciones europeas y las que se refieren a la acción exterior[172]; un estándar específico de cada Estado miembro; y, en tercer y último lugar, un estándar que se refiere a las exigencias que la Unión Europea puede imponer a los Estados miembros[173]. Teniendo en cuenta la distinción terminológica que vimos unos párrafos más arriba, calificaremos al primero de los estándares, esto es, al Estado de Derecho propio de la UE, como *Unión de Derecho*.

La justificación de los dos primeros estándares sería evidente si tenemos en cuenta la caracterización del concepto de Estado de Derecho realizada en el primer apartado, pues ambas formas de manifestación del poder –tanto el estatal como el supraestatal[174]— deben acompañarse de mecanismos que sean adecuados para la limitación del mismo. Respecto del tercero de ellos, si bien su justificación se encuentra en la necesidad de que

[171] Debido a que lo más habitual es que el Estado de Derecho de la Unión Europea se aplique donde el Estado de Derecho –nacional— ya existe (Konsdadinides, 2017: 27).

[172] Por ello, podemos distinguir las dimensiones interna y externa del estándar de Estado de Derecho propio de la Unión Europea.

[173] Sisková (2019: 118) distingue cuatro *dimensiones* del Estado de Derecho en la Unión Europea: transnacional entre los Estados miembros; integral de la UE; doméstica de cada Estado miembro; y externa de la UE. Por nuestra parte, entendemos que a pesar de que el estándar de cumplimiento que puede exigir la Unión Europea respecto de los Estados miembros debería estar configurada a partir de una síntesis de las concepciones nacionales, en la práctica este no ha sido el caso, sino que hoy en día dicho estándar del Estado de Derecho tiene una naturaleza más descendente que ascendente y, como consecuencia, no estamos de acuerdo con la definición de una dimensión *transnacional* del Estado de Derecho. Si bien desde el punto de vista del *deber ser* su naturaleza habría de ser *transestatal*, ontológicamente la misma tiene una clara impronta *supraestatal*.

[174] Esta *Unión de Derecho* será el estándar que puedan utilizar tanto las instituciones europeas para controlarse mutuamente como los Estados miembros para controlar la actuación de las mismas.

cada uno de los Estados miembros cumpla con las exigencias del Estado de Derecho para garantizar la subsistencia del proyecto de integración europea[175], surgen dos dificultades a la hora de hacer efectivo dicho estándar. La primera se encuentra en la determinación de cuáles son exactamente esas exigencias del Estado de Derecho, debido a que el tercero de los estándares que hemos visto se encuentra a caballo entre el estatal y el supraestatal. La segunda no tiene una naturaleza meramente jurídica, sino que también es política: mientras que el primer estándar es utilizado para controlar la actuación de las instituciones europeas y la encargada de realizar este control serían las propias instancias de la UE, y el segundo estándar se usa para controlar la actuación de los poderes nacionales y quien realiza dicho control son los propios órganos nacionales; en el caso del tercer estándar su cometido sería controlar la actuación de los poderes nacionales, pero dicho control sería realizado por las instituciones europeas. Estas dos problemáticas provocan de facto que sea este tercer y último estándar el que tenga más posibilidades de generar tensiones entre autoridades –tanto jurídicas como políticas— nacionales y europeas, como se desprende de la disparidad de la literatura que existe en el ámbito del *constitucionalismo* europeo en cuanto a los trabajos sobre el estándar del Estado de Derecho de la propia Unión Europea –que apenas ha recibido la atención de la doctrina[176]— y los que se ocupan de analizar los mecanismos con los que cuentan las instituciones europeas para afrontar los *ataques* provenientes de los Estados miembros[177].

Las dos problemáticas que acabamos de explicar no son independientes entre sí, sino que se retroalimentan. Cuanto mayores sean las dificultades a la hora de elaborar el concepto de Estado de Derecho propio de la integración y, como resultado, de establecer las exigencias que del mismo se derivan respecto de los Estados miembros, más difícil será justificar cualquier injerencia respecto de los últimos por parte de la Unión Europea; y, al mismo tiempo, las resistencias de los Estados miembros en aceptar los límites que la integración europea impone sobre su capacidad de actuación provocan que sea más complicado que nos pongamos de acuerdo sobre cuáles son exactamente las exigencias

[175] Baquero Cruz (2022: 437) entiende que esta exigencia es una condición existencial para la UE, por lo que forma parte de la «*minima moralia*» supraestatal. Si no todos los Estados miembros cumplieran con las exigencias del Estado de Derecho nos encontraríamos ante la imposibilidad de aplicar el Derecho de la Unión Europea en todo el territorio y, por tanto, ante lo que O'Donnell (2004: 40-42) califica como Estado de Derecho «intermitente».

[176] El único autor que ha dedicado una monografía a este respecto es Konstadinides (2017).

[177] Aunque a principios del siglo no era un campo muy explorado por la doctrina, ha experimentado un crecimiento exponencial a raíz del surgimiento de los regímenes iliberales, como podremos comprobar a lo largo del Capítulo IV.

que conforman ese tercer estándar. Esta interrelación trae causa de un proceso que ha sido calificado como *downstream retroaction* (Pech, 2022: 126), ya que consiste en que los desarrollos legales que tienen lugar en el nivel supraestatal producen efectos sobre los ordenamientos jurídicos nacionales y, al mismo tiempo, estas novedades nacionales son reexportadas al ámbito supraestatal[178].

Por tanto, el verdadero problema surge cuando existe una divergencia entre lo que la Unión Europea y los Estados miembros entienden por Estado de Derecho. Vimos en el apartado anterior que las diferentes adjetivaciones del concepto muestran pretensiones y finalidades muy distintas, y que en muchas ocasiones debe producirse una relativización de estas últimas para lograr su coexistencia pacífica en el marco del constitucionalismo. Algo casi idéntico ha tenido lugar como derivación del proceso de integración europea, pues se han visto confrontados los estándares nacionales del *Estado social de Derecho*[179], con una *Unión liberal de Derecho*[180]. El conflicto se ha resuelto a través de los principios de primacía y autonomía del ordenamiento jurídico europeo, y ha tenido como resultado la inversión en el plano nacional de las coordenadas propias del Estado Social[181]. Así, afirma De Cabo Martín (2007: 210) que la implantación del Derecho de la UE «expresa, acentúa y cristaliza la crisis del Estado social, puesto que se ha hecho desde el comienzo no solo sin ajustarse sino contradiciendo supuestos básicos del Estado de Derecho, al mismo tiempo que este verdadero antimodelo se presentaba como el patrón al que debía ir ajustándose el modelo». Si bien es cierto que la Unión Europea ha ido añadiendo cada vez más contenidos de tipo material, más allá del componente meramente economicista, por ahora sigue predominando este último sobre los demás[182].

La consecuencia de estas tensiones –y no solo la derivada de la contraposición entre las adjetivaciones liberal y social— han sido las resistencias que han presentado algunos Estados miembros, como podemos ver de manera paradigmática en la postura adoptada

[178] A este respecto, Pech (2022: 126) señala que podríamos hablar de la existencia de una suerte de *ping-pong constitucional* o *intertwined constitutionalism*.

[179] Tal y como ha sido adjetivado en la mayoría de las constituciones nacionales.

[180] En este caso utilizamos el calificativo *liberal* en un sentido económico, no político.

[181] En este sentido se ha pronunciado Tajadura Tejada (2002: 265), sobre la base de lo expuesto por García Herrera (1998 : 79). En la misma dirección, Maestro Buelga (2004: 136) señala que la legitimación técnica del Derecho de la Unión Europea –y, por tanto, también de su Estado de Derecho— es la que se ha utilizado para justificar un proceso decisional que se encuentra sustraído a la lógica democrática. Asimismo, se ha manifestado a este respecto Lasa López (2014), utilizando como ejemplo de ruptura de la constitución material del Estado social la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria.

[182] Como podemos ver en el trabajo de Moreno González (2023).

por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en sagas como *Solange* o *Maastricht*, en las que demostró que la Ley Fundamental de Bonn no permitiría cualquier avance en la integración sino únicamente los que no entren en conflicto con su núcleo esencial[183]. Esto ha demostrado, en efecto, que por mucho que la Unión Europea se haya esforzado en plantear su ordenamiento jurídico como un sistema autónomo y con primacía respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales, en la práctica su funcionamiento se encuentra fuertemente condicionado a la aceptación de las reglas por parte de los Estados miembros. Requejo Pagés (2016: 219-220) señala al respecto que este trato hacia la Unión Europea, como si fuera un «auténtico soberano», ha tenido lugar «sin reparar en el hecho de que la verdadera soberanía continúa siendo privativa de los Estados»[184]; pero el mismo autor se encarga de matizar esta afirmación al señalar «que por más que los Estados se resistan todavía a diluirse en el Ordenamiento constituido por una voluntad normativa superior, la sola necesidad de reconocimiento mutuo de sus respectivos ámbitos de dominio les aboca a desprenderse de su soberanía en términos absolutos» (Requejo Pagés, 2016: 131). Nos encontraríamos en el marco de lo que Schmitt explicaba a través de la relativización del concepto de *ley constitucional*, ya que permitía aceptar con una validez reforzada en el seno del Estado el contenido de obligaciones de naturaleza internacional, pero sin que implique la supresión del poder constituyente del Estado en cuestión y, de esta manera, se evitaba el establecimiento de una relación de sometimiento o dependencia que es más propio de un pacto de naturaleza federal (Schmitt, 1996: 90-92). Este fenómeno debe ser conectado con la *hipertrofia* que actualmente ha experimentado el Derecho internacional (Moreno González, 2024: 152-155), pues la concepción tradicional del contenido de los acuerdos internacionales provoca que los textos constitucionales nacionales no prevean exigencias reforzadas a este respecto –por ejemplo, en cuanto a su ratificación— y ello, en la práctica, pone en jaque a los diseños constitucionales nacionales que pueden verse modificados a través de cauces verdaderamente simples.

[183] En este sentido, señala Cruz Mantilla de los Ríos (2021: 299) que «el impacto de la integración sobre el espacio público europeo exige una nueva mirada de manera que las preguntas sobre cuál es la norma suprema del ordenamiento jurídico y cuál es la máxima autoridad judicial no encuentran una respuesta sencilla; se han convertido en categorías jurídicas compuestas que precisan de una atención simultánea al plano nacional y supranacional y, por tanto, solo una aproximación teórica que reconozca una situación de pluralismo normativo será capaz de responder más adecuadamente a estos interrogantes».

[184] El propio Requejo Pagés (2016: 142) reflexionaba sobre esta idea unas páginas antes, cuando concluía respecto de los Estados que el reconocimiento de la existencia de un ordenamiento jurídico común «no les priva de la condición de soberanos, sino que justamente la presupone y garantiza».

Teniendo en cuenta que el objetivo de la investigación no es resolver el problema, sino tenerlo en cuenta a la hora de analizar la utilización del concepto en el marco de los acontecimientos más recientes que se derivan del surgimiento de los regímenes iliberales, trataremos de avanzar algunas claves que pueden ser interesantes para su futura solución.

En primer lugar, debemos utilizar categorías jurídicas que respondan de manera fiel a la realidad que estamos analizando. De la misma forma en que Fioravanti (2009: 27) nos advertía de que «no debemos cometer el error de buscar derecho en la edad media utilizando las categorías del derecho moderno», en el marco actual de la Unión Europea, no podríamos utilizar los conceptos propios del Estado para aproximarnos y analizar las estructuras supraestatales, pero tampoco deberíamos utilizar los conceptos supraestatales, como podría ser el de *Unión de Derecho*, para evaluar las situaciones del ámbito estatal. Hemos de construir, utilizando una suerte de *constitucionalismo sintético* –nos tomamos la licencia de utilizar la expresión acuñada por Menéndez (2010: 70-76)— como aquella estrategia metodológica a través de la cual se realiza la *composición de un todo por la reunión de sus partes*[185], mediante la puesta en conjunto de los elementos constitucionales que sean comunes a todos los Estados miembros y a las finalidades de la Unión Europea, una especie de *puente* entre el *Estado de Derecho* y la *Unión de Derecho* que nos permita evaluar cuándo la última puede utilizarse para injerir en el primero.

Para realizar esta operación debemos tener en cuenta que algunas de las categorías centrales del Estado de Derecho han desaparecido en el concepto de *Unión de Derecho*, y que pese a que no sea posible exportar aquellos elementos que estén demasiado ligados al ámbito estatal, sí que será posible en todo caso que realicemos una traslación de los *elementos de constitucionalidad*, como podemos concluir a partir de la aproximación de las reflexiones realizadas por De Cabo Martín (2014: 74-75 y 112) y la terminología que hemos utilizado en el presente apartado.

Teniendo en cuenta lo anterior entendemos, en segundo lugar, que la implantación de los estándares del Estado de Derecho en el ámbito de la Unión Europea se configura como un proceso de naturaleza multidireccional, pues no solo hace falta que la integración sea pertrechada con un término que resulte aceptable para todos los Estados miembros, sino que, al mismo tiempo, si se pretende que tenga visos de efectividad, está obligada a

[185] Siguiendo la primera acepción del término «síntesis» según la Real Academia Española.

realizar una tarea de *educación* en el seno de los Estados miembros para conseguir que todos los estándares –*Estados de Derecho nacionales* y *Unión de Derecho supraestatal*— se aproximen de manera que se reduzca su potencial conflictivo.

En tercer y último lugar, no podemos olvidar que ese potencial conflictivo no solo es de naturaleza jurídica sino que también tiene un componente político muy acusado, por lo que habremos de tener en cuenta también los intereses y sensibilidades que tengan tanto los poderes nacionales como las instituciones europeas. Sin considerar este factor, entendemos que no sería posible obtener unas conclusiones coincidentes con la realidad. Por esta razón, tras analizar los regímenes iliberales en algunos de los Estados miembros en el Capítulo III, utilizando una perspectiva tanto histórico-jurídica como sociopolítica, en el marco del Capítulo IV no solo analizaremos la respuesta del Tribunal de Justicia, sino que también tendremos en cuenta la reacción de las demás instituciones de la UE.

Por el momento, vamos a continuar nuestro análisis viendo la manera en que se ha elaborado el concepto de Estado de Derecho en el seno de la Unión Europea y, para ello, usaremos como referencia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3. La interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Más allá de su previsión en el ámbito de la acción exterior, el Estado de Derecho fue incorporado con carácter general en el derecho originario a través de la reforma del Tratado de Ámsterdam, gracias al cual fue incluido en el artículo 6 TUE como uno de los principios en los que se basa la Unión y que es común a los Estados miembros. No debe ser visto como una casualidad el hecho de que fuera con el Tratado de Ámsterdam cuando se perfeccionó el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, ya que fue entonces cuando el principio de confianza mutua comenzó a desplegar su virtualidad sobre ámbitos más sensibles para los Estados miembros, que además estaban directamente relacionados con el Estado de Derecho. Tras ello, con el Tratado de Lisboa se reformuló la caracterización del último, ya que el mismo dejaba de ser un *principio* para convertirse en un *valor*[186], como podemos ver en la redacción actual del artículo 2 TUE:

> *La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos*

[186] Pech (2009: 20) lamenta este cambio de nomenclatura, aunque considera que la misma no supone cambios sustantivos sino que es meramente una variación terminológica.

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.

Asimismo, el respeto de los valores recogidos en el artículo 2 TUE se convirtió a través del artículo 49 TUE –como una cristalización de los *Criterios de Copenhague*[187]— en un requisito para la adhesión de aquellos Estados que quieran pasar a formar parte de la Unión Europea[188].

Aunque su incorporación en el derecho originario se produjo a finales del siglo XX, debemos tener presente que el Estado de Derecho ya había protagonizado algunas de las sentencias más importantes del Tribunal de Justicia varias décadas atrás. La primera de ellas se corresponde con el asunto *Les Verts/Parlamento*[189], ya que en la misma determinó que la Comunidad Económica Europea era una *Comunidad de Derecho*, un término que evolucionó a la par que la estructura de la integración europea y –debido al cambio de su denominación al de Unión Europea— se vio transformado en el de *Unión de Derecho*[190].

Sobre la base de los estándares del Estado de Derecho que expusimos en el apartado anterior nos centraremos ahora en la manera en que el Tribunal de Justicia ha concebido el primero y el tercero de ellos. En primer lugar nos referiremos a la *Unión de Derecho*,

[187] Se trata de los criterios que deben cumplirse para la adhesión. Fueron establecidos en el Consejo Europeo de Copenhague en 1993 –de donde obtienen su denominación— y son tres: instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías; existencia de una economía de mercado en funcionamiento y la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la UE; y la capacidad para asumir las obligaciones que se derivan de la adhesión, incluida la capacidad para poner en práctica de manera eficaz las normas, estándares y políticas que forman el «acervo comunitario», y aceptar los objetivos de la unión política, económica y monetaria.

[188] En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, para. 35, determina que «el Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el artículo 2 TUE»; y esta afirmación se ha utilizado en relación con los derechos de adhesión y retirada de los Estados en la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 2018, *Wightman y otros*, C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, para. 63, donde determina que «como se desprende del artículo 49 TUE, que prevé la posibilidad de que cualquier Estado europeo solicite el ingreso como miembro de la Unión y que encuentra su reverso en el artículo 50 TUE, sobre el derecho de retirada, la Unión se compone de Estados que se han adherido libre y voluntariamente a estos valores».

[189] Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, para. 23.

[190] Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2012, *Polonia/Comisión*, C-336/09 P, ECLI:EU:C:2012:386, para. 36.

esto es, al estándar que es propio de la integración europea y que, a su vez, se divide en las dimensiones interna y externa; en segundo lugar, trataremos de desentrañar cuál es el significado que se le ha otorgado al Estado de Derecho en el ámbito de la Unión Europea; y, en tercer y último lugar, nos referiremos al tercer estándar, para ver realmente cuáles son las exigencias que las instituciones europeas pueden imponer a los Estados miembros.

La dimensión interna de la Unión de Derecho se ha consolidado a través de varias sentencias del Tribunal de Justicia. La primera en referirse a ello fue el asunto *Les Verts*, donde confirmó que «la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado»[191].

La sujeción de las instituciones de la Unión Europea al control de conformidad de sus actos –como manifestación de la Unión de Derecho— ha sido reforzada a través de otros muchos asuntos, por lo que existe una jurisprudencia consolidada a este respecto[192]. Para garantizar que el control de conformidad de los actos de las instituciones europeas con la *Unión de Derecho*, los Tratados han establecido un «sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones»[193]. Teniendo en cuenta la necesidad de que las instituciones europeas sean independientes e imparciales en el ejercicio de sus poderes[194],

[191] Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, para. 23.

[192] Entre otras, podemos citar las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo*, C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, para. 38; de 27 de febrero de 2007, *Segi y otros/Consejo*, C-355/04 P, ECLI:EU:C:2007:116, para. 51, *Gestoras Pro Amnistía y otros/Consejo*, C-354/04 P, ECLI:EU:C:2007:115, para. 51; de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, C-402/05 P y C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, para. 281; de 29 de junio de 2010, *E y F*, C-550/09, ECLI:EU:C:2010:382, para. 44; y de 3 de octubre de 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo*, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, para. 91.

[193] Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, para. 23. Este control le corresponde al juez comunitario, conforme a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo*, C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, para. 40.

[194] La sentencia de 25 de febrero de 2021, *Dalli/Comisión*, C-615/19 P, ECLI:EU:C:2021:133, paras. 111 y 112, determina que «el artículo 41, apartado 1, de la Carta establece, entre otras cosas, que toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcialmente; y que de lo anterior se infiere que incumbe a dichas instituciones, a dichos órganos y a dichos organismos cumplir con el requisito de imparcialidad en sus dos vertientes, que son, por una parte, la imparcialidad subjetiva, en virtud de la cual ninguno de los miembros de la institución interesada debe tomar partido ni tener prejuicios personales, y, por otra parte, la imparcialidad objetiva, con arreglo a la cual la referida institución debe ofrecer garantías suficientes para descartar cualquier duda legítima acerca de un posible prejuicio».

se aprobó el Protocolo (nº 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, cuya existencia «no es contraria, como tal, al principio del Estado de Derecho»[195], sino que su conformidad con el último va a depender de la configuración concreta de los mismos. En el caso de la Unión Europea, estos privilegios e inmunidades tienen carácter funcional, pues su objetivo principal es garantizar la independencia tanto de las instituciones como de sus funcionarios y sus agentes[196], y, en consecuencia, no tienen un carácter absoluto, así como se ha vetado una interpretación excesivamente amplia de los mismos para no entrar en conflicto con los valores del artículo 2 TUE[197].

En cuanto a la dimensión externa de la Unión de Derecho, el Tribunal de Justicia ha utilizado como fundamento el contenido del artículo 21 TUE, sobre la acción exterior, al que remite el artículo 23 TUE, relativo a la PESC[198], y ha determinado, en tal sentido, que «las obligaciones de la Unión de velar por el respeto del valor del Estado de Derecho no pueden supeditarse en modo alguno a un requisito de reciprocidad por lo que respecta a las relaciones de la Unión con Estados terceros»[199]. Más específicamente, en el ámbito de la cooperación al desarrollo, determina que los artículos 208 a 211 TFUE «tienen por objeto, ciertamente, no sólo el desarrollo económico y social duradero de estos países, su inserción armoniosa y progresiva en la economía mundial y la lucha contra la pobreza, sino también el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, respetando los compromisos que han acordado en el marco de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales»[200].

---

[195] Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2020, *Comisión/Eslovenia (Archives de la BCE)*, C-316/19, ECLI:EU:C:2020:1030, para. 104.

[196] Tal y como se infiere de las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2020, *Comisión/Eslovenia (Archives de la BCE)*, C-316/19, ECLI:EU:C:2020:1030, para. 73; y de 30 de noviembre de 2021, *LR Ģenerālprokuratūra*, C-3/20, ECLI:EU:C:2021:969, paras. 57 y siguientes.

[197] Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 2021, *LR Ģenerālprokuratūra*, C-3/20, ECLI:EU:C:2021:969, para. 85. Respecto de la inmunidad de jurisdicción, previene que una interpretación excesivamente amplia «podría llevar a conferir a funcionarios y agentes de la UE una cuasi exención de responsabilidad penal y a obstaculizar abusivamente el ejercicio de la justicia penal en el Estado Miembro de que se trate cuando uno de ellos se vea afectado».

[198] Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 2016, *H/Consejo y Comisión*, C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, para. 41. El mismo razonamiento ha sido incorporado en otros asuntos relativos a la acción exterior de la Unión Europea, como podemos ver en la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2017, *Rosneft*, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236, para. 72.

[199] Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2021, *Venezuela/Consejo (Affectation d'un État tiers),* C-872/19 P, ECLI:EU:C:2021:507, para. 52.

[200] Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 2007, *Parlamento/Comisión*, C-403/05, ECLI:EU:C:2007:624, para. 56. Aunque el tenor literal de la misma se refiere a los artículos 177 a 181 CE, en la redacción actual del TFUE estos se corresponden en gran medida con los artículos 208 a 211 TFUE.

La Unión de Derecho ha sido calificada como un valor institucional porque permea el ordenamiento jurídico europeo en su totalidad y contribuye al desarrollo estructural de la Unión Europea (Nicolosi, 2015: 622 y 629), como hemos podido comprobar a través de las sentencias señaladas en los párrafos anteriores. Sin embargo, también ha recibido críticas por parte de aquellos autores que consideran que el Estado de Derecho en la UE tiene naturaleza instrumental porque persigue proteger al ordenamiento jurídico europeo de posibles críticas internas y externas (Kochenov, 2015: 74), otorgándole una suerte de legitimidad jurídica aparente.

En cuanto al cauce utilizado para la elaboración del concepto de Unión de Derecho, vimos que las opciones principales eran la imposición desde arriba, la síntesis desde abajo y una opción intermedia de retroalimentación entre los niveles estatales y el supraestatal. Aunque entendemos con Pech (2009: 42) que el Estado de Derecho se ha convertido con el paso del tiempo en un paradigma organizacional dominante del Derecho constitucional en todos los Estados miembros de la Unión Europea, (2022: 129) su núcleo consensuado ha sido disputado abiertamente en los últimos tiempos para evitar cualquier intervención por parte de las instituciones europeas en las situaciones en las que el Estado de Derecho es vulnerado por las autoridades nacionales. Debemos tener presente que, en la práctica, la Unión Europea no ha elaborado una concepción supraestatal del Estado de Derecho, sino que se ha mantenido la concepción estatal, tal y como es comúnmente entendida por los Estados miembros (Konstadinides, 2017: 1). Como consecuencia, en la actualidad no solo es que no se haya elaborado el tercero de los estándares de los que hablábamos en el apartado anterior[201], sino que ni siquiera ha sido elaborado adecuadamente el primero[202], por lo que únicamente contamos con los estándares de Estado de Derecho propios de los Estados miembros que se han utilizado sin ningún tipo de adaptación al ámbito de la UE, tanto para el control de las instituciones europeas como para la evaluación de la actuación de los Estados miembros.

[201] Aquel que servía como punto de encuentro entre la Unión de Derecho y los estándares nacionales de Estado de Derecho y que, por ello, determina cuáles son las exigencias que deben ser respetadas por los Estados miembros y garantizadas por las instituciones europeas en caso de vulneración.

[202] El estándar de Unión de Derecho que surge como adaptación de los estándares nacionales a la estructura supraestatal. Aunque el objetivo moral perseguido por el Estado de Derecho en la Unión Europea se identifica con la garantía de que exista un ordenamiento jurídico en el que las personas físicas y jurídicas que se encuentran sometidas al mismo –como regla general— estén judicialmente protegidas de cualquier arbitrariedad o ejercicio ilegal del poder de la Unión Europea (Pech, 2009: 54), entendemos que hace falta realizar una adaptación de los criterios institucionales básicos para garantizar la estabilidad de este sistema.

Como ya adelantamos, la metodología empleada para elaborar el primer estándar no ha seguido la abstracción necesaria para encontrar la teleología propia del concepto, sino que se ha limitado a realizar un juicio evaluativo o comparación crítica y, por tanto, ni siquiera se ha realizado una verdadera síntesis integradora de los caracteres comunes a todos los Estados miembros. Esta deficiencia se ha traducido en una falta de legitimidad de las instituciones de la Unión Europea cuando tratan de controlar el cumplimiento del Estado de Derecho por parte de los Estados miembros[203].

La falta de acuerdo respecto de los estándares nacionales del Estado de Derecho, así como la ausencia de su adaptación a la estructura supraestatal, agravan la carencia de fuerza jurídica inmediata de este valor. Pese a que el Estado de Derecho tiene una función estructurante en el marco de la integración europea y penetra por completo el ejercicio de la función legislativa de sus instituciones (De Gregorio Merino, 2022: 22), que estaría comprendido en el ámbito del *constitucionalismo ordinario* al que nos hemos referido[204], en las circunstancias extraordinarias de crisis constitucional –es decir, en los momentos en los que peligran los valores del sistema— este valor no puede descender directamente, de manera inmediata, y, como consecuencia de ello, se ve obligado a enviar sus *heraldos*, actuando de manera mediata a través de los principios que lo componen[205]. Sin embargo, no podemos olvidar que el significado del Estado de Derecho no es la mera yuxtaposición de sus componentes, sino que la interpretación conjunta de los mismos tiene como efecto

[203] Por ello, entendemos que es desacertada la afirmación de Craig (2022: 181), pues concluye que el Estado de Derecho es un principio sólidamente establecido en el contexto europeo, que está claramente definido en cuanto a su significado básico y que puede ser evaluado objetivamente para poder identificar sus deficiencias sobre una base sólida y estable.

[204] La sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 2021, *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393, para. 161, determinó que «la Decisión 2006/928 estableció el MCV [Mecanismo de Cooperación y Verificación] para garantizar el respecto del valor del Estado de Derecho en Rumanía».

[205] En este sentido, Pech (2009: 58-59) pone de manifiesto que el Tribunal de Justicia no concibe el Estado de Derecho como una norma invocable ante los tribunales (*actionable*), por lo que ha utilizado los principios más concretos que se derivan del mismo para controlar la actuación de los poderes públicos, y califica esto como un uso *prudente* del Estado de Derecho que tiene como ventaja una menor probabilidad de abrir un debate sobre el activismo judicial europeo. Más recientemente, el mismo autor ha señalado que no sobreviven a un análisis detallado los argumentos que señalan que el Estado de Derecho es un concepto vago en el ordenamiento jurídico europeo o que el mismo carece de naturaleza jurídica vinculante porque no existe una definición detallada del mismo, sobre la base de que el entendimiento europeo está en línea con los entendimientos nacionales (Pech, 2022: 121). Sin embargo, como apuntamos en varias ocasiones, entendemos que ni la imposición desde arriba de la Unión de Derecho, ni su entendimiento como una mera agregación de los estándares nacionales, resulta adecuada, sino que debe realizarse una aproximación entre las dos vías y surgir de como punto de encuentro o retroalimentación entre ambas.

un aumento de su significación, pues de esta manera es posible tener en cuenta la finalidad a la que sirve con carácter general dicho valor[206].

En cuanto a los principios que integran el Estado de Derecho de la Unión Europea[207] hemos de utilizar como fundamento la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, donde se hace referencia a los principios de separación de poderes, igualdad ante la ley, seguridad jurídica[208], legalidad e interdicción de la arbitrariedad del poder ejecutivo[209] y el derecho a un juicio justo ante un tribunal independiente y establecido por ley[210][211]

[206] No solo como mecanismo de limitación del poder, sino también como un instrumento al servicio de las finalidades –liberal, social, democrática o constitucional— perseguidas por el Estado.

[207] Empleamos el término «Estado de Derecho de la Unión Europea» porque entendemos que la falta de una adecuada adaptación del concepto a la estructura supraestatal nos impide hablar de una verdadera «Unión de Derecho».

[208] Este principio ha sido desarrollado, entre otras, a través de la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1998, *Schröder y Thamann/Comisión*, C-221/97 P, para 41, donde ha determinado que el principio de precisión es propio del Estado de Derecho; de 26 de marzo de 2020, *HUNGEOD y otros*, C-496/18 y C-497/18, ECLI:EU:C:2020:240, paras. 90, 93 y 99, donde especifica que la seguridad jurídica se impone a los Estados miembros únicamente en la medida en que están aplicando el Derecho de la UE, que el principio «exige, en particular, que las reglas jurídicas sean claras, precisas y de efectos previsibles, en especial cuando puedan tener efectos desfavorables para los particulares y las empresas, y que resulta admisible excepcionalmente, que un acto pueda tener efecto retroactivo cuando lo exige la finalidad que pretenda alcanzarse y se respeta debidamente la legítima confianza de los interesados»; y de 14 de mayo de 2020, *Országos Idegenrendeszeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, para. 185, que señala que el principio de cosa juzgada tiene el «fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia y que, por tanto, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos».

[209] La sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 2019, *Dzivev y otros*, C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30, para. 35, ha establecido que «resulta, en particular de las exigencias del principio de legalidad y del Estado de Derecho que, en principio, las facultades represivas no pueden ejercitarse excediéndose de los límites legales dentro de los cuales una autoridad está facultada para actuar con arreglo al Derecho de su Estado miembro (véase, por analogía, la sentencia de 1 de octubre de 2015, *Weltimmo*, C-230/14, EU:C:2015:639, para. 56)».

[210] La sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2007, *Salzgitter Mannesmann/Comisión*, C-411/04 P, paras. 40 y 41, determina que reconoce el «principio general del Derecho comunitario según el cual toda persona tiene derecho a un juicio justo y que el mismo se inspira en los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas, entre otros, por el CEDH».

[211] A este respecto el Tribunal de Justicia ha determinado en la sentencia de 26 de marzo de 2020, *Réexamen Simpson/Consejo* y *Réexamen HG/Comisión*, C-542/18 RX-II y C-543/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232, para. 73, que «según reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la introducción de la expresión «establecido por ley» en el artículo 6, apartado 1, primera frase, del CEDH tiene por objeto evitar que la organización del sistema judicial se deje a la discreción del ejecutivo y que esta materia esté regulada por una ley adoptada por el poder legislativo de conformidad con las normas que delimitan el ejercicio de su competencia. Esta expresión refleja en particular el principio del Estado de Derecho y se refiere no solo a la base jurídica de la propia existencia del tribunal, sino también a la composición del órgano enjuiciador en cada asunto, así como a cualquier otra disposición de Derecho interno cuyo incumplimiento conlleva la irregularidad de la participación de uno o varios jueces en el examen del asunto, lo que incluye, en particular, disposiciones relativas a la independencia e imparcialidad de los miembros del órgano jurisdiccional de que se trate». La sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, *DEB*, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, para. 45, recalca que «el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pone de manifiesto que […] el derecho de acceso a un tribunal constituye

(Elsuwege y Gremmelprez, 2020: 11). No obstante, centraremos nuestra atención en el primero de ellos y en los subcomponentes que integran el mismo, pues es a través de los mismos como se ha desarrollado el Estado de Derecho en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia afirma que, «conforme al principio de separación de poderes que caracteriza el funcionamiento de un Estado de Derecho», han de poder distinguirse los distintos poderes del Estado[212] y, concretamente, los poderes judicial y ejecutivo[213]. Como derivación de lo anterior ha señalado que «la existencia de un control jurisdiccional es inherente a la existencia de un Estado de Derecho»[214], y que «las funciones atribuidas respectivamente [en el marco del procedimiento de decisión prejudicial del 267 TFUE] a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia son esenciales para la preservación de la naturaleza misma del Derecho establecido por los Tratados»[215], y, como resultado de lo dispuesto en el artículo 19.1 TUE, tanto los unos como el otro están obligados a garantizar el respeto del Derecho de la Unión Europea[216]. En consecuencia, podemos concluir que el Tribunal de Justicia ha entendido el Estado de Derecho como un sistema completo y coherente de cauces procesales que permite controlar los actos de las instituciones europeas y de los Estados miembros y, por ende, la tutela judicial efectiva

un elemento inseparable del derecho a un proceso equitativo reconocido por el artículo 6, apartado 1, del CEDH (véase, en particular, la sentencia del TEDH de 7 de mayo de 2002, *McVicar c. Reino Unido, Recueil des arrêts et décisions* 2002-III, § 46)»; pero recuerda, no obstante, que «el derecho de acceso a los tribunales no constituye un derecho absoluto».

[212] Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2019, *A.K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, C-585/18, C-624/18 y C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, para. 124, donde subraya que, «conforme al principio de separación de poderes que caracteriza el funcionamiento de un Estado de Derecho, debe garantizarse la independencia de los tribunales frente a los poderes Legislativo y Ejecutivo».

[213] Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, para. 35.

[214] Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, C-428/06 a C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488, para. 80.

[215] Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011, *Acuerdo sobre la creación de un sistema unificado de resolución de litigios sobre patentes*, ECLI:EU:C:2011:123, para. 85. Concretamente, determina en la sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, para. 43, que «la independencia de los órganos judiciales nacionales resulta esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial ínsito en el mecanismo de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, habida cuenta de que, de conformidad con la reiterada jurisprudencia recordada en el apartado 38 de la presente sentencia, tal mecanismo únicamente puede activarlo un órgano que, con competencia para aplicar el Derecho de la Unión, se atenga, entre otros, al criterio de independencia».

[216] *Ibid*., para. 66. De manera más tajante, ha afirmado en la sentencia de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours)*, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, para. 146, que «el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, impone a los Estados miembros una obligación de resultado clara y precisa y que no está sujeta a ninguna condición en lo que respecta a la independencia que debe caracterizar a los órganos jurisdiccionales a quienes corresponde interpretar y aplicar el Derecho de la Unión».

así como la independencia judicial se configuran como elementos esenciales del mismo (Konstadinides, 2017: 16).

Desde sus orígenes el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado el principio de independencia judicial en el marco del procedimiento de petición prejudicial, como un cauce para poder realizar una interpretación extensiva del concepto autónomo de «órgano jurisdiccional» y hacer posible que también pudieran plantear estas cuestiones otras autoridades nacionales que, pese a no formar parte del poder judicial *stricto sensu*, cumplan las exigencias que ha establecido y que se conocen como *Criterios Dorsch*[217], que consisten en «el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia»; y será esta consideración como órgano jurisdiccional la que permita que se pueda garantizar la tutela judicial efectiva[218]. A la hora de determinar que una autoridad nacional cumple con estos *Criterios Dorsch*, el Tribunal de Justicia ha procedido a realizar una interpretación conjunta de las normas del Derecho interno[219], tanto aquellas que tratan de manera concreta a dicha institución, como las que con carácter general dan forma al sistema en que la misma está incardinada.

Respecto del principio de independencia judicial, afirma el Tribunal de Justicia que el mismo es «inherente a la función de juzgar» y, en cuanto a su contenido, determina que «implica ante todo que el órgano de que se trate tenga la cualidad de tercero en relación con la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida»[220], y que entraña dos aspectos,

[217] Reciben su nombre de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft/Bundesbaugesellschaft Berlin*, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413, para. 23, que compila la jurisprudencia previa sobre esta materia.

[218] Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2006, *Wilson*, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, para. 47. En la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021, *W. Ż. () y des affaires publiques de la Cour suprême – nomination)*, C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798, para. 102, recoge la jurisprudencia consolidada que advierte que «el principio de tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, al que se refiere, de este modo, el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, constituye un principio general del Derecho de la Unión que emana de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH y que en la actualidad se reconoce en el artículo 47 de la Carta». Además, según ha establecido la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de julio de 2019, *Gambino y Hyka*, C-38/18, ECLI:EU:C:2019:628, para. 39, «el Tribunal de Justicia debe velar por que su interpretación del artículo 47, párrafo segundo, de la Carta garantice un nivel de protección que respete el garantizado por el artículo 6 del CEDH, según lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

[219] Como vemos, por ejemplo, en la sentencia de 4 de febrero de 1999, *Köllensperger y Atzwanger*, C-103/97, ECLI:EU:C:2008:66, para. 24.

[220] Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2006, *Wilson*, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, para. 49, utilizando como fundamento el contenido de la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de marzo de 1993, *Corbiau*, C-24/92, ECLI:EU:C:1993:118, para. 15, que recalcaba que el

uno externo, que «supone que el órgano ha de estar protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios que se les sometan», y uno interno, que «se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la igualdad de distancias que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquel»[221]. Con carácter general, el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto que las «garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio»[222]. Debemos considerar, asimismo, que para garantizar los intereses de las personas afectadas no basta con que los órganos sean independientes, sino que además debe existir una *apariencia de independencia*[223], puesto que «la mera posibilidad de que las autoridades […] puedan ejercer influencia […] es suficiente para obstaculizar el ejercicio independiente de las funciones de éstas», pues

concepto de órgano jurisdiccional, «por su propia esencia, solo puede designar a una autoridad que tenga la cualidad de tercero en relación con la que adoptó la decisión que constituye el objeto del recurso».

[221] *Ibid.*, paras. 50-52.

[222] *Ibid.*, para. 53. El Tribunal de Justicia ha determinado en la sentencia de 26 de marzo de 2020, *Réexamen Simpson/Consejo* y *Réexamen HG/Comisión*, C-542/18 RX-II y C-543/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232, para. 57, que «las garantías de acceso a un tribunal independiente, imparcial y predeterminado por la ley, y, en particular, las que determinan tanto el concepto como la composición de este, constituyen la piedra angular del derecho a un proceso justo. Este implica que todo órgano jurisdiccional está obligado a verificar si, por su composición, es un tribunal que tiene dichas características cuando surja sobre este punto una duda fundada. Dicha verificación es necesaria para la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar al justiciable. En este sentido, tal control constituye un requisito sustancial de forma cuya observancia es de orden público y que debe ser examinado de oficio». Y, por tanto, el Tribunal de Justicia concluye en la sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, para. 45, que «el hecho de que estos perciban un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen constituye una garantía inherente a la independencia judicial».

[223] Respecto de este criterio, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 2021, *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393, para. 216, señala que las medidas analizadas pueden ser utilizadas como «instrumento de presión e intimidación para los jueces, creando con ello una apariencia de falta de independencia o de imparcialidad de esos jueces, puede menoscabar la confianza que la justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho». El citado test de apariencia de independencia implica un alto grado de casuística y, por tanto, estaría fuertemente condicionado por las circunstancias del caso concreto, generando una alta tasa de imprevisibilidad en cuanto al resultado final, pero permitiendo al mismo tiempo una mayor flexibilidad para considerar las tradiciones constitucionales nacionales en cuanto al diseño del poder judicial (Bustos Gisbert, 2022b: 606).

«podría darse en tal caso una *obediencia anticipada*» y, por tanto, es necesario que los órganos jurisdiccionales «estén por encima de toda sospecha de parcialidad»[224].

Respecto de la naturaleza funcional de la independencia judicial, como instrumento para proteger a las personas afectadas por las decisiones de los órganos jurisdiccionales, el Tribunal de Justicia ha concluido que «la garantía de independencia de las autoridades de control no se establece para concederle un estatuto especial a sus agentes»[225].

En relación con la distinción entre las concepciones formal y material del Estado de Derecho a la que nos referimos en el primer apartado de este capítulo, no hay acuerdo en la doctrina acerca de cuál de estas dos ha sido la adoptada por el Tribunal de Justicia: algunos entienden que ha optado por una concepción formal[226]; otros consideran que ha utilizado una concepción material[227]; y, por su parte, Konstadinides (2017: 16) entiende que se trata de dos dimensiones compartidas[228], en línea con la necesidad –que apuntamos en el primer apartado— de una concepción *integral* del Estado de Derecho que no separe con carácter excluyente los caracteres propios de cada una de ellas, sino que trate de poner en conjunto –y relativizar en la medida en que sea necesario— los componentes de ambas para alcanzar una concepción que garantice sus exigencias fundamentales y, a su vez, asegure su convivencia pacífica.

Por último, respecto de la posibilidad de exigirle a los Estados miembros que su actuación se adecúe al Estado de Derecho nos encontramos varios problemas. El primero,

---

[224] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 2010, *Comisión/Alemania*, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, para. 36.

[225] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 2010, *Comisión/Alemania*, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, para. 25.

[226] Como es el caso de Von Bogdandy y Ioannidis (2014: 24), que han utilizado como fundamento la distinción que el artículo 2 TUE realiza respecto de los distintos valores, considerando por separado el Estado de Derecho y los demás valores, entre los que se encuentra el respeto de los derechos humanos; y Uitz (2019: 11), que entiende que el Tribunal de Justicia utiliza una concepción formal que es próxima al principio de mera legalidad en el sentido de cumplimiento con el ordenamiento jurídico europeo.

[227] Entre otros, Pech (2009: 16 y 22), al apuntar que el Estado de Derecho ha pasado de ser concebido desde una perspectiva legalista y procedimental a ser considerado un principio constitucional; Mader (2019: 142-143), que se ha referido expresamente a la concepción material del Estado de Derecho; Cortés Martín (2020: 506), que entiende que en virtud del principio de Estado de Derecho tanto las instituciones como los Estados miembros se encuentran sometidos al control de conformidad de sus actos con los Tratados y con los principios generales, en particular los derechos fundamentales; o Elsuwege y Gremmelprez (2020: 11), cuando afirman que los principios que componen el Estado de Derecho no son concebidos por el Tribunal de Justicia como requisitos puramente formales o procesales, sino como fundamento de una Unión basada en el Estado de Derecho, y su respeto está inextricablemente ligado a los otros valores fundamentales, especialmente la democracia y los derechos fundamentales.

[228] Concretamente, entiende que la dimensión sustantiva del Estado de Derecho se ha manifestado a través de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Aranyosi y Căldăraru* (Konstadinides, 2017: 154).

de un contenido marcadamente teórico, se encuentra en la determinación del estándar que va a ser exigible. A lo largo del presente apartado hemos dejado claro que no se ha creado un estándar de Estado de Derecho propio de la Unión Europea –la *Unión de Derecho*— sino que se ha utilizado el concepto tal y como es concebido por los Estados miembros y, además, dicha operación ha tenido lugar a través de una síntesis imperfecta en la que no se han tenido en cuenta todos los Estados miembros. La conjunción de estos dos hechos, respecto de la posibilidad de que el estándar europeo pueda ser impuesto en relación con la actuación de los Estados miembros, puede ser entendida de dos maneras: por un lado, el hecho de que no se haya creado un estándar propio de la integración supraestatal que esté adaptado a las características concretas de la misma supone una rémora en cuanto a la limitación del poder de las instituciones europeas, pero, al mismo tiempo, puede ser ventajoso porque el concepto no se aleja de los nacionales y, como resultado, no resulta ajeno a la concepción propia de los Estados miembros; y, por otro lado, el hecho de que para su creación solamente se hayan tenido en cuenta algunas de las tradiciones jurídicas, hace que la segunda de las opciones que planteábamos –esto es, la percepción del estándar como algo propio, no ajeno— sea plausible únicamente respecto de los Estados miembros de los que provienen las tradiciones jurídicas escogidas para la realización de la síntesis, pues las probabilidades de que el Estado de Derecho de la Unión Europea –por mucho que su origen radique en características propias de algunos de los estándares nacionales— sea totalmente aceptado disminuyen radicalmente cuando hablamos de Estados miembros cuya tradición jurídica es ajena –o incluso contraria— a los parámetros –nacionales— que se han utilizado en el proceso de síntesis del estándar supraestatal.

El segundo de los problemas se deriva del enfoque utilizado. A pesar de que en las sentencias del Tribunal de Justicia se ha dejado claro que el Estado de Derecho constriñe tanto a la Unión Europea como a los Estados miembros, en la práctica el discurso se ha centrado en el cumplimiento del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros (Konstadinides, 2017: 22). Esto provoca un descenso de la legitimidad de las instituciones europeas a la hora de responder a las vulneraciones del Estado de Derecho que tengan lugar en alguno de los Estados miembros, pues normalmente el argumento que se esgrime en contra de su intervención pivota sobre la idea de que la Unión Europea está exigiendo el cumplimiento de algo que ella misma no está respetando. Al respecto, debemos tener en cuenta que es imposible que la Unión Europea, que es una integración supraestatal, respete un estándar que ha sido concebido para una estructura –estatal— ajena a la misma;

así como que en la práctica, mientras que en el caso de los Estados miembros el criterio utilizado para evaluar si respetan las exigencias derivadas del Estado de Derecho ha sido el cumplimiento del Derecho UE, en el caso de las instituciones de la Unión Europea esta evaluación ha girado principalmente en torno al cumplimiento del principio de atribución de competencias (Kostadinides, 2017: 53), por lo que se centra en el derecho originario; y, en consecuencia, vemos que no solo existe una disonancia en cuanto a su construcción teórica sino también en relación con su desarrollo fáctico.

El tercer problema, de un cariz más bien político, se encuentra en la resistencia de los Estados miembros a una cesión cada vez mayor de su soberanía hacia la estructura de la integración supraestatal. Sobre la base de lo dispuesto en el asunto *van Gend en Loos*[229], el Tribunal de Justicia ha determinado en el Dictamen 1/91 que:

> *el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales […]*[230].

Si bien la limitación de la soberanía de los Estados miembros como resultado de su integración en la Unión Europea resulta evidente para el Tribunal de Justicia de la UE, los Estados miembros se han mostrado reacios en muchos casos a aceptar tal conclusión, como ya hemos vislumbrado a través de sucesos como la reacción de varios tribunales constitucionales frente a las normas de transposición de la Decisión Marco 2002/584/JAI, y como podremos observar de manera más evidente a lo largo del Capítulo III.

[229] Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, *van Gend en Loos*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

[230] Dictamen del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1991, *Acuerdo EEE — I*, 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, para. 21.

4. La relación simbiótica entre Estado de Derecho y confianza mutua

Como punto de partida hemos de poner de manifiesto que la función principal del Derecho es generar confianza[231], en tal grado que sea posible una vida social ordenada. Sobre esta premisa podemos afirmar que la supremacía de las normas constitucionales es posible gracias a una ficción jurídica, consistente en creer –o en fingir que se cree, como señalaba Schmitt (1996: 142)— que el Derecho es el soberano y que ni siquiera la razón política puede imponerse a lo que dispongan las normas jurídicas.

La primera manifestación de esta finalidad en el mundo moderno se corresponde con la creación de un ordenamiento jurídico que diera sustento a los mercados capitalistas, pues los mismos necesitan el Estado de Derecho para dar forma y alentar determinados comportamientos económicos (May, 2018: 367). Sin embargo, hemos de recordar que la confianza y su relación con las normas jurídicas no está dominada exclusivamente por elementos racionales, sino que también entran en juego otros factores de tipo irracional y, como resultado, además de analizar cuáles de los elementos del ordenamiento jurídico son susceptibles de generar –racionalmente— confianza, habremos de comprobar cuáles son aquellos que hacen confiar a la ciudadanía realmente[232]. Para sustentar esta postura, May (2018: 375) hace referencia al concepto de *animal spirits* que fue desarrollado por Akerlof y Schiller (2010), de modo que es el proceso de paulatina impersonalización que ha experimentado el mercado –a través del cual ya no es posible conocer a las personas con las que estás realizando transacciones económicas— el que ha provocado que cada vez tengamos que depositar una confianza mayor en el Estado de Derecho.

En el ámbito de la integración europea, cuya consecuencia fundamental consiste en que los Estados miembros renuncian parcialmente a la soberanía, entendemos que sin un elevado nivel de confianza entre ellos no habría sido posible que estos últimos aceptaran la primacía del Derecho de la Unión Europea[233]; y, al mismo tiempo, que la confianza

[231] En este sentido se han pronunciado Von Bogdandy y Ioannidis (2014: 35), utilizando como base la obra de Niklas Luhmann.

[232] Tal y como han apuntado Huq y Ginsburg (2018a: 167), las Constituciones obtienen su fuerza de los entendimientos intersubjetivos de las élites y los ciudadanos.

[233] Así lo entienden, por ejemplo, Cramér y Wrange (2001: 59), que consideran que la existencia de confianza constitucional mutua es un prerrequisito para la aceptación de la supremacía del Derecho UE; Poiares Maduro (2003: 21), que se refiere a la doctrina *Solange* del Tribunal Constitucional Federal alemán, según la cual este último renuncia a ejercer su jurisdicción en el control de las normas europeas siempre que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea garantice un nivel suficiente de protección de los derechos fundamentales; o Requejo Pagés (2016: 144), que entiende que la *(auto)limitación* de la voluntad soberana no sería aceptada «sin la garantía de que los demás harán lo propio».

mutua solo puede generarse si existe cierto grado de homogeneidad entre dichos Estados (Pérez Calvo, 2004: 111). Por tanto, no resulta extraño que haya un consenso casi total en cuanto a la estrecha relación que existe entre Estado de Derecho y confianza mutua, tal y como podemos comprobar si examinamos la doctrina que existe a este respecto[234], así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[235].

Sin embargo, sobre lo que no encontramos acuerdo en la doctrina es respecto de la naturaleza de dicha relación. Algunos autores consideran que están unidos por un vínculo de índole unidireccional, bien porque estiman que el Estado de Derecho es un requisito imprescindible para que exista la confianza mutua entre los Estados miembros[236], bien porque aprecian que realmente es la confianza mutua la que precede de alguna manera al Estado de Derecho[237]. Por nuestra parte, entendemos –con otro sector de la doctrina[238]— que este tipo de construcción no resulta adecuada y, como consecuencia, apostamos por una concepción del vínculo que los une como una relación de naturaleza bidireccional, pues ambos se encuentran interrelacionados. Por tanto, cualquier avance –o retroceso— que tenga lugar respecto del Estado de Derecho o de la confianza mutua va a tener como consecuencia el desarrollo –o el empeoramiento— del otro, y, por ende, hemos escogido

[234] Podemos citar, entre otros, las contribuciones de Wolff (2013: 120), Von Bogdandy y Ioannidis (2014: 57), Martín Rodríguez (2016: 894), Requejo Pagés (2016: 143), o Lenaerts (2019: 5). Sin embargo, la confianza mutua no solo ha sido relacionada con el concepto de Estado de Derecho con carácter general, sino también con algunos de sus componentes típicos, como la tutela judicial efectiva (Kramer, 2011: 207) o la independencia judicial (Bustos Gisbert, 2022b: 597) (Lenaerts, 2022: 361), sin olvidar la necesidad de que dichos elementos sean tanto incluidos en las normas jurídicas como garantizados en la práctica (Stroskrubb, 2016: 6).

[235] El Tribunal de Justicia declaró en el Dictamen 2/13, paras. 166-169, que «tal construcción jurídica [consistente en las «características específicas inherentes a la naturaleza misma del Derecho de la Unión» y, en particular, a los principios de autonomía y primacía del mismo] se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión Europea, como se precisa en el artículo 2 TUE»; y que «esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica»; así como que en el «corazón de esa construcción jurídica figuran, además, los derechos fundamentales reconocidos» en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta afirmación ha sido reproducida más adelante por muchas de las sentencias del Tribunal de Justicia, como es el caso de la que dictó el 27 de febrero de 2018 en el asunto *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, para. 30.

[236] Kochenov y Pech (2015: 521), Martín Rodríguez (2016: 894) o De Gregorio Merino (2022: 21).

[237] Bazylińska-Nagler (2021: 327) considera que la confianza es un fenómeno que va más allá –y, de alguna manera, precede— a las disposiciones legales.

[238] A partir de la afirmación realizada por Rizcallah (2019: 303), según la cual existe una relación *circular* entre los valores europeos y el principio de confianza mutua, Steible (2021: 257) ha concluido que «el principio de confianza mutua, a la vez que impone, se asienta en una presunción del respeto a los valores de la UE por parte de sus Estados miembros». En el ámbito económico, May (2018: 369) entiende que la relación entre Estado de Derecho y capitalismo no es de causalidad (en ninguno de los dos sentidos), sino que es asociativa o de fortalecimiento recíproco, evolucionando ambos elementos por la influencia del otro, por lo que mantienen una relación dialéctica no determinista.

el término *simbiótico* para referirnos a esta relación, en tanto sendos elementos, distintos, establecen una asociación que los beneficia y que, a su vez, tiende hacia la coevolución. La asunción de que la confianza de la ciudadanía en el Derecho no va a tener un impacto –negativo o positivo, en función de las circunstancias que estén presentes en cada caso— en el Estado de Derecho supondría adoptar una concepción formal o legalista del mismo en la que se excluirían aquellas consideraciones que resulten ajenas al mero positivismo.

Además del principio de confianza mutua, en el Capítulo I analizamos –como una derivación del mismo— el surgimiento del principio de reconocimiento mutuo. Por tanto, también hemos de señalar cuál es el papel que juega este último en cuanto a la relación con el Estado de Derecho. Teniendo en cuenta que la confianza mutua es la precondición para que exista el reconocimiento mutuo[239], la relación que este último va a mantener con el Estado de Derecho será de naturaleza mediata, de modo que la confianza mutua actúa como nexo entre uno y otro. Por ello, no compartimos aquellas afirmaciones en las que se condiciona el reconocimiento mutuo al cumplimiento del Estado de Derecho[240], pues, pese a que en algunos casos puedan estar conectadas la denegación del reconocimiento y la vulneración del Estado de Derecho, esto no tiene que ser necesariamente así.

En cuanto al sistema que se configuró a partir de la Decisión Marco 2002/584/JAI, debemos tener en cuenta que las ODE únicamente pueden concebirse como un resultado directo de la existencia de un alto grado de confianza entre los Estados miembros que conforman el espacio jurídico europeo[241]. Una vez hemos concluido que entre el Estado

[239] Como subraya Martín Rodríguez (2016: 891-892), «esto significa que donde no hay confianza mutua no puede haber reconocimiento mutuo, pero no que donde no hay reconocimiento mutuo no haya confianza mutua». Asimismo, de Hoyos Sancho (2005: 830) afirma que la existencia de confianza abstracta es una «condición previa y fundamental» para el reconocimiento mutuo. Como ejemplo concreto de ello, en el ámbito de la cooperación judicial civil la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2003, *Gasser*, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657, recordó «que el Convenio de Bruselas tiene necesariamente su fundamento en la confianza que los Estados contratantes otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus respectivas instituciones judiciales; así como que esta confianza mutua ha permitido establecer un sistema vinculante de competencia, que todos los órganos jurisdiccionales comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio están obligados a respetar, y la correspondiente renuncia de esos mismos Estados a sus normas internas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en beneficio de un mecanismo simplificado de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales».

[240] Tal y como se pronuncian Kochenov y Pech (2015: 521), o Konstadinides (2017: 33).

[241] Como se deduce de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261, para. 57, que utiliza el reconocimiento mutuo, «habida cuenta del elevado grado de confianza y solidaridad entre los Estados miembros», para justificar la existencia del artículo 2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, que contiene la lista de treinta y dos categorías de infracciones que no exigen el control de la doble tipificación. De manera más concisa, ha determinado en la sentencia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, para. 58, que «el grado de confianza elevado entre los Estados miembros en el que se basa el mecanismo de la orden de detención europea parte, por lo tanto, de la premisa

de Derecho y la confianza mutua existe una interrelación simbiótica, así como que el reconocimiento mutuo se encuentra ligado al primero mediatamente a través de la última, se deduce que para que pueda funcionar adecuadamente el sistema de las euroórdenes es necesario que los Estados miembros respeten el Estado de Derecho y que, por lo tanto, puedan confiar los unos en los otros en cuanto al cumplimiento del Derecho de la UE y, especialmente, respecto de los derechos fundamentales[242].

Como decía el Tribunal de Justicia en el Dictamen 2/13, esta «construcción jurídica se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión Europea; y esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica»[243].

Nos encontramos, por tanto, ante un silogismo como el siguiente: si en la práctica los Estados miembros comparten y, por tanto, respetan, unos valores comunes (2 TUE);

---

de que los órganos jurisdiccionales penales de los demás Estados miembros, que deberán sustanciar el procedimiento penal de persecución o de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad y el procedimiento penal de fondo una vez ejecutada la orden de detención europea, cumplen las exigencias de la tutela judicial efectiva, entre las que figuran, en particular, la independencia y la imparcialidad de dichos órganos jurisdiccionales».

A contrario sensu, la sentencia de 29 de abril de 2021, *X (Mandat d'arrêt européen - Ne bis in idem)*, C-665/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:339, paras. 55 y 59, concluye que «en cambio, no puede, en principio, presumirse la confianza en el sistema de justicia penal de los terceros Estados que no sean partes en el CAAS o de aquellos que no mantengan otro tipo de relaciones privilegiadas con la Unión; y que, por tanto, los principios de confianza mutua y de reconocimiento mutuo, que constituyen los fundamentos del mecanismo de la orden de detención europea, no son automáticamente trasladables a las resoluciones judiciales pronunciadas por los órganos jurisdiccionales de terceros Estados».

[242] Wolff (2013: 131) señalaba que en el marco de las políticas de Justicia y Asuntos de Interior, el Estado de Derecho no solo es crucial para aumentar la confianza entre los sistemas judiciales nacionales, sino también para garantizar los derechos de los ciudadanos y, por ende, para ganar algo de legitimidad ante sus ojos. En este sentido, podemos ver que la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de agosto de 2022, *TL () y de traduction)*, C-242/22 PPU, ECLI:EU:C:2022:611, para. 40, apunta que las normas mínimas que se pueden establecer con base en el artículo 82.2.b) TFUE –en concreto se refiere a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; y a la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales— «tienen por objeto establecer normas mínimas comunes en materia de protección de las garantías y los derechos procesales derivados tanto del artículo 47 y del artículo 48, apartado 2, de la Carta, como del artículo 6 del CEDH, en particular en los ámbitos de la interpretación, de la traducción y de la información en el marco de los procedimientos penales, y que estas normas deben interpretarse y aplicarse de forma coherente con esos derechos y garantías, para aumentar la confianza mutua en los sistemas de justicia penal de los Estados miembros con el fin de mejorar la eficacia de la cooperación judicial en la materia».

[243] Dictamen del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la Unión al CEDH*, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, para. 168.

y, como resultado[244], se justifica la existencia de confianza mutua entre dichos Estados, la integración europea funcionará adecuadamente. Dicho esto, vemos que este silogismo no es *categórico*, sino que más bien lleva aparejado un componente de condicionalidad, ya que el resultado perseguido depende de que los Estados miembros respeten –*de facto*— los valores comunes y, por ende, sea plausible mantener la confianza mutua entre ellos.

Por esa razón, analizaremos en el siguiente capítulo el iliberalismo y, en concreto, la tipología de iliberalismo que ha surgido en el seno de la Unión Europea, ya que este fenómeno representa un supuesto en el que una de las premisas que se han utilizado para la construcción de la integración europea –el respeto de los valores comunes por parte de los Estados miembros— se muestra incorrecta en la práctica y, por tanto, nos servirá para analizar más adelante las implicaciones que la ausencia de una de las premisas en las que se fundamenta la integración europea está teniendo sobre esta.

[244] Aunque concluimos que la relación entre Estado de Derecho y confianza mutua es bidireccional, para simplificar el silogismo que presentamos nos referiremos únicamente a una de las vertientes de esta.

CAPÍTULO III

CAMBIO DE PARADIGMA: EL ILIBERALISMO ROMPE LA CUARTA PARED

Tras analizar en los capítulos precedentes la manera en que la integración europea encuentra parte de su fundamento en el valor del *Estado de Derecho*[245] y en el principio de confianza mutua, teniendo en cuenta que ambos mantienen una relación de simbiosis, faltaría analizar la tercera variable que va a sustentar nuestro análisis: el surgimiento de los regímenes iliberales como una verdadera prueba de fuego para el funcionamiento de la Unión Europea basada en la presunción de respeto del ordenamiento jurídico europeo –y especialmente los derechos recogidos en la Carta— por parte de los Estados miembros. Para poder alcanzar una visión suficientemente profunda de este fenómeno que la doctrina habitualmente denomina como *iliberalismo*, dividiremos nuestro análisis en cuatro fases: en primer lugar, nos centraremos en la caracterización general de los regímenes iliberales, incidiendo en las distintas terminologías empleadas por la literatura existente al respecto; en segundo lugar, nos referiremos con carácter más específico a los motivos que pueden haber alentado el surgimiento de este tipo de modelos en el seno de la Unión Europea y, tras ello, incluiremos un estudio de caso de los regímenes iliberales de Hungría y Polonia; en tercer lugar, confeccionaremos lo que calificamos como *análisis crítico comparado*, pues a través del mismo pretendemos sintetizar los caracteres comunes de ambos sistemas y elaborar una suerte de pauta de comportamiento de los regímenes iliberales que sirva para identificar en el futuro el surgimiento de regímenes de este tipo; y, en cuarto lugar, expondremos el proceso que hemos denominado la *ruptura de la cuarta pared*, como la implicación principal del iliberalismo europeo sobre el principio de confianza mutua.

1. Caracterización general de los regímenes iliberales

Antes de entrar de lleno en el análisis del iliberalismo, hemos de realizar un par de apreciaciones que nos ayudarán a entender mejor la exposición que ahora realizaremos.

[245] Hablaremos de *Estado de Derecho* –de la Unión— en lugar de la más deseable *Unión de Derecho* para poner de manifiesto que esta última no se ha alcanzado más allá de las menciones jurisprudenciales.

En primer lugar, debemos volver sobre el concepto de poder que utilizaremos como base. Si decíamos que el Estado de Derecho es un concepto dinámico en cuanto reacciona y se va adaptando a la forma en que se ha manifestado la organización del poder en el tiempo, esto implica, a su vez, que también este último es un concepto dinámico, que evoluciona. La tendencia natural del poder será la concentración en un número cada vez más reducido de personas o grupos[246], pero no lo hará de manera aislada, sino que en todo momento lo hará teniendo en cuenta la manera en que se van desarrollando y diseñando mecanismos e instituciones dirigidas a limitar dicha concentración. Esto es, el poder y su limitación a través del Estado de Derecho han ido evolucionando de manera paralela. Sin embargo, este paralelismo no implica que se encuentren en igualdad de condiciones, sino que en la práctica uno de ellos siempre va a llevar la delantera, y esto vendrá dado por la capacidad que tengan los instrumentos de limitación del poder para someter a este, de modo que lo más común va a ser que las instituciones propias del Estado de Derecho, por su naturaleza inexcusablemente *autoconstrictora*[247], sean las que vayan a la zaga y, como resultado, tengan la ventaja quienes pretenden conseguir la concentración y la expansión del poder, pues los mismos no solo es que no respeten los límites al poder, sino lo que pretenden es justamente su laminación.

En segundo lugar, y como derivación de lo anterior, debemos señalar que a pesar de que la concentración del poder sea inherente a la naturaleza del mismo, los medios que se han utilizado a lo largo del tiempo para alcanzar esta empresa no han sido los mismos, sino que han ido refinándose en la medida en que se iban perfeccionando los obstáculos abordados por el ordenamiento jurídico. Si bien es cierto que podemos ver antecedentes de la concentración del poder desde los orígenes de la Historia, debido a nuestro objeto

[246] Según afirmó en su día Kant (1998: 47), «quien tiene una vez el poder en las manos no se dejará imponer leyes por el pueblo». Esto no lleva necesariamente a la conclusión de que el poder es malo *per se*, pero sí que nos conduce a considerar la concentración del poder como algo peligroso para el pueblo, pues, tal y como manifestaba Loewenstein (1979: 28), «el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo». La raíz de esta afirmación se halla en una concepción que podríamos calificar como *antropofóbica*, esto es, en el pensamiento hobbesiano de que *el hombre es un lobo para el hombre*, o, según apunta Requejo Pagés (2016: 39), «algo mucho más perverso: otro hombre». No estamos ante una maldad animal o *acognoscitiva*, sino de una maldad que tiene capacidad para perfeccionarse progresiva e intelectualmente, por lo que es mucho más peligrosa si cabe que la primera opción.

[247] En la medida en que los mecanismos e instituciones ideados para garantizar el Estado de Derecho no deben vulnerar sus propias bases, pues lo contrario desembocaría en el mismo resultado que se pretende evitar en un principio. Por ejemplo, Linz (1989: 65) nos apercibe de que una defensa de la democracia con medios antidemocráticos probablemente no conseguirá equilibrarla de nuevo. De una manera más gráfica, el juez Stevens –*dissenting opinion* en el asunto *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. (2004)— nos advertía que «no se pueden usar las armas de los tiranos ni siquiera para resistir los ataques de las fuerzas de la tiranía» (Frosini, 2006: 68).

de estudio utilizaremos como punto de partida aquellos modelos de Estado que cuentan con un ordenamiento jurídico en el sentido moderno del concepto.

La primera de las etapas que nos interesa se encuentra en los regímenes autoritarios, totalitarios o dictatoriales. Aunque la doctrina tradicionalmente distinguía estas formas[248], entendemos que en la práctica se trata de regímenes no democráticos y, en consecuencia, incluiremos todas las denominaciones dentro de una categoría amplia de *autoritarismos*. Todos ellos se caracterizaban por la utilización de una violencia extrema para alcanzar y consolidar el poder, sin perjuicio de que, tras realizar esta demostración de supremacía, normalmente no era necesario conservar el recurso permanente al ejercicio de la violencia (Requejo Pagés, 2016: 78). La preeminencia de las tomas del poder a través de golpes de los Estado militares o *coups d'état* no ha logrado sobrevivir al cambio de los tiempos, pues tanto los Estados con más relevancia del panorama internacional, como las propias organizaciones internacionales, han demostrado tener una tolerancia cada vez menor a este respecto (Landau, 2013: 197 y 199).

Como resultado, la segunda etapa está caracterizada por el aprendizaje de los líderes autoritarios de que –para conseguir el mismo objetivo que sus antecesores— si pretendían superar el juicio de los demás Estados y del conjunto del panorama internacional no les quedaba otro remedio que recurrir a una apariencia de legalidad para alcanzar el poder[249]. El alumno aventajado a este respecto fue Adolf Hitler. Como apuntaba Linz (1989: 134), aprendió tras el fracaso del golpe de Estado de la cervecería que la legalidad y el proceso democrático eran las únicas opciones para contentar a la opinión pública[250], y así lo hizo, consiguiendo triunfar en el marco del sistema parlamentario –pues, pese a que el *Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán* fuera el partido más votado en las elecciones de 1933, no obtuvo los escaños suficientes para alcanzar la mayoría del *Reichstag* y, por lo tanto,

[248] Loewenstein (1979: 75-78) distingue entre los regímenes autoritarios y los regímenes totalitarios, porque estos últimos no solo pretenden conseguir la concentración del poder, sino también modelar la vida privada de las personas. Linz y Stepan (1996: 38), utilizando como fundamento un trabajo previo de Linz, también formulaban la categoría de *régimen autoritario* como una forma no democrática pero distinta de la de régimen totalitario, así como posteriormente (1996: 40) proponían revisar la tipología de regímenes, distinguiendo entre los democráticos, los autoritarios, los totalitarios, los post-totalitarios y los sultanísticos.

[249] Bermeo (2016: 6-14) apunta como un aspecto positivo de este proceso que se ha producido el desuso de las formas más dramáticas de obtención del poder –*coup d'état*, *executive coups* y el fraude en el día de las elecciones— y su correspondiente sustitución por otras variedades menos llamativas, como los *promissory coups*, el *executive aggrandizement* o la manipulación estratégica de las elecciones. Por tanto, ya no es probable que se produzca un *cataclismo democrático*, pero sí que haya una *erosión democrática* (*troubled democracies are now more likely to erode rather than to shatter*).

[250] En lo que se conoce como el *Putsch* de Múnich.

se vio obligado a formar una coalición con otro, *Zentrum*, para alcanzar esa mayoría— para, posteriormente, proceder de la misma manera que los líderes autoritarios a los que hacíamos referencia en un principio. Sin embargo, el posterior ejercicio incontrolado del poder en el marco de la Alemania del nazismo puso de manifiesto que no solo es esencial que los líderes triunfen democráticamente, sino que también debe existir una serie de límites irrenunciables para estos últimos en su desempeño, que se identifican en general con el mantenimiento del propio sistema democrático, en el sentido amplio del término.

La tercera etapa, por tanto, supuso dar un paso más en el aprendizaje autoritario[251], provocando que aquellos líderes que pretendan la concentración del poder no solo se vean obligados a respetar la legalidad en su proceso de obtención del poder, sino que, además, deben respetarla –por lo menos en apariencia— a la hora de ejercerlo. Esta es la situación en la que nos encontramos hoy en día, de modo que los líderes autoritarios utilizan de una manera interesada los elementos propios del constitucionalismo tradicional –recurriendo a las concepciones que son más ventajosas para sus objetivos y desechando cualquiera que suponga el más mínimo atisbo de capacidad de limitación del poder de los mismos— como una *fachada o máscara de legitimidad* para superar el juicio de la opinión pública, tanto nacional como internacional. Aunque son muchos los autores que se han referido a este fenómeno[252], el término que –desde nuestro punto de vista— resulta más sugerente es el acuñado por Morgenbesser (2020), que se refiere a los *autoritarismos sofisticados*, en contraposición con los *autoritarismos retrógrados*, de manera que la distinción entre ambos va a depender del grado en que sean capaces de imitar los atributos fundamentales

[251] Lo que Dobson (2012) ha calificado como la «curva de aprendizaje del dictador».

[252] Por ejemplo, Loewenstein (1979: 41) entendía que la similitud formal o aparente de las técnicas políticas e instituciones en los Estados constitucionales y en los Estados autoritarios servía para ocultar la diferencia fundamental que los separa y que, por ello, es necesario mirar más allá de la descripción de estas, atendiendo a la realidad jurídica, así como afirmaba (1979: 75) que «la autocracia paga el correspondiente tributo al constitucionalismo en forma, esta vez, de mera concesión formal, pero en realidad la autocracia es su completa negación». Linz (1989: 35) manifestó que con el transcurso del tiempo «la oposición desleal ha tendido cada vez más a evitar un enfrentamiento directo con el gobierno y sus agentes y ha tratado en su lugar de combinar sus actos ilegales con un proceso formalmente legal de transferencia de poder», y que (1989: 64) esta «ambigüedad en la deslealtad es lo que hace tan difícil defender a la democracia asediada y prevenir que los partidos antidemocráticos se vayan apoderando lentamente del poder». Krygier (2012: 234) concluía que en muchos Estados el Derecho ha sido un instrumento altamente efectivo para camuflar el ejercicio autoritario del poder. Ruipérez Alamillo (2012: 94) subrayaba que el *constitucionalismo ficticio* o «pseudo-constitucionalismo es siempre, y de modo irremediable, la antesala de situaciones de dictadura más o menos encubiertas». Sajó (2019: 374), que enfoca su atención en la legitimidad que el autoritarismo recibe gracias al reconocimiento formal del Estado de Derecho. Por su parte, Tóth (2019: 47) indica que el principal elemento que causa problemas de identificación de los nuevos regímenes autoritarios es lo que se conoce como *pretence of democracy*. Sobre la utilidad de las constituciones en los regímenes autoritarios, Ginsburg y Simpser (2014) han desarrollado cuatro categorías en las que puede servir a los fines de estos: manual de instrucciones, anuncio publicitario, plan u objetivo aspiracional, y escaparatismo.

de la democracia, teniendo en cuenta que el mayor grado de sofisticación no estará en el que solo respeta las garantías formales de la misma, sino el que ha logrado una mímesis casi perfecta al incorporar también garantías de naturaleza material (2020: 2, 6 y 11).

Teniendo en cuenta las distinciones conceptuales realizadas en el primer capítulo, resulta coherente que los líderes autoritarios se cobijen en el Estado de Derecho, pero lo harán solo respecto de su concepción formal. Ocurre igual en el caso de la democracia, pues aunque esta haya sido incorporada no solo como mecanismo de obtención del poder sino también como parámetro de control para su posterior ejercicio, la misma es aceptada únicamente en cuanto a su forma, pero no en cuanto a su contenido o sustancia, de modo que los líderes autoritarios apuestan por una concepción de la democracia como método –y no como principio[253]—. No obstante, como se deduce de la exposición que incluimos en el Capítulo I, este tipo de concepciones no resulta para nada apropiado para la finalidad del Estado de Derecho[254], consistente en la limitación del poder, sino que, por el contrario, predisponen el sistema al abuso del poder a través del Derecho[255]; así como suponen una transgresión del verdadero espíritu de la democracia, según el cual no toda materia puede ser objeto de una decisión por parte de la mayoría porque existen límites derivados del respeto por el pluralismo y de los derechos de las minorías[256].

[253] Esta distinción ha sido desarrollada por autores como De Cabo Martín (2014: 91), cuando incluye valores axiológicos en la dimensión de la democracia como principio, en contra de lo que ocurre con la consideración de la democracia como método; o Aragón Reyes (1988: 29), al mencionar la *doble capacidad* que tiene el principio democrático para operar como un principio material y como un principio estructural, pero dicho autor recuerda que sendas dimensiones son complementarias, no excluyentes.

[254] Puesto que, como señala Avbelj (2016: 202), aquellos políticos que se deciden a emprender una deriva autoritaria están interesados en convertir el país en cuestión en un instrumento de maximización del poder político y económico en sus manos y en las de sus seguidores, mientras que la principal finalidad del Estado de Derecho es, justamente, evitar que se produzca esa concentración del poder.

[255] Podemos ver cómo Krygier (2006: 7 y 10) ha distinguido entre el *abuso del Estado de Derecho* y el *abuso a través del Estado de Derecho*, así como ha criticado la instrumentalización de este concepto para dotar al sistema de una apariencia de legalidad y de legitimidad. Una visión puramente positivista del Estado de Derecho, que rehúse juzgar axiológicamente el derecho positivo y, de esta forma, supuestamente, rehúse estar al servicio de cualquier interés político (Kelsen, 1982: 121), convierte al Estado de Derecho «en aquel mero Estado jurídico que tan del gusto resultaba para los totalitarismos de toda especie, el cual estaba fundamentado en una vacía nomocracia, donde lo único relevante es la forma» (Rupérez Alamillo, 2012: 110). Por tanto, no nos hallaríamos en el ámbito del *Rule of Law*, sino en el del *Rule through Law*, y como bien ha advertido Rosenfeld (2001: 12), este último se convierte en *Rule by men* en el preciso instante en que la ley puede ser modificada de manera unilateral.

[256] A este respecto podemos citar los trabajos de Linz (1989: 116), quien entiende que la democracia quiere decir «gobierno de una mayoría con respeto hacia los derechos de la minoría y oportunidades para esta para participar en el proceso de toma de decisiones»; De Otto (1987: 64), cuando señala «que identificar la democracia con el principio mayoritario es simplista y contradictorio con la propia democracia»; Aragón Reyes (1996: 362), según el cual «el poder democrático no está, por causa de su legitimación popular, exento de la sumisión al Derecho»; Linz y Stepan (1996), que entienden que las democracias consolidadas requieren la presencia del Estado de Derecho y que, por tanto, hace falta más que la regla de la mayoría; Böckenförde (2000: 55), quien entiende que «la libertad y la igualdad no solo confieren su fundamento al

La forma en que estos nuevos autoritarismos logran alcanzar el poder se encuentra íntimamente relacionada con el fenómeno conocido como *populismo*. Ello no quiere decir que todo régimen populista sea necesariamente autoritario, sino que supone que –al igual que ocurría con el Estado de Derecho— sus fundamentos teóricos pueden ser pervertidos para ocultar y portar en su interior –como una suerte de caballo de Troya— las verdaderas intenciones de los líderes autoritarios hasta el momento en el que logran obtener el poder.

Las dificultades a la hora de definir el concepto de *populismo* han sido desveladas en numerosas ocasiones por la doctrina. Uno de los primeros –y más gráficos— autores en hacerlo fue Berlin (1968), cuya original representación merece ser citada literalmente:

> *[…] no debemos sufrir un complejo de Cenicienta, con lo que quiero decir lo siguiente: que existe un zapato –la palabra «populismo»— para el cual debe existir un pie en algún lugar. Hay todo tipo de pies en los que casi encaja, pero no debemos quedar atrapados por esos pies casi idóneos. El príncipe siempre está deambulando con el zapato; y en algún lugar, estamos seguros, le espera un miembro llamado populismo puro. Este es el núcleo del populismo, su esencia. Todos los demás populismos son derivaciones de él, desviaciones y variantes, pero en algún lugar se esconde el verdadero populismo perfecto, que puede haber durado sólo seis meses, o en un solo lugar. Esa es la idea del populismo platónico, todos los demás son diluciones o perversiones del mismo*.

Resulta casi imposible realizar una definición omnicomprensiva del populismo en el que quepan todas sus variantes. Por ello, nuestra intención será mucho más modesta, de modo que nos limitaremos a tratar de identificar cuáles son las dinámicas generales que caracterizan a los movimientos populistas.

Los rasgos definitorios del populismo son su evidente postura contraria a las élites, derivada de la consideración de que están alienadas respecto de los intereses del pueblo, y su autoproclamada conexión directa y verdadera con la voluntad de los ciudadanos[257].

---

principio de la decisión mayoritaria, sino que también imponen sus límites»; Darnstädt (2005: 156), cuando nos previene de que «también en una democracia existen preguntas que no se zanjan con una votación»; o, más vehementemente, Levitsky y Ziblatt (2018), que se refieren a la instrumentalización de las instituciones democráticas para fines autoritarios, lo que supone la utilización de instituciones que teóricamente resultan propias de los sistemas democráticos para *matar* a la democracia.

[257] Desarrollando esta postura encontramos los trabajos de Mudde (2004: 534), Pinelli (2011: 5) o Müller (2016: 3). Como indica Blokker (2020: 198), para los populistas el conflicto social no es la expresión legítima del pluralismo político, sino que se configura como un fenómeno inherentemente problemático, y, por tanto, debe ser superado a través de la construcción de una fuerza *postdemocrática*.

El auténtico problema que subyace en la existencia del populismo –y que le ha granjeado la atención de la doctrina (Scheppele, 2019: 315)— está en que expone los puntos débiles del constitucionalismo liberal, pues, como señalaba Tushnet (2019: 384), por desgracia, «el diagnóstico populista de que las élites han roto sus promesas es mayormente correcto, y esto le da una sólida base al anti-elitismo que caracteriza al populismo contemporáneo». Más allá de las consideraciones politológicas del populismo, debemos enfocarnos en los factores que afectan a los elementos clave de la tradición liberal del constitucionalismo. Así, Corrias (2016: 9-13) ha definido el populismo como una teoría constitucional[258] que combina lecturas específicas de las teorías del poder constituyente, la soberanía popular y la identidad constitucional, consideradas de manera acumulativa y no individualmente. Según Blokker (2019a: 540-541) las cuatro divergencias que presenta el populismo al ser comparado con el constitucionalismo liberal son: el énfasis en la soberanía popular como la principal justificación normativa de su programa constitucional; el uso de un extremo mayoritarismo como núcleo de su forma de gobierno; una aproximación práctica según la cual el Derecho es un instrumento para alcanzar los fines del proyecto colectivo; y una actitud crítica o emocional hacia el Derecho que ha calificado como *legal resentment*, esto es, como resentimiento hacia las normas jurídicas[259].

Como consecuencia, resulta inevitable que los movimientos populistas pretendan reformar las instituciones propias del constitucionalismo liberal y democrático, pero esto no tiene por qué ser necesariamente deletéreo, sino que en su dimensión transformadora, puede resultar beneficioso para lograr una mayor participación del pueblo en la política (Tushnet, 2019: 383) y, de esta manera, seguir perfeccionando la democracia. Por tanto, igual que ocurría respecto del Estado de Derecho y la democracia, algunso distinguen aquellos regímenes verdaderamente populistas que tienen por objeto conseguir una mayor representación de la voluntad del pueblo y que, por lo tanto, pueden ser democráticos, siendo calificados como *populismo bueno* o *verdadero*; de aquellos que no pretenden alcanzar un beneficio democrático, sino que únicamente aprovechan la retórica populista

[258] Aunque el autor es plenamente consciente de que el populismo y el constitucionalismo mantienen una relación cuanto menos problemática, al mismo tiempo entiende que el silencio del constitucionalismo en relación con el populismo es injustificado porque este último adopta un discurso constitucional para ser legitimado en la arena política y, por tanto, la teoría constitucional sí que juega un papel importante en el debate sobre el populismo (Corrias, 2016: 7-8).

[259] Este resentimiento hacia las normas jurídicas trae causa de lo que Blokker (2019a: 537) denomina *legal impossibilism*, esto es, la consideración de que el Derecho impide la adopción de determinadas normas que podrían resultar beneficiosas y, por ende, se estaría constriñendo en exceso la capacidad de decisión del pueblo a través de los cauces democráticos.

para esconder las intenciones autoritarias de sus líderes, por lo que son calificados como *populismo malo* o *falso*[260]. Aunque pueda resultar atractiva esta distinción, consideramos que es de mayor utilidad delimitar lo que son los *fines* populistas, que pueden ser lícitos, ya que se corresponden con una versión de ejercicio democrático de la soberanía popular, de los *medios* que habitualmente utilizan los que enarbolan la bandera del populismo, que van más allá de los límites aceptables en el marco del constitucionalismo democrático.

Como resultado de la habitual instrumentalización del populismo como cauce para ocultar dinámicas autoritarias nos encontramos ante una doctrina mayoritaria en la que se conceptúa el populismo como un fenómeno inherentemente pernicioso[261]. Su utilización, como argumento para deslegitimar cualquier régimen que vaya en contra del *status quo* (Weinman y Vormann, 2021: 6-7), provoca que se convierta en un arma arrojadiza frente a los regímenes políticos que no sean del agrado de aquel que está realizando el análisis (Weiler, 2021: 4). Entendemos que cualquier intento de alterar un equilibrio institucional dado no debe considerarse un peligro *per se*, sino que hemos de prescindir de los prejuicios y esperar al contenido de la reforma para determinar si verdaderamente es perjudicial[262]. Como acertadamente advierte Castillo-Ortiz (2019: 49), pese a que en muchos casos se encuentren relacionados, el iliberalismo y el populismo son conceptualmente diferentes, a lo que añadimos que la relación que los conecta es de instrumentalidad, debido a que los regímenes iliberales utilizan la retórica populista –pero no los fines del populismo— como una *máscara* que les permite disfrazar la realidad de sus intenciones autoritarias,

[260] Para profundizar sobre esta distinción entre populismo falso (malo) y verdadero (bueno), es útil el trabajo de Halmai (2019a: 297), que a su vez utiliza como fundamento los conceptos de Berlin (1968).

[261] Para ejemplificar esta concepción del populismo podemos citar los trabajos de Müller (2016: 62), que entiende que el populismo pretende reemplazar el orden institucional existente por uno nuevo en el que controla sus propias instituciones; Landau (2018: 533), que caracteriza al populismo como un movimiento que pretende desnivelar el terreno de juego político, porque no va contra unos oponentes políticos dados, sino contra el orden institucional existente, y por tanto se muestra su preferencia por la desestabilización y el cambio constitucional generalizado; Spadaro (2009: 2035), cuando señala que en la práctica su apoyo al pueblo es meramente aparente, de modo que está «coqueteando en realidad con otras aspiraciones ocultas»; Scheppele (2019: 325 y 331), que considera el nuevo populismo como un «lobo iliberal» que se esconde bajo una apariencia de «cordero liberal», de modo que los populistas conciben las victorias electorales y la aprobación popular solo como un medio para alcanzar el poder y mantenerse en el mismo, utilizando para ello la retórica democrática como vía para desactivar las posibles críticas; o Balaguer Callejón (2020), que añade que el populismo utiliza una suerte de «constitución zombie», en la medida en que esta, en la práctica, es «una mera forma sin vida», una «cáscara vacía de todo contenido constitucional».

[262] Puede no ser perjudicial, pero sí modificar la organización del poder existente hasta entonces. Mientras los mecanismos de limitación del poder sigan siendo efectivos y no se desestabilice en exceso el sistema político-constitucional, cualquier crítica que se formule al respecto estará teñida de una innegable superioridad moral. Respecto de un elemento concreto, advierte Tushnet (2019: 385), tratar los esfuerzos populistas de transformar los tribunales como una crítica fuerte puede representar a veces una defensa del *status quo* fallido –en cuanto reproduce las problemáticas inherentes a las promesas del neoliberalismo— y no solo una defensa políticamente neutral de un componente central del constitucionalismo como tal.

de la misma manera en que veíamos antes respecto de la democracia como método o del Estado de Derecho en su dimensión meramente formal[263]. De manera similar ha señalado Blokker (2019b: 531), respecto de la relación entre el populismo y el Estado de Derecho, que la idea de considerarlos como *antípodas* sería demasiado simplista y resultaría inútil, por lo que, en su lugar, aboga por concebir el populismo como una instrumentalización, y no como una destrucción, del Estado de Derecho.

El motivo por el cual los regímenes autoritarios –y, concretamente, los iliberales— utilizan la retórica populista está inextricablemente ligada a los problemas que hoy en día se dan en el contexto sociopolítico. Actualmente nos encontramos en un momento en el que la planificación a largo plazo –y, en general, la reflexión— brilla por su ausencia, y esta realidad se ve agravada por la existencia de medios de comunicación que permiten un acceso instantáneo a la información y, al mismo tiempo, provocan que la ciudadanía clame por la inmediatez en la solución política de cualquier conflicto que se presente[264]. Asimismo, la accesibilidad que presentan las ideas populistas, en contraposición con la dificultad que encuentran las ideas propias del constitucionalismo liberal a la hora de ser trasladadas a un público que no esté socializado en las mismas, provoca que en una pugna entre ambas tradiciones de pensamiento el populismo parta de una posición ventajosa por la mayor cognoscibilidad que presenta en casi todas sus versiones (Scheppele, 2019: 320), y, por tanto, permitiría que los regímenes autoritarios que lo utilicen adquieran un nivel de popularidad que en el futuro les va a permitir –sin que esto suponga un coste político demasiado elevado o inasumible— adoptar medidas impopulares en los momentos en los que sea necesario (Weiler, 2012a: 249).

Si un régimen que se presenta en sociedad como populista comienza a desestabilizar el sistema de limitación del poder existente, sin instaurar vías alternativas para este fin[265],

[263] Por tanto, el populismo y el constitucionalismo solamente serán incompatibles cuando el primero sea utilizado por los regímenes autoritarios, en cuyo caso hablar de constitucionalismo populista constituiría un oxímoron, ya que esta categoría de populismo –autoritario o iliberal— sería utilizado para conseguir un fin contrario a la limitación del poder a través del Derecho que resulta característica del constitucionalismo (Halmai, 2019a: 312).

[264] En este sentido, Corrias (2016: 19), que afirma que las políticas de inmediatez y los mecanismos de democracia directa sirven como un instrumento para los populistas en la confirmación popular de la que, según ellos, es *a fortiori* la única posición moral correcta; o Pinelli (2011: 7), que entiende que la decadencia de las ideologías y las clases sociales ha sido acelerada por la evolución y el surgimiento de nuevos medios de comunicación que estructuran el debate en términos singulares en lugar de en términos de principios y no favorecen una actitud reflexiva ante los eventos. Para un análisis detallado de estas problemáticas hemos de acudir a la obra de Moreno González (2020).

[265] Bugaric y Kuhelj (2018: 27) entienden que con el fin de llevar a la práctica los deseos del pueblo los líderes populistas deben desechar las estructuras formales de la democracia que supongan un obstáculo.

no será el populismo el que actúe sino las intenciones autoritarias de sus líderes que se han escondido tras su veste. La realidad es la que nos demuestra que la relación entre el populismo y el autoritarismo no es de inseparabilidad, pues pueden ser complementarios, pero no irán de la mano en todo caso. De hecho, lo más habitual es que el autoritarismo se esconda tras la apariencia del populismo hasta el momento en el que alcanza el poder, mientras que en su consolidación se deshacen de este atuendo populista que los envuelve para mostrar su verdadera complexión autoritaria, hasta el punto de que algunas de esas instituciones que en un principio criticaban por ser contrarias a los deseos del pueblo, después de ser capturadas –mediante la cooptación de sus miembros o la reforma de su estructura— son explotadas e incluso defendidas[266]. Los diferentes líderes autoritarios aprovechan la poca densidad ideológica que tiene el populismo como movimiento y que permite amparar un amplio número de variedades (Bugaric y Kuhelj, 2018: 22), así como la debilidad inherente a los cauces a través de los cuales se manifiesta la voluntad popular, tanto por el hecho de que el pueblo debe decidir sobre cuestiones fundamentales de su forma política y su organización, sin estar organizado él mismo (Schmitt, 1996: 100), como por la «descomposición en una pluralidad de individuos» que el mismo experimenta en el momento más democrático, las elecciones (Corrias, 2016: 21); pues todo ello hace que sea realmente sencillo interpretar de manera incorrecta o incluso falsear su voluntad, permitiendo que el pueblo se crea las mentiras –autoritarias, camufladas de populismo— de aquellos que claman ser un baluarte de sus intereses pero que, en realidad, únicamente buscan su beneficio personal.

Una vez hemos realizado este breve recorrido sobre la evolución del autoritarismo, así como las apreciaciones respecto de su instrumentalización de la retórica populista, podemos ya centrar nuestra tención en el fenómeno actual que ocupa un papel central en nuestra investigación. El término *iliberalismo* fue acuñado por Fareed Zakaria (1997), que definió en concreto a las *democracias iliberales* como aquellos sistemas en los que las fuerzas políticas obtienen el poder a través de los instrumentos característicos de la

[266] En este sentido, Kosar, Baros y Dufek (2019: 457) señalan que los populistas se enfocan en privar de las *espadas* a las instituciones que no controlan y reducir sus *escudos* frente a los poderes democráticos. En una dirección similar, Blokker (2019b: 541) subraya la posición que mantiene el populismo en relación con los derechos fundamentales, de modo que su intención no es el desmantelamiento completo del sistema, sino que únicamente van a tratar de desvirtuar aquellos que sean contrarios para sus objetivos, manteniendo los que sean convenientes o neutrales a estos efectos; o Pinelli (2011: 11-12), que pone de manifiesto que los populistas modernos «no proponen vías alternativas de representación, sino que se adhieren a las reglas del sistema democracia representativa y una vez alcanzan la mayoría necesaria para gobernar dejan de tener como objetivo al sistema de representación como tal».

democracia representativa, pero, una vez lo alcanzan, tienen como objetivo desvirtuar los controles propios del constitucionalismo y, en su caso, modificar las normas que resulten necesarias para mantenerlo. Este autor advertía los peligros que presenta el iliberalismo, cuya legitimidad y fortaleza se derivan del hecho de que es razonablemente democrático, pero en la práctica su intención es la de desprestigiar la democracia misma (1997: 42), por lo que afirma que la «democracia sin constitucionalismo liberal no solo es inadecuada, sino que sería peligrosa, trayendo consigo la erosión de la libertad, el abuso del poder, las divisiones étnicas e incluso la guerra» (1997: 43).

Más allá del iliberalismo como tal, podemos encontrar en la doctrina una panoplia inacabable de términos relativos a los nuevos regímenes autoritarios que han surgido en los últimos tiempos. Trataremos de recoger aquí a los más relevantes para poder realizar una sistematización de los mismos y, de esta manera, facilitar la elección del término que resulte más apropiado teniendo en cuenta la realidad de este fenómeno y las dificultades que presenta su análisis teórico. Como una suerte de guía para el análisis, distinguiremos las distintas posturas de la doctrina en cinco grupos en función del punto de partida que hayan escogido: en primer lugar, aquellos que adjetivan la democracia; en segundo lugar, quienes realizan una adjetivación del constitucionalismo; en tercer lugar, los que ponen el foco en el término autoritarismo y lo adjetivan; en cuarto lugar, aquellos que centran su atención en el carácter híbrido –o transicional— de los regímenes objeto de estudio; y, en quinto y último lugar, los autores que entienden que no es recomendable realizar adjetivaciones de este tipo. Antes de comenzar a relatar las propuestas doctrinales que se incardinan en cada una de estas posturas, queremos poner de manifiesto que el objetivo no es realizar una exposición detallada de las mismas, sino dar fe de los rasgos generales como marco teórico para realizar con carácter posterior nuestra elección y propuesta.

Siguiendo el orden que hemos marcado, comenzaremos por los términos que surgen como una adjetivación de la democracia: en cuanto a los retrocesos experimentados por los regímenes democráticos tomando en consideración sus estándares previos, hallamos, cada uno con sus respectivas singularidades, *democratic decline*[267], *democratic erosion*[268]

[267] La expresión ha sido utilizada por Ellner y Tinker Salas (2007) al analizar el caso de Venezuela. Más adelante la ha utilizado de una manera más genérica Scheppele (2018: 547), cuando trata el retroceso experimentado por las democracias respecto de sus estándares previos.

[268] Levitsky y Ziblatt (2018: 93-94) advierten que la erosión de la democracia sucede poco a poco, a menudo a través de pasos diminutos, de modo que cada uno de esos pasos, al ser observados por separado, parece insignificante.

y *democratic decay*[269]; respecto de la dominación de los partidos en el marco del modelo de la democracia parlamentaria, provocando un trasladado del verdadero centro de poder, encontramos la *democracia –o Estado— de partidos*[270], íntimamente relacionada con el concepto de *postdemocracia*[271]; si tratamos la posible desconexión entre el gobernante y los gobernados una vez que el primero alcanza el poder a través de los cauces electorales, nos hallamos ante el término *delegative democracy*[272]; como un supuesto específico de la decadencia democrática en aquellos supuestos en que la misma ha sido orquestada por el propio aparato estatal –*state led*— nos encontramos el término *democratic backsliding*[273]; y, finalmente, hemos de referirnos a la ya mencionada *illiberal democracy*[274].

[269] Esta formulación ha sido utilizada por Ottaway (2013: 71-90), cuando expone los diversos tipos de modelos semi-autoritarios e incardina a Venezuela en el subgrupo de *democratic decay*; Huq y Ginsburg (2018b: 49-119), cuando diferencian en dos capítulos distintos este fenómeno y el de *colapso democrático*; o Daly (2019: 16-20), que define *democratic decay* como la «degradación incremental de las estructuras y la esencia de la democracia constitucional liberal», en el sentido de que se produce paso a paso, lentamente, y en último término conduce a la creación de una *façade democracy*.

[270] Aunque en nuestra doctrina el Estado de Partidos suele identificarse con la obra de García Pelayo (1996), encontramos este concepto en autores previos como Leibholz (1964: 9-10), sobre la mutación que ha experimentado la estructura del sistema con el paso de la democracia *representativo-parlamentaria* al Estado de partidos; o Schmitt (1996: 306-307), que concluye con carácter general que la democracia actual carece de los presupuestos ideales del parlamentarismo. El propio García Pelayo (1996) determinaba que la *democracia de partidos* surge una como «adaptación del principio democrático» al contexto actual y que «con el Estado de partidos se produce la transustancialización de la voluntad de los partidos en la voluntad del Estado», de modo que «puede darse que la voluntad de los órganos estatales no radique en ellos mismos, sino en un centro decisorio institucionalmente extraño, los partidos políticos».

[271] Este modelo minimalista, tal y como lo califica Rodomonte (2019: 292), supone la supervivencia de los mecanismos democráticos formales con la decisión de la política en privado entre los miembros del gobierno y las élites del país (Crouch, 2004).

[272] O'Donnell (1994) califica las *delegative democracies* sobre la base de una premisa: el vencedor de las elecciones puede gobernar el país como considere durante el periodo de tiempo que dure su mandato. Se concibe al presidente desde una perspectiva paternalista, como encarnación de los intereses nacionales, y se prescinde del concepto de responsabilidad política, ya que el presidente no tiene la obligación de rendir cuentas ante los ciudadanos que le han votado porque no está sometido por el mandato representativo.

[273] Este fenómeno ha sido caracterizado por Bermeo (2016: 5 y 16) como el debilitamiento dirigido por el Estado (*state-led*) de un conjunto dado de instituciones democráticas, tomando en consideración que el mismo puede tener lugar tanto para destruir la democracia como tal como profundizar en la misma. Esta autora advierte sobre la miríada de procesos que pueden quedar incluidos bajo este término y, por tanto, sugiere que el mismo necesita ser inmediatamente especificado –en función del Estado que se analice— para que tenga significado práctico. La principal crítica a dicho término proviene de Daly (2019: 25-26), que entiende que el mismo se limitaría a los supuestos en los que se retrocede a una forma previa –y menos democrática— de Estado en la que los estándares eran más bajos, y, por tanto, excluiría aquellos en los que se produce una deriva hacia un modelo de organización del poder que no tenga precedentes en ese contexto.

[274] La expresión fue popularizada por Zakaria (1997); y, aunque el autor advierte sobre sus peligros y sobre la incompatibilidad entre democracia e iliberalismo, ha sido utilizada por autores como Drinóczy y Bien-Kacala (2017), que entienden que «la democracia iliberal no está en oposición a la democracia liberal, sino que se refiere a un Estado en el que el poder político relativiza el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos en casos políticamente sensibles», de modo que «la democracia constitucional sigue existiendo pero su realización formal prima sobre su realización subjetiva»; Halmai (2018b: 99), al concluir que «en el sistema iliberal [de Hungría] las instituciones del Estado constitucional siguen existiendo, pero su poder se encuentra fuertemente limitado, por lo que sigue siendo democrático, incluso si es iliberal»; o, aunque se manifieste en contra de estas concepciones, Daly (2019: 15), que subraya que las mismas suelen ser presentadas en oposición a la democracia liberal y no a la democracia en sí misma.

Respecto de los términos que se originan con la adjetivación del constitucionalismo, podemos hallar los siguientes. Cuando nos referimos a un cambio de dinámica en cuanto al valor de los mecanismos de limitación del poder característicos del constitucionalismo, dando un mayor peso a los de naturaleza política –democrática— y poniendo en cuestión la primacía de la revisión judicial, estaríamos hablando del *political constitutionalism*[275]. La utilización de los cauces de reforma constitucional previstos en el propio texto de esta para subvertir sus estándares democráticos se conoce como *abusive constitutionalism*[276]. La utilización y el respeto –*de facto* y *de iure*— parcial de los mecanismos típicos de los sistemas constitucionales para sostener a los regímenes autoritarios ha recibido el nombre de *authoritarian constitutionalism*[277], sin olvidar que del mismo podríamos desgajar una

[275] Aunque el término encuentra su origen en la obra de Griffith (1979), el autor responsable de su popularidad actual es Bellamy (2007: 145), que configura el *constitucionalismo político* como una reacción frente al *legalismo constitucional*, por lo que está más enfocado en los *inputs* –y no en los *outputs*— y en la legitimidad de los procesos en los que se crean, desarrollan o restringen derechos mediante la actividad legislativa y la acción administrativa, de modo que será necesario que adquiramos consciencia sobre los desacuerdos que existen alrededor de los valores constitucionales. En este sentido se ha pronunciado también Blokker (2014: 41-42), decantándose por el constitucionalismo político –contraponiéndolo a la existencia de un poder judicial robusto— sobre la base de una concepción de la democracia como proceso abierto, que sea capaz de albergar el pluralismo, por lo que habla del *constitucionalismo cívico*. El concepto ha sido utilizado recientemente por Czarnota (2017) para referirse a los regímenes de Hungría y Polonia, pero tal calificación ha recibido duras críticas por la doctrina, como es el caso de Castillo-Ortiz (2019: 51), que entiende que tendría como consecuencia eliminar la fuerza normativa de la Constitución y, por ende, vulneraría el Estado de Derecho, así como que no cuestionan la capacidad de las instituciones judiciales para controlar la constitucionalidad, sino que la preservan *de iure* –a través de su *captura*— para utilizarla en favor de sus propios intereses (Castillo-Ortiz, 2019: 64-65); Sadurski (2019a: 251-253), que se muestra en contra debido a que dichos regímenes no solo se oponen a los límites que se derivan de la perspectiva legalista del constitucionalismo, sino que estos desprecian cualquier tipo de limitación del poder político; o Halmai (2019a: 305), que entiende que los regímenes iliberales de Hungría y Polonia no tienen nada que ver con el *political constitutionalism* porque no incorporan un modelo alternativo de limitación del poder, sino que representan un *authoritarian sham system of constitutionalism*.

[276] Landau (2013: 195-196) ha definido el *constitucionalismo abusivo* como el uso de mecanismos de reforma constitucional –haciendo énfasis en los formales— para conseguir una reducción significativa de los elementos democráticos de un Estado. Utiliza una técnica gradualista y se enfoca en dos dimensiones distintas: el ámbito electoral y el nivel de igualdad de los distintos actores en el juego político; así como el grado de protección de los derechos de los individuos y de las minorías. El resultado de esta aproximación no sería la supresión de la democracia, sino la instrumentalización de la misma en favor de los intereses del régimen político que la lleva a cabo (Landau, 2013: 219). Matczak (2020) se refiere a un ataque *new school* a través de *specious constitutional interpretation*, consistente en la utilización aislada –y no sistemática— de los preceptos de la Constitución para lograr un resultado diferente al que persigue el texto en su conjunto. Por tanto, sendas técnicas mantendrían una relación de fortalecimiento recíproco, de manera que la reforma, que puede afectar solo a determinados preceptos, se combinaría con esta interpretación *engañosa* para así burlar la teleología inherente a la norma fundamental de que se trate. Como un ejemplo de esta interacción, podemos observar la utilización de los regímenes iliberales de argumentos de derecho comparado, de modo que al justificar la introducción de determinadas reformas porque dicha regulación existe en otros Estados en los que no se cuestiona su adecuación constitucional, normalmente omiten la existencia de los factores que existen en dicho sistema para compensar el elemento que se ha escogido (Scheppele, 2018a: 566).

[277] Tushnet (2015: 393-396) utiliza a Singapur como caso de estudio para construir esta categoría de *constitucionalismo autoritario*, que se caracteriza por tener un nivel intermedio de garantía de las libertades y por mantener elecciones razonablemente libres y justas. Entiende que esta tipología, pese a ser autoritaria, «es constitucional porque invoca justificaciones estándar para la limitación de las libertades individuales, no aquellas que se derivan de una ideología autoritaria distintiva» (Tushnet, 2015: 452).

tipología específica de *constitutional illiberalism*[278]. En cuanto a los fenómenos que están relacionados con la destrucción de los estándares constitucionales de un sistema, hemos podido identificar, en función del periodo temporal en que esta se produce, los términos de *constitutional crisis* y *constitutional rot*[279]; y, como ejemplo de técnicas a través de las cuales se pueden producir, hemos identificado los términos de *constitutional hardball*[280], consistente en la transformación de una convención constitucional –que hasta entonces había sido aceptada— con la finalidad de mantener el poder, y de *constitutional capture*[281], que tiene lugar cuando se cooptan las instituciones de limitación del poder con miembros leales al régimen político que en ese momento gobierna para suprimir –*de facto*— las posibilidades de que actúen como un verdadero baluarte frente a los abusos del poder. Y,

[278] El término ha sido acuñado por Drinóczi y Bien-Kacala (2017: 106-107), que lo conciben como el resultado de un desarrollo pacífico en el que la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos no son respetados de la misma forma que en el marco del constitucionalismo liberal, sobre la base de un entendimiento erróneo de los conceptos de constitucionalismo político y de identidad constitucional; pero, según los autores, sigue estando incluida en el marco del constitucionalismo y no sería la categoría opuesta al constitucionalismo liberal, sino que supone una relativización del mismo (2019a). Halmai (2018b: 30) ha señalado que, aunque en Hungría no se haya producido una supresión absoluta del constitucionalismo, al menos desde el punto de vista formal, lo ocurrido tampoco puede concebirse como mera transformación del funcionamiento del constitucionalismo liberal.

[279] Balkin (2017: 147-152) concibe el *constitutional rot* –que podríamos traducir como *podredumbre* o *descomposición* constitucional— como una *enfermedad* específica de las democracias representativas, que consiste en la degradación de las normas constitucionales que tiene lugar en largos periodos de tiempo, y que puede traer causa de factores tales como la pérdida de confianza en las instituciones constitucionales, la polarización, el incremento de la desigualdad económica o los desastres políticos. Esta afección tendría como consecuencia lo que Loewenstein (1979: 218) calificaba como *constitución nominal*, ya que el texto de la Constitución iría poco a poco alejándose de la realidad existencial del sistema. A diferencia del mismo, la *crisis constitucional* sería aquella *nominalización* de la Constitución que se produce de manera rápida, provocando un fallo en su tarea central de mantener el conflicto dentro de los límites de la política ordinaria, de modo que será el periodo temporal en el que se produce el factor determinante para incluir a un suceso en una u otra tipología. Tal y como ha subrayado Balkin (2017: 155), ambos fenómenos no son excluyentes, sino que la *descomposición constitucional* de un sistema democrático puede ser el presagio de una futura *crisis constitucional*.

[280] Tushnet (2004: 523) entiende que esta técnica se lleva a cabo cuando los actores políticos desafían o interpretan extensivamente una convención política que hasta el momento era incontrovertible a pesar de que no se encontraba recogida expresamente. Tal y como señala Balkin (2017: 149), la utilización de estas tácticas *hardball* supone una violación deliberada de las reglas de juego –político y democrático— antiguas para crear normas nuevas que impliquen una ventaja política. La expresión ha sido utilizada posteriormente por Scheppele (2018a: 581), para realizar un juego de palabras y señalar que los nuevos autócratas parecen demócratas *playing hardball*, no dictadores *playing softball*.

[281] Este fenómeno ha sido descrito detalladamente por Sadurski (2019c), utilizando como ejemplo el caso del Tribunal Constitucional de Polonia. Aunque dicha institución se paralizó en un principio para impedir que obstaculizara las reformas iliberales, al mismo tiempo fue transformada hasta el punto de que el Gobierno consiguió obtener su control –mediante reformas relativas a la composición, el procedimiento y la estructura de la misma— y, una vez alcanzado este segundo objetivo, el bloqueo fue levantado y pasó a convertirse en un elemento de legitimación del régimen. Podríamos definir la *captura constitucional* como aquel proceso de mutación de las instituciones propias del constitucionalismo que pretende conseguir que, pese a seguir existiendo, persigan un objetivo diametralmente opuesto al que tenían en un primer momento, pasando de ser instituciones que sirven para la limitación del poder a ser *cooperadores necesarios* a la hora de alcanzar la concentración del mismo en manos de un solo individuo o grupo. A raíz de esta mutación, Castillo-Ortiz (2019: 67) ha optado por calificar a los tribunales constitucionales de los regímenes iliberales –en la medida en que se pervierte su finalidad original— como *inverted courts*.

como una especificación de muchos de los elementos que hemos mencionado antes en el supuesto concreto del régimen iliberal que ha sido instaurado en Polonia, no podemos dejar de mencionar el *anti-constitutional populist backsliding*[282].

En cuanto a las adjetivaciones que toman como punto de partida el autoritarismo, hemos podido localizar los siguientes términos, que se conectan con la *modernización exponencial* de los mecanismos utilizados por los regímenes autoritarios para alcanzar y, tras ello, mantener el poder, como ocurre en el caso del *bureaucratic authoritarianism*[283], *competitive authoritarianism*[284], *stealth authoritarianism*[285] o *autocratic legalism*[286]; todos ellos en el marco del *learning authoritarianism*[287], si fijamos nuestra atención en el

[282] Sadurski (2019a: 14-29) utiliza esta expresión para referirse al nuevo régimen surgido en Polonia y, para ello, analiza el porqué de los tres subcomponentes: es *anti-constitucional* porque la *captura* del Tribunal Constitucional ha provocado que la Constitución polaca ya no tenga fuerza ejecutiva y sea incapaz de asegurar su fuerza vinculante, de modo que la supremacía constitucional ha sido eliminada por la fuerza política dominante; es *populista* porque busca en todo momento el apoyo de los ciudadanos; y supone un retroceso porque en dicho Estado miembro se había alcanzado un nivel superior de democracia, que resulta devaluada como resultado de las reformas producidas, pero con una connotación importante, marcando la diferencia con otros términos –como la *descomposición* de Balkin o la *decadencia* de Daly— al subrayar que en este caso el *retroceso* no se produce de manera natural o impersonal, sino que es el resultado de la voluntad –planificada— de un determinado sector político.

[283] O'Donnell (1973: 91) utiliza el *autoritarismo burocrático* como una nueva tipología de régimen no democrático, que se caracteriza por ser un autoritarismo de alta modernización. De manera similar, Linz (1989: 146) señalaba que, en caso de producirse una crisis democrática actualmente, lo más probable sería «la instauración de un régimen autoritario con muchas de las características de los regímenes fascistas, pero de naturaleza burocrático-tecnocrática, no basado en la movilización de las masas».

[284] Levitsky y Way (2002: 52) conciben el *autoritarismo competitivo* como una tipología particular de los regímenes híbridos en la cual las instituciones formales de la democracia, aunque son consideradas como el cauce principal para obtener y ejercer el poder político, en la práctica son vulneradas tan a menudo y de tal manera que el régimen no cumple los estándares tradicionales mínimos de la democracia. Entienden con Linz (2000: 34) que no se trata de formas *disminuidas* de la democracia, sino que responden mejor a la descripción como formas *disminuidas* del autoritarismo.

[285] Varol (2015: 1741) considera que el *autoritarismo sigiloso* trae causa de la crisis de las prácticas autoritarias evidentes y ha provocado que, hoy en día, quienes pretenden convertirse en líderes autoritarios hayan comprendido que resulta más beneficioso utilizar fórmulas más sutiles de control y, específicamente, hayan aprendido a perpetuarse en el poder a través de los mismos mecanismos legales y constitucionales propios de los regímenes con credenciales democráticos favorables. Sobre la base de la teoría de la elección racional concluye que a pesar de que este aprendizaje resulta beneficioso en cuanto supone la disminución de la brutalidad de los instrumentos utilizados por los regímenes autoritarios, tiene como efecto secundario una mayor dificultad a la hora de detectar –y, tras ello, eliminar— las prácticas autoritarias en la actualidad, pues las posibilidades de que la oposición recupere el poder son mermadas a través de instrumentos legales.

[286] Tomando el término empleado por Corrales (2015) al describir el contexto existente Venezuela, Scheppele (2018a: 560-562) define el *legalismo autocrático* como la adopción de la apariencia democrática y del constitucionalismo al mismo tiempo que se produce un vaciamiento de todo su contenido material, que es sustituido por los estándares meramente formales del positivismo.

[287] Aunque no se refiere de manera expresa a este término, entendemos que sería la manera óptima de conceptualizar la curva del aprendizaje de los dictadores *–Dictator's learning curve—* a la que se refiere Dobson (2012: 4), que consiste en la toma de conciencia de que «en el mundo globalizado es mejor sustituir las formas más brutales de intimidación por formas más sutiles de coerción».

proceso de aprendizaje que han experimentado, o del *sophisticated authoritarianism*[288], si le damos más importancia a los resultados de ese refinamiento.

Partiendo de la consideración gradualista de las posibilidades de organización del poder del Estado como un *continuum*[289], podemos dividir en dos las posturas doctrinales: quienes conciben los *regímenes transicionales* como un punto intermedio de mutación entre los polos opuestos –democracia y autoritarismo— del espectro[290]; y aquellos que se aproximan a los *regímenes híbridos* como un modelo de organización que no tiene por qué tender hacia uno de los extremos –aunque en la práctica puedan hacerlo con el tiempo— sino que puede existir de una manera autónoma[291].

[288] Como ya dijimos, Morgenbesser (2020) ha utilizado el término de *autoritarismos sofisticados*, en contraposición con el de *autoritarismos retrógrados*, y utiliza como elemento para distinguir ambos el grado en que los mismos sean capaces de imitar los atributos fundamentales de la democracia, sin olvidar que el mayor grado de sofisticación no se alcanza con el respeto de las garantías formales de la misma, sino que una mímesis casi perfecta se conseguiría al incorporar también garantías de naturaleza material (2020: 2, 6 y 11). Al hilo de esta diferenciación, resulta interesante la distinción realizada por Neundorf et al (2020) entre las *inclurionary autocracies*, que utilizan la redistribución de la riqueza para generar apoyo popular, y las *exclusionary autocracies*, que canalizan su influencia política y redistribuyen beneficios económicos únicamente a un grupo de privilegiados –*loyalists*— que son los que permiten la supervivencia del régimen; pues el cumplimiento de los programas sociales por parte de los regímenes autoritarios aumenta, a su vez, su credibilidad de cara a futuras promesas políticas (Morgenbesser, 2020: 39), así como les otorga mayor popularidad y legitimidad y, como resultado, dificulta más aún la alternancia de otras opciones políticas.

[289] Supone la existencia de dos modelos ideales que actúan como polos opuestos –la democracia y el autoritarismo— entre los cuales se encontrarían todos los sistemas existentes, por lo que nuestro trabajo será analizar si un régimen concreto se encuentra más cerca de uno o de otro y en qué medida.

[290] En este ámbito encontramos a los autores más tradicionales, como Loewenstein (1959: 51 y 73), que considera que «las formas híbridas o intermedias surgen frecuentemente en épocas de transición de un sistema político a otro»; Linz (1989: 155), que se refiere al concepto de *reequilibramiento* y advierte que el mismo «no significa que el nuevo equilibrio de fuerzas dentro de los límites del proceso democrático vaya a ser el mismo que antes»; o Linz y Stepan (1996: 3-6), cuando definen la consolidación de una transición democrática como el momento en que se alcanza un acuerdo suficiente sobre los cauces de elección del gobierno, el resultado de esta elección se deriva directamente de la libertad popular y libre, dicho gobierno tiene *de facto* la capacidad para generar nuevas políticas, y cuando los poderes –ejecutivo, legislativo y judicial— que han sido generados por la nueva democracia no tienen que compartir su poder *de iure* con otros órganos; y, por tanto, esta consolidación –que puede adoptar diversas formas y no supone la imposibilidad de que se produzca otra crisis democrática en el futuro— tiene lugar cuando la democracia se ha convertido en *the only game in town* desde los puntos de vista conductual, actitudinal y constitucional. Como una especie de modernización en cuanto a este tipo de perspectiva, encontramos la *new transitology* a la que hace referencia Tóth (2019: 41), de modo que a diferencia de las anteriores olas de democratización, que solo examinaban las transiciones *hacia* la democracia, esta nueva tendencia también tiene en cuenta las transiciones que se producen *desde* la democracia.

[291] La primera autora en hacer referencia a la mezcla híbrida de formas electorales y autoritarismo fue Karl (1990: 15), que poco después analizó en concreto los regímenes híbridos de Centroamérica (1995), y el término fue recogido más tarde en contribuciones como las de Diamond (2002); pero en la actualidad podemos encontrar muchos otros términos en relación a fenómenos similares, como las *quasidemocracias*, las *semidemocracias*, las *dictablandas* y *democraduras*, las *democracias parciales* o los *regímenes mixtos*, entre otros (Morlino, 2009: 274). Morlino (2009: 280-282) ha definido los regímenes híbridos como aquel «conjunto de instituciones ambiguas que mantiene elementos del pasado, por lo que se configura como la corrupción del régimen precedente», y, por ello, para definirlos más precisamente parece apropiado incluir expresamente el pasado de estos regímenes en la propia definición, de modo que habría tres posibilidades para la transición: desde un régimen autoritario, desde un régimen tradicional (monarquía o sultanismo,

Por último, han sido numerosos los autores que, por una gran variedad de motivos, han criticado las adjetivaciones que acabamos de exponer en los párrafos anteriores[292]. Las que han recibido un mayor número de críticas son aquellas que tratan de aproximar los nuevos regímenes autoritarios a los conceptos de democracia y constitucionalismo[293].

Tras realizar este repaso a través de las diversas denominaciones que han recibido los regímenes autoritarios en las últimas décadas y de las críticas que estas han suscitado, podemos efectuar una breve sistematización crítica[294], que nos servirá para elaborar un

---

sumándole con carácter específico aquellos procesos de descolonización que no son continuados con una estabilización autoritaria o democrática), y desde la crisis de una democracia previa, aunque más adelante señala que a partir de los datos empíricos esta última opción no parece factible (2009: 293). Szmolka Vida (2010: 115-117) considera los regímenes políticos híbridos como «aquellos que combinan elementos de la democracia con otras formas de poder autoritaria», distinguiendo entre los extremos que mencionábamos las democracias defectivas (tuteladas o iliberales) y los autoritarismos pluralistas (cuasi competitivo y cuasi libre; o hegemónico restrictivo).

[292] Con carácter general, Linz y Stepan (1996: 39) señalaban que las tipologías surgen o decaen de acuerdo con su utilidad en la academia; Levitsky y Ziblatt (2018: 18) advierten que la creación de alianzas entre partidos verdaderamente democráticos y partidos autoritarios es un *pacto con el diablo* y le otorga a los últimos un elevado grado de legitimidad y respetabilidad; Tóth (2019: 42) pone énfasis en que el peligro de las nomenclaturas está en que hacen que sea más fácil caer en la trampa de la manipulación política; y Adams y Janse (2019: 3) explican el surgimiento de tantos conceptos relativos al autoritarismo camuflado como una democracia constitucional en que la democracia y el Estado de Derecho actualmente se conciben como la única forma válida de gobierno.

[293] Respecto de las adjetivaciones de la democracia, se muestran en contra Aragón Reyes (1988: 29); Bastida Freijedo (1991: 134), que señala que los adjetivos con los que se tiñe «ponen al descubierto el peligro de ignorar dónde radica la esencia y el valor» de la misma; Linz y Stepan (1996: 3), al distinguir entre los procesos de liberalización y democratización y dejar claro que puede producirse el primero sin el segundo, y, a su vez, Bobbio (2008: 7), al poner de manifiesto que democracia y liberalismo no son interdependientes, sino que su relación es muy compleja; Schedler (2002: 37), que afirmó de manera tajante que los regímenes autoritarios no son menos democráticos que las democracias, sino que, simplemente, no son democráticos; Weiler (2021: 5), cuando apunta que la Democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho resultan inescindibles, por lo que entiende que el concepto de democracia iliberal es un oxímoron, conclusión a la que también ha llegado Sadurski (2019a: 13); y, finalmente, Weinman y Vormann (2021: 7-8), que califican el liberalismo como un «concepto profundamente ambivalente» *–two hearts beat in its chest—* por lo que se torna necesario distinguir entre el liberalismo económico o de mercado y el liberalismo político, teniendo en cuenta que este último está caracterizado por un entendimiento más profundo de la democracia en el que se exigen ciertos elementos institucionales para garantizar su existencia.

En cuanto a las adjetivaciones del constitucionalismo, vemos a Sartori (1999: 80), que nos previene de que el uso indiscriminado del término *Constitución* para referirse a todas las formas de gobierno –como sostiene el positivismo jurídico— provoca la degradación del constitucionalismo; Halmai (2019a: 312), cuando afirma que hablar de constitucionalismo autoritario o iliberal supone un oxímoron y, por tanto, parece desdecirse de sus afirmaciones previas (2018b: 99); Krygier (2019: 564), en la medida en que nos advierte que la determinación para desinstitucionalizar todo lo que escapa a su control debe ser distinguida de la hostilidad frente a toda forma institucional; y Palombella (2020: 395), que distingue entre *Constitución* y *constitucionalismo*, de modo que el autoritarismo sí es compatible con una constitución en sentido formal, pero no con la limitación del poder y la defensa de los derechos y libertades individuales que caracteriza al constitucionalismo –como filosofía— en sus distintas manifestaciones.

[294] Algunas de las sistematizaciones que hemos encontrado en la doctrina son las de Szmolka Vida (2010: 105-106), que distingue con carácter general entre las caracterizaciones que adjetivan la democracia, las que hacen lo propio con el autoritarismo, y los que hablan de regímenes híbridos; y, de manera similar, Tóth (2019: 41-42), que incluye en el primer grupo también las adjetivaciones del constitucionalismo; Daly (2019: 18-32), que ha dividido los conceptos entre aquellos que se enfocan en las estructuras (*institutions*) democráticas y los que se centran en la sustancia (*norms*) democrática; o Sadurski (2019a: 1-28), que para fundamentar su propia elección realiza un repaso crítico de muchos de los términos doctrinales empleados.

concepto propio. El primer elemento al que debemos atender es el de la *intencionalidad*, pues consideramos que no resulta útil a efectos didácticos y académicos la representación de este tipo de fenómenos mediante expresiones de naturaleza impersonal[295]; sino que, por el contrario, sería recomendable recurrir a expresiones que pongan de manifiesto que se trata de fenómenos en los que subyace una indudable voluntad personal autoritaria[296]. El segundo elemento se corresponde con el de la *temporalidad*, pues la mayor o menor extensión del lapso en el que tenga lugar el fenómeno tendrá consecuencias directas tanto sobre su gravedad como en relación con las posibilidades de que el mismo se detecte[297]. El tercero de ellos se encuentra relacionado con la amplitud de los términos, pues hemos observado que muchos de los que hemos recogido son aceptables con carácter general, pero permiten la inclusión de una excesiva variedad de regímenes en su seno y, por tanto, entendemos que lo más recomendable sería la utilización de una calificación en dos fases, incluyendo el régimen que analicemos en cada caso en una de las grandes categorías pero, tras ello e inmediatamente, haciendo referencia a las características concretas del mismo, para reflejar fielmente sus elementos esenciales y, por ende, los principales peligros que estas generan respecto del Estado de Derecho, la democracia y el constitucionalismo[298]. El cuarto de los elementos se corresponde con la posibilidad de que los factores que se consideran aparentes –por ejemplo, la instrumentalización del Estado formal de Derecho o de la democracia como un simple método— puedan ser revertidos y utilizados en estos mismos regímenes como un cauce para combatirlos. Entendemos que esto puede darse,

[295] Como las de *democratic decay*, *democratic decline*, *democratic erosion*, *democratic backsliding*, o *constitutional rot*.

[296] Nos parecen acertadas las expresiones de *stealth authoritarianism*, *learning authoritarianism* y *sophisticated authoritarianism*, así como las técnicas concretas de *constitutional capture* o *constitutional hardball*. En cuanto a la marcada intencionalidad de estos nuevos regímenes autoritarios se pronuncian autores como Daly (2019: 25) o Scheppele (2018a: 545), que incluso se refiere a un «secuestro deliberado perpetrado por autócratas inteligentes».

[297] Tal y como indicamos, el factor temporal será el que diferencie las crisis constitucionales de las podredumbres constitucionales. En el ámbito de la democracia, Bermeo (2016: 6) distinguía los efectos del *democratic backsliding* en función de la rapidez y del número de instituciones afectadas por este proceso. Existe un acuerdo casi total en la doctrina en cuanto a la dificultad de evaluación y detección que se deriva de las transformaciones paulatinas e incrementales de los sistemas democráticos en modelos autoritarios, pues las reformas no levantan sospechas al ser analizadas individualmente, pero acaba llegando un punto en el que el conjunto de las mismas provoca efectos innegables sobre la calidad –e incluso la existencia— de la democracia, como ha señalado de manera gráfica Scheppele (2013a: 560) al hablar del *Frankenstate*, para dar fe de que el resultado final de todos estos cambios individuales es un verdadero monstruo.

[298] En este sentido, vemos respecto de los regímenes híbridos que, si bien Morlino (2009: 276) alaba esta tipología por su gran amplitud en comparación con aquellas que parecen referirse a modelos concretos, tal y como apunta Szmolka Vida (2010: 106) esta misma amplitud provoca que un régimen híbrido pueda estar más o menos cerca de cada uno de los dos polos –democracia y autoritarismo— y seguir perteneciendo a la misma, por lo que no debería ser considerada como una categoría en sí misma, sino que habrían de ser diferenciados distintos tipos de regímenes híbridos en función de sus concretas características.

pues la mera existencia de elecciones –siempre que el terreno de juego político no haya sido desnivelado de tal forma que impida efectivamente la victoria de la oposición— hace que sea posible –aunque complicado— el turnismo político; pero no debe sobreestimarse la efectividad de esta vía, pues los detentadores del poder autoritarios o iliberales tienen claro que deben mantener estos instrumentos en el plano meramente formal y, por ello, harán todo lo posible por abrogarlos en cuanto tengan la más mínima sospecha de que pueden ser utilizados en su contra[299]. Precisamente por ello, el quinto y último elemento de nuestra revisión crítica gira alrededor de los cauces utilizados para la deriva iliberal o autoritaria de los regímenes democráticos, pues a pesar de que la mayoría de los términos se centran en los instrumentos formales más habituales[300], sería un error no considerar las transformaciones derivadas del ejercicio informal del poder (Zgut, 2022: 293), puesto que en muchos casos estas son más preocupantes, así como es mucho más difícil identificarlas en comparación con la utilización de mecanismos formales de represión.

Aunque algunos autores centran sus esfuerzos en añadirle adjetivos a la *democracia* y al constitucionalismo para justificar la incardinación de los nuevos regímenes en sendas instituciones, por el contrario, entendemos que utilizar este tipo de términos supondría adoptar una concepción excesivamente formal de ambas, haciendo que esta las mismas se vean reducidas hasta los conceptos de Constitución escrita y de regla de la mayoría. Por ello, apostamos por utilizar el término *régimen iliberal*, pues esta expresión ahuyenta todas las contradicciones que surgen al tratar de aproximar la nueva tendencia surgida a conceptos tradicionales con los que nada tiene que ver[301].

Como acertadamente han afirmado Linz y Stepan (1996: 4-5), ningún régimen puede ser calificado como democrático si, tras la victoria en las urnas, sus gobernantes no están sometidos al Estado de Derecho, por lo que deberían ser excluidos del concepto de democracia aquellos regímenes que a pesar de responder al democrático no cumplan con el elemento liberal, al igual que las pseudo-democracias o los regímenes híbridos,

[299] Tushnet (2015: 418) se refiere a esta posibilidad, pero subraya que «la evidencia empírica sobre esta dinámica es escasa y está especulativamente basada en anécdotas forzadas»; mientras que Ginsburg (2020: 145) entiende que se trata de una posibilidad real y que es un riesgo que el dictador debe considerar, utilizando como fundamento la contribución de Law y Versteeg (2014), así como los ejemplos recogidos por Moustafa (2007) en relación con el caso de Egipto.

[300] Como podemos ver en el *abusive constitutionalism* de Landau (2013) o en el *autocratic legalism* de Scheppele (2018a).

[301] Podemos traer a colación la recomendación que con fundamento en la obra de Bobbio –*Teoria General della Politica*— realiza Salazar Ugarte (2011: 300-301) respecto de la superación del positivismo teórico para poder abarcar las transformaciones que ha sufrido el constitucionalismo.

donde coexisten elementos democráticos con otros que no lo son. Si bien la utilización de *recursos poéticos* puede proporcionar cierto atractivo visual al explicar los fenómenos, al mismo tiempo puede provocar la desvirtuación y el vaciamiento de contenido material de la democracia y el constitucionalismo.

Si utilizamos como fundamento lo dispuesto en el párrafo precedente, deberíamos rechazar aquellas construcciones teóricas que conciben la posible existencia separada de democracia, constitucionalismo y liberalismo. Por ello, rechazamos posturas como las de Halmai (2018b: 32), que afirma que el caso de Hungría demuestra que la democracia y el liberalismo no van necesariamente de la mano[302], sino que es posible que existan otro tipo de regímenes que son democráticos, pero no liberales; o Drinóczy y Bień-Kacala (2017), que contemplan la posible coexistencia de constitucionalismo e iliberalismo y, por ello, debemos oponernos también a la utilización del término *constitucionalismo iliberal*.

Los *regímenes iliberales* que han surgido en el seno de la Unión Europea también deben ser deslindados del tradicional concepto de *autoritarismo*. Este nuevo iliberalismo «se caracteriza por la progresiva supresión de los mecanismos de control del poder propios del constitucionalismo liberal, pero no de forma directa, sino atendiendo a los límites que imponen principalmente la Unión Europea y el contexto social; por lo que actúan de forma *velada*, realizando reformas que aisladamente parecen inocuas pero que, atendiendo a sus efectos prácticos y a un análisis de conjunto, desencadenan efectos catastróficos respecto del Estado de Derecho» (Barroso Márquez, 2022: 195). Aunque se trata de estudios circunscritos al ámbito del sudeste asiático, comprobamos que algunos autores han analizado el concepto de «autoritarismos sofisticados» (Morgenbesser, 2020), como resultado de un proceso de adaptación de las formas tradicionales del autoritarismo al contexto de la globalización actual, donde la información no puede ser secuestrada con la misma facilidad[303].

[302] Entendemos, con Ahumada Ruiz (2005: 90), que aunque la democracia «no asegura decisiones siempre justas», sí «pretende ser un procedimiento justo para adoptar decisiones colectivas»; y, por tanto, no basta con que las decisiones se adopten por la regla de la mayoría para que estas puedan ser calificadas como democráticas, sino que es necesario que se cumpla una serie de requisitos que aseguren que el buen funcionamiento del proceso de adopción de las mismas.

[303] Al respecto debemos tener en cuenta que, a pesar de que el acceso a la información no pueda ser restringido hoy en día de la misma forma en que el estado de la ciencia lo permitía hace varias décadas, como podía ser a través de la censura en las publicaciones escritas y en las producciones audiovisuales; esta información sí que puede ser secuestrada de otras formas más avanzadas o *tecnológicas*, por ejemplo, a través del control del acceso a internet o mediante el establecimiento de limitaciones respecto de la utilización de determinadas aplicaciones móviles.

En consecuencia, hemos determinado que los regímenes iliberales han conseguido «secuestrar la democracia, utilizando el ordenamiento jurídico-constitucional a su favor, pues se han servido de los mecanismos proporcionados por el derecho para actuar como caballo de Troya y acabar desde dentro con los controles propios del constitucionalismo» (Barroso Márquez, 2021a: 195). Surgen democráticamente y, aunque en el plano formal siguen cumpliendo con la legalidad y/o constitucionalidad del sistema, un análisis integral –en el que se tengan en cuenta tanto el contenido de las reformas en el plano individual, como el resultado de su interrelación— y teleológico revela con claridad que siguen una estrategia de instrumentalización del ordenamiento jurídico para zafarse de los controles que este les impondría en condiciones normales.

Una vez nos hemos decidido a utilizar el concepto de *régimen iliberal*, nos hallamos la misma situación que advertía Szmolka Vida (2010: 106) en relación con los regímenes híbridos, pues el iliberalismo es un concepto demasiado amplio como para ser operativo en la práctica. Por ello, no debemos quedarnos únicamente en la superficie del mismo, sino que, por el contrario, analizaremos dos modelos de régimen iliberal y, gracias a ello, podremos realizar un análisis crítico comparativo, que tendrá una relevancia añadida al considerar que los dos casos de estudio que hemos seleccionado –Hungría y Polonia— pertenecen a la Unión Europea, que es una integración supraestatal en la que los valores del Estado de Derecho, de la democracia y, con sus matices, del constitucionalismo, debieran resultar imprescindibles y fundamentales.

Si queremos realizar un análisis del iliberalismo desde el punto de vista del Derecho constitucional, habremos de tener claro cuáles son las técnicas formales e informales que se pueden dar para realizar una trasformación del ordenamiento jurídico-constitucional. Una base teórica robusta de las diferentes tipologías que la doctrina ha identificado a este respecto nos será de gran ayuda para aguzar el ojo crítico cuando estudiemos, más tarde, las derivas iliberales que han tenido lugar en Hungría y Polonia, sobre todo a la hora de identificar qué manifestaciones se corresponden con un ejercicio de poder constituyente y cuáles se circunscriben a los poderes constituidos, ya que esto nos permitirá ir más allá de las formas y atender a los verdaderos efectos provocados por las distintas reformas. Por estas razones, antes de comenzar con el análisis del surgimiento del iliberalismo en el seno de la Unión Europea, hemos de detenernos para incluir la discusión doctrinal que existe respecto de los límites y los cauces de la reforma constitucional.

En cuanto a la posibilidad de imponer límites al poder de reforma constitucional, debemos considerar que, a diferencia del poder constituyente, ilimitado por naturaleza[304], el poder de reforma se inscribe en el marco de los poderes constituidos y, como resultado, debe encontrar por fuerza determinados límites[305]. Hasta ahí es donde normalmente existe acuerdo en la doctrina, de modo que los problemas surgen a la hora de identificar cuáles son estos límites exactamente. Algunos autores emplean el iuspositivismo como punto de partida para instituir límites de naturaleza formal, ya sea por cuestiones procedimentales, ya sea por considerar que la propia constitución dota de una superioridad jerárquica a determinados contenidos[306]. Para otros, son los argumentos materiales o sustantivos los que provocan que ciertos elementos de una Constitución sean irreformables, tanto porque

[304] Pedro de Vega (1985: 28-29) señalaba al respecto que el poder constituyente es absoluto y total y, por tanto, se fundamenta a sí mismo y, en cuanto poder pre-jurídico, no solo es ilimitado en relación con los contenidos de su voluntad, sino también en cuanto a las formas de su ejercicio. Respecto de esto último, De Otto (1987: 55) entiende que el poder constituyente puede actuar al margen del procedimiento de reforma de la Constitución, incluso aunque esta se declare irreformable. En este mismo sentido, Greene (2020: 92) entiende que el poder constituyente puede ser tanto constructivo como destructivo. Aunque coincidamos a este respecto, no podemos olvidar, como bien advertía De Vega (1985: 74-75), que el concepto de poder constituyente «se encarna siempre en determinadas realidades históricas y, por tanto, aunque se trate de un ejercicio de poder omnímodo y total, al mismo tiempo parte del sistema de limitaciones que le impone su propia estructura y organización social, de donde a la postre derivaría el ethos colectivo de creencias políticas y convicciones jurídicas».

[305] A pesar de que tenga una naturaleza extraordinaria, la mayor parte de la doctrina coincide en que el poder de reforma no es ilimitado, sino que, como indicaba Schmitt (1996: 118-119) «deben garantizarse la identidad y la continuidad de la Constitución como un todo». Debido a que aparece reglado en la propia Constitución la actividad de revisión o reforma «no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre», como apunta De Vega (1985: 65); y, en este sentido, Pérez Royo (1987: 189) destaca que lo habitual va a ser «que las Constituciones cambien mediante el procedimiento de reforma pero no que se produzca a través de este un cambio de Constitución». Más recientemente se ha pronunciado sobre su carácter limitado García Roca (2017: 184), según el cual «toda verdadera reforma supone la permanencia del núcleo esencial de la constitución modificada y, por ende, una reforma no es un atentado a la Constitución, sino una actualización de la misma».

No obstante, hemos de tener en cuenta que también es posible establecer una distinción al respecto, en función de si existen mecanismos de ratificación popular –como sería el referéndum— de la reforma, pues en este caso se podría concebir como un ejercicio mixto de los poderes constituidos y constituyente, sin perjuicio de que la intervención de estos mecanismos de democracia directa podría ser considerada una parte de los poderes constituidos por el hecho de estar prevista en el texto constitucional.

[306] Este tipo de límites meramente formales o procedimentales han sido recogidos por De Vega (1985: 153-155), refiriéndose a un «ámbito de inconstitucionalidad kelseniana puramente formal» en el que la definición de la superioridad no está basada en contenidos valorativos; o Ruipérez Alamillo (2012: 95), que entiende que los límites al poder de reforma «solo pueden existir en el constitucionalismo rígido».

El mayor exponente en este sentido lo hemos encontrado en la obra de Pfersmann (2013), en la que se conciben los límites a la reforma constitucional no como una cuestión de Teoría del Derecho, sino como una mera cuestión de Derecho positivo, como un conflicto de normas dentro de la propia Constitución. Así, distingue entre las constituciones monomórficas, en las que existe unidad formal y solo hay una única forma supralegislativa, y las constituciones polimórficas, en las que sí existe más de una forma supralegislativa. El autor concluye que únicamente tendría sentido plantear la posibilidad de declarar inconstitucionales las reformas constitucionales en el polimorfismo constitucional y, especialmente, cuando es no equivalente, esto es, cuando la propia Constitución establece una diferencia jerárquica entre las normas constitucionales o veta la reforma de determinados contenidos.

así lo recoja de manera expresa en su texto[307], como porque dicha conclusión se derive de manera implícita del texto de la norma constitucional, a través de una interpretación sistemática y teleológica del mismo[308].

Por nuestra parte, sobre la base del constitucionalismo democrático, consideramos que ha de existir una distinción neta entre el poder constituyente y los poderes de reforma. Si entendiéramos que los poderes constituidos tienen la capacidad de modificar cualquier contenido de la Constitución a través de los cauces de reforma previstos en dicha norma, estaríamos abriendo la puerta a una perversión de la teleología del constitucionalismo a través de medios que generan una apariencia de legitimidad, al menos desde el punto de vista meramente formal. No obstante, el hecho de que desde el constitucionalismo crítico consideremos que esta distinción es la correcta, no quiere decir que no seamos conscientes de los problemas que implica. Para que la misma sea efectiva es imprescindible que haya mecanismos de garantía que la hagan valer en caso de que esta sea vulnerada y, a su vez, que los mismos sean verdaderamente utilizados.

[307] Este sería el caso de las *cláusulas de intangibilidad*, esto es, aquellas disposiciones que prohíben la reforma de ciertos contenidos de la Constitución o, como ha representado de manera más creativa Albert (2008: 48), «limitan el universo de posibilidades constitucionales disponibles para el pueblo». Las reservas que este tipo de previsiones podían provocar fueron obviadas tras la experiencia de las dictaduras fascistas (Pérez Royo, 1987, 103), de modo que su introducción supondría aceptar la posibilidad de que se declaren inconstitucionales determinadas normas constitucionales (De Vega, 1985: 258). Sin embargo, autores como Böckenförde (2000: 81) o García Roca (2017: 188), han desaconsejado la introducción de las mismas en el texto de la Constitución. Debemos precisar que el hecho de que estén recogidas de manera expresa provoca que las cláusulas de intangibilidad adquieran cierta naturaleza procedimental, por lo que se encontrarían a caballo entre los límites formales y los materiales. Por otro lado, Viciano Pastor y Moreno González (2018) han criticado el concepto de las reformas constitucionales inconstitucionales y han demostrado, a través de varios casos concretos, que el mismo se configura como un arma de doble filo y que, en su caso, puede ser pervertida por aquellos regímenes autoritarios que sean capaces de *capturar* la justicia constitucional.

[308] En este caso los límites a la reforma constitucional no se derivarían de una prohibición expresa, sino que se desprenderían del *espíritu* o *núcleo esencial* de la Constitución sin el cual la misma desaparece. La discusión típica al respecto la encontramos en la doctrina norteamericana, entre Marbury (1919: 225), según el cual el poder de reforma constitucional no pretendía incluir el poder para destruir la Constitución, y Frierson (1920: 661), que –como respuesta— concluía que no es posible introducir límites implícitos a la reforma constitucional. Como sustento a la primera de las opciones, encontramos trabajos como los de Schmitt (1996: 44-46), Loewenstein (1979: 189), Rawls (1993: 239), De Cabo Martín (2003: 41-43; 2014: 83-83) o Scheppele (2020: 162). Respecto de las posibles críticas al control material de constitucionalidad de las reformas constitucionales en los casos en los que no existan cláusulas de intangibilidad, nos advierte Ragone (2013: 403) que la elaboración de su núcleo «tendrá un resultado variable y discrecional». Además, no podemos olvidar que para que existan verdaderamente las normas constitucionales inconstitucionales es necesario que exista un poder control de las normas constitucionales y/o de su reforma (Greene, 2020: 83); así como, a su vez, hemos de ser plenamente conscientes de que el hecho de que un órgano tenga este poder, como podría ser el caso de los Tribunales Constitucionales, no implica que el mismo vaya a ser ejercido en la práctica (Halmai, 2016: 122), y de que, aun en los supuestos en los que se llegara a ejercer dicho poder, «no sería el fin, sino el inicio de un tumulto constitucional» (Greene, 2020: 189).

En cuanto a los cauces que existen para modificar el sentido de una Constitución, encontramos diversas posibilidades: la reforma constitucional parcial, que consiste en la modificación del contenido de determinados preceptos o la introducción de otros nuevos, sobre la base del texto anterior[309]; la reforma constitucional total, cuando se realiza una revisión completa del contenido y se produce un texto completamente nuevo, que puede tener lugar tanto utilizando los cauces previstos en la Constitución anterior como a través de un nuevo ejercicio del poder constituyente[310]; la mutación constitucional, que supone la modificación del sentido –real— de un precepto de la constitución pero sin que se dé una reforma –en sentido formal— del mismo, por ejemplo, a través de la interpretación[311]; el fraude constitucional, que se produce cuando se utilizan los procedimientos de reforma establecido constitucionalmente para crear un régimen totalmente diferente al anterior[312];

[309] Lo que podríamos calificar como reforma constitucional en sentido estricto.

[310] El hecho de que se prevea la reforma total de la Constitución, como ocurre en el caso de España, trae aparejada una serie de problemas. Tal y como ha puesto de manifiesto Jiménez Campo (1980: 84 y 88), no parece posible conciliar esta posibilidad, que supondría una suerte de indiferentismo axiológico, con la existencia de determinados principios constitucionales imprescindibles –De Vega (1985: 158) califica esta contradicción como una suerte de *esquizofrenia constitucional*— y, por ello, la posibilidad de reforma total supone «la constitucionalización de la destrucción de la Constitución». De Cabo Martín (2003: 45) utiliza el concepto de *omnipotencia autocomprensiva* teorizada por Hart para determinar «que ese Poder que pudo imponer límites puede también modificarlos»; y García Roca (2017: 185) se refiere a la revisión total como una variante de la reforma, pero que puede llegar a erigirse en un nuevo poder constituyente. Sin embargo, Ruipérez Alamillo (2012: 132) considera que si bien es cierto que «el Pueblo, como titular de la soberanía y actuando como poder revolucionario, es libre para proceder a la apertura de un proceso constituyente, lo que los poderes constituidos, aunque, como el poder de reforma, sean extraordinarios, nunca pueden hacer es utilizar el *amending process* para llevar a cabo un acto revolucionario con el que se crearía un régimen político y constitucional nuevo».

[311] Las mutaciones constitucionales han sido definidas en este sentido por Loewenstein (1979: 165), De Vega (1985: 180), Hesse (1992: 86-87) o Hsü Dau Lin (1999: 88-102). La doctrina ha considerado que también existen límites en cuanto a las posibilidades de las modificaciones no formales de la Constitución. De Vega (1985: 184 y 194) ha afirmado que sería difícil encontrar explicación jurídica a la mutación que se deriva de un enfrentamiento entre las realidades jurídica y política y, más vehementemente, que «repugna y es contraria a la estructura y a los esquemas racionalizadores del Estado constitucional, la creación de mutaciones a través de actos normativos»; y Hesse (1992: 102), por su parte, ha considerado que «el texto de la Constitución se erige en límite absoluto de una mutación constitucional». Respecto de la posibilidad de que una mutación sea introducida de manera deliberada y en contra de la teleología propia de esta norma, García Roca (2017: 205) se refiere a las *interpretaciones manipuladoras* de las Constituciones, que se dan cuando lo que ocurre no es una omisión o una laguna en las regulaciones, sino una verdadera manipulación de la Constitución por parte de quienes ostentan el poder para no acatar el espíritu de sus normas.

[312] Este concepto de fraude constitucional, originario de la doctrina francesa, se configura como la utilización del procedimiento –formal— de reforma para crear un nuevo régimen político e instaurar un ordenamiento constitucional distinto sin que suponga una ruptura con el sistema de legalidad establecido (De Vega, 1985: 291). A través de esta vía se estarían introduciendo en la Constitución opciones que chocan frontalmente con el texto de la misma y, por tanto, «lo que sucedería es que un Estado Constitucional sería substituido por una forma de organización política que, en último término, recordará en sus presupuestos basilares al Estado autocrático en cualquiera de sus variantes, en el que la existencia de una Constitución formalmente vigente no tendría otra misión que la de actuar como un instrumento, un mero disfraz (K. Loewenstein), para esconder una realidad política y jurídica muy concreta, y que sería la de una dictadura más o menos encubierta» (Ruipérez Alamillo, 2012: 132). Esta tipología se asimila a lo que Landau (2013) ha denominado *abusive constitutionalism*, pero entendemos, por nuestra parte, que la misma no se configura como un tipo de constitucionalismo, sino que se trata de un *abuso del constitucionalismo*.

y el quebrantamiento o ruptura constitucional, que consiste en una vulneración deliberada por parte de los poderes constituidos del Estado de la normatividad –formal o material— de la Constitución existente[313].

2. Los regímenes iliberales en el seno de la Unión Europea

Antes de analizar en detalle la evolución de los sistemas político-constitucionales de Hungría y Polonia, debemos realizar algunas precisiones que nos ayudarán a entender la transformación experimentada por estos dos Estados miembros de la Unión Europea.

La primera de ellas se refiere al pasado postcomunista que ambos comparten. Tal y como apuntaron Linz y Stepan (1996: 55), las características del régimen no democrático previo van a tener unas implicaciones profundas sobre las vías de transición disponibles y los retos que deban enfrentar estos países en su proceso de consolidación democrática. En el caso concreto del postcomunismo, los factores que han influido son: la coexistencia de dos juegos de valores que son totalmente opuestos en un mismo espacio y tiempo[314]; el papel de la nomenklatura[315], que actuó tanto como límite a la posibilidad de realizar una reforma profunda del sistema como un vector para la corrupción y el clientelismo[316]; y las diferencias en cuanto al pensamiento jurídico comunista respecto del liberalismo

[313] Esta situación tendría lugar, más allá de las situaciones extrajurídicas como un golpe de Estado, a través de cauces como el *autocratic legalism* de Scheppele (2018a), que consiste en adoptar una apariencia democrática y propia del constitucionalismo y combinarlo con un vaciamiento de todo contenido material, que es sustituido por los estándares meramente formales del positivismo. Greene (2020: 91) nos advierte del peligro que suponen las reformas constitucionales camufladas a través de las normas con rango de ley, que se producen cuando los regímenes iliberales o autoritarios no tienen la mayoría suficiente para llevar a cabo una reforma constitucional y que suponen un verdadero *secuestro* del poder de reforma constitucional, provocando la pérdida de su *shielding effect*.

[314] Voces autorizadas como la de Häberle (1993: 33) consideran que el postcomunismo dejó un vacío cultural o identitario en la Europa del este. Sin embargo, entendemos que en este espacio geográfico lo que se produjo fue una ausencia de valores liberales y no una ausencia total de valores, por lo que esta región no carecía de una identidad cultural, sino que, por el contrario, estaba repleta de valores que eran hostiles al núcleo de la tradición liberal (Krygier, 2019: 556-557), de modo que el constitucionalismo transicional en los países del centro y este de Europa (CEE) no podía ser asimilado al que se dio en la Europa occidental tras la Segunda Guerra Mundial, porque no se trataba de construir *ex nihilo* un nuevo régimen, sino que se caracterizaba por la continuidad y coexistencia con el anterior régimen en una delicada y vulnerable tensión (Sadurski, 2016: 342).

[315] La Real Academia Española define la *nomenklatura* como el «conjunto de altos cargos políticos de la antigua Unión Soviética o de sus países aliados».

[316] Tal y como señala O'Donnell (1973: 89-90), los regímenes del este de Europa se diferencian de otros en que las élites pertenecían a sectores ya privilegiados y, como resultado, su objetivo era acelerar la industrialización –y, por tanto, la liberalización— del país para minimizar las posibilidades de que surgiera una revuelta social. La aproximación interesada de la nomenklatura respecto del nuevo régimen liberal ha sido plasmada acertadamente por Linz y Stepan (1996: 70), cuando apuntan que su objetivo no es cuestionar el nuevo régimen, sino intentar aprovecharse del mismo a través de la posición privilegiada que ostentaban gracias a su red de contactos previa. De forma general, entendemos con Zgut (2022: 291) que los elementos estructurales del postcomunismo actuaron como condiciones de aceleración pro-clientelista.

político occidental que se pretendía incorporar[317]. También es relevante a este respecto el papel que ha jugado la justicia transicional –ya que esta puede convertirse en un verdadero reto para el Estado de Derecho[318]— y, más concretamente, las políticas de *lustración*, cuyo objetivo era *purificar* el régimen de los miembros del antiguo régimen comunista[319]. Sin embargo, no podemos dejar que la existencia de rasgos comunes en este ámbito anule la individualidad propia de cada experiencia estatal, pues cada régimen postcomunistas ha acabado estableciendo un modelo propio y diferenciado (Szoboszlai, 1995: 117).

Como consecuencia de su bagaje histórico, la mayoría de los países postcomunistas han recogido una elevada protección constitucional de su soberanía, pues se caracterizan por haber visto laminada la misma durante largos periodos de tiempo y, como resultado, al haberla recuperado tras la caída del comunismo, temían volver a perderla a través de una transferencia de poder hacia las organizaciones internacionales (Albi, 2005: 1 y 24).

[317] Las diferencias del pensamiento jurídico propio de los países postcomunistas respecto de aquel que se prendía instaurar –fundamentado en el Estado de Derecho, la democracia y el constitucionalismo— ha sido subrayado por autores como Emmert (2008: 584-585), que habla de la incompetencia metodológica propia de la era comunista en la que siguen formándose, como si se tratara de un «código genético indeleble»; Czarnota (2016: 315), que indica que la teoría jurídica dominante durante el comunismo era un «positivismo jurídico simplista [*vulgar*] con un toque marxista», que contenía la retórica del Derecho pero no era tomado en serio por los detentadores del poder y, por tanto, tenía una naturaleza instrumental y funcional, y esto ha provocado, según Kosar, Baros y Dufek (2019: 441), una suerte de *path-dependence* mental de los líderes políticos y de los jueces; o Jakab (2019: 161), que concluye que «el pensamiento jurídico húngaro padece de una dolencia singular que califica como obsesión normativa, el entendimiento del Derecho como un simple sistema de normas, ignorando completamente otros aspectos del ordenamiento jurídico». Asimismo, no podemos olvidar el *legal resentment* al que se refería Blokker (2019a: 537).

[318] Mcauliffe (2010: 127-129) repara en que el concepto de justicia es relativizado en los momentos transicionales y –como consecuencia— la concepción habitual del Estado de Derecho suele contradecirse parcialmente con estos procesos, principalmente por dos razones: porque una exigencia de responsabilidad, incluso mínima, puede provocar una actitud revanchista por parte del régimen anterior; y porque enfocar todos los esfuerzos en la reparación transicional puede quitarle prioridad a otras metas de la reconstrucción de la identidad política liberal. Este mismo autor considera (2010: 130-131) que asumir sin ninguna duda las ventajas de la justicia transicional como cauce de restauración del Estado de Derecho no es beneficioso, pues no están demostradas empíricamente, así como porque sus efectos a largo plazo están infra analizados.

[319] Según la Real Academia Española, una de las acepciones del verbo *lustrar* se corresponde con el acto de «purificar, purgar con sacrificios, ritos y ceremonias las cosas que creían impuras». En consecuencia, cuando hablamos de *lustración* en el ámbito de una transición política determinada nos estamos refiriendo a la expulsión de los miembros del régimen anterior del aparato institucional del nuevo régimen político. Letki (2002: 539) define el procedimiento de lustración como el «establecimiento de mecanismos legales para que los órganos del Estado democrático puedan investigar las relaciones y vínculos personales con los organismos del servicio de seguridad del Estado totalitario precedente», que debe ser de tipo individual, y tener el «objetivo de purificar la memoria del pasado para establecer un fundamento firme del futuro» (Krzywoń, 2015: 267). Para un análisis desarrollado del concepto de lustración en el contexto de Polonia, podemos consultar la obra de Kaniowski (1999: 213-218), cuando señala las posibilidades que existían: realizar la lustración y la *decomunización* de manera simultánea; llevar a cabo un proceso de lustración sin *decomunización*, cuando se priva a determinados grupos de derechos y libertades concretas; realizar una *decomunización* sin que se produzca lustración, cuando únicamente se excluyen a los miembros que están comprometidos moralmente con el régimen anterior; e, incluso, llevar a cabo una *decomunización* que no implique la privación de derechos a determinados grupos de personas, sino que únicamente implique un cambio en los principios de funcionamiento de las instituciones y subsistemas.

Como ha afirmado de manera más llamativa Judt (2013: 83-84), el nacionalismo propio de los países del centro y este de Europa «forma parte de un mundo en el que las naciones y Estados están acostumbrados a desaparecer, y a que sus instituciones, religiones, idiomas y ciudadanos sean eliminados o suprimidos por otros imperios o competidores». Estos hechos, sumados a una aproximación internacional de las transiciones caracterizada por el conocido *Washington consensus*[320], así como a las dificultades inherentes a la hora de trasplantar instituciones jurídicas de unos sistemas a otros[321], provocan como resultado directo una serie de disfuncionalidades teóricas y prácticas en el proceso de integración, de modo que el proceso de condicionalidad preadhesión de los Estados postcomunistas a la Unión Europea ha estado caracterizado por una perspectiva excesivamente formalista, enfocada en la incorporación de las instituciones jurídicas propias de la tradición del constitucionalismo liberal y democrático –y del Estado de Derecho— sin tener en cuenta las especialidades del contexto –postcomunista— en el que iban a ser trasplantadas[322].

[320] Aunque el término *Washington consensus* que acuñó Williamson normalmente hace referencia al conjunto de políticas de liberalización económica, privatización y austeridad fiscal diseñadas en los años ochenta y noventa para responder a la crisis económica latinoamericana, más recientemente se ha utilizado un esquema similar en los Estados postcomunistas de Europa central y oriental, puesto que sus transiciones han estado influenciadas en gran medida por la imposición de un solo modelo válido de Estado de Derecho (Bugaric, 2015: 178). La expresión está relacionada con el imperialismo en el asesoramiento constitucional, y sendos fenómenos han sido analizados utilizando una perspectiva crítica por autores como Mattei (2003), Peerenboom (2005), Weiler (2005), Tamanaha (2011) o Waldron (2011).

[321] En cuanto a las dificultades que surgen a la hora de trasplantar instituciones jurídicas de un Estado a otro encontramos abundantes referencias doctrinales, como en los trabajos de Ferrando Badía (1970: 52), cuando señala que las bondades de un modelo no deben ser tratadas en abstracto; Loewenstein (1979: 31), que entiende que «las instituciones desarrolladas en un especifico ambiente ideológico para cuyo servicio fueron creadas, pierden su identidad funcional cuando son trasplantadas mecánicamente a un sistema político con diferente ideología»; Hesse (1992: 64), cuando afirma que «las constituciones políticas no pueden injertarse en los hombres como se injertan los árboles»; Mattei (2003: 389), que rechaza la *ingenuidad* de los tradicionales *análisis antropomórficos*, pues «los trasplantes jurídicos no se pueden concebir como el resultado de la elección de una mente que libre o coactivamente recibe el modelo producido», sino que este proceso se configura como una dialéctica viva entre posiciones dominantes y dominadas; Forsyth y Haggart (2014: 203), que concluyen a partir de la literatura existente que los procesos de trasplante deben entenderse como un proceso multidireccional y dinámico, y no como una imposición unidireccional y desde arriba de las normas extranjeras; o Blokker (2017: 20), que entiende que no se debe pecar de optimismo a la hora de transferir las normas y los diseños constitucionales sin el adecuado soporte estructural –de aprendizaje— de las fuerzas políticas y sociales que en la práctica se van a encargar de que los mismos sean respetados, por lo que habrá que tener en cuenta el contexto y el bagaje histórico.

[322] Aunque algunos autores consideran que la transformación de los regímenes postcomunistas en democracias es un proceso endógeno, esto es, sin imposición exterior (González Enríquez, 1992: 196), entendemos con la mayoría de la doctrina que en realidad tiene una naturaleza dual (Blokker, 2017: 5), porque a pesar de que fue impulsada por los propios Estados que experimentaban la transición, el objetivo evidente de estos era la adhesión a la integración europea –así como a la OTAN (Bodnar, 2010: 23-24)—. Esta última, además, ostentaba una posición de superioridad que hizo que la relación entre la Unión y los Estados que pretendían adherirse fuera asimétrica (Closa, 1995: 152), sobre todo por la dependencia hacia las ayudas económicas de los programas de condicionalidad preadhesión (Albi, 2005: 48), de modo que los Estados receptores se tenían que plegar aceleradamente, siguiendo los plazos marcados por la Comisión, a las exigencias de esta, sin un adecuado periodo de reflexión e interiorización de los valores e instituciones introducidos, como una suerte de condicionalidad *carrot and stick* (Bonelli, 2017: 174).

En relación con el Estado de Derecho, las condicionalidades preadhesión estuvieron caracterizadas por una visión excesivamente simplista y un diseño erróneo, puesto que se preocuparon únicamente de que los candidatos replicaran las instituciones occidentales, pero sin comprobar la interiorización de su sustancia, y esto ha sido calificado como una suerte de *isomorphic mimicry* (Bugaric, 2015: 177 y 180), mostrando de nuevo la visión imperialista o dominante en el asesoramiento constitucional a la que nos referimos antes. La estrategia de la Unión Europea en el procedimiento de adhesión estuvo caracterizada, como consecuencia, por una visión del Estado de Derecho meramente formal, y esto ha provocado que se produzcan dos transformaciones paralelas en los países postcomunistas: una de naturaleza visible o abierta, esto es, la que responde a las exigencias de la adopción de los componentes –formales— típicos de la democracia constitucional impuestas por las instituciones europeas; y una de naturaleza oculta, que se corresponde con el proceso de modificación y concreción local de las nuevas instituciones en cada uno de los Estados, y que en la práctica ha respondido a la instrumentalización de las normas por las élites (Czarnota, 2016: 311). Por lo tanto, el Estado de Derecho se introdujo como un concepto *janus-faced*, ya que su objetivo sobre el papel era la limitación del poder, pero *de facto* fue instrumentalizado por las élites, ya que estas utilizaron los mecanismos formales para conservar el poder –que ya tenían en el contexto comunista— en sus manos.

Más allá de las dificultades propias de los tiempos elegidos, debemos referirnos también al punto a través del cual se ha producido la aproximación de la gran ampliación hacia el este de Europa. Tal y como podemos ver en el trabajo de Weiler (1995: 195), que habla de una *responsabilidad putativa* de la Unión respecto de Europa del este, como si fuera una bella durmiente que precisa nuevas estructuras para alcanzar la paz, la prosperidad y para limar los excesos del nacionalismo, este proceso ha estado caracterizado por una postura paternalista, que nos recuerda al imperialismo del *Washington consensus*, en la que se considera que las instituciones occidentales son la única solución y, por tanto, deben ser importadas a pesar de que el contexto oriental en el que iban a ser insertadas llegaba a ser hostil respecto de algunas de ellas. Matczak (2020: 407-408), al recoger las posibles explicaciones de la actual crisis del Estado de Derecho, rechaza los argumentos condescendientes que se derivan de la consideración de Polonia como un sistema que no tenía la experiencia suficiente como para adoptar la democracia y el Estado de Derecho, esto es, como un *niño con zapatos grandes*. Blokker (2017: 12) ha concluido que la europeización fue un proceso ambiguo, porque a la vez que estabilizó la consolidación de las democracias constitucionales, ha actuado también como factor de erosión al impedir la maduración en el aprendizaje sobre las instituciones que se insertaban, por lo que las condicionalidades acabaron por tener un efecto distorsionador a largo plazo, al no dar espacio a la deliberación interna y al refinamiento local (Kosar, Baros y Dufek, 2019: 443). La falta de interiorización de los valores se debe, según Jakab (2019: 169), a que «la ciudadanía no se siente comprometida con ellos, lo que significa que consideran que no tienen nada que ganar; entonces tan pronto como decae la presión internacional, los reflejos paganos (las formas anteriores a la democracia y al Estado de Derecho) resurgen y la máscara cae: primero en el nivel (retórico) de las narrativas y las prácticas, para seguidamente continuar pronto con la destrucción de las instituciones formales».

Pero no podemos señalar a las instituciones europeas como las únicas responsables de estos hechos. Los propios Estados que pretendían adherirse buscaban una normalidad que ya existía en occidente y que no necesitaba ser inventada, con el eslogan de *no experiments* y *no slogans*, pero tan arriesgado como hacer un experimento por primera vez era incluir instituciones consolidadas en un contexto en el que nunca habían sido utilizadas y en el que incluso iban a encontrar resistencias (Krygier, 2019: 545 y 560).

Aunque hayamos decidido utilizar en esta obra el concepto de *regímenes iliberales*, debemos tener en cuenta que el iliberalismo no adopta las mismas características en todas las formas de gobierno a las que afecta. Incluso entre aquellos Estados miembros de la Unión Europea que han realizado un viraje iliberal, como es el caso de Hungría y Polonia, existen diferencias fundamentales en cuanto a los medios utilizados para llevarlo a cabo, derivadas del contexto existente en cada uno de ellos. Por estas razones, dedicaremos los dos apartados de este capítulo a exponer las reformas iliberales que han tenido lugar tanto en Hungría como en Polonia; mientras que el apartado siguiente, sobre la presente base, contendrá un análisis comparado y desde una perspectiva teleológica que nos permitirá, en último término, realizar una caracterización dogmática de los regímenes iliberales surgidos en el seno de la Unión Europea, que será materializada a través del concepto de *iliberalismo sinérgico convergente*.

Antes de comenzar con la ruta marcada en el párrafo anterior, hemos de precisar que la finalidad de esta obra no es recoger con carácter exhaustivo las reformas que se han producido en Hungría y en Polonia. Nos centraremos en aquellos hitos que permitan comprender adecuadamente la dinámica general, así como haremos hincapié en aquellos elementos que difieran entre ambos regímenes, ya que esto nos permitirá entender mejor los factores que alimentan el iliberalismo y, sobre la base de las conclusiones extraídas, formular propuestas de mejora para su futura contención y analizar de manera más eficiente la respuesta dada por las instituciones europeas. Debido a que señalamos que la experiencia histórica es determinante –como una suerte de *path-dependence*— a la hora de estudiar las posibilidades de evolución de un régimen concreto, antes de proceder al análisis del desarrollo de sendos regímenes iliberales incluiremos de manera sucinta sus respectivos contextos históricos.

2.1. El régimen iliberal húngaro

Para analizar la evolución de Hungría en términos de política, rol constitucional y marco jurídico-institucional, utilizaremos la distinción que hemos acuñado en otra sede, separando claramente dos épocas en su configuración; y para ello tomaremos como punto de referencia la llegada al poder de *Fidesz*[323], partido político liderado por Viktor Orban.

[323] El nombre completo de este partido es *Fiatal Demokraták Szövetsége*, que en castellano significa *Alianza de Jóvenes Demócratas*. Actualmente su denominación es la de *Fidesz-Magyar Polgári Szövetség*, que se traduce como *Fidesz-Unión Cívica Húngara*.

Esta diferenciación entre Hungría antes de *Fidesz* (A. F.) y después de *Fidesz* (D. F.) contribuirá a la comprensión de la verdadera entidad del cisma que se ha producido en el constitucionalismo húngaro.

2.1.1. Hungría A. F.

Debemos comenzar señalando que una de las principales razones que provocaron la transformación constitucional de la Hungría A. F. se corresponde con la perspectiva de la adhesión de dicho Estado al proceso de integración europeo. A pesar de que la historia del constitucionalismo húngaro comenzó mucho antes del proceso constituyente de 1949, el texto surgido de este se configura como una mera emulación de la norma fundamental estalinista del régimen soviético (Sós, 2016: 136). No fue hasta 1989 cuando se produjo, mediante los denominados *Roundtable Agreements* (Tóth, 2018: 393)[324], la modificación de la Constitución de 1949. Este proceso de reforma desembocó en la renovación de la norma constitucional de Hungría, hasta el punto de que el constitucionalismo de dicho Estado fue considerado durante mucho tiempo uno de los ejemplos más alentadores en relación con la consolidación democrática en Europa (Örkény y Scheppele, 2016: 58), pues se caracterizaba por constituir –sobre todo desde el punto de vista jurídico-formal— un Estado soberano, democrático y constitucional[325].

Uno de los principales baluartes del nuevo régimen instaurado en la Hungría A. F. se corresponde con la creación del Tribunal Constitucional en 1989, ya que este órgano llegó incluso a contrariar las decisiones que habían sido emanadas del poder legislativo[326], utilizando como fundamento el concepto de *Constitución invisible* elaborado por Sólyom, el entonces Presidente del Tribunal Constitucional, sin encontrar –al menos en exceso— oposición por parte del poder ejecutivo. El concepto que citamos surgió por primera vez cuando el Tribunal Constitucional resolvió un recurso sobre la constitucionalidad de la pena de muerte, pues en el marco de este asunto acabó determinando que existía un límite

[324] Como señalaban Linz y Stepan (1996: 307), la oposición política húngara rechazó negociar por separado con el régimen comunista y, por tanto, las negociaciones no se produjeron entre el régimen y la sociedad civil, sino entre el régimen y una sociedad política ya constituida mediante lo que se conoce como *Opposition Round Table*.

[325] Como se derivaba del artículo 2.1 de la Constitución de 1989.

[326] Somos conscientes de que, con carácter general, esta es precisamente la misión de los órganos de revisión de la constitucionalidad de las normas. La gravedad de la actuación de los mismos en el ámbito de la Hungría A. F. se halla en que el mismo declaró la inconstitucionalidad de algunas normas relativas a aspectos que no habían sido reguladas de manera expresa por la Constitución y que, por tanto, no deberían poder ser controladas por el Tribunal Constitucional.

–la *Constitución invisible*— a las reformas constitucionales realizadas por el Parlamento, debido a que temían que los sucesivos partidos políticos pudieran deteriorar los elementos esenciales de la Constitución a través de posteriores reformas (Scheppele, 2013b: 176). Este límite se utilizó, por ejemplo, cuando se intentó aprobar una normativa de lustración que determinaba el carácter retroactivo de la justicia, ya que el Tribunal Constitucional puso fin a esta iniciativa utilizando como fundamento la necesidad de que fuera respetado el Estado de Derecho (Halmai, 1998: 190). También fue utilizado para afirmar la igualdad de derechos en el ámbito civil a las parejas homosexuales[327]. Si tratáramos de incardinar la *Constitución invisible* en alguna de las categorías que indicamos en el apartado anterior, este concepto estaría relacionado con el entendimiento de que existen límites materiales implícitos a la reforma constitucional y, por lo tanto, hemos de añadir una advertencia, pues el argumento de que existe un núcleo inexpugnable del texto de la constitución puede ser *pervertido* fácilmente por los regímenes iliberales –sustituyendo el contenido anterior por aquel que consideren apropiado— para justificar su deriva.

Asimismo, debemos subrayar que las competencias de su Tribunal Constitucional eran las más amplias de entre sus homólogos contemporáneos, ya que le correspondían las siguientes[328]: el examen con carácter previo los proyectos de ley; la revisión de las normas con rango de ley; el control de la compatibilidad de la legislación nacional con los acuerdos internacionales; la resolución de los recursos de amparo constitucional, además de la inconstitucionalidad por omisión y de los conflictos de competencias entre órganos del Estado, entre un órgano del Estado y un municipio, o entre los municipios; así como la interpretación de la Constitución; y, finalmente, la actuación en todos aquellos asuntos que por ley le sean encomendados (Zlinszky y Nèmeth, 1991: 260).

Otro de los hechos que demuestran la *omnipotencia* de la que gozaba la institución se corresponde con la existencia de un cauce para la revisión de la constitucionalidad de las normas en abstracto y que no encontraba límites en cuanto a su legitimación activa ni respecto del ámbito temporal (Tóth, 2018: 390-393). El artículo 32.A.3 de la Constitución preveía la denominada *actio popularis*, pues garantizaba que todo ciudadano –en aquellos supuestos previstos por ley— tuviera derecho a iniciar un procedimiento ante el Tribunal Constitucional para que este lleve a cabo la revisión de la constitucionalidad de las normas

[327] Recogido en la Sentencia 14/1995, de 13 de marzo, sobre igualdad de las parejas del mismo sexo (Örkény y Scheppele, 2016: 59).

[328] Conforme a lo dispuesto en el artículo 32/A de la Constitución de 1989.

con rango de ley o para que declare la denominada inconstitucionalidad por omisión (Zlinsky y Nèmeth, 1991: 261-262). Esta posibilidad fue introducida para incluir a los ciudadanos en el proceso de transformación del antiguo sistema legal y, de esta manera, dotar de una mayor legitimidad y estabilidad a los cambios político-institucionales que estaban siendo introducidos con gran rapidez, ya que eran muy diferentes a las normas que hasta entonces había regido el sistema húngaro; hasta el punto de que fue a través de esta vía como se produjo la creación de los tribunales administrativos, la supresión de la pena de muerte o el nacimiento de los principios constitucionales de protección de datos, los derechos de propiedad o la libertad de expresión (Halmai, 1998: 191). Asimismo, debemos tener en cuenta que en los primeros años de funcionamiento de este Tribunal casi todas sus sentencias fueron dictadas a raíz de una *actio popularis*, frente a la escasa –casi nula— participación de las autoridades públicas (Zlinsky y Nèmeth, 1991: 262).

Tras la reforma constitucional de 1989 y la creación del Tribunal Constitucional, resurgió la posibilidad de aprobar una nueva Ley Fundamental. Aunque se alcanzaron las mayorías suficientes para ello (Tóth, 2018: 395), el Gobierno de coalición conformado por el partido Socialista (*MSzP*) y de los Demócratas Liberales (*SzDSz*) decidió aumentar la mayoría necesaria para la aprobación de una nueva carta magna hasta los cuatro quintos (Scheppele, 2018b: 451); por lo que no solo adoptaron una postura de autocontención o *self-restraint*, sino que fueron más allá y, para evitar posibles tentaciones en el futuro, establecieron una norma constitucional que exigía un alto nivel de consenso –que estaba fuera de su alcance en aquel momento— para aprobar una nueva Ley Fundamental[329]. Sin embargo, esta actitud pluralista no fue suficiente para alcanzar el grado de consenso necesario a fin de crear una nueva y, por tanto, acabaron realizando reformas parciales a la norma constitucional vigente (Albi, 2005: 82-83).

En su día Bobbio afirmó que son dos las principales opciones para solucionar la ingobernabilidad de los regímenes democráticos: el fortalecimiento del poder ejecutivo y la limitación de la esfera de decisión mediante la regla de la mayoría (Bobbio, 2008: 106). Tal y como hemos visto, existía en el marco político-institucional de la Hungría A. F. un amplio consenso sobre la conveniencia de la segunda opción, de modo que eran tres las variables que limitaban el alcance de las decisiones mayoritarias: en primer lugar,

[329] Tuvo lugar un endurecimiento de los requisitos y, por lo tanto, un tránsito hacia la categoría de constitución rígida. Podemos ver cómo Halmai (1998: 195) señaló –antes de que se produjera la reforma constitucional en dicho sentido— que esta sería la mejor opción.

encontramos un límite muy claro en las pretensiones de adhesión a la integración europea, que limitaba *de facto* el margen de actuación de los poderes estatales; en segundo lugar, dentro de la propia arquitectura institucional húngara, el Tribunal Constitucional se erigió como un defensor de las minorías; y en tercer lugar, la propia clase política aceptaba la necesidad de consenso para la adopción de las decisiones cruciales.

Resulta evidente que el establecimiento de estos límites supuso un gran avance en la aproximación de la forma de Estado húngara al concepto *ideal* de Estado manejado en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea[330]. No obstante, como podremos ver más adelante, estas limitaciones también fueron objeto de grandes críticas por parte de determinados partidos políticos, que las consideraban una excesiva injerencia en el ámbito de la decisión política democrática (Sós, 2016: 139).

Otra de las críticas más frecuentes en el análisis de la transición política que tuvo lugar en Hungría tras la caída del *socialismo real* se corresponde con la inexistencia de un adecuado proceso de *lustración*. En este sentido, Jakab (2019: 187) ha señalado que uno de los problemas cruciales en cuanto al fortalecimiento institucional húngaro en aquellos momentos se corresponde con la «cuestión de la justicia y trato con el pasado, debido a que fueron escondidos bajo la alfombra mediante una peculiar interpretación de las normas formales». Sin embargo, debemos apuntar que los procesos de *lustración* no se hallan libres de riesgos, sino que también es posible que a través de este tipo de *purga*, que persigue la instauración del Estado de Derecho, se vulnere a su vez este último; y, como dijo el propio Tribunal Constitucional de Hungría en 1991, el Estado de Derecho no puede construirse en contra del Estado de Derecho (Drinóczi y Bień-Kacala, 2019b). En consecuencia, hemos de poner también en la balanza los beneficios que se derivan de la autocontención, como ocurrió en la antigua Atenas tras la caída de los Treinta Tiranos, cuando todos los actores en juego sacrificaron las ansias de venganza por un bien mayor, la legalidad y la seguridad jurídica, pues ni las élites de la tiranía estaban interesadas en que el pueblo pudiera castigarlos impunemente, ni el pueblo se vería favorecido por un ambiente que no respetara el gobierno de las leyes y en el que venciera el más fuerte (Gowder, 2016: 98-103), como una suerte de miedo a la *stasis*.

[330] Tóth (2018: 391) habla de una *acelerada europeización* del constitucionalismo húngaro mediante la adopción de elementos propios de tradiciones jurídicas occidentales, tales como el sistema parlamentario o el procedimiento de reforma constitucional.

Como última variable añadiremos a esta ecuación el contexto histórico de Hungría, pues está caracterizado por la opresión de otras potencias –como ocurrió con los Turcos, los Habsburgos para parte del nacionalismo húngaro y el Tratado de Paz de Trianón— así como, durante el siglo XX principalmente, la deslealtad de las propias instituciones del Estado; de modo que la población se ha visto influida por las continuas decepciones en relación con la eficiencia de estas últimas; y esto habría provocado, a su vez, que en la actualidad pueda resultar atractivo para el pueblo un líder autoritario que se autoproclame como defensor de la identidad nacional.

A través de la conjunción de los elementos señalados obtenemos un caldo de cultivo idóneo para el surgimiento de movimientos políticos reaccionarios, cuya autojustificación se encuentra en un discurso de recuperación de la soberanía nacional. Como bien apunta Mounk (2018: 17), hemos de concebir la experiencia húngara como uno de los supuestos de trasplante frágil de la democracia liberal: el hecho de que muchos ciudadanos húngaros veían cómo la economía de este país crecía sin que ello repercutiera en el correspondiente aumento de su nivel adquisitivo, junto a la supuesta amenaza del fenómeno migratorio y la presencia de un escándalo de corrupción en el partido de gobierno de centro-izquierda; fueron los tres elementos aprovechados por el partido político liderado por Viktor Orbán –*Fidesz*— para vencer en las elecciones. Dicho con otras palabras, el principal argumento utilizado por *Fidesz* para captar votos fue la *recuperación de la soberanía nacional* frente a los enemigos de la patria que limitan la decisión de la mayoría, teniendo en cuenta que estos *enemigos* de la patria podían ser tanto externos –principalmente la Unión Europea— como internos, como ocurre respecto del conjunto de instituciones húngaras que existen para garantizar la separación de poderes[331]. Consiguió así aprovecharse de un *reimpulso* del nacionalismo húngaro, muy destacado en su historia contemporánea y con profundas ramificaciones en el país aún hoy.

Sin embargo, como hemos podido adelantar en los párrafos precedentes, la victoria electoral de Viktor Orbán no se ha producido únicamente por los hechos más recientes, sino que trae causa de factores mucho más arraigados en la historia político-constitucional –e incluso social— de Hungría. En primer lugar, aunque la influencia provocada por las

[331] En este sentido, nos encontramos con el discurso pronunciado por Orbán en septiembre de 2009, en el que afirmó que existía «una posibilidad real de que la política en Hungría dejara de estar definida por un espacio dualista de poder y que, por el contrario, un gran partido de gobierno emergería en el centro del escenario político con la capacidad para formular una política nacional, no por constantes debates, sino a través de la representación natural de los intereses» (Halmai, 2018a: 87).

pretensiones de adhesión al proceso de integración supuso una *europeización acelerada* del ordenamiento jurídico húngaro, implicó también la implantación de una miríada de elementos ajenos a la tradición jurídica de dicho país[332]; y, por tanto, a nuestro entender, sería esta la razón principal que explicaría que el *pensamiento jurídico húngaro* padezca, como señala Jakab (2019: 161), de una *obsesión normativa*, esto es, que se preocupen únicamente del aspecto formal de las normas –como podrían ser la jerarquía normativa y el procedimiento de elaboración— y se despreocupen totalmente de otros aspectos del funcionamiento del ordenamiento jurídico[333]. En segundo lugar, como pudimos ver antes, *Fidesz* ha utilizado a su favor la ausencia de un proceso de *lustración*, señalando que no se había producido una verdadera transición con la pérdida del poder político por parte de la *nomenklatura*[334], sino que este colectivo únicamente aceptó las condiciones porque al mismo tiempo obtendría el poder económico mediante la privatización de propiedades y la creación del nuevo sistema de formación del capital y de las instituciones financieras (Los y Zybertowicz, 1999: 285) y, en sentido contrario, como ha señalado Kaniowski (1999: 238), bloqueó aquellos cambios que no respondían a sus intereses.

En tercer y último lugar, debemos retomar el factor de la importación de elementos que resultaban propios de la integración europea. Esto es lo que ocurrió, precisamente, con la creación del Tribunal Constitucional y con el concepto mismo de revisión judicial, ya que hasta aquel momento dichos elementos resultaban totalmente desconocidos en la tradición constitucional húngara (Halmai, 1998: 188). Debemos tomar en consideración que durante las transiciones resulta muy complicado deslindar el derecho de la política y, por este motivo, hemos de ser conscientes de que la actuación del Tribunal Constitucional no solo sirvió para instaurar la supremacía constitucional, sino que también influyó sobre la estabilidad del sistema político con carácter general (Zlinszky y Nèmeth, 1991: 261). Pero no podemos quedarnos con la parte buena, ya que esto no solo ha traído ventajas, sino que también ha hecho surgir críticas –sobre todo a raíz de la creación del concepto de *constitución invisible* de Sólyom— que identificaban el excesivo activismo judicial

[332] Tomando en consideración, además, que no solo tuvieron que reformar su ordenamiento jurídico, sino que se enfrentaban al surgimiento de un Estado independiente, la reestructuración de la sociedad civil y la construcción de una economía de mercado y una estructura democrática (Halmai, 2018b: 12).

[333] Como bien ha señalado Jakab (2019: 168), para que triunfe la implantación del Estado de Derecho en un Estado es necesaria una gran cantidad de tiempo, así como incluir instrumentos de control e incentivos durante todo el proceso; de modo que la construcción acelerada de una Hungría a imagen y semejanza de los estándares exigidos por las instituciones europeas implicó, al mismo tiempo, una serie de deficiencias estructurales que han acabado por demostrar la fragilidad de esta operación.

[334] El término *nomenklatura* se utiliza para designar al conjunto de los altos cargos políticos de los sistemas políticos soviéticos.

con la instauración de un *gobierno de los jueces* que ponía en peligro la libre formación de la voluntad política en el seno del Parlamento (Drinóczi y Bień-Kacala, 2017, 84), proporcionando cobertura argumentativa, así, al discurso contrario a las élites propio del populismo nacionalista de *Fidesz*.

Como acertadamente señala Jakab (2019: 169), la implantación del modelo jurídico occidental únicamente puede funcionar en el largo plazo si los Estados que reciben dicho trasplante internalizan de manera adecuada los valores inherentes al mismo. Sin embargo, la comprobación del cumplimiento de las condiciones impuestas por la Unión Europea para la adhesión de nuevos Estados miembros –como ocurrió con Hungría y Polonia— estuvo caracterizada por la adopción de un prisma excesivamente legalista e incluso de una naturaleza condescendiente; y, precisamente por este motivo, Blokker (2017: 19-20) propone una revisión en sentido teleológico de la política europea en materia de adhesión, en la que se incluya la comprobación efectiva y material del grado en que los valores han sido asumidos por los Estados miembros.

2.1.2. Hungría D. F.

Tras la exposición del contexto político-constitucional húngaro antes de que *Fidesz* se hiciera con el poder (A. F.), así como de las razones que hicieron este cambio posible, estamos preparados para analizar la segunda de las fases, por lo que en este subapartado recogeremos la evolución que han experimentado el ordenamiento jurídico y las prácticas institucionales en Hungría desde el momento en que dicho partido ganó las elecciones, por lo que hablaremos de la Hungría D. F.

Viktor Orbán alcanzó el poder en las elecciones parlamentarias celebradas en 2010, momento en que *Fidesz* obtuvo 263 de los 386 escaños de la Asamblea Nacional húngara, que suponían más de dos tercios del total[335]. El primer *objetivo* del incipiente iliberalismo fue la mayoría necesaria para reformar la constitución, ya que el símbolo del pluralismo al que nos hemos referido –el aumento de esta mayoría, de dos tercios a cuatro quintos, contenida en el artículo 24.5 del texto— les impedía aprobar una nueva Carta Magna. Como consecuencia, aprovecharon los debates previos de la introducción de esta cláusula en la Ley Fundamental, en los que se hablaba de que esta sería incluida transitoriamente (Milani, 2019: 7); de modo que, aunque en el texto definitivo de la norma suprema este

[335] El parlamento de Hungría es unicameral, por lo que nos referiremos únicamente a la Asamblea.

precepto no recogía su carácter transitorio (Scheppele, 2013b: 200), utilizaron su mayoría de dos tercios para reducir el citado requisito de cuatro quintos, de nuevo, a dos tercios (Blokker, 2016: 265). Así, adoptaron una postura radicalmente contraria a la que vimos antes de respeto al pluralismo político, pues redujeron los límites del marco institucional para que pudieran ser superados por el número de diputados que tenían.

Además de reducir las mayorías necesarias para la reforma, rebajaron el número de miembros del Parlamento a través de la reforma constitucional de 25 de mayo de 2010, con lo que estos pasaron de ser 386 a no sobrepasar los 200 (Tóth, 2018: 397) mediante la introducción de una nueva sección al artículo 20 de la Constitución entonces vigente, pues la redacción anterior no especificaba el número, sino que únicamente se refería al quórum necesario para su válida reunión (Álvarez Álvarez, 2002: 157). Para comprender adecuadamente estas reformas o, mejor, vislumbrar la falta de coherencia de las mismas, debemos tener en cuenta que esta *concreción* realizada mediante reforma constitucional no fue reproducida en la nueva norma constitucional que sería aprobada poco después, sino que, por el contrario, volvería a desaparecer la mención expresa respecto del número de miembros del Parlamento húngaro. Precisamente, son estos cambios en cuanto a las dinámicas de las reformas iliberales las que han provocado confusiones durante mucho tiempo acerca de la naturaleza del régimen iliberal nacido en Hungría, porque se trataba, como señalan Bozóki y Hegedüs (2018: 1174), de un objetivo móvil –*moving target*— que dificulta la formulación de un diagnóstico acertado.

Una muestra más de su desprecio al pluralismo político se encuentra en el cauce procesal elegido para elaborar la nueva Ley Fundamental. En Hungría el procedimiento parlamentario exige un periodo de consulta pública y una serie de especialidades que permiten aumentar la transparencia cuando el Gobierno presenta los proyectos de ley; pero todas estas garantías desaparecen cuando la iniciativa proviene –individualmente— de uno de los miembros de la Asamblea Nacional, de modo que esta accede de manera directa a la discusión parlamentaria (Scheppele, 2013b: 187)[336]. Proporcionando apenas un mes de debate al respecto y sin proporcionar un texto definitivo para la votación final, esta última vía fue la elegida por *Fidesz* para aprobar la nueva Ley Fundamental en 2011 (Scheppele, 2013b: 188).

[336] Hemos de tener en cuenta que este tipo de configuración se encuentra también en otros Estados, como es el caso de España.

Como indica Jakab (2019: 171), destaca el gran número de cambios institucionales, mientras que las modificaciones relativas a reglas formales –como ocurre, por ejemplo, con las mejoras en cuanto a la codificación de algunos aspectos— no tienen tanto peso. Pero no solo debemos tener presente la creación de la nueva Ley Fundamental, sino que también hemos de atender a las sucesivas reformas que ha experimentado[337]. Por ejemplo, la séptima reforma de la Ley Fundamental –que tuvo lugar en junio de 2018— introdujo un criterio interpretativo según el cual el ejercicio de la libertad de expresión no puede suponer una invasión de la vida privada, y esto ha sido criticado por algunos autores, como Drinóczi y Bień-Kacala (2019b), que consideran que supone la introducción de un criterio opuesto al entendimiento tradicional de la ponderación entre sendos derechos y que, por tanto, puede resultar contrario a la interpretación de los mismos realizada hasta ese momento por el Tribunal Constitucional.

Gracias al hecho de que en Hungría no existe diferencia alguna en cuanto a los tipos de reforma constitucional –como ocurre en otros países como España, donde se distingue entre la reforma parcial y la total— y a la inexistencia del requisito de ratificación popular, la reducción de los requisitos previstos en la norma fundamental respecto de este cauce permitió a *Fidesz* elaborar y aprobar unilateralmente la nueva Ley Fundamental. Con ello, consiguieron laminar el primero de los obstáculos en la senda iliberal y, de esta manera, posicionarla –aun con dudosa legitimidad— de su lado. El siguiente objetivo de Orbán, por tanto, fue la reforma de las normas infraconstitucionales del ordenamiento jurídico y de las diversas instituciones encargadas de la limitación del poder existentes en Hungría.

La primera institución en convertirse en objetivo del iliberalismo húngaro fue el Tribunal Constitucional. Su transformación fue provocada por una reforma de la propia Ley Fundamental que incrementó el número de miembros –pasando de once a quince— y modificó el procedimiento de nominación y elección de los candidatos a magistrados; y, como resultado, *Fidesz* logró nombrar en un año a siete de los quince miembros del *renovado* Tribunal Constitucional. Sin embargo, la reforma no afectó únicamente a la composición –y, por ende, la independencia— de dicha institución, sino que esta también

[337] El texto de la Ley Fundamental de 2011 ha sido modificado en diez ocasiones desde entonces. La primera se produjo el 4 de junio de 2012, la segunda el 29 de octubre de 2012 (anulada por el Tribunal Constitucional en enero de 2013), la tercera el 17 de diciembre de 2012, la cuarta el 11 de marzo de 2013 (recogía, además, los extremos anteriormente anulados por el Tribunal Constitucional), la quinta el 16 de septiembre de 2013 (modificando lo dispuesto en la cuarta reforma por las exigencias de la Unión Europea), la sexta el 7 de junio de 2016, la séptima el 27 de junio de 2018 (fue rechazada el 8 de noviembre de 2016 por el Parlamento, pero acabó siendo incorporada con la intervención del Tribunal Constitucional), la octava el 11 de diciembre de 2019, la novena el 21 de diciembre de 2020, y la décima el 24 de mayo de 2022.

supuso una reducción considerable de su original elenco de competencias (Tóth, 2018: 397-398 y 413-414). La constitucionalidad de los cambios señalados fue cuestionada ante el propio Tribunal Constitucional y, pese a que sus magistrados –teniendo en cuenta que se trata de la composición previa a la reforma— eran conscientes de que chocaba con otras normas previstas en la Constitución y podía crear problemas de seguridad jurídica; entendieron que el Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para emitir tal juicio, ya sea respecto de la reforma constitucional o respecto del procedimiento de tal reforma, rechazando entrar a valorarlos en el entendimiento de que tales asuntos le corresponden al poder de reforma constitucional (Scheppele, 2013b: 31). Sería un ejemplo, por tanto, de la negativa de los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las normas –pese a que tengan la competencia para ello— a la hora de conocer sobre la posibilidad de que existan reformas constitucionales contrarias al núcleo de la Constitución.

Aunque los magistrados del Tribunal Constitucional antes de la captura iliberal sí demostraron haber entendido el lugar que ocupaba la institución a la que pertenecían en el marco general, esta situación cambió por completo con la irrupción del iliberalismo. La reforma del constitucionalismo húngaro no solo tuvo lugar con carácter formal, con la modificación de la Ley Fundamental, sino que también se produjo con carácter material, así como a través de vías extralegales, mediante la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –en su calidad de intérprete supremo de la Carta Magna— en materias como la identidad constitucional[338].

Para permitir una adecuada renovación iliberal de la jurisprudencia constitucional fue necesaria la cuarta reforma de la Ley Fundamental[339], mediante la cual se anularon las sentencias que fueron dictadas antes de que fuera aprobada la nueva norma suprema, pese a que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre la continuidad de su jurisprudencia anterior respecto de los preceptos que no habían sufrido cambios, sino que eran meramente reproducidos en el texto de la nueva Ley Fundamental (Milani, 2019: 9). Esta reforma fue rechazada por la Unión Europea y el Consejo de Europa, así como por el gobierno de los Estados Unidos, que pidieron la intervención –mediante la emisión de la correspondiente opinión— de la Comisión de Venecia (Halmai, 2018b: 14).

[338] En este caso nos encontraríamos ante el supuesto de las mutaciones constitucionales y, cuando estas no sean compatibles con el sentido teleológico de la constitución, quebrantamientos constitucionales.

[339] Para un análisis detallado del contenido de esta cuarta reforma de la Ley Fundamental húngara, podemos acudir al contenido de la Opinión 720/2013, de 21 de marzo de 2013, de la Comisión de Venecia, CDL-REF(2013)014.

Cuando analizamos este proceso de *captura* debemos tener en cuenta que, una vez fue completado, se produjo una transformación *teleológica* del Tribunal Constitucional. Pasó de constituir, como vimos en el subapartado anterior, la principal línea de defensa frente a los excesos de la mayoría, a resultar totalmente desprovisto de competencias; y, finalmente, tras ser colmado con miembros leales a *Fidesz*, se convirtió en un elemento legitimador del nuevo régimen iliberal en aquellos casos en que el partido de Orbán no contaba con la mayoría suficiente para proseguir con la senda iliberal. Para ejemplificar la última de las fases señaladas nos serviremos de los intentos de constitucionalización de la identidad nacional húngara, debido a que, tras el fracaso por la vía formal, es decir, mediante el procedimiento de reforma constitucional previsto en la Ley Fundamental, utilizaron al Tribunal Constitucional para realizar esta operación por un cauce extralegal, mediante la Sentencia 22/2016 (XII. 5.) AB[340], sobre la interpretación del artículo E(2) de la Ley Fundamental (Mohay y Tóth, 2017)[341].

Tras *capturar* a la Ley Fundamental y al Tribunal Constitucional, llevaron a cabo una estrategia de petrificación del ordenamiento jurídico en el nivel infraconstitucional. Como consecuencia, procedieron a dejar su impronta en el procedimiento parlamentario, suprimiendo el debate político a través de la modificación y la «utilización maliciosa» de las reglas correspondientes a la elaboración de las leyes (Drinoćzi y Bien-Kacała, 2019a: 1153). Una de las muestras del desprecio al pluralismo político se encuentra en la reforma que eliminó la necesidad de celebrar un debate sobre el programa político en el seno del procedimiento de investidura, por lo que en la actualidad los parlamentarios únicamente emiten su voto respecto del Primer Ministro (Milani, 2019: 13).

Sin embargo, resulta mucho más preocupante la conjunción de dos normas que en principio no parecerían guardar relación alguna. En primer lugar, incorporaron una nueva institución en la Ley Fundamental encargada de velar por la estabilidad presupuestaria y el cumplimiento de los límites de déficit, que se denominó Consejo Presupuestario[342]; y, en segundo lugar, la redacción del nuevo artículo 3 de la Ley Fundamental prevé la

[340] La traducción al inglés de la misma puede encontrarse en la página web incluida a continuación: http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Ungheria_30novembre2016.pdf.

[341] Se trata una situación similar al caso de la prohibición de la reelección presidencial en Bolivia, ya que el precepto constitucional que la contenía fue declarado inconstitucional ante la incapacidad de que este fuera reformado por los cauces ordinarios (Viciano Pastor y Moreno González, 2018).

[342] Sobre el mismo ha escrito Moreno González (2019b: 223-224), en el marco de las disposiciones que se han introducido en los distintos Estados miembros de la Unión al calor de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria.

disolución anticipada del Parlamento si no ha podido aprobar los Presupuestos estatales antes del 31 de marzo (Milani, 2019: 14). En principio nada parece alarmar respecto de la coexistencia de sendas previsiones, pero esta conclusión cambia en el momento en que somos conscientes de las competencias atribuidas al citado Consejo Presupuestario, debido a que puede vetar cualquier Presupuesto estatal que suponga un aumento –por ínfimo que este sea— de la deuda pública de Hungría; y cuando vemos su composición, ya que se trata de tres miembros de dos tipos, uno de ellos elegido por el Presidente y los dos restantes por mayoría de dos tercios en el Parlamento, así como la duración de sus mandatos, que alcanzan los doce y seis años, respectivamente (Scheppele, 2013b: 38-39). Todos estos datos implican que, ante una victoria electoral de la oposición, aún existiría un baluarte del iliberalismo –el Consejo Presupuestario— que tendría competencia para, en su caso, provocar la disolución anticipada y forzosa del Parlamento; constituyendo, por tanto, un obstáculo más para la alternancia del poder político en que consiste la esencia misma de la democracia (Moreno González, 2019b: 224).

Otro de los cauces utilizados por el régimen iliberal húngaro para desvirtuar el pluralismo político se corresponde con la utilización de las denominadas *leyes cardinales*, que podrían ser asimiladas a las leyes orgánicas españolas, pues para su producción y/o modificación es necesaria una mayoría reforzada de dos tercios de los miembros presentes en la Asamblea Nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo T de la Ley Fundamental (Barroso Márquez, 2021b: 266). Las problemáticas derivadas de la utilización de este tipo de norma jurídica han sido apuntadas por Milani, en relación con la posibilidad de que se produzca una *petrificación* del ordenamiento jurídico (2019: 8-9), que reduciría el margen de maniobra de posteriores mayorías electorales, ya que supone una reducción de las posibilidades de que en el futuro otros partidos políticos de una ideología política distinta puedan revocar sus decisiones (2019: 16). Aunque la existencia de tipologías normativas que requieran una mayoría parlamentaria reforzada para ser aprobadas no resulta, *per se*, perjudicial para el sistema, el hecho de que la misma sea tan alta –dos tercios— produce un riesgo muy elevado de que el partido –o coalición de partidos— que alcance la mayoría de dos tercios monopolice este ámbito del ordenamiento jurídico no solo en el momento, sino también hacia el futuro hasta que otro partido –o coalición de partidos— alcance de nuevo la mayoría necesaria para reformar las normas aprobadas.

Pero las reformas del ordenamiento jurídico infraconstitucional no solo afectaron a la producción legislativa y a los instrumentos jurídicos utilizados como consecuencia,

sino que también hemos de analizar el contenido material de dichas reformas en aspectos tan esenciales como el sistema electoral o la organización del poder judicial, así como respecto de la libertad de expresión y la imparcialidad de los medios de comunicación.

Comenzaremos con la reforma del sistema electoral. Para hacer posible la reducción del número de miembros del Parlamento fue necesario llevar a cabo una reorganización intencional de las circunscripciones electorales, lo que se conoce como *gerrymandering*. Eligieron como instrumento jurídico para incorporar el cambio la *ley cardinal* y, por ello, esta reforma seguirá en pie hasta el momento en que la oposición alcance una mayoría de dos tercios; tomando en consideración, además, las grandes ventajas obtenidas por *Fidesz* a través del rediseño de circunscripciones, pues, como señalaba Scheppele (2013b: 40), si este modelo electoral hubiera estado en vigor, el partido político de Viktor Orbán habría alcanzado el poder en 1998 y nunca lo habría perdido, y esto contrasta con los diferentes fracasos electorales que dicho partido obtuvo, principalmente el del año 2006. Además, hemos de realizar una crítica con carácter general a los sistemas electorales mayoritarios, ya que a través de los mismos se distorsionan tanto la proporcionalidad de los resultados como la representatividad de los órganos resultantes.

La estrategia que acabamos de exponer ha sido calificada abiertamente como una técnica de falseamiento electoral por autores como Milani (2019: 11)[343], que advirtió, asimismo, sobre los efectos distorsionadores que tiene la reforma respecto del método de elección en las circunscripciones uninominales. Actualmente, de los 199 miembros que componen el Parlamento húngaro, 106 son elegidos en circunscripciones uninominales, por lo que se sigue un sistema mayoritario; mientras que los 93 restantes son elegidos en una circunscripción electoral nacional, mediante una lista de partidos y a través de un sistema proporcional. Esto supuso, como señala Milani (2019: 11), una transformación de la ratio de reparto de escaños entre la lista nacional de partidos y el sistema mayoritario, que originalmente 55/45, pasando a ser del 47/53.

Para demostrar los efectos de la reforma, nos basta con señalar los resultados del proceso electoral acaecido en 2014, puesto que, tras obtener un 44,5 % de los votos, no solo ganaron las elecciones, sino que obtuvieron 133 de los 199 escaños del Parlamento, lo que se traduce en mayoría de dos tercios (Halmai, 2018b: 14-15). Debemos apuntar,

[343] Utilizando como fundamento el trabajo de Scheppele (2015: 120).

por último, que *Fidesz* no es el único partido preocupante en el ámbito político húngaro, sino que incluso en aquellos momentos en los que han perdido temporalmente la mayoría de dos tercios necesaria para seguir con la reforma iliberal –esto ocurrió, por ejemplo, tras las elecciones intermedias celebradas en dos de las circunscripciones en 2015— continuaron recibiendo el apoyo de *Jobbik*, otro partido húngaro de extrema derecha (Halmai, 2018b: 15). Como podremos comprobar en los párrafos siguientes el objetivo de esta reforma electoral es el de sobredimensionar el medio rural del país, ya que este ha sido histórica y tendencialmente –en línea con otros países del contexto postcomunista de Europa centro-oriental, como Polonia— más conservador que el de las grandes ciudades.

Para continuar con nuestro análisis, expondremos a continuación los resultados de las elecciones parlamentarias celebradas en 2018 y 2022. *Fidesz* obtuvo en las elecciones de 2018 un 49,3 % de los votos por la vía proporcional, traduciéndose en 42 de los 93 escaños que pueden conseguirse a través de dicho cauce; mientras que, por la vía de elección mayoritaria –es decir, a través de las circunscripciones uninominales— con poco más de la mitad de los votos –un 47,9 %— alcanzaron 91 de los 106. Haciendo la suma, obtuvieron 133 de los 199 escaños, justamente los dos tercios que necesitaban.

En las elecciones de 2022 obtuvieron un 54,1 % de los votos por la vía proporcional, traduciéndose en 48 de los 93 escaños que pueden conseguirse por esta vía; mientras que, por el cauce de elección mayoritaria –a través de las circunscripciones uninominales— obtuvieron 87 de los 106 con poco más de la mitad de los votos (52,5 %). En total, obtuvieron 135 escaños, superando por poco los dos tercios.

Sobre la base de los datos que hemos expuesto en los párrafos anteriores, debemos comparar este sistema electoral con el existente antes de la llegada al poder de *Fidesz*, utilizando para ello los resultados de las elecciones parlamentarias celebradas de 2010. En dichos comicios, el partido de Orbán se presentó en coalición con el Partido Popular Demócrata Cristiano (*KDNP*), haciéndose con 283 de los 386 escaños del Parlamento, más de los dos tercios necesarios para iniciar la reforma, suponiendo alrededor del 73%. Pero estos escaños fueron obtenidos de la siguiente forma: de la lista de partidos a nivel nacional y por la vía proporcional, obtuvieron 90 de los 210; mientras que respecto de los escaños que era posible obtener por medio de circunscripciones electorales uninominales –aunque el modelo original era un sistema de doble vuelta— obtuvieron 173 de los 176. Por tanto, vemos que el peligro de esta reforma no es tanto haber reformado el sistema de

reparto de escaños por un sistema mayoritario en las circunscripciones uninominales para eliminar la doble vuelta, porque el sistema inicial ya daba la ventaja al partido de Orbán; sino que la maniobra peligrosa fue la conjunción del rediseño de circunscripciones y de la subida del número de escaños correspondientes a este sistema, en detrimento del cauce electoral de tipo proporcional.

La iliberalización del ordenamiento jurídico húngaro fue completada con la reforma del Poder Judicial y, especialmente, respecto de la independencia de sus miembros. Redujeron de 70 a 62 años la edad de jubilación forzosa de jueces, fiscales y notarios, provocando de manera abrupta la retirada de alrededor de un 10 % de los jueces, con gran afectación respecto de las esferas más altas de la judicatura, a las que se accede por edad; y, así, liberaron dichos espacios para el nombramiento de seguidores del régimen iliberal, gracias a la designación de un nuevo Presidente del Consejo Judicial Nacional que, adicionalmente, fue dotado de nuevas competencias, entre las que se encuentra la tarea de designar a los nuevos jueces (Scheppele, 2013b: 38)[344].

Esta reforma provocó la intervención de las instituciones europeas y, en concreto, el Tribunal de Justicia, que determinó, a través de un procedimiento de incumplimiento, que la misma suponía una vulneración del Derecho de la Unión Europea[345]. Sin embargo, esta condena por incumplimiento fue resuelta con la indemnización a los jueces afectados por la jubilación forzosa (Martín y Pérez de Nanclares, 2019: 155), por lo que realmente no se produjo su restitución y, de facto, la indemnización «se convirtió en un pequeño precio a pagar por el Gobierno de Fidesz para mantener, en cambio, sus efectos prácticos» (Barroso Márquez, 2021b: 263). Asimismo, debemos tener en cuenta que a raíz de una reforma legislativa acaecida en 2020 los nuevos miembros del Tribunal Constitucional adquieren con carácter automático la categoría de juez y, como resultado de este cambio,

[344] Asimismo, debemos tener en cuenta la creación de la Oficina Nacional del Poder Judicial, como órgano encargado de la gestión de los órganos jurisdiccionales que, en la práctica, supone un obstáculo para que el Consejo Nacional del Poder Judicial pueda funcionar como verdadero garante de la independencia de los jueces y tribunales en Hungría. Como señala el Informe sobre el Estado de Derecho en 2022 – Capítulo sobre el Estado de Derecho en Hungría [SWD(2022) 517 final], la ausencia de un control efectivo sobre la citada institución supone un aumento de las posibilidades de resoluciones arbitrarias respecto de la carrera de los jueces en Hungría.

[345] Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012, *Comisión/Hungría*, C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687, que declara el incumplimiento por parte de Hungría de las obligaciones derivadas de los artículos 2 y 6.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, como resultado del establecimiento de la edad de jubilación forzosa a los 62 años, ya que supone una diferencia de trato por razón de la edad que no supera el juicio de proporcionalidad respecto de la finalidad perseguida.

a partir de ese momento pueden ser designados como miembros del Tribunal Supremo. Esta reforma se ha traducido en el nombramiento de ocho de los jueces –entre los que se encontraban seis carentes de experiencia jurisdiccional previa— que antes integraban el Tribunal Constitucional como nuevos jueces del Tribunal Supremo, así como uno de ellos fue elegido posteriormente como el Presidente del Tribunal Supremo[346].

Para asegurarse la continuación en el poder a lo largo del tiempo, han recurrido a la retórica *amigo-enemigo* de la que hablaba Schmitt (1999) y propia del nacionalismo. A diferencia de lo que ocurría en el discurso de dicho autor, en Hungría el *enemigo* ha ido cambiando para adaptarse a las necesidades electorales, por lo que no solo han utilizado a la Unión para identificarla como elemento de injerencia externa, sino que también han promovido una actitud de odio respecto de determinadas minorías: en un primer momento fueron los inmigrantes; pero, cuando disminuyó el factor migratorio y se agotó esta fuente de réditos electorales, redirigieron su campaña de odio hacia el colectivo LGTBIQ+ para hacerse con aquellos sectores de la población que aún no habían sido movilizados a través de la campaña electoral xenófoba (Gradskova, Kondakov y Shevtsova, 2020: 361). Para ejemplificar esta campaña de odio hacia el colectivo LGTBIQ+ basta con recoger algunas afirmaciones de los dirigentes de *Fidesz*, como las de László Kövér, antiguo Presidente de la Asamblea Nacional, que asimiló públicamente y desde un punto de vista moral la pedofilia con la posibilidad de que las parejas del colectivo LGTBIQ+ pudieran adoptar (Barroso Márquez, 2021a).

Finalmente, haremos una breve referencia a la forma en que el régimen iliberal de Hungría ha utilizado los poderes de emergencia para hacer frente a la crisis pandémica[347]. Hemos de comenzar distinguiendo entre las dos posibilidades principales que se derivan de la utilización de los poderes de emergencia: la autoinvestidura, cuando la institución que los activa recibe los poderes extraordinarios correspondientes; y la heteroinvestidura, cuando recibe los poderes que se derivan de su utilización una institución distinta a la que los activa (Cruz Villalón, 1981: 104). Sin embargo, en el seno de un régimen iliberal, donde los mecanismos de protección del principio de separación de poderes únicamente

[346] La información está recogida en el Informe sobre el Estado de Derecho en 2021 – Capítulo sobre el Estado de Derecho en Hungría [SWD(2021) 714 final]. Asimismo, se permite que a los efectos de reunir la experiencia como juez durante cinco años requerida para desempeñar este último cargo, sean computados los años que ha ocupado el cargo como juez del Tribunal Constitucional.

[347] Para un análisis más detallado de esta problemática, podemos consultar nuestro capítulo de libro titulado *Estado de derecho, iliberalismo y poderes de emergencia: oportunismo político en Hungría*, contenido en la obra colectiva *Constitución en tiempos de pandemia* (Barroso Márquez, 2021b).

están presentes con carácter formal, pero en la práctica han sido totalmente desactivados, incluso las garantías derivadas de la heteroinvestidura se desdibujan (Sieira Mucientes, 2018: 389) y, como resultado, en la práctica el partido de gobierno puede incrementar sus poderes mediante la declaración del estado de emergencia (Greene, 2020: 52). Asimismo, debemos prestar atención al papel de las instituciones contramayoritarias y, junto con los riesgos derivados de que tanto los órganos del Poder Judicial como el órgano encargado de controlar constitucionalidad se extralimiten y emitan decisiones en el ámbito político, así como de la posibilidad de que se nieguen a conocer respecto de este tipo de asuntos; debemos ser igual de conscientes de las problemáticas que pueden derivarse en aquellos supuestos en los que, aunque estos decidan entrar a conocer sobre el fondo del asunto, adopten una perspectiva excesivamente deferente respecto de la actuación del Gobierno, ya que esto último no solo provocaría una traslación de los poderes de emergencia a una *zona más allá de la ley*, sino que, además, dotaría de una apariencia de legitimidad a la decisión gubernamental a través de la cual han sido activados los poderes de emergencia (Greene, 2020: 179).

Si tenemos en cuenta la regulación del constitucionalismo húngaro respecto de los poderes de emergencia[348], de todas las posibilidades previstas en la Ley Fundamental, únicamente el *estado de peligro* encajaba con las circunstancias fácticas de la crisis del COVID-19, por lo que este fue el mecanismo utilizado por *Fidesz* para hacerle frente (Barroso Márquez, 2021b: 266-267). Como dispone el artículo 53 de la Ley Fundamental, la declaración del *estado de peligro* lleva aparejada la posibilidad de que el gobierno apruebe decretos que suspendan la aplicación de ciertas leyes, deroguen disposiciones legales y establezcan medidas extraordinarias (apartado 1); teniendo en cuenta que estos decretos estarán en vigor durante quince días, salvo que el Gobierno, previa autorización de la Asamblea Nacional, extienda su vigencia (apartado 2), y dejarán de tener efectos cuando cese el estado de peligro (apartado 3).

[348] La misma está recogida en los artículos 48 y siguientes de la Ley Fundamental de 2011. Además, debemos tomar en consideración lo dispuesto por los artículos T –pues la *Fundamentación* está dividida en preceptos alfabéticos— («los decretos del Consejo Nacional de Defensa adoptados durante un estado de crisis nacional y los decretos del Presidente de la Republica adoptados durante un estado de emergencia tendrán rango de ley») y 8(3) apartado h («no se podrá celebrar un referéndum nacional sobre la declaración de los estados de guerra, crisis nacional o emergencia, ni sobre la declaración o extensión del estado de defensa preventiva»). El artículo 54 contiene las reglas comunes para los órdenes legales especiales; el artículo 48 se refiere a las disposiciones comunes al estado de crisis nacional y al estado de emergencia, desarrollados por los artículos 49 y 50, respectivamente; el artículo 51 se refiere al *estado de defensa preventiva* y el artículo 52 al *ataque inesperado*; y el artículo 53 recoge el *estado de peligro*.

El estado de peligro fue activado por el Gobierno el día 11 de marzo de 2020, mediante el Decreto 40/2020. Sin embargo, no señalaron la duración de esta declaración, por lo que debemos acudir a las disposiciones comunes sobre los estados de emergencia: el artículo 54.3 de la Ley Fundamental establece que la institución que ha declarado un estado legal especial debe ponerle fin cuando cesen las circunstancias que lo hubiesen provocado (Barroso Márquez, 2021b: 268). Tras ello, el Gobierno húngaro presentó el 20 de marzo de 2020 la *Ley sobre Protección contra el Coronavirus* –Documento T/9790— para extender los efectos del estado de peligro declarado unos días antes; y, asimismo, utilizaron para su tramitación un procedimiento legislativo de dudosa admisibilidad, combinando el procedimiento acelerado con la vulneración de algunas de las normas de funcionamiento de la Asamblea (Barroso Márquez, 2021b: 268). Como consecuencia de la ausencia de limitación temporal que antes señalamos, la iniciativa legislativa de *Fidesz* fue rechazada por la oposición (Rácz, 2020: 2), lo que provocó que no pudieran cumplir los plazos previstos y, por tanto, esta ley fue aprobada el 30 de marzo de 2020, cuando la vigencia temporal de los decretos gubernamentales ya había finalizado. Como resultado, en lugar de promulgar de nuevo los decretos y cumplir con las reglas parlamentarias, introdujeron estas normas de manera informal, mediante una decisión de 26 de marzo del *Director Médico* en la que realmente se reproducía el contenido original de los decretos (Drinóczi y Bień-Kacała, 2020: 183-184).

También resultaba preocupante la introducción permanente de dos nuevos delitos en el Código Penal –supuestamente— para la lucha contra el COVID-19: la violación del confinamiento epidémico y la difusión de información falsa (Barroso Márquez, 2021b: 269), aunque luego los cargos de aquellas personas que habían sido detenidas por incurrir en estos nuevos tipos penales fueron retirados (Panyi y Hinshaw, 2020). Adicionalmente, durante este periodo fueron adoptadas algunas normas que nada tenían que ver con la gestión de la crisis pandémica, como ocurrió con la centralización de impuestos locales, así como con una modificación de la normativa sobre documentos oficiales que suponía –en la práctica— la institucionalización de la supresión del cambio legal de género que en la práctica ya había sido impuesta tiempo atrás (Barroso Márquez, 2021a: 204-206).

Aunque el fin del estado de peligro fue anunciado a finales de mayo de 2020, principalmente como resultado de las críticas provenientes del contexto internacional, supusieron a su vez el inicio de un nuevo marco jurídico para la gestión de la pandemia, ajeno a lo dispuesto en la Ley Fundamental, que empeoraba la situación previa, ya que

permitía la aprobación del mismo tipo de decretos gubernamentales sin necesidad de la autorización parlamentaria y permitía que los militares usaran armas sobre la población, como señalaron Halmai, Mészáros y Scheppele (2020).

La posibilidad que acabamos de señalar se materializó el 18 de junio de 2020, cuando el ejecutivo de Orbán puso fin al estado de peligro y, al mismo tiempo, dio inicio al *estado de emergencia sanitaria pública* hasta el 18 de diciembre de 2020. Sin embargo, unos días antes de acabar dicho plazo –el 10 de noviembre— fue autorizada una prórroga de otros noventa días. Aunque el Gobierno dio por finalizado dicho estado de emergencia el 8 de febrero de 2021, mediante el Decreto gubernamental 26/2021; declaró el mismo día un segundo *estado de peligro* que se extendió hasta el 1 de junio de 2022[349]. Además, llevaron a cabo la décima enmienda de la Ley Fundamental –24 de mayo de 2022— para introducir la posibilidad de que el *estado de peligro* sea declarado por la existencia de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria en un país vecino; y debemos precisar que se configura como una reforma muy *oportuna*, ya que la posibilidad que fue incorporada se materializó tan solo un día después –el 25 de mayo— cuando fue declarado el *estado de peligro* como consecuencia del conflicto bélico entre Rusia y Ucrania, cuyos efectos fueron extendidos hasta el 1 de noviembre.

Como podemos ver, ha tenido lugar en Hungría la utilización prolongada de uno de los estados constitucionales de emergencia previstos en la Ley Fundamental, pero hemos de tener presente que dicha extensión se ha producido durante más de dos años y medio. Esta situación resulta completamente anómala, por lo que podemos decir que es contraria a la naturaleza inherente a dichos mecanismos. Greene (2020: 30) ha conceptualizado con gran acierto los estados de emergencia, señalando que se corresponden con «aquella crisis identificada y calificada con la suficiente magnitud por un Estado, de modo que considera que ha sobrepasado el umbral de gravedad de una amenaza y es necesario que lleve a cabo acciones urgentes, excepcionales y, como consecuencia, temporales, que no serían permisibles en condiciones normales»; ya que la necesidad se erige como una técnica para la adaptación del Derecho a la realidad social (Álvarez García, 2020: 8); de modo que la temporalidad es uno de los requisitos que son imprescindibles en dicha institución. En la misma dirección se ha pronunciado la Comisión de Venecia, indicando que la

[349] La sucesión cronológica de respuesta húngara al COVID-19 es recogida con gran detalle en los Informes sobre el Estado de Derecho en 2021 y 2022, respectivamente, en las páginas 24 y 25 de los Capítulos sobre el Estado de Derecho en Hungría.

temporalidad –junto con el principio global de Estado de Derecho y los principios de necesidad, proporcionalidad, temporalidad, control (parlamentario y judicial) efectivo, predictibilidad de la legislación de emergencia y cooperación leal entre las instituciones del Estado— es uno de los principios que, en todo caso, deben ser respetados durante los estados constitucionales de emergencia[350]. Sobre la base de los argumentos expuestos, podemos concluir que la extensión temporal prolongada de los estados de emergencia en Hungría contraría frontal y claramente los requisitos indispensables –tanto formalmente, como desde el prisma teleológico— con los que debe comulgar dicha institución.

Si realizáramos un análisis aislado de la respuesta de Hungría a la crisis pandémica, obtendríamos unos resultados nada alarmantes, pero si adoptamos un prisma *estructural* y tomamos en consideración el conjunto de elementos que hemos recogido más arriba, evitaremos la *trampa de la miopía* y podremos observar la situación desde lejos, esto es, sin enfocar la vista en medidas concretas, sino alcanzando a ver el sistema integralmente (Greene, 2020: 203); y, como resultado, podemos «traspasar las puertas de la edificación constitucional húngara» (Barroso Márquez, 2021b: 270), lo que nos permitirá observar más allá de la *fachada* –o apariencia— de legalidad.

Teniendo en cuenta que el contexto iliberal previo ha provocado un desequilibrio del principio de separación de poderes en Hungría a favor del Gobierno iliberal de *Fidesz*, todas estas reformas que en principio no suscitaban problemas, en la práctica provocan el empeoramiento de la deriva iliberal. Como señala Scheppele (2013a), son componentes que al ser analizados de una forma separada pueden llegar a ser razonables, pero que, cuando se agregan y analizan en conjunto, hacen nacer un *monstruo*, un *Frankenstate*[351]. Ocurre esto mismo cuando analizamos la ausencia de limitación temporal de la activación de los poderes de emergencia, debido a que los encargados de limitar los posibles excesos gubernamentales han sido capturados por el régimen iliberal; así como respecto de la ausencia de seguridad jurídica, provocada por un verdadero maremágnum compuesto por más de setenta decretos, con numerosos solapamientos de sus respectivos contenidos. Finalmente, la posibilidad de gobernar por decreto que se materializó como resultado de la declaración del *estado de peligro*, así como la desvirtuación del control parlamentario

[350] Informe elaborado por la Comisión de Venecia de 26 de mayo de 2020, *Respect for Democracy Human Rights and Rule of Law during States of Emergency - Reflections*, CDL-PI(2020)005rev.

[351] Este tipo de caracterización nos recuerda al *Leviathan* de Hobbes, como una bestia incontrolada cuyo poder ha de ser limitado.

a través de la *Ley Sobre Protección contra el Coronavirus*, provocaron que el iliberalismo húngaro se haya desviado de la apariencia de legalidad que desde el primer momento se había esforzado en mantener (Barroso Márquez, 2021b: 271-272).

Diversos autores se han pronunciado ante la deriva iliberal que hemos expuesto. Drinóczy y Bien-Kacala (2017: 97) afirman que la democracia constitucional aún existe en Hungría, pese a que su implementación formal haya superado con creces a la material. No obstante, Jakab (2019: 173) ha señalado que, aunque desde el punto de vista jurídico las reformas iliberales no merecen objeción alguna[352], en la práctica estas suponen una *destrucción institucional*. Scheppele (2013b: 45) afirmaba que en la actualidad Hungría opera bajo un Gobierno que ha reclamado un poder constituyente inconstitucional (*unconstitutional constituent power*), así como más adelante ha calificado el régimen como un *autoritarismo legal* (Scheppele, 2018a). Finalmente, Halmai (2021: 238) ha sido mucho más tajante al advertir que a raíz de la respuesta húngara a la crisis pandémica el régimen iliberal no solo se ha desprendido de su carácter democrático, sino que, además, incluso ha abandonado el *autoritarismo legal* del que hablaba Scheppele[353].

Aunque compartimos algunos de los postulados expuestos en el párrafo anterior, tenemos nuestra opinión particular al respecto, que será descrita de manera conjunta en el tercero de los subapartados de este capítulo, tras analizar el régimen iliberal polaco, cuando estudiemos –en perspectiva comparada— cuáles son las características generales de los regímenes iliberales que han surgido en el seno de la Unión Europea.

[352] Afirmación que nos parece discutible, pues como hemos podido comprobar los procedimientos han sido instrumentalizados a favor de los intereses del partido iliberal de manera incuestionable.

[353] Incluso el Parlamento Europeo se ha pronunciado al respecto y, sobre la base de las conclusiones recogidas en varios estudios, ha señalado que Hungría ya no puede considerarse una democracia plena, como podemos ver en la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de septiembre de 2022, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, de la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión (2018/0902R(NLE)). En el Considerando Y determinó que «hay un creciente consenso de expertos sobre que Hungría ya no es una democracia; que, de conformidad con el índice V-Dem (Varieties of Democracy) de 2019, elaborado por la Universidad de Gotemburgo, Hungría se convirtió en el primer Estado miembro autoritario de la Unión; que Hungría fue calificada como un régimen híbrido, habiendo perdido su condición de democracia semiconsolidada, en el informe sobre naciones en transición de Freedom House de 2020; que Hungría está calificada como una democracia defectuosa y se encuentra en el puesto 56.º de los 167 países (una posición por debajo en comparación con la clasificación de 2020) en el índice de democracia de 2022 de Economist Intelligence Unit; que, de conformidad con el índice V-Dem de 2022, entre los Estados miembros de la Unión, Hungría ha sido uno de los principales autocratizadores del mundo en la última década».

2.2. El régimen iliberal polaco

En este subapartado utilizaremos la misma metodología seguida en el anterior. Analizaremos la evolución del contexto político-constitucional de Polonia y, de la misma forma que respecto del caso húngaro, tomaremos como punto de referencia la llegada al poder del partido político liderado por Jarosław Kaczyński, *Prawo i Sprawiedliwość* (*PiS*, *Ley y Justicia*), para distinguir dos fases, esto es, Polonia antes de *PiS* (A. P.) y después de *PiS* (D. P.). Debemos prestar especial atención a la exposición del marco constitucional que existía en Polonia antes de la llegada al poder de dicho partido, pues, a pesar de que no se haya reformado formalmente la norma suprema, sí que se han producido cambios; de modo que el análisis recogido en la primera sección de este subapartado nos servirá para mostrar el grado de afectación de las reformas iliberales sobre el constitucionalismo, tal y como expondremos con mayor detenimiento en el siguiente apartado.

2.2.1. Polonia A. P.

El constitucionalismo polaco se inició con la aprobación de la *Constitución* liberal de 3 de mayo de 1791, el primer texto constitucional escrito –y aprobado como tal— de la Europa continental (Albi, 2005: 19), sin olvidar que a pesar de su nomenclatura tiene, como en muchos otros casos, grandes diferencias respecto de los requisitos materiales a los que se sujeta en la actualidad la existencia de una Constitución *verdadera*. Funcionó durante poco tiempo y, posteriormente, fue sustituida por otros textos de diverso sentido, hasta que más de un siglo después fue aprobada la Constitución republicana de 1921, cuya vigencia se vio truncada por el contexto histórico, con el golpe de Estado del mariscal Pilsudki –pues, a pesar de que no la derogó formalmente, reformó sus aspectos más esenciales— y con la irrupción de la Segunda Guerra Mundial. Esta última fue recuperada por las fuerzas políticas imperantes tras el conflicto bélico en Polonia como un instrumento de legitimidad –y continuidad— que pretendía facilitar la transición de este país hacia el comunismo (Ollero, 1952: 154-158). Posteriormente, fueron adoptadas varias *leyes constitucionales*. Dando fe de la fuerza del régimen comunista en Polonia, finalmente se aprobó la *Constitución* de 1952.

Cuando finalizó la influencia soviética y cayó el socialismo real, se utilizó el mismo cauce que en Hungría para la reconstrucción de Polonia. En los *Roundtable Agreements* celebrados a principios de 1989 se adoptaron tres Leyes Constitucionales –de 7 de abril

de 1989, de 9 de marzo de 1990 y de 19 de abril de 1991— que sirvieron para reformar la Constitución de 1952; mientras que el 17 de octubre de 1992 se aprobó lo que se conoce como *Pequeña Constitución*, que supone un punto de unión entre el régimen derrocado y el nuevo modelo de Estado que pretendían instaurar, ya que contenía elementos típicos del constitucionalismo liberal, como el principio de separación de poderes o las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo (Valvidares Suárez, 2002: 186-188).

La verdadera transición se produjo con la aprobación de la Constitución de 1997, vigente en la actualidad, cuyo artículo segundo prevé de manera expresa que Polonia es un Estado Democrático, Social y de Derecho; y que, según lo dispuesto en el artículo 8, se configura como la cúspide del ordenamiento jurídico. Para la reforma constitucional el artículo 235 exige «mayoría de dos tercios sobre un quórum de la mitad del número de miembros de la Cámara de los Diputados y mayoría absoluta de votos sobre un quórum de la mitad» del número de miembros del Senado, pero dicho procedimiento puede ser agravado con la posibilidad de que las personas con iniciativa de reforma constitucional –un quinto del número de diputados, el Senado o el Presidente de la República— soliciten que se celebre referéndum popular para ratificarla si la reforma afecta a los Capítulos I (*La República*), II (*Libertades, derechos y obligaciones de las personas y los ciudadanos*) o XII (*Reforma de la Constitución*).

El parlamentarismo instaurado por la Constitución es de tipo bicameral imperfecto, pues, como establece en su artículo 121, la Cámara de Diputados (*Sjem*) puede levantar el veto del Senado (Barroso Márquez, 2020b: 30). Por este motivo, entendemos que –en relación con las reformas iliberales del parlamentarismo polaco— basta con mencionar lo acaecido respecto de la Cámara de Diputados. Asimismo, debemos hacer referencia a la configuración dual del poder ejecutivo: mientras los electores votan de forma directa al Presidente de la República (artículo 127.1); el Gobierno –el Presidente y los Ministros, que conforman el Consejo de Ministros— está constituido por derivación parlamentaria (artículo 147), de modo similar al sistema semipresidencialista francés. Las principales facultades atribuidas por la Constitución al Presidente de la República son las siguientes: la posibilidad de solicitar al Tribunal Constitucional la revisión de la constitucionalidad de un proyecto de ley en los veintiún días siguientes a su aprobación y, en el caso de que emita un dictamen en sentido negativo, la posibilidad de negarse a sancionar dicha norma; y el veto presidencial, únicamente revocable por mayoría de tres quintos, siendo necesario un quórum del cincuenta por ciento, teniendo en cuenta que en el ejercicio de esta facultad

supone la renuncia de la anterior (Siera Mucientes, 2006: 407). A diferencia de lo que hemos visto respecto de otros Estados –como ocurre en el caso de España y Hungría— no prevé la utilización de un procedimiento legislativo agravado –lo que se corresponde con las leyes orgánicas y las leyes cardinales, respectivamente— salvo para la reforma de la propia Constitución; y esto supone un problema –como señala Vecchio (2010: 192)— porque así por mayoría parlamentaria simple se puede reformar cualquier elemento del constitucionalismo polaco –por esencial que sea— con la excepción de la Constitución. Esta posibilidad se ha materializado por la captura del Tribunal Constitucional de Polonia, pues la inexistencia de un cauce operativo de control de constitucionalidad de las normas convierte en una mera formalidad el concepto de supremacía constitucional, de modo que en este contexto la Constitución también puede reformarse de modo informal, esto es, mediante leyes que sean contrarias a la Constitución[354]. Lo más adecuado sería, por ende, que se introdujera respecto de aspectos esenciales –como los derechos fundamentales o ciertas instituciones clave— alguna tipología de ley que requiera para su aprobación una mayoría reforzada, como la mayoría absoluta existente en España, pero sin llegar a los dos tercios que veíamos en el caso de Hungría.

Cuando el Capítulo VIII de la Constitución –*Juzgados y Tribunales*— establece la configuración del poder judicial en Polonia, «recoge las garantías inherentes a la separación de poderes: independencia, incompatibilidades, inamovilidad, autogobierno» (Valvidares Suárez, 2002, 192); y, como consecuencia, este solo debe estar sometido al imperio de la ley (Siera Mucientes, 2006: 410). La institución encargada de garantizar la independencia de los Tribunales –establecida de forma expresa en el artículo 173— será el Consejo Nacional de la Judicatura, previsto en el artículo 186.1, que estará integrado, según lo dispuesto en el artículo 187.1, por el «Primer Presidente del Tribunal Supremo, el Ministro de Justicia, el Presidente de la Corte Suprema Administrativa y una persona designada por el Presidente del República; Quince Jueces elegidos de entre los Jueces del Tribunal Supremo, los Tribunales ordinarios, los Tribunales administrativos y los Tribunales militares; y Cuatro miembros elegidos por la Cámara de los Diputados de entre sus diputados y de dos miembros elegidos por el Senado de entre sus senadores».

La última característica esencial del constitucionalismo polaco instaurado en 1997 reside en la transformación del Tribunal Constitucional. Este órgano fue creado en 1982,

[354] Aunque esta situación resulta una anomalía en el ámbito del constitucionalismo rígido, en el caso del constitucionalismo flexible, como podemos ver en Reino Unido, sería lo habitual.

durante el socialismo real, pero en aquel momento no gozaba de la misma autoridad, debido a que la declaración de inconstitucionalidad de las normas podía ser contrariada por la Cámara de los Diputados y los ciudadanos no estaban legitimados para interponer recursos ni siquiera en los casos en que sus derechos y libertades habían sido vulnerados (Klopocka, 2006-2007: 168)[355]. Por lo tanto, la verdadera introducción de la revisión de la constitucionalidad de las normas –y, a través de ello, la principal garantía del principio de separación de poderes— se produjo con la aprobación de la Constitución de 1997[356]. En cuanto a su composición, el artículo 194 prevé que lo integran «quince Magistrados elegidos individualmente por la Cámara de los Diputados para un periodo de nueve años de entre juristas de reconocido prestigio», sin posibilidad de reelección, teniendo en cuenta, además, que serán estos mismos Magistrados, reunidos en la Asamblea General, los encargados de enviar al Presidente de la República la propuesta de los candidatos para la designación de los cargos de Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional. Las competencias sobre las que ejerce su jurisdicción son, conforme a lo dispuesto en el artículo 188: «la conformidad de las leyes y los Tratados internacionales a la Constitución; la conformidad de una ley con Tratados internacionales cuya ratificación requirió el previo consentimiento manifestado por ley; la conformidad de las normas con rango de ley promulgadas por los órganos centrales del Estado con la Constitución, los Tratados internacionales ratificados y las leyes; la conformidad con la Constitución de los propósitos o de las actividades de los partidos políticos; y las quejas referidas a infracciones constitucionales, según lo dispuesto en el artículo 79, párrafo 1». Tras ello, establece el artículo 191 que legitimación activa *general* le corresponde al Presidente de la República, el Presidente de la Cámara de los Diputados, el Presidente del Senado, el Primer Ministro, 50 diputados, 30 senadores, el Primer Presidente del Tribunal Supremo, el Presidente de la Corte Suprema Administrativa, el Fiscal General, el Presidente de la Suprema Cámara de Control y el Comisionado para los Derechos de los Ciudadanos[357].

[355] No podemos perder de vista que este órgano estaba incardinado en un sistema autoritario.

[356] Aunque el Tribunal Constitucional se incluya en el Capítulo VIII, sobre *Juzgados y Tribunales*, debemos precisar que se trata de un órgano externo a los poderes ordinarios del Estado y, por este motivo, no puede ser incardinado en el poder judicial.

[357] Este último se corresponde con la figura del *ombudsman*. La utilización del término *legitimación activa general* trae causa de la existencia de otros legitimados, pero que ven limitada dicha posibilidad al ámbito de sus competencias: órganos del Gobierno Autónomo Local; órganos nacionales de los sindicatos, autoridades nacionales de las organizaciones patronales y las organizaciones ocupacionales; iglesias y organizaciones religiosas; los sujetos mencionados en el artículo 79 con el alcance allí establecido; así como el Consejo Nacional de la Judicatura, que ve limitado su alcance por lo dispuesto en el artículo 186.2, de modo que únicamente podrá solicitar la revisión de la constitucionalidad de aquellos actos normativos que guarden relación con la independencia de los Jueces y Tribunales.

Asimismo, el artículo 193 prevé la posibilidad de que un juez o tribunal remita un asunto al Tribunal Constitucional para que compruebe su conformidad con la Constitución y con los Tratados Internacionales ratificados, por lo que se trata de un cauce procesal similar a la cuestión de inconstitucionalidad prevista por la Constitución Española. Finalmente, señalaremos que el artículo 190 establece que sus decisiones tienen efectos *erga omnes* y son inapelables, pero precisa a continuación que su fuerza vinculante no emerge hasta el momento de su publicación.

Como se deduce de los párrafos anteriores, la recepción de los rasgos típicos del constitucionalismo liberal fue temprana en Polonia. Como señala Sadurski (2019a: 12), son muchos los polacos y polacas que se oponían de manera firme al régimen de Rusia y, como consecuencia, en el momento de elegir el marco institucional que Polonia debía adoptar en su reconstrucción tras la caída del socialismo real, las élites políticas utilizaron como modelo los rasgos esenciales del constitucionalismo liberal occidental. También debemos tener presente que las perspectivas de adhesión de dicho Estado al proyecto de integración europeo jugaron un importante papel a la hora de elegir este modelo concreto, ya que entre las condiciones establecidas por las instituciones de la Unión Europea para que se pudiera producir la adhesión de un nuevo Estado se encontraba la incorporación de una serie de elementos que característicos del constitucionalismo liberal tradicional[358]. Se produjeron serios problemas de corrupción en el periodo de transición, señalados por Łos y Zybertowicz en relación con el proceso de creación del sistema de capital privado (1999: 287-292), hasta el punto de que dichos autores han resumido este periodo como un «acuerdo negociado entre las élites del antiguo régimen y las élites de la oposición que crean una tierra muy fértil para la proliferación del crimen de alta esfera» (1999: 299).

Somos conscientes de que hemos incluido en este subapartado una exposición de la Constitución polaca mucho más detallada que la recogida en el caso de Hungría. La razón de esta divergencia se halla en el devenir de los regímenes iliberales en sendos Estados, ya que también presentan diferencias, como tendremos la oportunidad de analizar con más detenimiento en el próximo apartado. Por el momento nos basta con señalar que la

[358] Precisamente, estos requisitos se identifican con los Criterios de Copenhague que vimos antes y que actualmente se corresponden con los valores recogidos en el artículo 2 TUE, por la remisión realizada por el artículo 49 TUE. Sin embargo, cuando el cumplimiento de estos valores es impuesto desde el exterior puede ser percibidos como un acto de chantaje y producir una sensación de humillación, indignación e ira (Offe, 2016: 31). En este sentido, Müller (2014: 151) señala que las exigencias para la adhesión de Hungría –que se produjo en el mismo periodo temporal que la de Polonia— han provocado que el liberalismo sea identificado como una imposición por parte de las políticas neoliberales de las élites.

construcción del iliberalismo polaco no se ha producido sobre una reforma constitucional, sino, por el contrario, a través de una miríada de quebrantamientos de la Constitución que se han producido por la vía normativa, en ausencia de una reforma constitucional formal. Por esta razón, entendemos que resulta insoslayable analizar con mayor detenimiento el constitucionalismo polaco tal y como era antes de la llegada al poder de PiS, ya que esto nos servirá como punto de referencia para comprobar hasta dónde alcanzan las reformas iliberales legales sin que se haya producido reforma constitucional; y, al mismo tiempo, para entender adecuadamente la gravedad de algunas de ellas.

2.2.2. Polonia D. P.

El partido político liderado por Jarosław Kacziński, *Prawo i Sprawiedliwość* (*PiS*), consiguió en las elecciones parlamentarias de 2015 –celebradas el 25 de octubre del mismo año— su mejor resultado electoral hasta la fecha, obteniendo por primera vez en la historia polaca la mayoría absoluta en las dos cámaras: obtuvo un 37,6 % de los votos, que se tradujeron en 235 de los 460 escaños de la Cámara de Diputados, así como en 61 de los 100 del Senado. Sin embargo, esta mayoría no era suficiente para llevar a cabo una reforma unilateral de la Constitución de 1997, como había ocurrido años atrás en Hungría; y, en consecuencia, como ya hemos adelantamos, el iliberalismo polaco se vio obligado a instaurar su régimen a través de un conjunto de reformas legislativas ordinarias que, aunque parecen ser inocuas de manera separada, cuando se analizan de forma conjunta demuestran haber provocado una verdadera transformación de la esencia contenida en la Constitución de 1997[359]. Por esta razón, la exposición de este subapartado girará en torno al contenido de las distintas reformas legislativas que han tenido lugar en Polonia tras la victoria electoral de *PiS* en 2015.

Como resultado de la imposibilidad de reformar la Constitución, el primero de los obstáculos en la transformación iliberal de Polonia era el Tribunal Constitucional. Dicho con otras palabras, ya que no podían transformar el estándar de la constitucionalidad, decidieron *capturar* la institución encargada de interpretar dicho estándar. Los motivos para realizar este movimiento son dos: en un primer momento, la paralización o bloqueo

[359] Partiendo de las categorías de reforma de la Constitución que hemos visto en el apartado anterior, hemos de concluir que las modificaciones que han tenido lugar en el caso de Polonia no se corresponden con el concepto de mutación, puesto que en muchas ocasiones contradicen frontalmente el texto de la norma constitucional y, como consecuencia, han de ser incluidas en el ámbito de los quebrantamientos, por lo que se provoca una disociación del contenido de la Constitución respecto del resto del ordenamiento jurídico, con un resultado a caballo entre las constituciones nominales y semánticas a las que se refería Loewenstein.

de dicho órgano supone una suerte de *carta blanca* para el poder legislativo iliberal, debido a que las leyes que este elabore serán *válidas* aunque vulneren la Constitución, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional no puede pronunciarse efectivamente; y, en un segundo momento, una vez el proceso de *captura* de dicha institución finaliza, se convierte en un elemento de legitimación del régimen iliberal, pues, aunque recupera sus facultades plenas como órgano de revisión de la constitucionalidad de las normas, debido a los cambios que ha experimentado en cuanto a su composición el mismo acaba confirmando la validez de las nuevas disposiciones a través de las cuales se han llevado a cabo las reformas iliberales[360], a pesar de que estas sean manifiestamente contrarias a lo dispuesto en la Constitución de 1997.

Por tanto, veremos en primer lugar la reforma iliberal del Tribunal Constitucional. Debemos comenzar señalando que los conflictos entre *PiS* y el Tribunal Constitucional no se produjeron por primera vez en 2015, sino que una década antes tuvieron diferencias, cuando el Tribunal invalidó algunas de las propuestas del partido entre 2005 y 2007[361], cuando gobernó en coalición con otros dos partidos políticos radicales –denominados Autodefensa de la República de Polonia (*Samoobrona Rzeczpospolitej Polskiej*) y la Liga de las Familias Polacas (*Liga Polskich Rodzin*)— hasta el punto de que algunos autores afirman que la obstaculización del plan político de los hermanos Kaczyński por parte del Tribunal Constitucional polaco es crucial para entender por qué el mismo fue el primer objetivo de Jaroslaw tras volver al poder (Kosar, Baros y Dufek, 2019: 445). No podemos dejar de mencionar que durante este periodo el gobierno de coalición consiguió nombrar a seis magistrados del Tribunal Constitucional, mostrando ya entonces la vulnerabilidad de dicha institución (Bodnar, 2010: 27-28), sin olvidar que también podemos encontrar esta preocupante tendencia en otros países que aún no han sufrido una deriva iliberal.

La estrategia de captura posterior comenzó aprovechando el *momentum político* (Barroso Márquez, 2020b: 34), mediante el nombramiento, desoyendo el contenido de una resolución expresa del Tribunal Constitucional que confirmaba la constitucionalidad de tres de los cinco magistrados nombrados por la legislatura anterior, de cinco nuevos

[360] Para un análisis detallado de este proceso, podemos acudir al trabajo de Sadurski (2019c).

[361] Como fue el caso de la Ley de Lustración (Sadurski, 2019a: 60), ya que el Tribunal Constitucional polaco afirmó –en las sentencias K 3/99, de 28 de abril de 1999, y K 2/07, de 11 de mayo de 2007— que era muy fácil transgredir el límite entre actuar a favor de la justicia histórica y la satisfacción de los deseos de venganza, de modo que uno de los mayores problemas que tuvo que afrontar Polonia fue la actitud hacia el pasado (Krzywon, 2015: 258 y 263).

magistrados que eran leales al partido iliberal, que fue posible por la falta de publicación de la mencionada sentencia[362]. Sin embargo, los cinco nuevos magistrados no fueron suficientes para alcanzar la mayoría iliberal en el seno de dicha institución y, por tanto, el partido de Gobierno decidió imponerle un bloqueo –de naturaleza temporal— a través de diversas reformas legislativas.

La primera de estas reformas iliberales con el objetivo de bloquear su actuación se produjo con la aprobación de la Ley de 19 de noviembre de 2015, que modificaba el estatuto del Tribunal Constitucional. El objetivo principal de esta reforma se correspondía con la terminación anticipada –en un plazo de tres meses— del mandato del Presidente y el Vicepresidente de dicha institución; y, aunque el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de esta reforma –no solo por ese motivo— en la Sentencia K 35/15, la misma no fue publicada por la negativa del Presidente Duda, al igual que ocurrió con la sentencia K 47/15, que declaraba la inconstitucionalidad *in totum* de la Ley de 22 de diciembre de 2015, que aumentaba el quórum necesario, de 9 a 13 magistrados[363]. Debemos subrayar que en Polonia –al igual que ocurre, por ejemplo, en España— la sanción de las leyes y de las sentencias del Tribunal Constitucional había sido considerada como un *acto debido* por parte del Jefe de Estado, esto es, que no admitía la negativa de este último; pero en este caso el Presidente Duda se negó a sancionar dichas sentencias[364],

[362] Sobre el nombramiento de estos cinco magistrados se ha producido una gran discusión doctrinal. Debemos tener en cuenta que es costumbre en el constitucionalismo polaco que la Cámara de Diputados saliente nombre a los nuevos jueces del Tribunal Constitucional para garantizar el pluralismo. En este caso, la Cámara saliente no solo nombró –a través de la Ley de 25 de junio de 2015— tres nuevos magistrados para sustituir a los que concluían su mandato el 6 de noviembre de 2015, sino que nombró dos más para sustituir a los que lo finalizarían el 2 de diciembre. El propio Tribunal Constitucional determinó –a través de la Sentencia K 34/15, de 3 de diciembre de 2015— que el nombramiento de los tres primeros resultaba conforme a la Constitución, mientras que el de los dos restantes era inconstitucional. Sin embargo, dicha sentencia no fue publicada y, como consecuencia, no adquirió eficacia jurídica vinculante, permitiendo que la Cámara entrante declarase inválido el nombramiento de los cinco jueces –pese a que la constitucionalidad de los tres primeros fue declarada por el Tribunal Constitucional— y nombró cinco magistrados diferentes, todos ellos leales a *PiS*. Para profundizar acerca de esta problemática hemos de consultar la Opinión de la Comisión de Venecia N.º 833/2015, de 22 de febrero de 2016, sobre la postura del gobierno polaco en los asuntos relativos a la reforma de la Ley sobre el Tribunal Constitucional y a las Sentencias del Tribunal Constitucional de Polonia de 3 y 9 de diciembre, casos 34/15 y 35/15 [CDL-REF(2016)015]; y la Opinión de la Comisión de Venecia N.º 833/2015, de 11 de marzo de 2016, relativa a las modificaciones de la Ley de 25 de junio de 2015, del Tribunal Constitucional [CDL-AD(2016)001]. Por último, hemos de apuntar que los hechos acontecidos no habrían sido posibles sin la colaboración del Presidente Duda, que aceptó a los cinco nuevos magistrados que habían sido propuestos de manera unilateral por PiS.

[363] Considerando que en aquel momento cinco de los quince magistrados del Tribunal Constitucional eran leales al partido iliberal, así como de facto solo contaba con doce magistrados operativos, la mera inasistencia de dos de los magistrados de PiS –pues la participación en el Pleno de los otros tres había sido impedida por decisión del entonces Presidente del Tribunal Constitucional— se traduciría *de facto* en el bloqueo de la actuación de dicha institución.

[364] El fundamento de esta negativa se encuentra en las mismas leyes cuya inconstitucionalidad había sido declarada en las respectivas sentencias, lo cual resulta una paradoja.

con lo que impidió su publicación y su correspondiente eficacia jurídica (Sadurski, 2019a: 71 y siguientes). Por tanto, ha de precisarse que la captura del Tribunal Constitucional polaco por parte del iliberalismo fue posible gracias a la colaboración –en el sentido que hemos señalado— del Jefe de Estado. Si tenemos en cuenta las técnicas que recogimos en el apartado anterior, la estrategia que acabamos de ver se corresponde a la perfección con el *constitutional hardball* que fue acuñado por Tushnet (2004: 523), debido a que la convención constitucional existente –como una suerte de deber— de que la sanción de las sentencias del Tribunal Constitucional era un mero acto debido fue modificada para favorecer los intereses del partido *PiS*.

La Ley de 22 de diciembre de 2015 suscitó críticas por parte de la Unión Europea, como podemos ver en la Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia, que en su apartado 30 calificaba el requisito de quórum establecido como *inusualmente elevado* y mostraba su preocupación.

Las presiones por parte de las instituciones europeas provocaron la aprobación de la Ley de 22 de julio de 2016, cuyo principal objetivo era remediar algunos de los defectos que habían sido señalados por estas últimas; pero en la práctica eran reformas cosméticas, como la rebaja del quórum a once magistrados, que continuaba permitiéndoles bloquear la actividad del Tribunal Constitucional en los mismos términos que ya hemos señalado; así como reproducía muchos elementos que habían sido declarados inconstitucionales e incorporaba nuevas reformas en la misma dirección que la Ley anterior, como ocurría con la posibilidad de que la ausencia del Fiscal General –y a su vez Ministro de Justicia[365]— impida el examen de aquellos asuntos en los que su presencia es preceptiva y, asimismo, con el examen de los casos por orden cronológico (Halmai, 2019a: 26); el aplazamiento de las deliberaciones durante tres meses, prorrogables otros tres, cuando sea solicitado por al menos cuatro magistrados, sin que se prevean excepciones por razón de la urgencia; o el establecimiento de un periodo de *vacatio legis* –solo 14 días desde su publicación— demasiado ajustado como para que el Tribunal Constitucional pudiera haber revisado la

[365] La ley de la *prokuratura*, de 28 de enero de 2016, fusionó dos instituciones imprescindibles para hacer posible la deriva iliberal, como son las de Ministro de Justicia y Fiscal General. Hasta aquel momento, ambas instituciones habían permanecido desagregadas para respetar el principio de separación de poderes, previsto de forma expresa en el artículo 103.2 de la Constitución respecto de los ministros que tengan un origen de tipo parlamentario (Prokop, 2011: 125-126), ya que establece las incompatibilidades derivadas del mandato de diputado, entre las que se encuentra el puesto de fiscal; pero también resulta problemático respecto de los ministros que son elegidos fuera de los miembros del poder legislativo, ya que en todo caso supondría que la fiscalía general resultaría en manos de un miembro del Gobierno.

constitucionalidad de esta norma antes de su entrada en vigor[366]. De la misma forma que con las leyes anteriores, el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad parcial –nueve de los diez preceptos que la conformaban— y determinó que el Gobierno no podía negarse a publicar sus decisiones en la Sentencia K 39/16, de 11 de agosto de 2016 (Sadurski, 2019a: 71); pero, siguiendo también la dinámica expuesta, el Gobierno de *PiS* no acató esta decisión de su propio Tribunal Constitucional (López Aguilar, 2019: 142). La estrategia expuesta supone que, aun en el supuesto de que el órgano de revisión de la constitucionalidad hubiera resistido los embates iliberales, sus esfuerzos serían en vano, pues las sentencias no serían publicadas, convirtiendo un trámite que tradicionalmente se configuraba como un *acto debido* en un control de oportunidad –y una suerte de derecho de veto— por parte del Presidente de la República, sin perder de vista que en su momento este último estaba alineado con el Gobierno iliberal de *PiS*.

La estrategia de captura prosiguió con la aprobación de tres nuevas leyes a finales de 2016: sobre la organización del Tribunal Constitucional y el modo de proceder ante él y sobre el Estatuto de los magistrados del Tribunal, ambas de 30 de noviembre de 2016, y sobre Cuestiones introductorias relativas a las dos leyes anteriores (*Ley de ejecución*), de 13 de diciembre de 2016 (Sadurski, 2019a: 72). A través de esta triada normativa reintrodujeron algunos preceptos cuyo contenido había sido declarado inconstitucional en el análisis de otras normas[367]; introdujeron una suerte de procedimiento disciplinario en manos del Presidente de la República; establecieron incentivos para hacer atractiva la jubilación anticipada de los magistrados; y modificaron sustancialmente la organización interna del Tribunal Constitucional. Asimismo, la gran mayoría de estas disposiciones entró en vigor al día siguiente de su publicación, impidiendo una efectiva revisión de su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional[368].

[366] A este respecto, la Comisión de Venecia señaló la necesidad de que el Tribunal Constitucional pueda analizar las leyes que regulen su funcionamiento antes de que entren en vigor [CDL-AD(2016)001].

[367] Encontramos un ejemplo de este comportamiento en el art. 90 de la Ley de 22 de julio de 2016, que fue reproducido por la tríada normativa (Barroso Márquez, 2020b: 37). Este precepto permitía que el Presidente de la República incluyese en las formaciones del Tribunal Constitucional a los magistrados que habían tomado juramento pero aún no hubiesen asumido sus funciones como jueces, para hacer posible la participación de los tres jueces cuyo nombramiento había sido declarado inconstitucional.

[368] A pesar de la presunción de constitucionalidad de las leyes que es común en los Estados actuales, consideramos que la reforma de una normativa tan esencial, como es la relativa al Tribunal Constitucional, no casa bien con la inexistencia de un periodo de *vacatio legis* en el que se pueda reflexionar sobre posibles errores en los cambios introducidos.

El iliberalismo remató la captura de este órgano con la modificación del estatuto de las posiciones de Presidente y de Vicepresidente del Tribunal Constitucional, cuyos mandatos concluían el 19 de diciembre de 2016 y el 26 de junio de 2017, respectivamente. La Constitución dispone en el artículo 194.2 que ambos deben ser nombrados por el Presidente de la República de entre los candidatos propuestos por la asamblea general de Jueces del Tribunal Constitucional. Sin embargo, como hemos visto la nueva normativa permitía de manera expresa que los tres magistrados en cuestión –aquellos cuya asunción de funciones había sido vetada por el entonces Presidente— participasen en el proceso de selección del nuevo Presidente de la misma institución, a pesar de que el propio Tribunal hubiera declarado con carácter previo la inconstitucionalidad de su nombramiento[369].

Tras ello, vaciaron de contenido el estatuto jurídico y, por tanto, las funciones del Vicepresidente del Tribunal Constitucional[370]. Adicionalmente, crearon una nueva figura, que en la práctica aprehende las funciones que le habían arrebatado al Vicepresidente, pues según dispone el artículo 17 de la Ley de ejecución, el *Presidente en Funciones* presidirá el Tribunal Constitucional cuando sea necesario para aplicar los procedimientos de presentación de candidatos al puesto de Presidente, según establece el artículo 18 podrá autorizar la participación de los tres jueces que hasta ahora no habían podido hacerlo y, finalmente, liderará el nuevo procedimiento de selección. Esta nueva normativa no solo contraría el principio de separación de poderes, digamos, en abstracto, sino que además supone la vulneración de uno de los preceptos de la Constitución, concretamente el 194.2, donde se establece el papel de la Asamblea de los Jueces en el proceso de selección del Presidente del Tribunal Constitucional[371].

---

[369] La Comisión Europea señaló que la inconstitucionalidad debe extenderse y, como consecuencia, la participación de los magistrados cuyo nombramiento había sido declarado inconstitucional en el proceso de elección del nuevo Presidente del Tribunal Constitucional, provoca la inconstitucionalidad de la elección de este último, como indica la Recomendación (UE) 2017/146 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016, sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374, apartado 46. Asimismo, debemos considerar que también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que el nombramiento de estos tres jueces incumple los requisitos esenciales de la tutela judicial efectiva, especialmente respecto de la exigencia del *tribunal establecido por ley*, como podemos ver en la Sentencia de 7 de mayo de 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o./Polonia* (4907/18). Esta última sentencia, sin embargo, fue considerada por el Tribunal Constitucional polaco como *inexistente*, utilizando como argumento que el TEDH se había excedido en sus competencias y había sido dictada sin fundamento jurídico (asunto P 7/20), como señala el Informe sobre el Estado de Derecho en 2021, Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en Polonia [SWD(2021) 722 final].

[370] Esta reforma fue introducida a través de los artículos 8.2, 11.2 y 4, 12.3 y 37 de la nueva Ley sobre la organización y los procedimientos, de 30 de noviembre de 2016.

[371] En tal sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 7 de noviembre de 2016, K 44/16, aunque esta resolución es una de las muchas que no fueron publicadas hasta 2018. Como afirmó la Comisión Europea en la Recomendación (UE) 2017/146, «los criterios aplicados por el Presidente de la

El contenido de la reforma comenzó a materializarse el 19 de diciembre de 2016, con el nombramiento de Julia Przyłębska como Presidenta en Funciones. Aunque esta fue una de los dos magistrados cuyo nombramiento fue declarado constitucional por el propio Tribunal, su idoneidad para el cargo puede –y debe— ser puesta en entredicho, pero no por su cualificación, sino porque se ha posicionado públicamente a favor de las reformas iliberales del partido de Kaczyński; debido a que, como bien señala Sadurski (2019a: 82), esto puede provocar un conflicto de intereses si la constitucionalidad de estas normas es cuestionada ante el Tribunal Constitucional. Dicho con otras palabras, un magistrado que apoya pública y extrajudicialmente las reformas de un determinado partido político no puede cumplir con las exigencias de la apariencia de imparcialidad si el contenido de las reformas en cuestión es examinado con posterioridad por el Tribunal Constitucional[372]. Así, la Presidenta en Funciones permitió, al día siguiente de ser nombrada, que los tres magistrados controvertidos asumieran sus funciones, y, tras superar varios problemas[373], ella fue nombrada Presidenta del Tribunal Constitucional el 21 de diciembre de 2016. Para demostrar la preocupación de las instituciones europeas en relación con esta reforma, podemos señalar que la Comisión ha afirmado que el proceso de selección de la nueva Presidenta se ha producido del todo en contra del Estado de Derecho, así como que esta pone en peligro la legitimidad y efectivo funcionamiento del Tribunal Constitucional[374].

Una muestra más de la desvirtuación del papel del Tribunal Constitucional en el marco institucional polaco se encuentra en las declaraciones realizadas por el Gobierno iliberal el 27 de octubre de 2016, puesto que en ellas afirmó que se considera facultado

República para elegir al Presidente en funciones parecen arbitrarios y […] semejante injerencia del poder legislativo en decisiones adoptadas anteriormente por el Tribunal plantea interrogantes en cuanto a la independencia del sistema judicial y el principio de cooperación leal entre los órganos del Estado» (ap. 57).

[372] Como apuntaba Sabán Godoy (1997: 79), la imparcialidad objetiva presenta una segunda fase, consistente en la «protección de la apariencia de imparcialidad, como depuración máxima de la garantía en que esta consiste». Al respecto, resultan esclarecedoras las declaraciones realizadas por Lech Morawski, otro de los magistrados del Tribunal Constitucional que han sido nombrados por PiS, cuando afirmó que representaba simultáneamente las posiciones del Gobierno y del Tribunal. La apariencia de imparcialidad se configura como una construcción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias como la de 21 de junio de 2011, *Fruni c. Eslovaquia*, n.º 8014/07, para. 141, y dicho test conlleva, al mismo tiempo, un alto grado de casuística –y, por tanto, un elevado grado de incertidumbre— y una gran flexibilidad para dar cabida a los elementos informales, como bien ha indicado (Bustos Gisbert, 2022b: 606).

[373] Tal y como ha determinado la Comisión en el apartado 58 de la Recomendación (UE) 2017/146, como resultado del breve plazo en el que fue convocada la Asamblea General, uno de los magistrados pidió la suspensión de esta porque no podría llegar a tiempo, pero su petición fue rechazada. En consecuencia, otros siete magistrados se abstuvieron de participar en la Asamblea General y, por lo tanto, en el proceso de elección de la nueva Presidenta del Tribunal Constitucional únicamente participaron seis magistrados, entre los que se encontraban, precisamente, los tres controvertidos que habían podido asumir sus funciones gracias a una decisión de la misma en el día anterior.

[374] Recomendación (UE) 2017/146, apartados 59 y 60.

para controlar la legalidad de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional y, por tanto, determina que no puede garantizar su publicación automática; suponiendo, como señalamos anteriormente, la conversión de un acto debido en un control material[375]. Como bien ha apuntado la Comisión Europea al respecto, esta dinámica constituye una vulneración del Estado de Derecho y, más concretamente, de los principios de legalidad y de separación de poderes[376].

Sin embargo, el bloqueo de la actividad del Tribunal Constitucional y el recorte de sus competencias desapareció en el preciso instante en que dicha institución contó con una mayoría de miembros adeptos al régimen iliberal, es decir, cuando habían asegurado la *lealtad* de dicha institución a los fines iliberales. Como afirma Sadurski (2019a: 75), prácticamente se produjo una restauración del *status quo* anterior respecto del Tribunal, ya que en la práctica fueron suprimidas todas las reformas que PiS había llevado a cabo entre 2015 y 2016. La conclusión que podemos extraer de esta dinámica es la siguiente: el iliberalismo polaco no rechaza la existencia de otras instituciones, sino que en verdad lo que pretende negar es que dichas instituciones no estén controladas por ellos mismos, suponiendo en el fondo una vulneración del principio de separación de poderes. Cuando la institución había sido colmada con magistrados leales al régimen iliberal de Polonia, el bloqueo institucional carecía de sentido y, por ende, también las reformas realizadas, ya que impedían que el Tribunal Constitucional –ya capturado— pudiera servir como un instrumento para sus objetivos. Para dar fe de la instrumentalización de esta institución, Sadurski (2019a: 79-82) utiliza a modo de ejemplo las sentencias de 20 de junio de 2017, sobre el Consejo Nacional del Poder Judicial, de 24 de octubre de 2017, sobre el Tribunal Supremo, y de 16 de marzo de 2017, sobre la ley de manifestaciones; ya que en ellas el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de las reformas propuestas por PiS, actuando como elemento de legitimación –con apariencia de juridicidad— del modelo de Estado iliberal que Kacziński está instaurando en Polonia, como también ha ocurrido, más adelante, con la declaración de inconstitucionalidad del aborto eugenésico[377].

[375] Recomendación (UE) 2017/146, apartado 15. Las sentencias se publicaron el 5 de junio de 2018, gracias a las presiones ejercidas por las instituciones europeas, pero en su publicación se especificaba que estas no tendrían efectos porque analizaban leyes que ya no estaban en vigor.

[376] La COM(2017) 835 final, de 20 de diciembre de 2017, propuesta de decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia, apartado 100.

[377] Resulta preocupante la reforma introducida en el Código Penal para endurecer más aún las condiciones para la realización legal de un aborto. Debemos partir de la base de que en Polonia existe un sistema de tipo causal, por lo que únicamente se admite el aborto en tres supuestos: malformación del feto,

La mejor forma de revelar las intenciones encubiertas de estas reformas iliberales consiste en recurrir a los análisis cuantitativos. Nos parecen imprescindibles y reveladores los datos incluidos en el trabajo de Matczak (2020: 424), que nos muestran un supuesto, relativo al magistrado M. Zubik, que hasta el momento en que J. Przyłębska fue nombrada Presidenta del Tribunal Constitucional había participado en una media anual de 57 casos, -durante el periodo 2010-2016— pero que en el año 2017 no fue designado para conocer de ninguno de los asuntos que habían sido planteados ante el Tribunal Constitucional[378]. Asimismo, se ha producido una relevante reducción del número de asuntos presentados, así como del número de sentencias dictadas, que en algunos casos llega a superar el 50 % (Sadurski, 2019b: 11). Uno de los significados que se pueden extraer de estos datos se corresponde con un descenso de la confianza de los actores del sistema en la institución, de modo que se habría erosionado su legitimidad.

Siguiendo la misma dinámica que en el iliberalismo húngaro, el régimen polaco identificó como el segundo de sus obstáculos al Poder Judicial. Una vez finalizada la captura –entendiendo como tal el bloqueo institucional y posterior conversión en factor de legitimación de las reformas iliberales— del Tribunal Constitucional, consiguieron salvar la imposibilidad de reformar la Constitución, pues la nueva composición de dicha institución impide que en la práctica se declare la inconstitucionalidad de las normas que son aprobadas por el régimen iliberal, aunque el contenido de estas sea manifiestamente contrario al tenor literal de la propia Constitución de 1997. Esto es, capturando el Tribunal Constitucional obtuvieron una suerte de *carta blanca* para proseguir la reforma en el ámbito de la legislación ordinaria y, por ello, para asegurarse de eliminar cualquier tipo de resistencia en la aplicación de dichas normas en el ámbito de la justicia ordinaria,

riesgo para la vida de la madre y violación; pues la inconstitucionalidad del *aborto por razones sociales* fue declarada por el Tribunal Constitucional en la sentencia K 26/96. Esta reforma fue presentada por PiS en abril de 2019, pero antes de que fuera definitivamente adoptada, el Tribunal Constitucional declaró –en la Sentencia de 22 de octubre de 2020, K 1/20— la inconstitucionalidad del aborto eugenésico, es decir, aquel que se practica cuando existen malformaciones en el feto. Este pronunciamiento trae causa de la moción que presentaron dos miembros de PiS en otoño de 2019 –y que fue apoyada por los miembros de otros partidos conservadores— para que el Tribunal Constitucional verificase la compatibilidad de este tipo de aborto con el derecho a la vida, contenido en el artículo 38 de la Constitución. Esta reforma ha sido identificada por el Parlamento Europeo como una prohibición de facto del derecho de aborto en Polonia, como podemos ver en la Resolución de 26 de noviembre de 2020, 2020/2876(RSP). Para un análisis más detallado de la problemática, podemos acudir a la contribución de Gliszczyńska-Grabias y Sadurski (2021), que concluyen que esta sentencia es una decisión novedosa que no continúa la jurisprudencia previa y que, por tanto, supone una usurpación del poder legislativo por parte del Tribunal Constitucional a través de una actitud que califican como activismo judicial.

[378] La facultad para decidir –en cada asunto— qué miembros van a componer las formaciones del Tribunal Constitucional le corresponde a la persona que ocupe su presidencia (Sadurski, 2019c: 71).

procedieron a reformar el Poder judicial. En este sentido podemos traer a colación las palabras de Krzywoń (2020a: 90), ya que este autor ha señalado que las reformas llevadas a cabo por el iliberalismo polaco se produjeron a través de la ley ordinaria, y que esto fue posible gracias a la previa inutilización del Tribunal Constitucional, ya que les permitió introducir cambios de naturaleza constitucional sin la necesidad de una previa reforma constitucional en sentido formal[379]. La mayor de las muestras del nuevo rol asumido por el órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las normas, convertido en factor de legitimación de las reformas iliberales, se encuentra en las sentencias dictadas en los asuntos P 7/20 y K 3/21, ya que en las mismas declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos del Derecho originario de la Unión Europea[380]. Aunque somos conscientes de que este conflicto tiene una importancia capital en el ámbito de la integración europea, diferimos su análisis hasta el Capítulo V, después de que hayamos expuesto, asimismo, cuál ha sido la respuesta de las instituciones de la Unión Europea ante el reto iliberal.

Este último hecho no solo muestra la firme intención del iliberalismo polaco de no doblegarse ante las exigencias europeas y, concretamente de los Tratados constitutivos, sino que, además, nos revela la debilidad inherente al ordenamiento jurídico europeo, pues en la medida en que *de facto* la ejecución del Derecho europeo depende enteramente de la cooperación de las autoridades nacionales, la declaración de inconstitucionalidad de varios preceptos de los Tratados por parte del intérprete supremo de la constitucionalidad de uno de los Estados miembros, inevitablemente nos lleva a pensar que en este último no va a ser posible –o al menos se va a convertir en una tarea extremadamente difícil— garantizar la aplicabilidad del Derecho de la Unión Europea.

La *iliberalización* del Poder judicial comenzó con la aprobación de tres normas: la Ley que modifica la Ley sobre la Escuela Nacional de la Judicatura y la Fiscalía, la Ley sobre la Organización de los Tribunales Ordinarios y algunas otras leyes, de 27 de julio de 2017; la Ley sobre el Tribunal Supremo, de 8 de diciembre de 2018; y la Ley que modifica la Ley del Consejo Nacional del Poder Judicial y otras leyes conexas, también de 8 de diciembre de 2018[381].

[379] Este autor cita, a su vez, la obra de Bernatt y Ziółkowski (2019).

[380] Los artículos 4.3 y 279 del TFUE y 19.1 del TUE. En la misma línea, el Tribunal Constitucional declaró poco tiempo después –Sentencias dictadas en los asuntos K 6/21 y K 7/21— la inconstitucionalidad del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[381] En un primer momento el Presidente Duda vetó las dos últimas leyes como consecuencia de las masivas protestas ciudadanas. Sin embargo, el contenido esencial de ambas continuó permaneció en el texto

En primer lugar, nos referiremos al Consejo Nacional de la Judicatura (Krajowa Rada Sądownictwa, KRS). Las normas sobre la composición de dicha institución están previstas en el primer apartado del artículo 187 de la Constitución polaca: contará con tres miembros natos (Primer Presidente del Tribunal Supremo, Ministro de Justicia, Presidente de la Corte Suprema Administrativa) y un miembro que será designado por el Presidente de la República; quince jueces elegidos de entre los magistrados del Tribunal Supremo y los Tribunales ordinarios, administrativos y militares; y cuatro miembros elegidos por la Cámara de los Diputados de entre sus diputados y dos miembros elegidos por el Senado de entre sus senadores. En total son veinticinco los miembros que integran el Consejo Nacional de la Judicatura y, entre ellos, los quince miembros que son jueces pero que no son miembros natos (subapartado 2) habían sido elegidos, tradicionalmente, por los propios jueces. Sin embargo, las reformas iliberales han modificado la normativa, de modo que actualmente la designación de veintitrés de los veinticinco miembros será de origen político –por mayoría simple en la Cámara de los Diputados[382]— y, por ello, una institución que –según lo dispuesto en el artículo 186.1 de la Constitución— tiene como objetivo salvaguardar la independencia de jueces y tribunales únicamente contará, como representación *asegurada* del estrato jurisdiccional, con dos de los miembros natos que obligatoriamente deben ser jueces[383]. Nos encontramos ante lo que se conoce como *constitutional hardball*, puesto que se estaría deformando una convención constitucional aceptada tradicionalmente para favorecer los intereses del partido de gobierno.

La reforma señalada contraría algunos de los estándares internacionales que se han establecido respecto de este tipo de institución. Por ejemplo, la Recomendación (2010)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha señalado que «no menos de la mitad de los miembros de los consejos del poder judicial deben ser jueces seleccionados por sus homólogos de entre todos los niveles del sistema judicial y con respeto del pluralismo

de las normas que fueron aprobadas finalmente y, por tanto, entendemos que este movimiento se configuró como una maniobra meramente cosmética.

[382] Sadurski (2019a: 101) advierte que, aunque la nueva ley requiere en un primer momento mayoría de tres quintos para la elección de los quince miembros *judiciales* del Consejo Nacional de la Judicatura, subsidiariamente se prevé la elección por mayoría simple. Teniendo en cuenta el contexto político polaco, ante la imposibilidad de que la oposición alcance la mayoría de tres quintos, de facto será la mayoría simple la regla que se utilizará y, por tanto, será lo habitual –aunque esté previsto con carácter subsidiario— que *PiS* designe en solitario los quince miembros correspondientes a esta vía.

[383] El Primer Presidente del Tribunal Supremo y el Presidente de la Suprema Corte Administrativa. Pero, teniendo en cuenta las reformas legislativas que veremos más adelante, incluso los miembros natos podrán ser colmados con seguidores del iliberalismo.

interno del sistema judicial»[384]. Aunque encontramos en el ámbito del Derecho comparado múltiples configuraciones de este tipo de instituciones, en el caso del iliberalismo polaco la gravedad de la reforma del Consejo Nacional de la Judicatura radica en el contexto en el que se ha realizado la misma, así como en el sistema constitucional en que se inserta. A pesar de que el artículo 187.3 de la Constitución polaca establece que el mandato de los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura ha de ser de cuatro años, la nueva ley adoptada por *PiS* establecía la extinción forzosa del mandato de los miembros que lo componían en aquel momento. La transgresión frontal de un precepto de la Constitución nos revela el verdadero objetivo de la reforma: suprimir de facto –a través de un cambio radical en cuanto a su composición— el obstáculo que suponía una institución que tiene el mandato constitucional de salvaguardia de la independencia de los jueces y tribunales. La falta de independencia del Consejo Nacional de la Judicatura que resultó de tal reforma se consideró de tal magnitud que dicha institución fue expulsada el 28 de octubre de 2021 de la Red Europea de Consejos de Justicia – Poder Judicial[385].

Cuando llegó mayo de 2022, momento en que correspondía la renovación de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, se produjeron numerosos boicots por parte de las asociaciones judiciales y jurídicas en general. Sin embargo, en la práctica el resultado de esta elección se corresponde con que los quince nuevos miembros que deben ser designados a través de la vía en cuestión –entre los cuales once han sido reelegidos— han sido propuestos por la mayoría parlamentaria de la que goza el partido iliberal.

En segundo lugar, analizaremos la reforma del Tribunal Supremo. El movimiento más llamativo a este respecto se corresponde con la reducción de la edad de jubilación forzosa de sus miembros, además de que esta fuera acompañada con la competencia del Presidente de la República para decidir discrecionalmente, previa solicitud de los jueces, para decidir si estos podían continuar o no en su cargo. La traducción de esta reforma en la práctica se produjo con la destitución de un tercio de los jueces del Tribunal Supremo. Como resultado de las presiones ejercidas por la Comisión Europea, esta normativa fue modificada en un punto muy concreto, añadiendo una *garantía* respecto de la decisión

[384] Recomendación CM/Rec (2010)12 del Comité de Ministros (del Consejo de Europa) sobre los jueces: independencia, eficiencia y responsabilidad, apartado 27.

[385] Siguiendo la propuesta previa cuyo contenido puede ser consultado en la siguiente página web: https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INTERNACIONALES/CONSEJO%20CONSULTIVO%20DE%20JUECES%20EUROPEOS/INFORMES%20CCJE/FICHERO/202109%20ENCJ%20Propuesta%20Com%20Ejec%20expulsion%20KRS.pdf.

del Presidente de la República sobre la capacidad del juez solicitante para continuar en su puesto de trabajo, que se corresponde con la necesidad de que el Presidente pida un dictamen al Consejo Nacional de la Judicatura. La *irónica* cursiva del término garantía tiene una explicación muy sencilla: en primer lugar, porque el señalado dictamen no tiene naturaleza vinculante y, por tanto, la decisión del Presidente a este respecto continuaría siendo de lo más discrecional; y, en segundo lugar, aunque este dictamen fuera vinculante, debemos ser conscientes de que el Consejo Nacional de la Judicatura, como hemos visto, ha sido *capturado* por el partido de Kaczyński y, como consecuencia, no puede esperarse que dicha institución favorezca la prórroga de aquellos jueces del Tribunal Supremo que no comulguen con la dirección marcada por el partido de Gobierno. Para ejemplificarlo, Sadurski (2019a: 107) nos apercibe de que únicamente cinco de los veintisiete jueces del Tribunal Supremo a los que afectó esta reforma pudieron mantenerse en el cargo.

Las reformas también abarcaron el procedimiento de nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo, permitiendo que las incorporaciones más recientes propongan al menos a uno de los candidatos para este cargo[386]. Teniendo en cuenta que el Presidente de la República es el encargado de escoger –de entre los candidatos propuestos— al nuevo Presidente del Tribunal Supremo, bastaría con que los jueces recientemente nombrados consiguieran proponer a uno de los candidatos para que, en la práctica, ocupe este cargo un juez que sea simpatizante del régimen iliberal. Pero no solo modificaron la estructura, sino que también determinaron la creación de dos nuevas salas en el Tribunal Supremo, cuyos miembros serán elegidos por un sistema que favorece la entrada de los que se muestren cercanos al régimen iliberal: la primera, que fue denominada *Sala de Revisión Extraordinaria y Asuntos Públicos*, tiene entre sus competencias la determinación de la legalidad de las elecciones y la revisión de cualquier sentencia dictada por los tribunales polacos en los últimos veinte años[387]; y la segunda, bautizada como *Sala Disciplinaria*, que recibiría más de un cuarenta por ciento del presupuesto total que está previsto para el

[386] A través de un aumento del número de candidatos –de dos a cinco— y una flexibilización de los criterios de elegibilidad.

[387] Esta competencia, que en principio estaba limitada a los tres años siguientes desde que entró en vigor la ley que prevé la creación de esta nueva Sala, respecto de la cual únicamente se prevén algunas excepciones, ha sido extendida hasta el 3 de abril de 2023 a través de la aprobación del proyecto de ley de 30 de marzo de 2021 por el que se modifica la Ley del Tribunal Supremo.

Tribunal Supremo como institución global (Sadurski, 2019a: 110-112), tendría como fin conocer de los procedimientos de responsabilidad que sean iniciados contra los jueces[388].

Aunque la actividad de esta Sala Disciplinaria fue suspendida durante un tiempo por las exigencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[389], fue retomada poco después como resultado de las nuevas reformas, pues la Ley de 20 de diciembre de 2019, por la que se modifican las leyes de organización de los tribunales ordinarios, el Tribunal Supremo y otras leyes, ha conferido a la Sala Disciplinaria la competencia de suspender la inmunidad de los jueces cuando se incoen procedimientos penales contra ellos. Y no solo ha retomado su actividad, sino que lo ha hecho con gran *diligencia*, pues como señala el Informe sobre el Estado de Derecho de 2021 –capítulo relativo a Polonia— en un mes –del 14 de febrero, cuando entraba en vigor dicha norma, al 15 de marzo— ha examinado más de cuarenta propuestas, que han desembocado en más de diez casos en la reducción del salario de los jueces afectados[390]. Finalmente, el Tribunal de Justicia determinó que el régimen disciplinario de los jueces en Polonia era del todo incompatible con el Derecho de la Unión Europea[391]. Tras las presiones de la Unión Europea, no solo de tipo judicial, sino también por las concesiones que le fueron exigidas para continuar recibiendo los fondos europeos –tanto generales, como las ayudas para la gestión del COVID-19— Polonia se comprometió a eliminar la Sala Disciplinaria; pero a cambio ha creado una *Sala de Responsabilidad Civil*, que –en la práctica— posee competencias equivalentes a la anterior Sala Disciplinaria. Nos encontramos, por tanto, ante una más de las maniobras de tipo cosmético que han sido realizadas por el régimen iliberal polaco para acallar las críticas que provienen de las instituciones europeas y del panorama internacional, pero, verdaderamente, estas no suponen cambio alguno.

[388] El Informe sobre el Estado de Derecho en 2021, Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en Polonia [SWD(2021) 722 final], advierte que esta normativa impide a los jueces polacos, incluso bajo amenaza de iniciar un procedimiento disciplinario, la aplicación directa del Derecho de la Unión Europea que protege la independencia judicial, así como proscribe el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

[389] A través del auto del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de abril de 2020, *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277.

[390] Debemos tener en cuenta que un nivel adecuado de retribución salarial ha sido considerado por el Tribunal de Justicia en Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, para. 45, como uno de los aspectos esenciales de la inamovilidad judicial, señalando que «el hecho de que estos perciban un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen constituye una garantía inherente a la independencia judicial».

[391] Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2021, *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

Como ha afirmado la Comisión Europea, la reforma del marco jurídico en el que se inserta el Tribunal Supremo «menoscaba, en sí mismo, la confianza en el sistema judicial polaco y no es acorde con el espíritu de cooperación leal entre las instituciones del Estado que debe caracterizar a un Estado democrático regido por el Estado de Derecho»[392].

En tercer lugar, respecto de los Tribunales ordinarios la reducción de la edad de jubilación forzosa no se produjo de manera uniforme, sino que de los 67 años iniciales bajó a 65 en el caso de los hombres y a 60 respecto de las mujeres[393]; teniendo en cuenta que en este caso la facultad discrecional para decidir sobre la solicitud de prórroga le corresponde al Ministro de Justicia. Como han señalado Chmielarz-Grochal y Sulkowski (2021: 311), en apenas medio año –del 12 de agosto de 2017 al 12 de febrero de 2018— fueron despedidas 158 personas, el Ministro de Justicia nombró 229 nuevos presidentes y vicepresidentes de tribunales ordinarios y estos cambios afectaron a la mitad de los tribunales de apelación y de los tribunales de distrito. Por ello, no solo debemos fijarnos en el número de jueces que fueron destituidos –y sustituidos— en la organización de los Tribunales ordinarios, sino que, además, considerando cómo funciona la carrera judicial, hemos de tener presente que los puestos de mayor *relevancia* suelen estar ocupados por jueces de mayor edad, por lo que también habrá que incluir en nuestro análisis el tipo de puestos que ocupaban los jueces destituidos. Asimismo, el Ministro de Justicia fue dotado de la competencia para el cese y nombramiento, sin motivación, de cualquier presidente de un Tribunal en el plazo de tres meses desde la publicación de dicha norma (Sadurski, 2019a: 114-115). Esta facultad fue duramente criticada por las instituciones europeas[394] y, como resultado, se introdujo –de nuevo— como *garantía* la necesidad de autorización por parte del Consejo Nacional de la Judicatura. La traducción práctica de esta facultad en manos del Ministro de Justicia se halla en el reemplazamiento de la quinta parte de los presidentes y vicepresidentes de los Tribunales, entre los que se encontraban aquellos de

[392] Recomendación (UE) 2017/1520 de la Comisión, de 26 de julio de 2017, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374 y (UE) 2017/146, apartado 43.

[393] Al respecto se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 5 de noviembre de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios)*, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, en la que ha declarado que «La República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 157 TFUE y de los artículos 5, letra a), y 9, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, al establecer [...] una edad de jubilación diferente para las mujeres y los hombres que desempeñan el cargo de juez en los tribunales ordinarios y en el Sąd Najwyzszy (Tribunal Supremo, Polonia) o el cargo de fiscal».

[394] Recomendación (UE) 2017/1520 de la Comisión, apartados 31 a 34.

diez de los once Tribunales de apelación. Por tanto, siguiendo la citada estrategia no solo han conseguido nombrar un gran número de jueces que le sean leales, sino que, además, han *capturado* casi la totalidad de los órganos jurisdiccionales encargados de supervisar la actividad de los Tribunales ordinarios.

Adicionalmente, las reformas han colocado al Ministro de Justicia en la cúspide de la nueva jerarquía en el ámbito disciplinario[395]. La situación se agrava más aún al prestar atención a la fusión del cargo, como Ministro de Justicia y, por tanto, parte del Gobierno, con el de Fiscal General y, por tanto, parte del Poder Judicial[396]; teniendo en cuenta que como resultado de las reformas todos los fiscales han quedado subordinados al último[397]. En conjunto, la reforma en relación con esta figura supone una inadmisible vulneración del principio de separación de poderes, pues se trata de una flagrante injerencia del poder ejecutivo en el funcionamiento del poder judicial. Se puede observar la gravedad de esta situación en las consecuencias prácticas que han tenido las reformas, como la apertura de procedimientos disciplinarios a varios jueces como consecuencia del contenido sustantivo de sus sentencias o por haber presentado una cuestión prejudicial ante el TJUE; así como con la posibilidad de admitir aquellas pruebas que, siguiendo la Teoría del Derecho Penal, deberían ser consideradas *frutos del árbol envenenado* por haberse obtenido mediante la vulneración de derechos fundamentales (Drinóczy y Bień-Kacala, 2019a: 1146).

En definitiva, a través del conjunto de reformas que hemos recogido en los párrafos anteriores se ha producido una dominación absoluta del poder ejecutivo respecto de los elementos centrales del poder judicial –nombramientos, régimen disciplinario, salarios o la existencia de un Ministro de Justicia que es al mismo tiempo el Fiscal General— y, como resultado, podemos decir que el Poder Judicial ha seguido la misma suerte que el Tribunal Constitucional. El iliberalismo polaco no pretende la supresión de los elementos

[395] Por ejemplo, como señalábamos, puede reducir el salario de los Presidentes de los Tribunales si uno de los superiores formula una queja.

[396] La operación ha sido criticada por la Comisión de Venecia en su dictamen CDL-AD(2017)028. En el ámbito de la Unión Europea, el Informe sobre el Estado de Derecho de 2021 –capítulo de Polonia— señala que todas las funciones adquiridas a través de esta fusión por el Ministro de Justicia/Fiscal General han sido utilizadas para castigar a aquellos fiscales que se han manifestado en contra de la nueva regulación. Asimismo, resulta importante señalar que estos efectos se extienden también a los abogados en ejercicio, que pueden ser privados temporalmente de su licencia profesional por los fiscales sin el consentimiento previo del tribunal, pues, aunque en *de iure* pueden interponer un recurso judicial frente a dicha suspensión, *de facto* es tanto el tiempo que transcurre desde la interposición hasta que el mismo se resuelve que pueden verse enormemente perjudicados.

[397] Si bien es cierto que la institución del ministerio fiscal está caracterizada por cierto componente de jerarquía, lo que no casa bien con la estructura de la misma –y la necesaria independencia del sistema— es que en su cúspide se encuentre un miembro del gobierno, como es el caso del Ministro de Justicia.

de limitación del poder, sino que, como ya hemos apuntado, la incapacidad para reformar la Constitución hace necesario que las mismas instituciones que capturan ser utilizadas, una vez que sus miembros –todos o en su gran mayoría— son simpatizantes del régimen, como elemento de legitimación de las reformas iliberales[398].

En otra sede nos referíamos a *otros indicadores iliberales* para señalar aquellas reformas concretas que han contribuido al triunfo de la estrategia que hemos expuesto (Barroso Márquez, 2020b: 43). Entre ellos, apuntábamos a la utilización torticera de las reglas parlamentarias para disminuir la participación de los partidos de oposición y, así, desvirtuar –más aún— el pluralismo político; la reforma del modelo de función pública, porque –según PiS— «era importante contratar nuevos empleados públicos que se *identificaran* con las políticas del Gobierno, para asegurar su apoyo»; la reforma del régimen electoral para aumentar el control del poder ejecutivo sobre este procedimiento; la desvirtuación de la independencia de los medios de comunicación[399]; y el control de algunos elementos imprescindibles para el adecuado funcionamiento de la sociedad civil, como ocurrió respecto de la financiación de las ONG's –aunque las reformas propuestas por el régimen iliberal en este sentido no triunfaron, gracias a las presiones del Defensor del Pueblo y de las mismas organizaciones— o del derecho de manifestación, puesto que, pese a que su regulación fue reformada en un sentido restrictivo –y claramente contrario a la jurisprudencia previa al respecto[400]— su validez fue confirmada por el –capturado—

[398] Para comprender esta dinámica podemos utilizar un ejemplo práctico y ciertamente esclarecedor. En el artículo 32 de la Constitución polaca establece una garantía general de la igualdad, pues señala en su apartado primero que «Todos serán iguales ante la ley. Todos tendrán derecho a un tratamiento igual por los poderes públicos» y, en su apartado segundo, que «Nadie será discriminado en la vida política, social o económica por razón alguna». Teniendo esto en cuenta, vamos a ver qué ocurrió en Polonia en el año 2020. Cuando comenzaron a circular por la vía pública varios camiones con eslóganes homófobos que llegaban a relacionar la homosexualidad con la pedofilia, si tenemos en cuenta el artículo 32 de la Constitución casi resulta lógico la respuesta, esto es, que supone una vulneración del derecho la igualdad inadmisible desde el punto de vista de la libertad de expresión; pero, nada más lejos de la realidad, un Tribunal de Breslavia estimó que este tipo de campañas se encuentran bajo el amparo de la libertad de expresión –y, por tanto, resultan admisibles— por su *carácter educativo* (Barroso Márquez, 2021a: 201). Esto debe ser puesto en el contexto adecuado, pues el propio Ministro de Educación –y miembro del partido iliberal— ha calificado la ideología LGTBI como «corrupción, depravación y comportamiento totalmente inmoral».

[399] En el Informe sobre el Estado de Derecho de 2021 –capítulo de Polonia— se ha señalado que la publicidad del Estado parece ser adjudicada principalmente a aquellos medios de comunicación que son considerados favorables al Gobierno, así como que han crecido exponencialmente los medios privados que son progubernamentales y la concesión de ayudas está caracterizada por una elevada falta de transparencia. Krzywoń (2022: 179-180) ha puesto de manifiesto que los medios privados se han visto sometidos a una presión política muy fuerte en el ámbito económico, a través de lo que se conoce como *subsidized speech* (Shinar, 2021).

[400] En la Ley de 13 de diciembre de 2016 se crearon las *manifestaciones cíclicas* –que, en la práctica, teniendo en cuenta los requisitos que existen para su convocatoria, se correspondían únicamente con las que pueden ser organizadas por dirigentes del partido iliberal— y subordinaron las demás manifestaciones a la celebración de las primeras. Como resultado, todas aquellas manifestaciones que resulten contrarias a

Tribunal Constitucional. Todo el proceso ha sido desarrollado con detalle en la magnífica obra de Sadurski (2019a: 132-153) y, por esta razón, entendemos que no es necesario exponerlas aquí con el mismo grado de concreción.

A continuación, nos referiremos a la respuesta de Polonia a la crisis pandémica, teniendo en cuenta que este análisis será de gran utilidad para el estudio comparado que realizaremos en el siguiente apartado. Utilizando como punto de partida la configuración que con carácter general tienen los poderes de emergencia en Polonia[401], nos centraremos en aquellos aspectos que resulten más relevantes a los efectos de nuestro análisis.

El artículo 228.7 de la Constitución de Polonia establece un periodo preventivo de noventa días –desde que finalizan las medidas extraordinarias— en el que no se podrá disolver anticipadamente la Cámara de los Diputados ni celebrar referendos nacionales, así como tampoco se podrán celebrar elecciones a la Cámara de los Diputados, al Senado, a los órganos del Gobierno autónomo local –salvo que en su concreto ámbito territorial no se hayan introducido estas medidas de excepción— ni a la Presidencia, previendo la prolongación de sus mandatos si fuera necesario. Únicamente se prevé la posibilidad de que el Presidente dicte normas con fuerza de ley durante la ley marcial –artículo 234— y este régimen es incompatible con el supuesto que aquí estudiamos. Con carácter general –artículo 228.3— se establece que el funcionamiento de los órganos estatales y el grado de restricción de los derechos y libertades de los ciudadanos durante la adopción de las medidas de excepción serán establecidos por ley. Hemos de tener presente, asimismo, que las leyes reguladoras de los estados de emergencia no tienen *carta blanca* respecto de la limitación de los derechos y libertades de los ciudadanos, sino que el artículo 233.1 establece una serie de limitaciones[402].

---

los intereses del partido de Gobierno podrán ser suspendidas con gran facilidad, con la convocatoria de una manifestación cíclica en la misma fecha (Sadurski, 2019a: 151-153).

[401] El Capítulo XI de la Constitución prevé tres posibles medidas para afrontar las situaciones de emergencia: la ley marcial, el estado de excepción y el estado de desastre natural. Las limitaciones previstas al respecto van en el sentido de la proporcionalidad y son tendentes a la recuperación del *statu quo* previo a la crisis. Asimismo, incluye mecanismos de defensa institucional como la mención de algunas materias cuya reforma está vetada mientras esté en vigor alguno de los estados de emergencia citados (como ocurre respecto de la Constitución, el régimen electoral o las propias leyes de emergencia). En cuanto a la elección de uno u otro tipo de estado de emergencia, la Constitución polaca prevé un régimen casuístico, por lo que esta dependerá de las circunstancias del caso concreto; y, en concreto, debemos tener en cuenta que, pese a que ninguna de ellas encajaba totalmente con las características de la crisis del COVID-19, resultaba más adecuada la declaración del estado de desastre natural, ya que las otras dos se refieren a amenazas bélicas (ley marcial) y al orden constitucional (estado de excepción).

[402] No se podrán restringir los contenidos en los arts. 30 (dignidad de la persona); 34 y 36 (ciudadanía); 38 (protección de la vida); 39, 40 y 41. 4 (trato inhumano); 42 (exigencia de responsabilidad criminal); 45

Todas estas circunstancias no resultaban favorables para los fines del iliberalismo: por un lado, estaban próximas las elecciones presidenciales y era posible que una mala gestión de la crisis pandémica supusiera una diminución de votos al partido; y, por otro, la declaración del estado de desastre natural, que era el más adecuado de los tres señalados para responder a la crisis derivada del COVID-19, no llevaba aparejada la atribución de facultades legislativas al Gobierno. Como consecuencia, la utilización de las medidas de emergencia previstas en la Constitución no suponía beneficio alguno para el iliberalismo, sino que, por el contrario, podría suponer un obstáculo en la próxima campaña electoral. Resulta lógico, por tanto, que Kaczyński anunciara desde un principio que no recurriría a las medidas constitucionales de excepción, sino que utilizaría un régimen legal ordinario, denominado *estado de epidemia*, que fue declarado el 20 de marzo de 2020.

El Gobierno polaco, tomando en consideración sus y objetivos iliberales, tenía una clara preferencia por un modelo basado en las leyes ordinarias por dos motivos distintos (Drinóczi y Bień-Kacała, 2020a)[403]. El primero, de carácter general, consistía en evitar el régimen constitucional más rígido y con más garantías individuales y procedimentales[404], tratando de alcanzar una mayor discrecionalidad, también respecto del marco temporal, ya que el estado de epidemia no tiene límites temporales y su declaración –prórroga— no exige la participación del Parlamento. Asimismo, estas autoras señalan que se pretendía eludir las consecuencias de las disposiciones constitucionales sobre la compensación de daños durante el estado de desastre natural. Como hemos mencionado con carácter previo,

(acceso a los Tribunales); 47 (derechos personales); 53 (conciencia y religión); 63 (peticiones); y 48 y 72 (familia y niños). Esta limitación es complementada, además, por el apartado segundo, que prohíbe aquellas limitaciones de los derechos y libertades que estén basadas en motivos de raza, sexo, lengua, religión, condición social, origen o propiedad. En sentido contrario, el artículo 233.3 de la Constitución prevé de manera expresa aquellos derechos y libertades que sí podrán ser restringidos por las leyes que impongan las medidas de excepción: los artículos 22 (libertad de actividad económica); 41.1, 3 y 5 (libertad personal); 50 (inviolabilidad del domicilio); 52.1 (libertad de movimiento y el estancia en el territorio de Polonia); 59.3 (derecho de huelga); 64 (derecho de propiedad); 65.1 (derecho al trabajo); 66.1 (derecho a condiciones seguras e higiénicas en el trabajo); y 66.2 (derecho al descanso).

[403] En esta misma dirección, Krzywoń (2020b: 250) ha señalado que son tres factores los principales responsables de esta decisión del iliberalismo polaco. En primer lugar, la elusión del régimen constitucional que suponía un marco jurídico más rígido, pues como hemos visto su declaración suponía mayores garantías individuales y procedimentales, de modo que la utilización de la ley ordinaria para hacer frente a la crisis pandémica proporcionó una mayor discrecionalidad al régimen iliberal. En segundo lugar, gracias a la estrategia señalada consiguieron evitar las consecuencias de los preceptos constitucionales que prevén la compensación de daños durante el estado de desastre natural. En tercer y último lugar, como veremos más detenidamente en los párrafos siguientes, el partido de Kaczyński quería evitar a toda costa el aplazamiento de las elecciones presidenciales previstas para el 20 de mayo de 2020, y esto era ineludible si declaraba cualquiera de los tres estados de emergencia previstos en la Constitución. Dicha actuación ha sido calificada por el autor como una «evasión de las normas fundamentales» (*actum in fraudem constitutionem*).

[404] Como advierte Greene (2020: 60), la falta de utilización de las previsiones constitucionales sobre los estados de emergencia provocaría la destruyendo del *shielding effect* de las mismas.

la declaración del estado de desastre natural implicaría la prohibición constitucional de celebrar estas elecciones durante este periodo y los 90 días siguientes a su finalización; y el Gobierno y la mayoría parlamentaria querían evitar a toda costa el aplazamiento de las elecciones presidenciales, ya que, durante los primeros momentos de la crisis pandémica, el Presidente de la República —su aliado político— gozaba de un amplio apoyo social.

Lo más relevante para nuestro análisis no es tanto lo que el Gobierno iliberal hizo para afrontar la crisis pandémica, sino aquello que no hizo y, especialmente, los motivos por los que no lo hizo. Por esta razón, así como porque podemos encontrar una exposición detallada de las medidas adoptadas por el Gobierno polaco para afrontar el COVID-19 en una contribución específica (Barroso Márquez, 2020b: 47-51); entendemos que en esta obra basta con hacer referencia a los hitos de la respuesta. Por ejemplo, el nuevo sistema de votación en sede parlamentaria, que permitía la votación telemática, fue utilizado para agrupar en dos bloques las enmiendas: el primero contenía todas las que había realizado el Gobierno, siendo aprobadas en su totalidad; y el segundo recogía las enmiendas provenientes de los partidos de la oposición y, por tanto, fueron rechazadas en su totalidad y sin debate alguno (Serowaniec y Witkowski, 2020: 158). Aunque fueron varias las propuestas del Gobierno para lograr que pudieran celebrarse las elecciones presidenciales que inicialmente estaban previstas para el 10 de mayo de 2020[405], todas ellas fracasaron y, como consecuencia, acabaron proponiendo la atribución al Presidente de la Cámara de los Diputados de la facultad de posponer la fecha de las elecciones a causa de la pandemia, siempre que con la nueva fecha elegida respeten los límites constitucionales existentes[406]. La adopción del nuevo Código Electoral –que preveía en el artículo 19 esta facultad del Presidente de la Cámara de los Diputados para posponer las elecciones— tuvo lugar el 8 de mayo de 2020, lo que supone una reforma de la regulación del procedimiento electoral tan solo dos días antes de la fecha en la que inicialmente estaban previstas las elecciones presidenciales (Serowaniec y Witkowski, 2020: 164). Esto supone una clara vulneración de la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional recogida en la sentencia K 9/11, de 20 de julio de 2011, que establece la imposibilidad de modificar el derecho electoral

[405] Primero propusieron un sistema mixto, permitiendo tanto el voto presencial como el telemático (por correo postal). Esta iniciativa fracasó como consecuencia de las presiones de la oposición y de varios diputados cercanos al Primer Ministro y, aunque propusieron poco después un sistema único telemático, este tampoco prosperó.

[406] El artículo 128.2 de la Constitución exige que la celebración de las elecciones presidenciales se produzca «no antes de cien días y no después de setenta y cinco días desde la expiración del mandato del actual Presidente».

seis meses antes de la fecha de las elecciones (Krzywoń, 2020b: 253); pero, además, teniendo en cuenta la regulación general de los poderes de emergencia que hemos visto, dicho movimiento habría sido imposible en el caso de que estos hubieran sido utilizados, ya que se proscribe expresamente la reforma de las leyes electorales durante el tiempo en el que los estados de emergencia se encuentren activos.

Sobre la base de esta reforma electoral se produjo –por primera vez en la historia de Polonia— el aplazamiento de unos comicios a través de la Resolución 129/2020 de la Comisión Estatal de Elecciones. El 11 de mayo el partido de Kaczyński propuso una nueva ley mediante un procedimiento *ultrasónico* –ya que supera los límites de lo que conocemos como procedimientos acelerados, debido a que se produjeron las tres lecturas al día siguiente de ser propuesta dicha norma— que permitió que fuera aprobada el 12, por la que se determinó la *obligación* del voto postal –sustituyendo la anterior *opción*— y se fijó la nueva fecha de las elecciones presidenciales, señalando que estas tendrían lugar los días 28 de junio y, en su caso, el 12 de julio[407].

También fue modificado el sistema de votación parlamentaria, incluyendo lo que se conoce como *votación telemática*[408]. Aunque la medida resultaba *a priori* razonable[409], su articulación distaba mucho de alcanzar la adecuación técnica, de modo que indicamos que el sistema implementado por el régimen polaco para hacer posible el voto telemático no cumplía con las garantías mínimas de seguridad, así como en la práctica se produjeron numerosos problemas técnicos y de acceso (Serowaniec y Witkowski, 2020: 161).

La campaña electoral había comenzado el 5 de febrero de 2020, pero fue suspendida como consecuencia del COVID-19. Durante los meses en que estuvieron vigentes las restricciones derivadas de la crisis pandémica, los partidos de la oposición no pudieron desarrollar con normalidad sus campañas electorales[410]; a diferencia de lo que ocurrió con

[407] El art. 127 de la Constitución establece –apartados 4, 5 y 6— que si en la primera vuelta ninguno de los candidatos obtiene la mitad de los votos válidamente emitidos, deberá celebrarse una segunda vuelta en la que únicamente participarán los dos candidatos más votados de la primera; así como que, en la última, el candidato que obtenga un mayor número de votos será elegido Presidente de la República.

[408] Se instauró un sistema híbrido, en el que parte de los diputados se encontraban en la Cámara, mientras que los demás podían conectarse y votar en remoto (Krzywoń, 2020b: 248).

[409] Bar-Siman-Tov (2020) apunta que son varias las razones que existen para justificar las medidas: el peligro inherente a la reunión de los miembros de las Cámaras, cuya media de edad suele ser avanzada, poniendo en peligro a personas que pertenecen a un colectivo de riesgo; la dificultad de celebrar la reunión físicamente –en sede parlamentaria— cumpliendo las limitaciones de distancia social y las restricciones en cuanto a la circulación, teniendo en cuenta las reglas de quórum.

[410] Pues el 31 de marzo se prohibieron las reuniones públicas, por lo que se eliminó al mismo tiempo la posibilidad de realizar campaña de tipo presencial y los partidos de la oposición se vieron obligados a realizar campaña online (Drinóczi y Bień-Kacala, 2020a: 190).

Andrzej S. Duda, entonces Presidente y candidato de PiS para los siguientes comicios, que gracias a su cargo pudo aparecer en la televisión visitando las fronteras, los hospitales o la nueva línea de producción de desinfectante de manos; y, en definitiva, pudo realizar con –cierta— normalidad su campaña electoral en perjuicio de sus adversarios políticos (James y Alihodzic, 2020: 352). Una vez las restricciones hubieron sido flexibilizadas, pudo desarrollarse la campaña con relativa normalidad, y realizamos esta matización por la elevada polarización del discurso de los políticos, plagado de mensajes homófobos, xenófobos y antisemíticos[411]; así como por la ausencia de un verdadero debate político, hasta el punto de que –como señala la ODHIR[412]— ni siquiera se produjo un debate entre los dos candidatos que llegaron a la segunda vuelta, sino que ambos concedieron en dos canales distintos entrevistas simultáneas. El resultado de las elecciones fue muy ajustado, repartiéndose los votos entre A. Duda y el candidato de la oposición, R. K. Trzaskowski, respectivamente, en términos del 51,03 y el 48,97 %.

* * *

Tras haber expuesto el surgimiento y la evolución de sendos regímenes iliberales, podemos apreciar una serie de diferencias y similitudes en ellos y, como consecuencia, entendemos que nos será de extrema utilidad recurrir a la metodología iuscomparatista para realizar una aproximación de ambas dinámicas que nos permita entenderlas mejor.

3. Análisis crítico comparado: Iliberalismo sinérgico convergente

Llegados a este punto, comienza a cobrar sentido la exposición que realizamos en el primer apartado del presente capítulo respecto de los tipos de regímenes autoritarios y las técnicas y rasgos que pueden ser instrumentalizados por los mismos. Efectuaremos un análisis comparado de los regímenes iliberales surgidos en Hungría y Polonia y, para ello, realizaremos una intersección –utilizando la terminología expuesta en la introducción— entre las metodologías propias del constitucionalismo crítico y del derecho comparado.

[411] Para ejemplificar la problemática podemos recoger las palabras de Duda, Presidente y candidato, cuando afirmó que la «ideología [LGTBI] es aún más destructiva [que el comunismo] para el ser humano». Siguiendo estas declaraciones, más de cien ciudades polacas se han declarado «libres de ideología LGTBI» (Barroso Márquez, 2021a); y, pese a que algunas de estas declaraciones han sido anuladas por los tribunales polacos –arriesgándose a sufrir las medidas disciplinarias que hemos visto— varios gobiernos regionales han decidido no respetar las decisiones judiciales, tal y como advierte el Defensor del Pueblo de Polonia en sus informes de 10 de junio y 29 de marzo de 2022.

[412] *ODIHR Special Election Assessment Mission Final Report*, de 23 de Septiembre de 2020. *Republic of Poland: Presidential election 28 June and 12 July 2020*, págs. 2 y ss.

El objetivo de esta construcción teórica será –sobre la base de la definición genérica del iliberalismo que incluimos en el apartado primero y teniendo en cuenta que ya apuntamos la necesidad de que el mismo sea concretado en función de cada sistema en concreto— sintetizar las características que sean comunes a los regímenes iliberales que han surgido en el seno de la Unión Europea. Con ello, podremos identificar las tendencias políticas y los marcadores constitucionales que caracterizan a estos regímenes iliberales para que en el futuro sea más sencillo detectar el surgimiento y desarrollo de los mismos y, a su vez, que esto sirva para arrojar luz sobre las posibilidades que existen en el ámbito de la educación ciudadana como instrumento de profilaxis. Recuperando los términos utilizados respecto del Estado de Derecho –en el Capítulo II— no solo sería conveniente identificar las capacidades reactivas en el contexto de las situaciones extraordinarias, sino también conocer las posibilidades de desarrollo existentes en el ámbito de la política ordinaria.

Nuestro análisis es *crítico* en la medida en que expresa el conflicto e interviene tomando partido y desde una perspectiva racional, para encontrar una visión de la realidad y deshacerse de las opacidades (De Cabo Martín, 2014: 33), por lo que su objetivo es compartir el conocimiento extraído para alcanzar una mejora en la sociedad (2014: 57); y es *comparado* en cuanto el objeto de nuestro estudio serán tres sistemas constitucionales distintos –Hungría, Polonia y elementos de constitucionalismo europeos— y su finalidad será la de construir categorías conceptuales que nos permitan clasificar e individualizar las analogías y diferencias, teniendo en cuenta las peculiaridades propias de cada sistema (Pegoraro y Rinella, 2017: 38-39)[413]. El objetivo de esta metodología es conseguir una caracterización dogmática del iliberalismo, pero no de cualquier tipo de régimen iliberal, sino de aquel que forma parte de la Unión Europea. El hecho de que los valores que sirven como fundamento para la integración supraestatal –recogidos en el artículo 2 TUE— se opongan frontalmente a muchas de las características de los nuevos regímenes iliberales que han sido instaurados en Hungría y Polonia, provoca un conflicto capital e innegable en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea que no puede ser soslayado. No obstante, debido a que aún no hemos formulado todos los elementos necesarios para ejecutar dicho análisis, habremos de esperar hasta el Capítulo V.

[413] Para una exposición más detallada sobre el Derecho Constitucional comparado en el contexto de la integración supraestatal hemos de acudir a los trabajos de Salvador Martínez (2008) y Ragone (2021).

Teniendo en cuenta las distinciones conceptuales que realizamos en el Capítulo II, no podremos quedarnos en los análisis meramente formales o procedimentales –en línea con las concepciones del Estado de Derecho formal y de la democracia procedimental— sino que, para que nuestro análisis arroje unas conclusiones verdaderamente reveladoras, habremos de incorporar también dos elementos adicionales: los mecanismos informales de concentración del poder que han sido incardinados en sendos regímenes –que suelen pasar desapercibidos en los trabajos de quienes parten de un prisma iuspositivista[414]— y la teleología de las reformas aprobadas que se manifestará a través de una consideración conjunta e integral de las mismas, en la que se utilizarán las perspectivas mencionadas anteriormente en relación con el Estado de Derecho –jurídica, política y sociológica— y las experiencias históricas que nos servirán para comprender en qué medida han podido influir como una suerte de *path-dependence*.

Vemos que la dinámica señalada también ha provocado en el medio-largo plazo reacciones adversas por parte de algunos Estados miembros. El caso más representativo se corresponde con el factor identitario, pues como ha señalado Cruz Mantilla de los Ríos (2021: 105) la identidad nacional tiene una doble dimensión, en la medida en que puede utilizarse como espada (*sword*) y como escudo (*shield*)[415]. Mientras que las instituciones europeas han adoptado una posición defensiva al respecto, los Estados miembros han utilizado la identidad en términos ofensivos –como una espada— reaccionando ante los avances de la Unión Europea en determinados ámbitos (Konstadinides, 2011: 195).

Sin embargo, no es lo mismo un *cuchillo para untar mantequilla* que una *katana*. Mientras que Italia ha adoptado una postura de *cooperación con identidad incorporada –embedded—* y Alemania ha adoptado un modelo *confrontacional* respecto del Derecho de la Unión Europea[416]; las recientes innovaciones del iliberalismo húngaro se distinguen por un *separatismo confrontacional e individualista*, que a diferencia de las dos anteriores

[414] Por ejemplo, Zgut (2022: 289) señala que en el ámbito de la Unión Europea aquellos regímenes que tienden a operar a través de un ejercicio informal del poder tienden a pasar desapercibidos, utilizando la expresión *fly beneath the radar*.

[415] Adoptando la terminología que fue acuñada por Barber (2013), que ha adoptado Faraguna (2017), y más tarde han reiterado otros autores como Khvorostiankina (2018: 19).

[416] El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha estado caracterizado por una postura crítica hacia el ordenamiento jurídico europeo y, en especial, respecto de los efectos que el mismo produce en su norma fundamental. Como ejemplo paradigmático podemos citar sagas como las de *Solange* o *Maastricht*, en cuyo núcleo se halla como preocupación fundamental la identidad alemana (Von Bogdandy, 2005: 12). Esto mismo también puede ser observado a través de las sentencias *Gauwalier* y, más recientemente, *Weiss*, ya que las mismas dan fe de una discrepancia directa entre el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Menéndez, 2023: 50-53).

no muestra una actitud cooperativa –aunque sea con reticencias— sino de antagonismo (Drinóczy y Bień-Kacala, 2020b: 14). Poco después de que *Fidesz* recuperase la mayoría de dos tercios –en las elecciones parlamentarias de abril de 2018— trató de llevar a cabo la séptima reforma de la Ley Fundamental, a través de la cual pretendía incorporar varios preceptos para proteger la identidad constitucional de Hungría de la injerencia de la Unión Europea (Halmai, 2018b: 21); y, aunque esta intentona fracasó por las presiones europeas, incorporaron otros aspectos preocupantes, como la prohibición de la inmigración en masa para proteger la cultura y la identidad húngaras (Halmai, 2018b: 21-22). Poco después el Tribunal Constitucional de Hungría determinó –Sentencia 22/2016 (XII 5) AB— que la identidad húngara no ha sido creada por la Ley Fundamental, sino que esta última únicamente da fe de la existencia de una identidad preexistente; y, por estas razones, declaró que la identidad húngara no puede ser vulnerada por los Tratados Internacionales. En manos del régimen iliberal de Orbán este tipo de concepción de la identidad nacional, que ha sido afilada como una *katana* por las instituciones capturadas de dicho Estado, resulta cuanto menos una amenaza para el correcto funcionamiento de la Unión Europea y para el cumplimiento de su Derecho y la operatividad del principio de confianza mutua. Algo similar ocurre en Polonia, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia, que al recoger las alegaciones de dicho Estado miembro apunta que la sentencia dictada por su Tribunal Constitucional el 14 de julio –asunto P 7/20— declara que el auto dictado por el Tribunal de Justicia de igual fecha es contrario al orden constitucional polaco[417], y que las autoridades de dicho Estado miembro consideran que sus tribunales tienen la competencia para controlar los actos *ultra vires* de las instituciones de la Unión Europea, así como que «dichos tribunales han considerado unánimemente que sus respectivos ordenamientos jurídicos poseen una identidad constitucional que les corresponde definir a partir de sus preceptos constitucionales y que, de esta forma, la Unión está obligada a respetar tal identidad»[418]. Con ello se ha demostrado la facilidad con la que el concepto de *constitución invisible* ha sido convertido en un instrumento al servicio del iliberalismo. Todo ello nos permite afirmar que Hungría y Polonia han pasado de ser incardinados en la *vanguardia* de la transición hacia el constitucionalismo liberal y democrático, por la rapidez con la que asimilaron –aunque únicamente lo hicieran formalmente— los valores

[417] Como se refleja en el auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021, República de Polonia/Comisión Europea, C-204/21 R-RAP, ECLI:EU:C:2021:834, paras. 9-12. El que fue declarado inconstitucional es el auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2021, *República de Polonia/Comisión Europea*, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593.

[418] *Ibid.*, para. 13.

occidentales durante los años noventa, a verse incluidos en la *contra-vanguardia*, ya que han transitado hacia una total y absoluta oposición frente al constitucionalismo liberal (Krygier, 2018).

Para nuestro análisis comparado utilizaremos como punto de partida la diferencia que estos dos regímenes presentan en cuanto a la reforma de su respectiva Constitución, pues teniéndola en cuenta será como cobren sentido las demás divergencias en cuanto a los cauces elegidos por cada uno de ellos tanto para conseguir la concentración del poder como para suprimir los mecanismos de limitación y control del mismo. Analizaremos la postura que han mantenido en relación con sus respectivos Tribunales Constitucionales y la forma en que han reaccionado a la crisis del COVID-19 en relación con la utilización –o falta de ella— de los poderes de emergencia que están constitucionalmente previstos.

Debemos comenzar con el primero de los factores que, como acabamos de indicar, preconcibe la virtualidad de los demás elementos. La posibilidad –o imposibilidad— de llevar a cabo una reforma constitucional en sentido formal ha provocado que la estrategia seguida por los líderes iliberales en Hungría y Polonia diverja en cuanto a los medios, aunque converja en cuanto a los fines.

Mientras que en Hungría la mayoría obtenida por *Fidesz* les permitió reformar de manera unilateral la Ley Fundamental y, en consecuencia, modificar el estándar de lo constitucionalmente aceptable en dicho Estado; en Polonia el partido de Kaczyński (*PiS*) no logró alcanzar la mayoría necesaria para reformar la Constitución. Como resultado, pese a que el objetivo perseguido por ambos sea el mismo, sus estrategias son distintas. A diferencia de lo que ocurrió en Polonia, el iliberalismo húngaro no se ha desarrollado con un marco jurídico-constitucional que resultaba contrario a sus objetivos, sino que ha podido ser instaurado desde arriba, mediante una reforma constitucional de tipo formal, y desde la cúspide ha ido calando en los estratos inferiores, tanto en el ámbito normativo –como ha ocurrido con la petrificación del ordenamiento jurídico por el abuso de la figura de las leyes cardinales (Barroso Márquez, 2020b: 31)— como en el plano institucional, mediante la captura de los distintos órganos para colmarlos de simpatizantes del régimen, para lograr que los dirigentes del régimen iliberal no abandonen jamás el poder.

Como indicamos anteriormente, en el caso de Hungría nos encontraríamos ante la utilización de la técnica del *constitucionalismo abusivo* a la que se refería Landau (2013), pero consideramos que su propuesta no tiene la nomenclatura correcta porque de la misma

se deduce que es una técnica compatible con el constitucionalismo e integrado en él, cuando su objetivo es, precisamente, la subversión del ideal perseguido por este último. Por esa razón, preferimos invertir los términos y hablar de *abuso del constitucionalismo*, pues lo que está ocurriendo es una utilización aparentemente correcta de los mecanismos propios del constitucionalismo, respetando la dimensión formal del Estado de Derecho[419], que en la práctica se traduce en una vulneración del núcleo material de la Constitución y, por tanto, contraria a las exigencias del Estado de Derecho en su consideración integral. Teniendo en cuenta el marco teórico que incluimos en el primer apartado del capítulo, entendemos que se ha utilizado el procedimiento de reforma –total— de la Constitución para aprobar un nuevo texto en el que se han introducido elementos que son contrarios a la esencia del anterior y, por lo tanto, se trata de una usurpación del poder constituyente por los poderes constituidos, en la medida en que el pueblo realmente no ha intervenido para ratificar la aprobación de la nueva Ley Fundamental.

En Polonia el iliberalismo no comenzó desde la cúspide, ya que no pudieron llevar a cabo una reforma constitucional formal, sino que dicho régimen nació enfocado en la superación de esta dificultad y, por ello, centraron sus esfuerzos en la captura de todas aquellas instituciones que pudieran suponer un obstáculo para los fines del iliberalismo. Para entender la estrategia señalada es muy importante tener en cuenta el factor subjetivo, esto es, quién ocupa las posiciones de poder, pues como bien señala Jakab (2019: 185) «las mejores garantías formales pueden fracasar allí donde los servidores públicos busquen deliberadamente incumplirlas o no hacer dada ante su quiebra». Por esta razón, el iliberalismo polaco comenzó desde abajo y, en consecuencia, decidieron capturar el Tribunal Constitucional para impedir que la supremacía de la Constitución fuera efectiva, mediante una modificación a través de la ley de las normas relativas a dicha institución[420], ya que la *captura* del Tribunal Constitucional fue una *conditio sine qua non* para evitar la declaración de inconstitucionalidad de las reformas que acometieron posteriormente (Grzeszczak y Terret, 2018: 348).

[419] Por lo que podríamos hablar, incluso, de un *iliberalismo kelseniano*. Cuando se utiliza el principio de legalidad para subvertir la teleología del Estado de Derecho, la independencia judicial no resulta eficaz, pues la misma está pensada frente al poder ejecutivo, no frente al poder legislativo (Palombella, 2020: 393), precisamente, por la presunción de constitucionalidad de las leyes.

[420] A pesar de que el Tribunal Constitucional puede, en principio, controlar la constitucionalidad de las normas relativas a su funcionamiento, debido a que las mismas no dejan de tener rango de ley, de facto, cuando esta institución declaró la inconstitucionalidad de determinados aspectos de las reformas señaladas, la falta de publicación de sus sentencias las despojó de eficacia práctica y, por tanto, fue posible desproveer este mecanismo de auto-defensa institucional de tipo ofensivo –*sword*— con la colaboración del Presidente de la República y a través de un *constitutional hardball*, como expusimos anteriormente.

Tras haber logrado que la supremacía de la Constitución no fuera un impedimento, a efectos de blindar la permanencia de las reformas inconstitucionales en el ordenamiento, el siguiente obstáculo se encontraba en el poder judicial y, en consecuencia, procedieron a reformar el sistema judicial para que los jueces no pudieran cuestionar la validez de las reformas iliberales en el plano legislativo, tanto en el ámbito interno como en el externo, poniendo incluso trabas a que los jueces polacos plantearan cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[421].

Por tanto, aunque el régimen iliberal de Polonia no haya conseguido llevar a cabo una reforma de la Constitución en sentido formal, sí que lo ha logrado normativamente, realizando una auténtica transformación del constitucionalismo polaco por vía legislativa, gracias a la supresión –de facto— de la institución de revisión de la constitucionalidad. Aunque consideramos que Menéndez (2023: 54) acierta en la calificación del proceso como un desarrollo secuencial o *por entregas*, consideramos que no tiene el mismo tino en su calificación como una mutación constitucional, debido a que no ha tenido lugar una modificación del sentido de los preceptos constitucionales –como podría ocurrir a través de la interpretación del Tribunal Constitucional o por el paso del tiempo— sino que se ha producido un ataque deliberado del poder legislativo –confundido con el ejecutivo— a la supremacía de la Constitución y, por ende, consideramos que este supuesto encaja mejor con la categoría del quebrantamiento constitucional. Hablar de mutaciones –por mucho que estas se califiquen como indeseables— las envuelve en una apariencia de naturalidad e incluso de impersonalidad que es contraria a la naturaleza de las reformas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial que se han dado en el marco del iliberalismo polaco. Hemos de ser tajantes a la hora de calificar esta situación, pues nos encontramos ante una Constitución que formalmente recoge la independencia judicial como uno de sus pilares basilares –como vemos en los artículos 173 a 187— pero que *de facto* está acompañada por una normativa infraconstitucional que se opone de manera frontal a dicha exigencia, como hemos tenido la oportunidad de comprobar gracias al apartado precedente.

[421] Como podemos ver en la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême - Recours)*, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, para. 100, donde determinó que «de la información de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende que las autoridades polacas han multiplicado recientemente las iniciativas encaminadas a frenar las remisiones prejudiciales al Tribunal de Justicia referidas a la independencia de los órganos jurisdiccionales polacos o a poner en entredicho las decisiones de los órganos jurisdiccionales polacos que han efectuado tales remisiones».

De la exposición anterior podemos extraer una conclusión: no resulta aconsejable tratar de identificar las tendencias iliberales a través de los instrumentos que se utilizan, pues los mismos variarán inevitablemente en función del contexto y del punto de partida, como consecuencia del oportunismo político que caracteriza a este tipo de regímenes[422], sin perjuicio de que lo más habitual es que exista un punto de inflexión en esta deriva[423]. Por ello, será recomendable realizar esta identificación desde una perspectiva teleológica, enfocando nuestra atención en los fines que son perseguidos por las reformas realizadas, que pueden extraerse a través de una consideración sistémica o conjunta de las mismas. De este modo, cuando intentemos extraer los marcadores constitucionales del iliberalismo no los vamos a obtener con carácter individual –esto es, referidos a medidas concretas— sino que estarán caracterizados por una naturaleza integral, ya que versarán sobre cuáles son los efectos globales del sistema que no son compatibles con las exigencias inherentes a la esencia del Estado de Derecho y del constitucionalismo.

Para aterrizar esta reflexión en el plano del iliberalismo de Hungría y de Polonia, utilizaremos la aproximación de estos regímenes a la reforma del Tribunal Constitucional y al uso de los poderes constitucionales de emergencia en el marco de la crisis pandémica. A pesar de que los medios elegidos por Orbán y Kaczyński difieren en sendos aspectos, trataremos de localizar cuáles son las intenciones ocultas tras la elección de los cauces de actuación respectivos, pues con ello nos será posible revelar su teleología subyacente, y, de esta forma, podremos comprobar si el destino marcado por ambos es el mismo pese a que la hoja de ruta que han elegido sea diferente.

En cuanto a los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las normas debemos tener en cuenta que a pesar de que el proceso de *captura* se haya producido en ambos regímenes iliberales, el alcance del mismo ha sido muy distinto. En Hungría el iliberalismo ha sido capaz de trastocar a su antojo el estándar de la constitucionalidad de las normas y, por ello, no solo se ha reformado el Tribunal Constitucional con objeto de colmarlo de miembros leales al partido, sino también para reducir sus competencias (Tóth, 2018: 397-398 y 413-414). En Polonia, ante la imposibilidad de llevar a cabo una reforma de la Constitución en sentido formal y, por ende, de establecer un nuevo estándar

[422] Que ha sido señalado en los trabajos de autores como Landau (2013: 208), Scheppele (2019: 333) o Barroso Márquez (2021b), así como se puede deducir implícitamente de las conclusiones extraídas por Begadze (2022) respecto de la utilización de las técnicas de control de los gobiernos locales.

[423] Como expusimos respecto de la aprobación de la nueva Ley Fundamental húngara o de la captura del Tribunal Constitucional de Polonia.

de constitucionalidad del resto del ordenamiento jurídico que sostuviera el resto de las reformas iliberales realizadas, adoptaron en un principio la misma estrategia –la captura de su composición mediante la incorporación de miembros afines al régimen y el recorte de sus competencias— pero la misma fue modificada una vez la captura fue consolidada. A partir de aquel momento el Tribunal Constitucional fue transformado en un elemento legitimador del iliberalismo, confirmando la validez de las normas elaboradas por *PiS*, incluso cuando contrariaban de manera flagrante el tenor literal de la Constitución polaca (Sadurski, 2019a: 75 y 79-82). La diferencia esencial en cuanto a la aproximación de los dos regímenes iliberales al Tribunal Constitucional radica en la capacidad –o en la falta— de los mismos llevar a cabo una reforma constitucional en sentido formal.

En el caso de Polonia la existencia de una norma suprema que se opone a la senda iliberal marcada por el Gobierno hace que resulte atractiva la posibilidad de que la validez de las reformas llevadas a cabo sea confirmada por el Tribunal Constitucional, aunque formalmente contraríen el estándar de la constitucionalidad que el mismo debería aplicar. En el caso de Hungría la actuación del Gobierno iliberal de Orbán tendría la legitimidad suficiente a causa de la reforma constitucional –en sentido formal— que han realizado. Esto no significa que el Tribunal Constitucional de Hungría no haya contribuido al avance del iliberalismo de *Fidesz* en la misma medida que su homólogo respecto del iliberalismo de *PiS*, sino que los supuestos en que es necesario que actúen son distintos: mientras que en Polonia el Tribunal Constitucional debe actuar para reforzar el avance del iliberalismo como resultado de la existencia de estándares constitucionales contrarios en su propio ordenamiento jurídico y, por tanto, su actuación se dirige sobre todo al ámbito interno[424]; en Hungría el estándar de la constitucionalidad de las normas fue reformado y, por ello, el iliberalismo no lo necesita como un elemento de legitimación en el plano nacional, pero sí que lo ha utilizado como elemento de legitimación de las reformas iliberales en el plano internacional, tal y como hemos podido comprobar respecto de la conceptuación de la identidad nacional.

En relación con la respuesta dada por los regímenes iliberales de Hungría y Polonia para hacer frente a la crisis derivada del COVID-19, vemos de nuevo una coincidencia en cuanto a los fines perseguidos, pero una divergencia en cuanto a los medios elegidos,

[424] Sin perjuicio de que también se posicione en el ámbito externo, como vimos con la declaración de inconstitucionalidad de varios preceptos del Derecho originario de la Unión Europea.

provocada por el contexto en el que se inscriben y que aprovechan para instrumentalizar, como ocurre con la defensa de determinadas reformas utilizando como argumento que las mismas han sido realizadas en otros Estados miembros (Barroso Márquez, 2020b: 59). Sin embargo, este momento no supone un cambio de dinámica, sino una continuación, debido a que, como bien afirmaron Bárd y Carrera (2020: 2), este tipo de regímenes no nacen de las pandemias, sino que es en estos momentos de crisis en los que muestran sus *true colours*, su verdadera naturaleza.

En el caso de Polonia, los regímenes constitucionales de emergencia son altamente garantistas como resultado de los abusos que se produjeron –principalmente a través de la ley marcial— durante el comunismo (Krzywoń, 2015). Por las amplias salvaguardias derivadas de la activación de los mecanismos constitucionales de emergencia polacos[425] y al concreto interés que el partido iliberal tenía en mantener la fecha de celebración de las elecciones presidenciales –debido a que estas no podrían haber sido celebradas hasta pasados noventa días desde la finalización del estado constitucional de emergencia[426]— el Gobierno decidió no utilizar los mecanismos previstos en la Constitución para hacer frente a las situaciones de emergencia, sino que, por el contrario, articuló su respuesta con un nuevo sistema de emergencia de rango legal, alegando que en Polonia no se habían producido aún suficientes muertes por COVID-19. Sin embargo, no podemos olvidar que el estado de desastre natural no solo se configura como un instrumento de tipo reactivo, sino que también puede tener una naturaleza preventiva (Barroso Márquez, 2020b: 51). Esta elección ha provocado que la respuesta polaca a la crisis pandémica no haya contado con las garantías que resultarían insoslayables si se hubiera declarado uno de los estados de emergencia constitucionalmente previstos. Dicho con otras palabras, descartaron los robustos cimientos instaurados en el constitucionalismo polaco, para edificar a su gusto

[425] Ya que no supone la adquisición de competencias legislativas por parte del Gobierno salvo en la ley marcial, pero sí que se prevé la reparación de daños a los particulares.

[426] James y Alihodzic (2020: 344-345) señalan, al analizar los supuestos de no celebración electoral, que entre el 21 de febrero y el 18 de agosto de 2020 se han retrasado elecciones en al menos setenta países y, por tanto, se trata de una práctica común en el panorama internacional. Sin embargo, debemos considerar las medidas adoptadas en el contexto en el que se insertan y, en este sentido, el iliberalismo polaco ya ha demostrado en multitud de ocasiones que todas sus actuaciones están dirigidas a la conservación del poder, por lo que debemos considerar los esfuerzos para no posponer los comicios como una muestra más de ello. Más allá de las ventajas que inicialmente les granjeaban las restricciones de movilidad, que no afectaban a su candidato, el presidente Duda; también existía la posibilidad de que la crisis pandémica afectara mucho a la economía polaca y que esto, finalmente, pudiera ser utilizado por la oposición para evidenciar una mala gestión por parte del régimen iliberal. Esta última posibilidad acabó materializándose, debido a que Polonia, un Estado que ni siquiera entró en recesión durante la crisis económica de 2008, enfrentó por primera vez una situación de recesión –con un decrecimiento de alrededor del 4,6% del PIB— tras el COVID-19.

–sobre la base de normas infraconstitucionales— un castillo de naipes, frágil y endeble (Barroso Márquez, 2020b: 52), pero esta estructura de naturaleza legal y que, por tanto, resulta mucho más débil que las bases constitucionales que expusimos, sustenta en la práctica un régimen de emergencia mucho más restrictivo que aquellos que podrían ser aceptados como resultado de la utilización de estos últimos. Por ejemplo, mientras que el estado constitucional de desastre natural únicamente permitía la limitación del derecho de reunión en la medida en que se respetaran los límites de proporcionalidad y necesidad, estas restricciones han sido impuestas por el Gobierno a través de normas reglamentarias utilizando como fundamento lo dispuesto en la nueva Ley sobre enfermedades infecciosas (Drinóczi y Bień-Kacala, 2020a: 189).

En tiempos excepcionales es más probable que la ciudadanía acepte medidas que no podrían ser en ningún caso toleradas –por ejemplo, por ser demasiado restrictivas— en situaciones normales; y esto es lo que ha ocurrido con el coronavirus, que presentaba todos los requisitos necesarios para que se produzca la sobreestimación del peligro: tiene un origen desconocido, es invisible, causa temor en la gente, es potencialmente endémico, sus resultados son involuntarios, afecta de forma desproporcionada a los colectivos que son más vulnerables y tiene potencial suficiente para convertirse en una catástrofe global (Bar-Siman-Tov, 2020: 21). Por ello, en los momentos en que la limitación derivada de la presión que pueda ejercer la sociedad civil se difumina hasta límites insospechados por el miedo a un virus cuyos efectos aún no eran del todo conocidos, resulta imprescindible que las instituciones encargadas de la limitación jurisdiccional del poder puedan actuar con las debidas garantías de independencia e imparcialidad, así como que cuenten con las competencias adecuadas para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos.

Que la justicia –ya sea constitucional u ordinaria— cumpla con su papel de garante de los derechos y libertades de las personas en los momentos de emergencia resulta casi imposible en el marco de los regímenes iliberales, puesto que el poder ejecutivo controla de facto las instituciones de limitación del poder[427]. Para ejemplificar esta imposibilidad, podemos referirnos a la reforma de la legislación electoral polaca: aunque la misma se ha producido en contra de lo dispuesto en la propia Constitución (Serowaniec y Witkowski,

[427] Aunque el análisis de Petrov (2020:82) se circunscribe a la respuesta de los regímenes autoritarios a la crisis pandémica, los regímenes iliberales que analizamos en esta obra reúnen los mismos elementos señalados por este autor –que los actores políticos puedan controlar al poder judicial y que sean capaces de silenciar a la oposición— y, por tanto, sus conclusiones pueden ser extendidas a nuestro objeto de estudio.

2020: 163), en la práctica no se ha derivado consecuencia alguna al respecto. Como indica Sadurski (2019a: 159), la progresiva desvirtuación de las garantías institucionales provoca –en último término— que cuando estas son verdaderamente necesarias, aunque continuan existiendo desde el punto de vista formal, en la práctica –y, por tanto, materialmente— «ya no estarán ahí» para defender los derechos y libertades.

El iliberalismo de Hungría, aunque compartía el objetivo del iliberalismo polaco, se incardinaba en un marco jurídico-constitucional y político distinto. En primer lugar, debemos tener en cuenta que han podido reformar unilateralmente la Ley Fundamental; así como, en segundo lugar, que el contenido de dicha norma sí prevé que la declaración de los estados constitucionales de emergencia lleve aparejada la atribución al Gobierno de la competencia para dictar normas con fuerza de ley; y, en tercer y último lugar, que en el caso de Hungría la utilización de los mecanismos constitucionales de emergencia no suponen ninguna desventaja concreta –como el factor de las elecciones presidenciales que veíamos en Polonia— respecto de los intereses del régimen iliberal. Como resultado, el partido de Orbán tuvo claro en todo momento que lo más favorable para sus intereses se correspondía con la declaración de uno de los estados constitucionales de emergencia.

Con lo expuesto en los párrafos anteriores podemos confirmar lo que apuntábamos, esto es, que el iliberalismo se identifica teleológicamente, por los objetivos que persigue, y no por sus medios. Sus motivaciones han sido señaladas por Sadurski (2019a: 20-27), cuando afirma que el iliberalismo polaco se caracteriza por una ideología muy delgada o fina –*thinly ideological*— y que la deriva que han provocado no se corresponde con un proyecto de tipo ideológico (2019a: 244-250). Incluso aquellos argumentos que esgrimen con mayor orgullo resultan vacíos de mayor profundidad, como se puede ver en la retórica anti-comunista habitualmente utilizada por *Fidesz*, pues su actuación –de facto— alberga significativas reminiscencias a la doctrina legal socialista que critican (Jakab, 2019: 178), así como también resulta evidente si nos fijamos en el apoyo de que este partido le brinda al régimen de Putin en Rusia (Sadurski, 2019a: 2-12). Si bien es cierto que el mismo autor ha señalado que el iliberalismo húngaro cuenta con una fuerte carga ideológica (Sadurski, 2019a: 2-12)[428], esto no impide que las cuestiones ideológicas se encuentren claramente subordinadas a los intereses políticos de sus dirigentes. En realidad podríamos decir que

[428] En este sentido se ha pronunciado también Blokker (2019b: 522), cuando indica que a pesar de que muchos hayan calificado como *oportunista* el populismo de Hungría y Polonia, «resulta difícil negar que tienen una fuerza de impulso normativa e ideológica distintiva».

estos regímenes están guiados por una suerte de *pragmatismo ideológico*, pues en algunas ocasiones sí que obtienen réditos electorales al apelar a determinadas cuestiones de tipo ideológico que se encuentran fuertemente arraigadas en dichos Estados –como ocurre, por ejemplo, con los argumentos relacionados con el cristianismo o con la preservación de la identidad cultural frente a los extranjeros— y que son reforzadas o intensificadas cuando son utilizadas por los dirigentes iliberales para fundamentar su discurso político (Stanley, 2019: 40), pero estas raíces ideológicas no son irrenunciables para el régimen, sino que las mismas pueden ser sustituidas cuando las circunstancias lo exijan. Por tanto, vemos que se producen dos situaciones muy diversas: mientras que el discurso iliberal provoca una fuerte división ideológica en la ciudadanía, que explicaría la permanencia en el poder de *Fidesz* y *Pis*; las supuestas raíces ideológicas son desechadas cuando entran en conflicto con cuestiones pragmáticas[429].

Podríamos identificar visualmente el iliberalismo con la concentración de todos los hilos en manos de un solo titiritero (Barroso Márquez, 2020b: 59). Con otras palabras, pretenden que todas las instituciones que tradicionalmente han sido instauradas para limitar el poder político del Estado –tanto respecto del ejecutivo como del legislativo, como serían el Tribunal Constitucional, la justicia ordinaria o la garantía de los derechos de participación política— acaben subordinadas al mismo poder[430]. Esto supone vaciar de todo contenido material el valor del Estado de Derecho, ya que este se convertiría en una mera declaración de intenciones, una suerte de fachada para cumplir las exigencias de la Unión Europea y del panorama internacional. El último rasgo –la limitación del margen de actuación del gobierno a causa de factores externos al ámbito estatal— será estudiado más adelante, cuando expliquemos los motivos que nos han llevado a elegir el término *convergente* para definir el iliberalismo dentro de la Unión Europea.

[429] Por ejemplo, podemos ver lo ocurrido en Polonia con las ayudas sociales: aunque en un principio establecieron el programa denominado *500+* para otorgar una ayuda mensual de 500 eslotis (120 euros) a las familias por cada hijo después del primogénito; una medida similar ideológicamente hablando, como la concesión de una ayuda similar a la dependencia, fue rechazada por el mismo partido político. Como apunta Sadurski (2019a: 175-179), mientras que la primera medida beneficiaba a más de dos millones de familias, que estarían muy agradecidas por esta medida, la segunda medida –que fue rechazada— no desencadenaría unos réditos electorales lo suficientemente altos. Teniendo en cuenta las tipologías que vimos previamente, habríamos de incluir a Hungría y a Polonia en las *inclusionary autocracies* (Neundorf et al, 2020).

[430] De manera menos drástica esta situación también se ha extendido en otros Estados a través del fenómeno denominado como *democracia de partidos*. La apariencia de independencia de los miembros de las instituciones encargadas de limitar el poder político únicamente es posible si su elección trae causa del consenso y el pluralismo político, pero no cuando esta se produce de manera unilateral, por un solo partido, pues en este caso dependerá únicamente de la buena voluntad de aquellos que gobiernen en cada momento.

Una vez finalizado este análisis, debemos ahora exponer los motivos que nos llevan a la utilización del término *sinérgico*. La Real Academia Española define este adjetivo como aquello «perteneciente o relativo a la sinergia» y, tras ello, vemos que define dicho sustantivo como la «acción de dos o más causas cuyo efecto es superior a la suma de los efectos individuales». Este es, precisamente, el rasgo distintivo de los regímenes iliberales, donde las reformas –ya sea de la norma constitucional o de las normas con rango de ley— no levantan suspicacias por separado, pero resultan verdaderamente preocupantes cuando sus efectos individuales son puestos en común con las implicaciones de las demás, provocando una peligrosa sinergia iliberal.

Debemos partir del concepto de *deficiencias sistémicas* acuñado por Von Bogdandy y Ioannidis (2014: 21), como las problemáticas que no son aisladas, sino que parecen ser generalizadas y pueden llegar a suponer una amenaza para los valores fundamentales de la Unión Europea contenidos en el artículo 2 TUE. Pero este término –*sistémico*— ya había sido utilizado por el primero (Von Bogdandy et al, 2012: 491) al teorizar sobre la doctrina que denominan *Reverse Solange*, mediante la cual se determina la desvirtuación de la presunción del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea –derivada del principio de confianza mutua, haciendo hincapié respecto de los derechos contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea— en aquellos supuestos en los que se produzca una deficiencia de naturaleza *sistémica*. Esto supondría otorgarle una mayor vis expansiva a estos derechos y libertades fundamentales a través de la acción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Von Bogdandy et al, 2012: 500).

Esta ha sido comentada por muchos autores. La extensión de las competencias del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales fue objeto de las críticas de Tuori (2016) y de Kochenov (2016), este último porque consideraba que las deficiencias sistémicas no tienen por qué afectar únicamente a los derechos fundamentales y, por ende, resultaría ineficaz cuando la vulneración se produce en otros ámbitos. Otras críticas han sido recogidas por Jakab (2016: 194), añadiendo a las anteriores un exceso de dramatismo y la utilización de la doctrina *Solange*, señalando que esta puede ser utilizada como una excusa para la inacción; y determinando que una posible solución para estas críticas sería la atribución de eficacia plena a la CDFUE por la vía interpretativa en manos del Tribunal de Justicia. Sin embargo, entendemos que esta propuesta sería imposible porque contraría lo dispuesto en los propios Tratados de la Unión Europea y, en concreto, lo establecido en el artículo 51 de la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El concepto de deficiencias sistémicas también ha sido desarrollado en conexión con el Estado de Derecho por Schroeder, quien afirma que no todas las vulneraciones de este valor fundamental en uno de los Estados miembros supone una amenaza para la integración europea, sino que únicamente podremos afirmar la existencia de tal amenaza cuando la vulneración se produzca con carácter sistémico, ya sea por falta de voluntad o por falta de capacidad del Estado miembro en cuestión; en cuyo caso la consecuencia sería la desvirtuación de la presunción de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, en el que está incardinado el Estado de Derecho como valor fundamental recogido en el artículo 2 TUE (Schroeder, 2016: 28-29). Mader (2019: 156-158) añade a la propuesta que la naturaleza sistémica de este tipo de deficiencias se debe a que no solo afectan al Estado miembro en cuestión, sino que tienen efectos para el conjunto de la integración.

Konstadinides (2017: 153-159) utiliza como elemento principal para determinar la existencia de una deficiencia sistémica la incapacidad de auto-reparación del sistema, y en el mismo sentido se pronuncia Sadurski (2019a: 218). Precisamente por este motivo, cuando analizamos las deficiencias sistémicas no podemos analizar separadamente los elementos en cuestión, sino que debemos tener «sentido de la proporción», tener en cuenta la dinámica seguida por las distintas reformas y ser capaces de observar en perspectiva, esto es, viendo la foto al completo (Müller, 2016: 211). En esta misma línea se pronuncian Toggenburg y Grimheden (2016: 225-227) cuando hacen hincapié en que el debate sobre las deficiencias sistémicas no puede limitarse a un análisis individual y únicamente de los elementos de tipo legalista, sino que debe configurarse como un análisis global en el que se valoren los efectos derivados del conjunto, que también incluyen otro tipo de factores, como podría ser el elemento subjetivo al que se refería Jakab (2019: 185). Por su parte, Uitz (2019a: 8-10) ha señalado que el entendimiento de la Comisión Europea respecto del término *amenaza sistémica* se corresponde con aquellas que afectan a los fundamentos de la arquitectura constitucional de uno de los Estados miembros –como puede ser la separación de poderes— o a la práctica extendida de las autoridades públicas; a lo que Crabit y Bel (2016: 202-205) han añadido –según lo dispuesto en el Nuevo Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho que se creó en 2014[431]— la independencia judicial y la falta de vías de recurso nacionales, así como los comportamientos omisivos por parte de las autoridades públicas de dicho Estado miembro.

[431] La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 11 de marzo de 2014, *Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*, COM (2014)158 final.

Este análisis de tipo global ha sido acertadamente ilustrado por Scheppele (2013a), cuando determinó que en aquellos supuestos en los que las medidas resultan inofensivas al ser consideradas individualmente, pero al ser puestas en común se obtiene un *monstruo*, este resultado podría ser denominado *Frankenstate*. Sin embargo, el marco institucional propio de la Unión Europea no está preparado para afrontar las vulneraciones de este tipo; y por esta razón Kochenov (2017: 420-425) ha señalado que también existe un problema sistémico en el seno de la integración europea. Los aspectos concretos de esta deficiencia inherente a la Unión Europea se corresponden con la inidoneidad de los instrumentos de garantía con los que cuenta –tanto políticos como jurisdiccionales— para hacer frente a las vulneraciones del Derecho de la Unión Europea que se producen intencionalmente. Precisamente por este motivo afirmamos en su momento que las instituciones europeas decidieron adoptar en un principio una actitud *naïve* (Barroso Márquez, 2020a: 11-12), esperando que la vía del diálogo surtiera efecto contra el iliberalismo, pero como señalan Drinóczi y Bień-Kacala (2019b) la vía dialógica no puede funcionar porque los actores en juego –instituciones europeas y regímenes iliberales— no hablan el mismo *idioma*. Incluso cuando parece que puede establecerse la comunicación entre sendos extremos, resulta que es una *actuación* por parte del régimen iliberal para poner a prueba a la UE, como señala Agh (2018: 38) respecto de los primeros años de Orbán en el Gobierno, cuando a primera vista daba la impresión de que estaba respondiendo a las exigencias de las instituciones europeas, pero en la práctica únicamente estaba fingiendo para evitar la eventual imposición de sanciones por su parte[432].

Tras el análisis de la terminología empleada con más frecuencia en la doctrina sobre la integración europea, podemos ver que las referencias más frecuentes se corresponden con los conceptos de *deficiencias sistémicas* o con el calificativo *sistémico*. Sin embargo, entendemos que centrar nuestro análisis en los resultados –es decir, en que efectivamente la vulneración alcance naturaleza sistémica— puede provocar un desenlace desfavorable; mientras que si enfocamos nuestro análisis en el carácter *sinérgico* –esto es, en el efecto superior provocado por la suma de las medidas que se vayan adoptando en un Estado— podemos identificar una deriva iliberal mucho antes de que esta alcance la naturaleza sistémica a la que hacían referencia los demás autores[433]. Lo más interesante al respecto,

[432] Este tipo de comportamiento puede ser incardinado en el marco de los cumplimientos simbólicos, creativos y cosméticos analizados por Batory (2016), sobre los que volveremos más adelante.

[433] Respecto de la importancia de la consideración de los efectos derivados del conjunto de medidas, apuntamos las contribuciones de Müller (2016: 211), Konstadinides (2017: 153-159) o Scheppele (2013a).

por tanto, sería hallar el patrón que se esconde tras el origen de los regímenes iliberales, esto es, la dinámica que siguen en su desarrollo, pues la detección temprana contribuiría a que se adopten con mayor rapidez las medidas necesarias para evitar su consolidación. Dicho con otras palabras, si logramos identificar cuáles son los *síntomas* del iliberalismo, se podrá intervenir *antes de que la enfermedad haya invadido el organismo al completo*; pues una vez estos regímenes han conseguido afianzarse en uno de los Estados miembros los efectos de la sinergia iliberal son tales que se lamina la capacidad de auto-reparación de dicho sistema, como señalan Konstadinides (2017: 153-159) y Sadurski (2019a: 218), y debido a que la opción consistente en la corrección de las deficiencias por el propio sistema que las sufre permanece en manos de la voluntad política (Müller, 2014: 151), también resulta altamente improbable por la estrategia de *acaparamiento y concentración* del poder que seguido los regímenes iliberales instaurados en Hungría y Polonia.

Por último, explicaremos por qué hemos elegido el término *convergente* en la tesis. El surgimiento del tipo de iliberalismo cuyo análisis ocupa este apartado resulta factible, en primer lugar, como consecuencia de su simultaneidad, pues los regímenes instaurados por Orbán y Kaczyński –en Hungría y Polonia, respectivamente— nacieron en un periodo de tiempo menor a un lustro; y, en segundo lugar, porque estos tienen intereses comunes, debido a que el bloqueo de los mecanismos de garantía de los valores fundamentales de la Unión Europea ha sido efectivo durante todos estos años porque no era un solo Estado miembro el que los estaba vulnerando. El alcance de la *entente iliberal* que han formado sendos Estados ha sido manifestado en público y sin ningún tapujo, en la medida en que Viktor Orbán declaró su firme intención de bloquear cualquier propuesta de sanción que tuviera por objeto a Polonia, puesto que es plenamente consciente de que –si la aceptara— su Estado sería el siguiente objetivo. El instrumento que mejor ejemplifica la naturaleza convergente del iliberalismo de Hungría y Polonia es el procedimiento del artículo 7 TUE, pues para el cómputo de la unanimidad se excluyen las abstenciones y el voto del Estado miembro cuya actuación se cuestiona –primer párrafo del artículo 354 TFUE— pero no se contempla la posibilidad de que varios Estados miembros sean simultáneamente objeto de este procedimiento y, por tanto, este hecho provoca que en la práctica se torne utópica la utilización de este mecanismo cuando existe más de un régimen iliberal en la Unión.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo anterior, resulta relevante el carácter *convergente* del iliberalismo en el seno de la Unión Europea porque si se tratara de un caso aislado los demás Estados miembros podrían –aunque somos conscientes de que el

instrumento está configurado como *ultima ratio*— activar el procedimiento del 7 TUE[434], completando todas las fases y sancionando al Estado miembro en cuestión con la pérdida del derecho de voto en el seno del Consejo; lo que, en último término, permitiría que se produjera una reforma de los Tratados constitutivos para endurecer las medidas de control de los valores europeos sin el voto de dicho Estado miembro. Sin embargo, actualmente son varios los regímenes iliberales que han surgido en el seno de la Unión Europea y, como resultado, dicha *entente iliberal* bloquea –de facto— cualquier posibilidad de que el procedimiento del artículo 7 TUE pueda alcanzar la fase sancionadora.

Aunque los instrumentos de los que dispone la Unión Europea no resulten los más adecuados para afrontar el surgimiento de regímenes iliberales en su seno[435], debemos tener en cuenta que los últimos no desean abandonar la integración europea[436], sino que, por el contrario, desean continuar perteneciendo para seguir recibiendo ayuda económica (Halmai, 2018b: 27), de modo que estos constituyen una suerte de débil límite formal (Bozóki y Hegedüs, 2018: 1181). Así como por el prestigio –y, por conexión con esto, no podemos olvidar las sanciones que evitan— que a nivel internacional comporta el hecho de formar parte de un proceso de integración supraestatal en el que uno de los valores fundamentales es el Estado de Derecho (Krygier, 2019: 567), debido a que existe, como hemos visto en el capítulo primero, una presunción cuasi automática de que todos los Estados miembros que la conforman cumplen con el ordenamiento jurídico europeo, en el que se incluyen los valores del artículo 2 TUE y los derechos y libertades recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como acertadamente señalan Bozóki y Hegedüs (2018: 1178), la Unión Europea cumple una triple función respecto del iliberalismo húngaro, pues de forma simultánea actúa como una restricción sistémica, en la medida en que las instituciones europeas han tratado de ponerle freno a las reformas iliberales; como simpatizante, pues el hecho de que pertenezca a la Unión Europea le granjea una serie de beneficios, tanto económicos como respecto de la presunción de cumplimiento del ordenamiento jurídico europeo; y

[434] El procedimiento del artículo 7 TUE, cuyo objetivo es defender los valores del artículo 2 TUE, será analizado con detenimiento más adelante.

[435] Como tendremos la oportunidad de comprobar a lo largo del Capítulo IV.

[436] Utilizando la terminología de Hirschman (1970), que distingue las tipologías de oposición en el marco de las organizaciones internacionales como *voice*, que suponía la posibilidad de que los Estados se expresen y traten de convencer a los demás, y *exit*, que se identificaba con la salida de dicha organización, Weiler (1995: 25) ha introducido el ámbito de la Unión Europea a una técnica de *selective exit*, consistente en la intención de los Estados miembros de conservar tal condición, pero al mismo tiempo intentando eludir –mediante acción u omisión— las obligaciones derivadas de los Tratados.

como elemento legitimador del régimen, en relación con el prestigio que antes señalamos. Respecto del primero de los roles señalados por ambos autores, si bien la pertenencia de los regímenes iliberales al proceso de integración europea no ha podido frenar su deriva, sí que ha supuesto una *desaceleración*, pues aunque únicamente respetaran los límites de tipo formal impuestos por las instituciones europeas, este hecho ha servido para que los dirigentes iliberales hayan tenido que adoptar una actitud cautelosa para no echar a perder su fachada de cumplimiento formal –aunque no material— del principio de legalidad. Respecto del segundo rol, basta con remitirnos a las cifras, ya que estas constituyen un dato que no admite dudas: en primer lugar, Polonia ocupa el primer puesto en cuanto a percepción de fondos de la Unión Europea, mientras que solo aporta al presupuesto del proceso de integración un 37 % de la cantidad recibida; y, en segundo lugar, aunque por sus circunstancias Hungría recibe menos cantidad de fondos, en este caso la proporción que existe entre los fondos europeos recibidos y la cantidad que aporta a su presupuesto es menor aún que la señalada respecto de Polonia, ya que se corresponde con un 31%[437]. Ambos se configuran como beneficiarios netos de los fondos europeos y, por esta razón, resultaría ilógico que Hungría y Polonia renunciaran a esta suculenta fuente de ingresos para su proyecto iliberal, ya que sin ella les resultaría mucho más complicado conservar el apoyo ciudadano[438]. Por último, respecto del papel de la Unión Europea como factor de legitimación de los regímenes iliberales podemos distinguir dos dimensiones: externa, por un lado, en la medida en que a los ojos del panorama internacional la pertenencia a la Unión Europea dota a sendos Estados de un elevado prestigio; e interna, por otro lado, que se deriva del principio de confianza mutua, pues de este se deriva la presunción de cumplimiento del ordenamiento jurídico europeo salvo en circunstancias excepcionales, como señalaba el Tribunal de Justicia en el Dictamen 2/13. Debido a que nuestro objeto de investigación se identifica con la constitucionalización europea, será la transformación sufrida por la Unión Europea respecto del último de los roles señalados, especialmente en su dimensión interna, la que será analizada con mayor profundidad en el Capítulo V.

[437] Se prevé que Polonia y Hungría, respectivamente, reciban 18.727,4 y 5.973,7 millones de euros de la Unión Europea, mientras que dichos Estados miembros únicamente aportarán a las arcas del proceso de integración 6.931,5 y 1.867,5 millones de euros.

[438] Pues, como ya indicamos, pueden ser incardinados en el marco de las *inclusionary autocracies*. Por esta razón, más recientemente se creó Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, que analizaremos con detalle en el Capítulo siguiente.

Para finalizar, debemos incluir una descripción del concepto que hemos anticipado. Definimos el *iliberalismo sinérgico convergente* como aquel modelo de organización del poder que se caracteriza por una tendencia a la concentración del mismo de forma velada, tratando de evitar una apariencia de autoritarismo a través de reformas concretas que en conjunto provocan un efecto devastador en el Estado de Derecho, el constitucionalismo y la democracia, y cuya existencia se hace posible en el marco de la Unión Europea por la simultaneidad en cuanto al surgimiento y desarrollo de los mismos, que de facto impide la utilización de los mecanismos que tradicionalmente prevé para garantizar sus valores, pero también se ve condicionada por su membresía en el proceso de integración europeo, pues este último actúa al mismo tiempo como límite, como mecenas y como elemento de legitimación interna y externa de los mismos. Estos regímenes iliberales se caracterizan por su carácter sinérgico en la obtención del poder y, tras consolidarse en el mismo, también por su naturaleza sistémica.

4. La ruptura de la cuarta pared: iliberalismo vs. confianza mutua

Debemos conectar ahora el surgimiento de los regímenes iliberales con la evolución del principio de confianza mutua. Como hemos podido comprobar en el capítulo primero, la concepción tradicional de este principio supone la presunción cuasi absoluta de que los Estados miembros cumplen con el ordenamiento jurídico de la integración europea y, especialmente, de que respetan los derechos y libertades fundamentales recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dicha presunción tiene visos de efectividad si los actores en juego se comportan conforme al contenido de esta, es decir, si verdaderamente y con carácter general cumplen con el Derecho de la Unión Europea, sin perjuicio de que puedan producirse desviaciones puntuales que pueden ser corregidas sin problema por el propio ordenamiento jurídico (Bogdandy y Ioannidis, 2014: 35-36). Sin embargo, el *teatro* que la Unión Europea ha construido para franquear la falta de armonización en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justica resulta del todo inútil cuando uno de los actores implicados *rompe la cuarta pared*[439].

[439] El concepto de *ruptura de la cuarta pared* fue acuñado por André Antoine y se utiliza para definir la barrera invisible que separa de sus espectadores a cualquier obra de ficción. Como señala Ceballos (1999: 39-48), podemos decir que se rompe la cuarta pared cuando alguno de los actores interactúa con el público, ya que en este momento se va la *magia* y tanto los espectadores son conscientes de que la obra no es real, como los actores pierden en ese momento su naturaleza ficticia. Su ruptura provocaría que ambos extremos –espectadores y actores— adquirieran consciencia de la realidad y comenzaran a actuar en consecuencia.

Desde el punto de vista dogmático, observamos que la doctrina considera que el ordenamiento jurídico europeo se ha construido sobre la premisa –relativa, no absoluta— de que los Estados miembros van a aplicar sus normas de manera voluntaria y correcta (Konstadinides, 2017: 22). Esta presunción debe ser conectada con las consideraciones que caracterizaron los orígenes al constitucionalismo, en las cuales –de manera ingenua— se consideraba que el hecho de que la ley era un producto de la razón, elaborado por un procedimiento contradictorio y público, se traducía en la presunción de que la misma no llegaría a contradecir a su propio fundamento (Santaolalla, 2001: 193). Extrapolado al ámbito de una integración supraestatal, esta presunción de cumplimiento del Derecho UE se correspondería con el entendimiento de que si los Estados miembros han aceptado de manera voluntaria los Tratados constitutivos y, por ende, las normas de derecho derivado, posteriormente no van a incumplir las obligaciones que se derivan de los mismos de una forma intencional o frontal, sin perjuicio de que puedan darse incumplimientos concretos. Sin embargo, como apunta Lösing (2002: 297), Estado de Derecho y seguridad jurídica, que se traducen en este caso en los principios de confianza y de reconocimiento mutuos, no dependen del tenor literal de las normas –el autor se refería al número de derechos que estas prometían— sino de la realización material de las mismas.

En el caso concreto de la Unión Europea, ya nos hemos referido al fenómeno que se conoce como *Paradoja de Copenhague*, consistente en la inexistencia de mecanismos de garantía y control del cumplimiento de los valores fundamentales de la Unión Europea –recogidos en el artículo 2 TUE— a partir del momento en que se produce la adhesión, precisamente por la presunción de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea que funciona como la base constitucional para la confianza mutua (Bonelli, 2017: 179-180). Sin embargo, los hechos más recientes –y, en concreto, el surgimiento de los regímenes iliberales en Hungría y en Polonia— han demostrado que ya no puede ser mantenida de manera realista la presunción de cumplimiento de los valores fundamentales de la Unión (Carrera y Mitsilegas, 2018: 2), pues ante la ausencia de mecanismos efectivos para el control de su cumplimiento no parece ser más que una ficción (Cortés Martín, 2018: 371).

En el preciso instante en que uno de los Estados miembros –y más aún si son varios los que adoptan esta postura— decide *romper la magia del teatro* y devuelve al resto de sujetos implicados a la realidad de que se trata de una presunción y que, en consecuencia, no existe, sino que esta ha sido teorizada para convencernos ante la falta de armonización, nos encontramos con que la Unión Europea resulta del todo indefensa. A pesar de que sus

instituciones sean plenamente conscientes –por su flagrancia— de la existencia de una vulneración de los valores fundamentales contenidos en el artículo 2 TUE por parte de uno o varios de sus Estados miembros, la tormenta perfecta –provocada por la encorsetada estructura política e institucional de este proceso de integración supraestatal y por lo que, entre otros, Cortés Martín (2020: 480) califica como una «falta de verdadero coraje»— provoca que por el momento solamente la Comisión Europea, mediante la interposición de recursos de incumplimiento y la creación de instrumentos nuevos para la defensa de los valores fundamentales de la Unión Europea; el Parlamento Europeo, a través de las resoluciones que ha emitido, pero con una eficacia limitada; y el Tribunal de Justicia, mediante los procedimientos de incumplimiento y las cuestiones prejudiciales, sean los únicos actores que verdaderamente han conseguido *despertar de la magia del teatro*, mostrando su voluntad de solucionar los retos del iliberalismo respecto de la construcción de la integración europea con fundamento en el principio de confianza mutua[440].

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la falta de actuación por parte de las instituciones de tipo político trae causa de los defectos institucionales que presenta el marco jurídico de la Unión Europea –que incluso han llegado a ser calificados como un problema de naturaleza sistémica en el ámbito de la integración europea— y que este tipo de vulneración de los valores fundamentales estaba destinado a ocurrir, antes o después (Kochenov, 2017: 420-425). Drinóczi y Bień-Kacala (2017: 71) recuerdan que uno de los aspectos más relevantes de la democracia constitucional es la existencia de mecanismos de defensa adecuados, y esto es, precisamente, lo que falla en el caso de la Unión Europea, como comprobaremos al hilo de la exposición contenida en el capítulo siguiente, donde analizaremos la respuesta dada tanto por las instituciones políticas de la Unión Europea, como por su instancia judicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como los efectos conjuntos derivados de todas ellas.

Faltarían por analizar las implicaciones que ha tenido la ruptura de la cuarta pared respecto de los instrumentos concretos como las órdenes de detención y entrega (ODE), así como con carácter general en la configuración del principio de confianza mutua y en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Sin embargo, para comprender adecuadamente estos aspectos es necesario analizar previamente cuál ha sido la respuesta dada por las instituciones europeas ante el surgimiento de los regímenes iliberales.

[440] En este sentido, se han pronunciado respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea autores tales como Krajewski (2018: 406), Lenaerts (2019: 15) o Cortés Martín (2020: 477).

CAPÍTULO IV

LA RESPUESTA DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL SURGIMIENTO DE REGÍMENES ILIBERALES

En el primer capítulo expusimos la configuración original y los primeros cambios del principio de confianza mutua. En el segundo capítulo nos centramos en el concepto de Estado de Derecho, teniendo en cuenta las dificultades que hay a la hora de adaptarlo a la estructura de una integración supraestatal y la relación simbiótica que este mantiene con el principio de confianza mutua. En el tercer capítulo estudiamos la configuración de los regímenes autoritarios en la actualidad y los avances iliberales que han tenido lugar en algunos de los Estados miembros de la Unión Europea. El siguiente paso, por tanto, será analizar la respuesta que las instituciones europeas han dado a las derivas iliberales, tomando en consideración de manera separada la actuación de las instituciones políticas, por un lado, y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como órgano jurisdiccional que tiene el monopolio de la interpretación del Derecho de la Unión Europea, por otro.

No obstante, debemos precisar que nuestra atención estará enfocada principalmente en aquellas transformaciones que tengan efectos sobre el principio de confianza mutua, por lo que la respuesta a la problemática del Estado de Derecho será analizada únicamente con carácter instrumental a este respecto.

Para facilitar una comprensión más profunda de estas problemáticas incluiremos, con carácter previo, un repaso cronológico que muestre cuál es el orden de los hitos más relevantes junto a unas consideraciones generales que nos permitan entender el contexto general de los mecanismos de garantía de los valores fundamentales de la Unión Europea, entre los que se encuentra el Estado de Derecho. Tras ello, expondremos cuáles son los instrumentos que han utilizado las diferentes instituciones políticas, así como los cauces procesales disponibles y la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, teniendo en cuenta en todo caso que ambas instancias no actúan de una manera aislada, sino que se produce una gran interrelación entre ellas. Por esta razón, incluiremos justo a continuación un análisis comparado de la actuación que han llevado a cabo las distintas instituciones europeas a la luz del principio de atribución de competencias.

Una vez concluida esta triple aproximación –consideraciones previas, respuesta y análisis comparado— incorporaremos, sobre la base de las conclusiones que extraigamos, un quinto apartado sobre *nuevos horizontes*, en el que incluiremos las posibilidades que surgen como resultado de la conjunción entre el surgimiento de los regímenes iliberales y la transformación del marco jurídico-institucional de la Unión Europea como respuesta, con carácter general respecto del Estado de Derecho. Todo ello servirá como fundamento teórico-práctico poder analizar las implicaciones específicas que se derivan respecto del principio de confianza mutua en el siguiente capítulo.

1. Repaso cronológico y consideraciones generales

La principal consideración que hemos de realizar como base para una comprensión adecuada del resto de las problemáticas que trataremos en este capítulo radica en la propia naturaleza de la Unión Europea. El proceso de integración y, por ende, las características inherentes a su arquitectura institucional nunca se han planteado desde una perspectiva conflictual respecto de los Estados miembros, pues a pesar de que se prevean mecanismos de garantía los mismos carecen de la debida eficacia. Por el contrario, toda la construcción de la integración europea encuentra sus cimientos en la confianza en que los mismos van a cumplir las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico europeo.

Por ello, no es de extrañar que el funcionamiento de la Unión Europea se caracterice por un déficit de garantías (Viciano Pastor, 1997: 51). Precisamente, se trata de un rasgo inherente a las dinámicas –neofuncionalistas— del proceso de integración europeo que, si bien ha funcionado adecuadamente durante muchos años por la aceptación generalizada de las normas europeas –sin perjuicio de enfrentamientos concretos, como hemos visto— y las presunciones y premisas han permitido avanzar más allá de lo que se habría podido de haber optado por un prisma absolutamente realista, actualmente se configura como un freno para el desarrollo y la *auto-defensa* de la Unión Europea frente a los embates de los regímenes iliberales que han surgido en su seno. Esta falta de capacidad de reacción de las instituciones europeas que se deriva de la realidad señalada supone, al mismo tiempo, una fuente de legitimación para el discurso de los líderes iliberales[441].

[441] Por ejemplo, Kraus (1952: 30) hace referencia al fortalecimiento de los enemigos del poder legal por la falta de combatividad de este último frente a la actividad violenta de los primeros. Aunque el autor utiliza este argumento para justificar el uso de la fuerza, entendemos que en la actualidad no sería aceptable, sino que únicamente podríamos recomendar una actuación más robusta, pero siempre dentro de los límites del ordenamiento jurídico.

La traducción práctica de esta problemática se halla en la Paradoja de Copenhague, un fenómeno al que ya nos hemos referido. Consiste en la existencia de condicionalidades políticas antes de la adhesión de nuevos Estados miembros –basada en una aproximación *carrot and stick* (Bonelli, 2017: 174)— y, al mismo tiempo, en su inexistencia una vez se ha producido la adhesión de dichos Estados. El fundamento de esta configuración radica en el principio de confianza mutua y, por tanto, en la presunción de que si han aceptado los valores fundamentales en el momento de la adhesión –*ex ante*— no es posible que los vulneren más adelante, por lo que no es necesario incluir mecanismos de control *ex post*. Sin embargo, como consecuencia de la irrupción de los regímenes iliberales y, con ello, la *ruptura de la cuarta pared*, esta premisa ha resultado ser contraproducente cuando los Estados miembros incumplen su deber de cooperación leal[442].

Adicionalmente, hemos de tomar en consideración el papel de los valores europeos. Schmitt (1961: 71) nos advertía que todo aquel que habla de los valores intenta hacerlos valer e imponerlos, mientras que quien trata de hacerlos valer sin que nadie los garantice lo que quiere es engañar. Asimismo, señalaba –utilizando una expresión de Hartmann— que la «tiranía de los valores» supone que «el valor mayor tiene el derecho y hasta el deber de someter al valor inferior, y el valor, como tal tiene toda la razón de aniquilar el sinvalor como tal» (Schmitt, 1961: 75-77). Aunque en un principio en el ámbito de la UE los valores no han gozado de un gran protagonismo y, por tanto, eran considerados más bien como una figura retórica, recientemente la doctrina ha reflejado su mutación en un elemento verdaderamente jurídico y vinculante, no meramente declarativo o indicativo[443]. Para evitar que la respuesta dada por la Unión Europea sea percibida como la instauración de una tiranía de los valores –europeos— es necesario tener en cuenta que la misma debe producirse siempre dentro de los márgenes del principio de atribución de competencias, pues si actuase *ultra vires* estaría al mismo tiempo vulnerando el Estado de Derecho que pretendía proteger en un principio. Por esta razón, Krzywoń (2022: 183) ha manifestado que es preferible buscar las respuestas institucionales de la Unión Europea a los ataques de los regímenes iliberales en el marco de los instrumentos previstos por los Tratados. Sin embargo, entendemos que también sería necesario considerar la creación de nuevos instrumentos siempre que los Tratados atribuyan –aunque lo hagan de forma genérica—

[442] El artículo 4.3 TUE recoge el principio de cooperación leal, que exige que los Estados miembros adopten «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión y que se abstengan de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

[443] Como vemos en los trabajos de Bar Cendón (2014: 110) o Von Bogdandy y Spieker (2019: 412).

a las instituciones europeas competencias que relacionadas –expresa o implícitamente— con la defensa de los valores recogidos en el artículo 2 TUE.

Esta controversia respecto de las posibilidades de actuación de las instituciones de la Unión Europea se ha visto traducida en la discusión sobre si el procedimiento previsto en el artículo 7 TUE habría de ser considerado *lex specialis* respecto de la defensa de los valores previstos en el artículo 2 TUE. Antes de que el Tribunal de Justicia tuviera ocasión de resolver esta disputa, voces autorizadas de nuestra doctrina ya se habían pronunciado considerando que en ningún caso la existencia del artículo 7 TUE excluye la posibilidad de que se utilicen y/o creen otros mecanismos para defender los valores fundamentales[444]. Las construcciones doctrinales más afortunadas teniendo en cuenta la posterior resolución del Tribunal de Justicia son las formuladas por Bar Cendón (2014: 109), que considera la posibilidad de que el Estado de Derecho sea defendido también mediante la vía judicial[445], pero en este caso de manera indirecta, esto es, a través de las normas jurídicas del Derecho de la Unión Europea que en cada caso hayan vulnerado; y por Von Bogdandy (2019: 21), cuando afirma que el artículo 7 TUE actúa como un límite máximo al configurarse como la forma más intensa de defensa de los valores europeos contenidos en el artículo 2 TUE, por lo que las instituciones europeas no tendrían competencia para crear mecanismos más duros como la expulsión de un Estado miembro[446], pero sí para formular alternativas que resulten más leves o menos gravosas.

La discusión fue zanjada por el Tribunal de Justicia en las sentencias dictadas en los asuntos C-156/21 y C-157/21[447]. En ellas desestimó las alegaciones formuladas por Hungría y Polonia en las que consideraban que el valor del Estado de Derecho solo puede

[444] Como observamos con carácter general en los trabajos de Von Bogdandy y Ioannidis (2014: 219), Closa, Kochenov y Weiler (2014: 9), Goldner Lang (2019: 21) o Baquero Cruz (2022: 443).

[445] Respecto de la complementariedad del artículo 7 TUE con el procedimiento de incumplimiento, contenido en los artículos 258 a 260 TFUE, podemos recoger también los trabajos de Mader (2019: 162) y Elsuwege y Gremmelprez (2020: 8-9), así como las conclusiones del Abogado General Evgeni Tanchev de 11 de abril de 2019, *Comisión/República de Polonia*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:325, para. 50, donde afirmó que «existen motivos de peso para considerar que el artículo 7 TUE y el artículo 258 TFUE son procedimientos independientes que pueden invocarse al mismo tiempo y, en particular, que sus respectivos tenores no se excluyen recíprocamente».

[446] De hecho, en un trabajo conjunto este autor ha señalado que, aunque no se haya utilizado jamás, el Reglamento (UE, Euratom) 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas, permite, conforme a lo dispuesto en su artículo 3.1.c), controlar que los partidos políticos europeos cumplen los valores del artículo 2 TUE (Von Bogdandy et al, 2021: 389).

[447] Ambos están originados por sendos recursos de anulación interpuestos por Hungría y Polonia en los que solicitan al Tribunal de Justicia que anule el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

ser protegido por la Unión Europea con arreglo al procedimiento del artículo 7 TUE[448], y, al mismo tiempo, nos advirtió que «el legislador de la Unión no podría establecer, sin infringir el artículo 7 TUE, un procedimiento paralelo al contemplado en este precepto que tuviese, en esencia, el mismo objeto, persiguiese la misma finalidad y permitiese adoptar medidas idénticas, previendo la intervención de otras instituciones o requisitos materiales y procedimentales diferentes de los establecidos en dicho precepto»[449]. Por ello, siempre que el legislador de la Unión Europea disponga de una base jurídica a tal efecto, podrá establecer normas de derecho derivado que contengan otros procedimientos sobre los valores del artículo 2 TUE, «siempre que dichos procedimientos se distingan tanto por sus fines como por su objeto del procedimiento del artículo 7 TUE»[450].

El estándar fijado por el Tribunal de Justicia, que se corresponde con la prohibición de crear instrumentos que tengan una identidad de fines y de objeto con el artículo 7 TUE, será el que debamos utilizar cuando analicemos los distintos instrumentos existentes y/o creados en el marco del sistema institucional de la Unión Europea, así como a la hora de estudiar la viabilidad de las propuestas que se han realizado desde la doctrina para superar la ineficacia de los últimos.

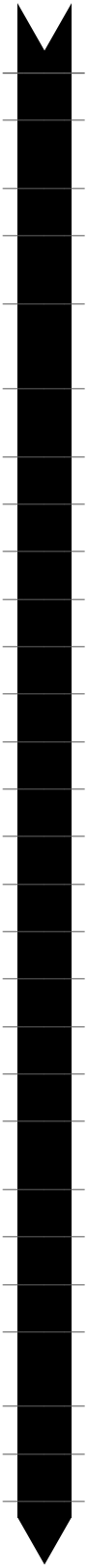
Antes de comenzar con la exposición de los distintos instrumentos y mecanismos con los que cuentan actualmente las instituciones europeas para la defensa de los valores fundamentales de la Unión Europea recogidos en el artículo 2 TUE, entendemos que es recomendable incluir un repaso cronológico de lo ocurrido a este respecto en los últimos treinta años. Se trata de un periodo temporal demasiado extenso en el que se han originado numerosos hitos e instituciones, por lo que a través de la siguiente línea temporal seremos capaces de situar adecuadamente cada una de ellas en el contexto temporal –y, por tanto, político— correspondiente, así como de tener claro en qué orden se han dado.

---

[448] Las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Hungría/Parlamento y Consejo*, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, y de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, respectivamente, paras. 163 y 199. Adicionalmente, en el asunto C-157/21 determinó que «la sentencia de 17 de diciembre de 2020, *Openbaar Ministerie (Independencia de la autoridad judicial emisora)* (C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033) no consagró en modo alguno el carácter exclusivo del artículo 7 TUE, sino que se limitó a determinar los casos en los que las deficiencias sistémicas o generalizadas relativas a la independencia del poder judicial en el Estado miembro emisor de una orden de detención europea pueden justificar que esta no se ejecute» (para. 204).

[449] *Ibid*., respectivamente, paras. 167 y 206.

[450] *Ibid.*, respectivamente, paras. 168 y 207. Ambos se remiten, por analogía, a la sentencia de 7 de febrero de 1979, *Francia/Comisión*, 15/76 y 16/76, ECLI:EU:C:1979:29, para. 26; el auto de 11 de julio de 1996, *An Taisce y WWF UK/Comisión*, C-325/94 P, ECLI:EU:C:1996:293, para. 25; y la sentencia de 11 de enero de 2001, *Grecia/Comisión*, C-247/98, ECLI:EU:C:2001:4, para. 13.



01/05/1999	Tratado de Ámsterdam - Incorporación de los principios (Estado de Derecho) y creación del 7 TUE
31/01/2000	Declaración de los 14 Estados miembros contra el gobierno de coalición con FPÖ - *Haider Affair*
01/02/2003	Tratado de Niza - Creación fase preventiva del 7 TUE y competencias procedimentales del TJUE
01/05/2004	Quinta ampliación de la UE (adhesión de 10 nuevos Estados miembros)
01/01/2007	Sexta ampliación (adhesión de Bulgaria y Rumanía) Entrada en vigor de los MCV de Bulgaria y Rumanía (Decisiones de la Comisión 2006/928 y 2006/929)
25/04/2010	Victoria de *Fidesz* en la segunda vuelta de las elecciones parlamentarias en Hungría
11/03/2014	Creación del Nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho - COM(2014) 158 final
27/05/2014	Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre del Nuevo Marco de la UE
18/12/2014	Dictamen del Tribunal de Justicia sobre la Adhesión de la Unión al CEDH (2/13)
25/10/2015	Victoria de *PiS* en las elecciones parlamentarias de Polonia
05/04/2016	Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Aranyosi y Căldăraru* (C-404/15 y C-659/15 PPU)
27/07/2016	Primera Recomendación (2016/1374) derivada del Nuevo Marco en relación con Polonia
21/12/2016	Segunda Recomendación (2017/146) derivada del Nuevo Marco en relación con Polonia
26/07/2017	Tercera Recomendación (2017/1520) derivada del Nuevo Marco en relación con Polonia
20/12/2017	Decisión de la Comisión de iniciar el 7.1 TUE respecto de Polonia
27/02/2018	Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Associaçao Sindical dos Juízes Portugueses* (C-64/16)
02/05/2018	Comunicación de la Comisión: Propuesta de Reglamento de condicionamiento COM(2018) 324 final
25/07/2018	Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Minister for Justice and Equality* (C-216/18 PPU)
25/10/2018	Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la propuesta de Reglamento de condicionamiento
12/09/2018	Resolución del Parlamento Europeo: Propuesta en la que solicita al Consejo la activación del 7.1 TUE
17/12/2018	Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Comisión/Polonia (Independencia del TS)* (C-619/18)
11/12/2020	Conclusiones del Consejo Europeo (concesiones para la aprobación del Reglamento 2020/2092)
16/12/2020	Aprobación del Reglamento 2020/2092 de condicionamiento de fondos
20/04/2021	Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Repubblika* (C-896/19)
16/02/2022	Sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos *Hungría/Parlamento Europeo y Consejo* (C-156/21) y *Polonia/Parlamento Europeo y Consejo* (C-157/21)
15/09/2023	Decisiones de la Comisión 2023/1785 y 2023/1786: Derogación de los MCV de Bulgaria y Rumanía
15/10/2023	Elecciones parlamentarias de Polonia: Salida de PiS del Gobierno
29/02/2024	Comunicado de prensa de la Comisión: Comienza el levantamiento de medidas respecto de Polonia

2. La respuesta de las instituciones políticas: análisis por instrumentos

Tras llevar a cabo este breve repaso cronológico, comenzaremos con el análisis de los instrumentos con los que cuentan las instituciones políticas para garantizar los valores del artículo 2 TUE. Esta metodología tiene varias ventajas: en primer lugar, nos permitirá realizar más adelante un estudio comparativo de la actuación de las distintas instituciones; en segundo lugar, incorporando una exposición detallada de los mecanismos existentes en la actualidad nos será más fácil identificar cuáles son los *nuevos horizontes*, esto es, las posibles innovaciones que caben tanto en la utilización de los instrumentos actuales, como en la creación de otros nuevos; y, en tercer lugar, nos servirá como un paso previo para el proceso de rastreo –en el marco del Capítulo V— de la dinámica que se esconde en la transformación del principio de confianza mutua y las implicaciones que se derivan, tanto en el ámbito de lo concreto, respecto del sistema de órdenes de detención europea, como en el ámbito general, respecto del *constitucionalismo* europeo.

2.1. Artículo 7 del Tratado de la Unión Europea

La creación del procedimiento que actualmente está contenido en el artículo 7 TUE se produjo con la reforma del Tratado de Ámsterdam, que no solo incluyó los principios –actualmente valores— sino que también incorporó un instrumento para hacer frente a la vulneración grave de los mismos[451]. En cuanto a las razones que llevaron a esta mejora, entendemos que su principal motivación radica en el proceso de la gran ampliación hacia el centro y el este de Europa que se produjo unos años más tarde[452]; y en la expansión, mediante ese mismo Tratado, de la comunitarización a un ámbito especialmente sensible para el Estado de Derecho, como parte del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

En sus orígenes la naturaleza de este mecanismo era meramente reactiva, ya que solamente podía activarse frente a las vulneraciones graves que ya se hubieran producido. La efectividad de esta configuración se puso en duda a raíz de las elecciones generales de Austria celebradas en 1999, cuando FPÖ, partido de extrema derecha entonces liderado por Jörg Haider, obtuvo votos suficientes –convirtiéndose en la segunda fuerza política

[451] Sendas reformas se pueden observar en el artículo 1, apartados 8), letra a), y 9), del Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

[452] Como apuntan los trabajos de Blázquez Peinado (2019: 22) y Becerril Atienza (2020: 120-121). Instrumentos similares ya habían sido introducidos, aunque con previsiones más estrictas, en el ámbito del Consejo de Europa (artículo 8 del Estatuto) y de las Naciones Unidas (artículo 6 de la Carta), como expone Konstadinides (2017: 162).

al conseguir 52 de los 183 escaños del Consejo Nacional de Austria— como para que el partido de centro-derecha ÖVP –que obtuvo un número de votos similar y, por lo tanto, la misma cantidad de escaños— considerara establecer una coalición de gobierno con él. Ante la imposibilidad de que los Estados miembros dieran una respuesta preventiva e institucionalizada a esta situación, el 31 de enero del año 2000 se produjo el *Haider Affair*, como una declaración de los otros catorce Estados miembros en la que se condenaba la coalición y se determinaba el establecimiento de medidas diplomáticas individuales[453]. Debemos tener en cuenta que esta reacción, más allá de tener como objetivo concreto a la coalición austríaca, realmente se dirigía a todos los partidos de extrema derecha en el presente y en el futuro, tanto en los Estados miembros como en los Estados candidatos (Cramér y Wrange, 2001: 30). No obstante, esta vía provocó una gran inestabilidad por su carencia de anclaje en la arquitectura institucional europea y, por ello, fue descartada posteriormente[454]. La respuesta a ello vino de la mano de la reforma del Tratado de Niza, con la que se introdujo una fase preventiva en el artículo 7 TUE, así como la competencia del Tribunal de Justicia respecto de los aspectos procedimentales del mismo[455].

A través de sendas reformas se ha alcanzado la redacción actual del artículo 7 TUE, que contiene un procedimiento segmentado en varias fases: de *constatación del riesgo*, de *constatación de la violación grave* y *sancionadora*[456]. Aunque J. M. Durão Barroso,

[453] Para un análisis más detallado del contexto en el que se produjo el *Haider Affair*, hemos de acudir a los trabajos de Cramér y Wrange (2001: 28-29) y Bugarič (2016). Ante la inexistencia de una vía adecuada de respuesta en la arquitectura institucional del momento se dio lo que Moreno González (2019a) califica –en el marco de la estabilidad presupuestaria— como «huidas del marco jurídico comunitario», como una concreción de las «huidas del Derecho» a las que se refería De Cabo Martín (2007: 212-213).

[454] Algunos autores llegan a calificar como «miserable» la reacción de los demás Estados miembros frente a Austria en el marco del *Haider Affair* (Von Bogdandy et al, 2021: 390).

[455] Respectivamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1), y apartado 15), letra e), del Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

[456] El contenido literal del artículo 7 TUE es el siguiente:

1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones.

El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

entonces presidente de la Comisión Europea, calificó el procedimiento del artículo 7 TUE como una «opción nuclear»[457], entendemos que el mismo se configura como un elemento de protección de los valores fundamentales de la Unión Europea y, como consecuencia, debe rechazarse la calificación de este tipo de calificativo (Pérez Bernárdez, 2016: 40), pues su objetivo principal no es sancionar a los Estados miembros *per se*, sino neutralizar las amenazas a los valores que están contenidos en el artículo 2 TUE (Uitz, 2019a: 3)[458].

Conforme a lo dispuesto en el apartado primero, son tres los legitimados para la iniciación de este procedimiento, siempre mediante propuesta motivada: un tercio de los Estados miembros, el Parlamento Europeo y la Comisión.

En cuanto a los Estados miembros, como resultado de la remisión que este precepto realiza al artículo 354 TFUE, para el cómputo de la tercera parte no se tendrá en cuenta al Estado miembro de que se trate[459]; pero esta exclusión, como las demás que contiene,

---

Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas de los Tratados continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición.

5. Las modalidades de voto que, a los efectos del presente artículo, serán de aplicación para el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo se establecen en el artículo 354 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

[457] En el Discurso sobre el estado de la Unión, de 12 de septiembre de 2012, señaló que la necesidad de establecer «un conjunto de instrumentos mejor desarrollado, no solo la alternativa entre la mano suave de la persuasión política y la mano dura del artículo 7 del Tratado». Es en la versión inglesa donde hallamos la referencia a una «*nuclear option*» en lugar de la «mano dura» a la que se refiere la versión castellana.

[458] Por tanto, consideramos desafortunado el entendimiento del Tribunal de Justicia en la sentencia de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, para. 209, pues afirma que «el procedimiento del artículo 7 TUE tiene como finalidad permitir al Consejo sancionar la violación grave y persistente de los valores consagrados en el artículo 2 TUE, en concreto, para compeler al Estado miembro de que se trate a poner fin a dicha violación».

[459] El contenido literal del artículo 354 TFUE es el siguiente:

A efectos del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, […], el miembro del Consejo Europeo o del Consejo que represente al Estado miembro de que se trate no participará en la votación y el Estado miembro de que se trate no será tenido en cuenta en el cálculo de la tercera parte o de las cuatro quintas partes de los Estados miembros contemplado en los apartados 1 y 2 de dicho artículo. La abstención de los miembros presentes o representados no obstará a la adopción de las decisiones contempladas en el apartado 2 del mencionado artículo.

Para la adopción de las decisiones contempladas en los apartados 3 y 4 del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, la mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del presente Tratado.

Cuando, a raíz de una decisión de suspensión del derecho de voto adoptada de conformidad con el apartado 3 del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, el Consejo se pronuncie por mayoría cualificada con arreglo a una de las disposiciones de los Tratados, esta mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del presente Tratado o, si el Consejo actúa a propuesta de la Comisión o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, de conformidad con la letra a) del apartado 3 del artículo 238.

A efectos del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, el Parlamento Europeo se pronunciará por mayoría de dos tercios de los votos emitidos que represente la mayoría de los miembros que lo componen.

se realiza en singular, pues en la configuración original del instrumento no se concebía la posibilidad de que varios Estados miembros vulnerasen de manera simultánea los valores (Mader, 2019: 354).

En el caso del Parlamento Europeo, este «se pronunciará por mayoría de dos tercios de los votos emitidos que represente la mayoría de los miembros que lo componen», también conforme a lo dispuesto en el artículo 354 TFUE.

Respecto de la capacidad del Parlamento Europeo para proponer la constatación que está prevista en el primer apartado del 7 TUE, no podemos olvidar que, aunque la primera ocasión en que se materializó esta posibilidad se produjo casi un año después de su activación por parte de la Comisión Europea respecto de Polonia[460], las negativas de esta última institución en cuanto a su activación en relación con Hungría fueron las que provocaron que el Parlamento Europeo iniciara el procedimiento a finales de 2018[461].

Respecto del rol jugado por la Comisión en el procedimiento del artículo 7 TUE, debemos señalar que se limita a la capacidad para proponer la constatación prevista en los apartados primero y segundo. Entendemos que su competencia se corresponde con la función de *Garante de los Tratados* (Mangas y Liñán, 2020: 256), pues la defensa de los valores del artículo 2 TUE no solo supone un beneficio para el interés general de la Unión, sino que, además, implica una clara garantía respecto del cumplimiento y aplicación del ordenamiento jurídico europeo, en el que se incluyen de manera indubitada los valores en los que la integración se fundamenta. Como hemos apuntado en el subapartado anterior, la Comisión Europea fue la primera en ejercer su capacidad de propuesta conforme a lo previsto en el artículo 7.1 TUE, pero no lo hizo respecto de todos los regímenes iliberales, sino que únicamente activó el mecanismo respecto de Polonia. En el caso de Hungría, tras negarse firmemente a proponer la activación del procedimiento contenido en el artículo 7 TUE –alegando que las situaciones de ambos Estados no eran comparables, utilizando las palabras de Frans Timmermans— optó por la vía judicial, iniciando varios

[460] Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia, COM(2017) 835 final, 2017/0360(NLE).

[461] Según Halmai (2018b) fueron varias las ocasiones en las que el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión que adoptara medidas más contundentes contra Hungría, más allá de los procedimientos de incumplimiento que había iniciado. En todo caso, la Comisión consideraba que la situación de Hungría no era equiparable a la deriva iliberal polaca y, por tanto, rechazó todas estas invitaciones. Como consecuencia, surgió la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión (2017/2131(INL)).

procedimientos de incumplimiento (258 TFUE). A pesar de que en un principio parecía razonable que pudiera configurarse como un error de apreciación, ya que el iliberalismo húngaro surgió primero y dicha institución carecía de suficiente experiencia en la materia, cuando la reforma húngara de 2018 se produjo en términos casi idénticos a la que tuvo lugar en el caso polaco se hizo manifiesta una falta de coherencia en la actuación de la Comisión Europea (Hegedüs, 2019: 5), hasta el punto de que algunos autores señalaron que esta divergencia traía causa de los intereses personales de Timmermans en convertirse en el próximo presidente de la institución[462].

Al Consejo le corresponde constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave prevista en el apartado primero, para lo que necesitará mayoría de cuatro quintos, excluyendo del cómputo al Estado miembro que sea objeto de la constatación, según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 354 TFUE. Asimismo, el párrafo segundo del primer apartado le asigna la función de comprobar periódicamente «si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos».

La segunda fase, consistente en la constatación de la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 TUE, corresponde en exclusiva al Consejo Europeo por unanimidad, que será calculada conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 354 TFUE, de modo que las abstenciones no obstarán a la constatación. Como ya indicamos anteriormente, esta previsión no contemplaba la posibilidad de que fueran varios los Estados miembros que vulneraran al mismo tiempo los valores del artículo 2 TUE y, por tanto, «el art. 7 TUE aparece pues como un *espantapájaros* intergubernamental que no responde al modelo de integración ni sigue el método comunitario», y, por tanto, «solo puede ser útil en un campo homogéneo cuando un único pájaro se acerca a los cultivos», pero «si hay varios pájaros que quieren comer el grano, no impone ningún respeto: cualquiera puede picar impunemente e incluso encaramarse en él, *sine die*» (Baquero Cruz, 2022: 442).

Debido a que la *convergencia* de los regímenes iliberales en Hungría y Polonia impide cualquier tipo de avance a este respecto, hemos de traer a colación la propuesta de Scheppele (2016b) sobre la activación conjunta del procedimiento del artículo 7 TUE, ya que entendemos que la misma fue formulada con la finalidad de que se produjera una

[462] Halmai (2019b) y Hegedüs (2019: 11-12) se han referido a los posibles intereses personales del vicepresidente primero de la Comisión en convertirse en el próximo presidente de dicha institución.

extensión de las reglas del artículo 354 TFUE, esto es, la exclusión del Estado que está siendo valorado para el cómputo de la unanimidad, respecto de ambos Estados miembros. Esta misma propuesta fue recogida más adelante por Mader (2019: 164), considerando que «por analogía y en virtud de su efecto útil podrían agruparse aquellos procedimientos del artículo 7 TUE que sean simultáneos y estructuralmente comparables». Sin embargo, entendemos que una interpretación extensiva del artículo 354 TFUE en este sentido sería constitutiva de una vulneración del principio de atribución de competencias y, por tanto, pese a su indudable valor, debería ser descartada sin una previa reforma de los Tratados, algo que sería altamente recomendable.

Tal y como ha señalado Blázquez Peinado (2019: 26), pese a que la lógica indique que sendas fases hayan de ser sucesivas, en realidad se configuran como procedimientos independientes que no necesitan ser activados de manera concatenada. En consecuencia, cuando se produzca de manera rápida una vulneración lo suficientemente grave podrá ser activada directamente la fase reactiva contenida en el artículo 7.2 TUE.

El Parlamento Europeo tiene poder de veto respecto de sendas constataciones[463], porque en ambos supuestos se exige la previa aprobación del Parlamento, teniendo en cuenta –como hemos visto— que este «se pronunciará por mayoría de dos tercios de los votos emitidos que represente la mayoría de los miembros que lo componen».

En caso de que la unanimidad se alcance y se materialice esta última constatación –así como que esta no encuentre el veto del Parlamento Europeo— el Consejo será el encargado de decidir acerca de la suspensión de los derechos derivados de los Tratados[464], por mayoría cualificada, siguiendo lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 7 TUE, que será calculada, según dispone el párrafo segundo del artículo 354 TFUE, conforme a lo dispuesto en el artículo 238.3.b) TFUE, por lo que será necesario que obtenga el voto favorable de un mínimo del 72 % de los miembros del Consejo y que estos, a su vez, representen a estados que supongan, como mínimo, el 65 % de la población de la Unión. Teniendo en cuenta el número de Estados miembros –veintisiete— y la exclusión de aquel que sea objeto de este procedimiento, sería necesario que al menos diecinueve de ellos votaran a favor de la imposición de sanciones como resultado de la constatación de una

[463] Tanto la del riesgo claro como de la existencia de la vulneración de los valores fundamentales del artículo 2 TUE, previstas en los apartados primero y segundo del artículo 7 TUE, respectivamente.

[464] La sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, para. 216, en cuanto a la naturaleza de estas medidas, concluyó que «pueden referirse a cualquier derecho derivado de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate».

violación grave y persistente de los valores fundamentales del artículo 2 TUE; y, asimismo, considerando que la población total de la Unión Europea es de 447,4 millones, el cálculo dependerá del Estado que debamos excluir por las mismas razones indicadas: mientras que en el caso de Hungría –que tiene 9,69 millones de habitantes— el cálculo habría de realizarse sobre 438,01 millones y, por tanto, sería necesario que la población de los diecinueve Estados miembros superara los 284,70 millones; en el caso de Polonia –que es el quinto más poblado, con 37,65 millones de habitantes— el cálculo tendría que realizarse sobre 409,75 millones y, por tanto, los diecinueve Estados miembros deberían reunir 266,34 millones de habitantes. No obstante, el Consejo no está obligado a imponer sanciones tras la constatación prevista en el apartado segundo.

De nuestra exposición se puede colegir que el procedimiento del artículo 7 TUE fue diseñado con mucha cautela, casi como si se tratara de evitar que se activara en la práctica. Esta nota es común a los procedimientos de coerción federal que hallamos en los Estados, como ocurre en el caso del artículo 37 de la Ley Fundamental de Bonn o el artículo 155 de la Constitución Española[465]. Sin embargo, no podemos soslayar el hecho de que la UE no se corresponde con la estructura propia de un Estado y que, por lo tanto, ha encontrado unas dificultades aún mayores a la hora de articular un mecanismo de este tipo.

También le corresponde –apartado cuarto del artículo 7 TUE— la modificación y el levantamiento de las medidas impuestas si se produce un cambio en las circunstancias que motivaron su adopción. Siguiendo lo dispuesto en el tercer párrafo del 354 TFUE, respecto de aquellos pronunciamientos del Consejo que traigan causa de la decisión de suspender los derechos de voto y sea necesaria la mayoría cualificada, esta también será calculada siguiendo la regla contenida en el artículo 238.3.b) TFUE, salvo que el Consejo actúe a propuesta de la Comisión o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, en cuyo caso la mayoría cualificada sería calculada conforme a lo dispuesto en el artículo 238.3.a) TFUE, que requiere un mínimo del 55 % de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros participantes que reúnan como mínimo el 65 % de la población total de la Unión Europea. Teniendo en cuenta que en este caso ya se habría suspendido el derecho de voto del Estado miembro en cuestión, el número de estados miembros sería calculado sobre los veintiséis restantes, por lo que sería necesario el voto favorable de al menos quince Estados miembros.

[465] El primero ha sido analizado en profundidad por Arroyo Gil y Carranza (2020), mientras que el segundo ha sido tratado, entre otros, por Cruz Villalón (2020b).

Asimismo, como una muestra evidente de la naturaleza exclusivamente política de este mecanismo de garantía, como han apuntado Pech (2009: 65) o Šišková (2019: 124), encontramos una triple limitación expresa de las competencias del Tribunal de Justicia: en primer lugar, el único sujeto legitimado para cuestionar la legalidad del acto que sea adoptado en el seno del artículo 7 TUE es el Estado miembro objeto de la constatación; en segundo lugar, la legalidad de dicho acto únicamente podrá ser enjuiciada respecto de los aspectos procedimentales; y, en tercer lugar, se establece un plazo breve de un mes desde la constatación para que se interponga el recurso[466]. Aunque algunos autores han criticado la falta de implicación del Tribunal de Justicia en el procedimiento del 7 TUE y la excesiva discrecionalidad de las demás instituciones políticas de la Unión Europea[467], entendemos que esta configuración es la más recomendable considerando la amplitud con la que están formulados los valores del artículo 2 TUE y las implicaciones que tendría la intervención del Tribunal de Justicia en este sentido. La misma, casi con total seguridad, sería percibida como una injerencia en la esfera de soberanía de los Estados miembros.

Como señalaremos en los siguientes apartados, pese a que el artículo 7 TUE haya sido activado –en su primera fase, esto es, la propuesta de constatación— en los casos de Hungría y de Polonia, por parte del Parlamento Europeo y la Comisión, respectivamente, el Consejo aún no se ha pronunciado al respecto, por lo que en la actualidad este proceso se encuentra paralizado. De hecho, tras el cambio de gobierno que tuvo lugar en Polonia, la Presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, ha afirmado en un discurso reciente que ante los avances en el Estado de Derecho que se están produciendo en dicho Estado es su intención poner fin al procedimiento del artículo 7.1 TUE[468].

[466] En este sentido, el artículo 269 TFUE establece que «El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acto adoptado por el Consejo Europeo o por el Consejo en virtud del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, solamente a petición del Estado miembro objeto de la constatación del Consejo Europeo o del Consejo y únicamente en lo que se refiere al respeto de las disposiciones de procedimiento establecidas en el citado artículo; y que esta petición deberá presentarse en el plazo de un mes a partir de la constatación. El Tribunal se pronunciará en el plazo de un mes a partir de la fecha de la petición». En la medida en que el artículo 269 TFUE supedita la posibilidad de interponer el recurso de anulación a unos requisitos más estrictos que los impuestos por el 263 TFUE, el mismo entraña una limitación a la competencia general que este artículo confiere al Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de los actos de las instituciones europeas y, por tanto, debe interpretarse restrictivamente, como ha advertido la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021, *Hungría/Parlamento*, C-650/18, ECLI:EU:C:2021:426, para. 31, que se refiere por analogía a la sentencia de 19 de julio de 2016, *H/Consejo y otros*, C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, para. 40, y a la jurisprudencia citada en este último.

[467] Como vemos en los trabajos de Grzeszczak y Terret (2018: 357) y Blázquez Peinado (2019: 27).

[468] Discurso de 6 de mayo de 2024, cuyo contenido puede ser consultado en la siguiente página web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_2461.

2.2. Mecanismos de Cooperación y Verificación

El quinto proceso de adhesión, a través del cual se incorporaron Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea, estuvo marcado por el aprendizaje que esta última obtuvo del proceso inmediatamente anterior. Sendos Estados presentaban una serie de deficiencias en cuanto a la reforma judicial, la corrupción y, en el caso de Bulgaria, la delincuencia organizada. El Mecanismo de Cooperación y Verificación (MVC) para Bulgaria y Rumanía surgió[469], por tanto, como un instrumento transitorio que permitía que la Comisión controlara el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados hasta el momento en que se hubieran subsanado las deficiencias que hemos mencionado. Utilizando este nuevo cauce sería posible superar la *Paradoja de Copenhague* y extender las condicionalidades que se impusieron antes de la adhesión más allá de la misma, introduciendo un control *ex post*, específico para estos dos Estados miembros (Von Bogdandy y Ioannidis, 2014: 51-54).

A través del MCV la Comisión establece un diálogo con sendos Estados miembros para evaluar los avances que realicen, utilizando como base una serie de indicadores[470]. Estos informes deben ser considerados actos adoptados por una institución de la Unión, cuya base jurídica se encuentra en el artículo 2 de la Decisión en la que se crea el MCV[471], lo que ha permitido, por ejemplo, que sean objeto de interpretación en sede prejudicial.

Incluimos este instrumento en el marco de los mecanismos de garantía del Estado de Derecho con los que cuenta la Unión Europea porque el propio Tribunal de Justicia ha concluido –en este asunto respecto de Rumanía— que «la Decisión 2006/928 estableció el MCV para garantizar el respeto del valor del Estado de Derecho»[472]. Sin embargo,

[469] Aunque nos refiramos en singular al MCV, hemos de ser conscientes de que está contenido en dos documentos distintos en relación con cada uno de los Estados miembros y su entrada en vigor se produjo al mismo tiempo que la de sus respectivos acuerdos de adhesión, que tuvo lugar el 1 de enero de 2007. Nos referimos a la Decisión de la Comisión 2006/928/CE, de 13 de diciembre de 2006, por la que se establece un mecanismo de cooperación y verificación de los avances logrados por Rumanía para cumplir indicadores concretos en materia de reforma judicial y lucha contra la corrupción; y a la Decisión de la Comisión 2006/929/CE, de 13 de diciembre de 2006, por la que se establece un mecanismo de cooperación y verificación de los avances logrados por Bulgaria para cumplir indicadores concretos en materia de reforma judicial, lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada.

[470] En el caso de Bulgaria, estos se refieren a la independencia, la profesionalidad y la eficacia del sistema judicial, la lucha contra la corrupción y las medidas adoptadas contra la delincuencia organizada. En el caso de Rumanía, los mismos hacen referencia a la eficacia y la transparencia del sistema judicial, instituciones clave en ámbitos como la integridad y la lucha contra la corrupción en todos los niveles, así como a la prevención de la corrupción.

[471] Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 2021, *Asociaţia "Forumul Judecătorilor din România"*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393, para. 149.

[472] *Ibid.*, para. 161. El Tribunal de Justicia realiza esta afirmación sobre la base del contexto existente en dicho Estado miembro que ha expuesto en el para. 158.

entendemos con Closa, Kochenov y Weiler (2014: 18) que no es recomendable –y puede llegar a ser peligroso— idealizar el MCV teniendo en cuenta las dificultades a las que se ha enfrentado la Comisión a la hora de hacer efectivas las condicionalidades preadhesión. De nuevo, una aproximación excesivamente formal por parte de la Comisión –que se fija únicamente en los avances normativos— no es adecuada para comprobar si –*de facto*— se han incorporado e interiorizado los valores fundamentales de la Unión Europea.

Estos mecanismos han estado en funcionamiento desde su entrada en vigor en 2007 y no han desaparecido hasta hace muy poco. Como resultado de los informes favorables que estos han recibidos en los últimos años, ambos han sido derogados, respectivamente, mediante las decisiones 2023/1785/UE y 2023/1786/UE[473].

2.3. Procedimiento de incumplimiento

Conforme a lo dispuesto en el artículo 258 TFUE, la Comisión Europea tiene la capacidad para iniciar el procedimiento de incumplimiento –lo que se conoce como fase *precontenciosa*— y, posteriormente, si el Estado miembro en cuestión no pone remedio en el plazo indicado en su Dictamen motivado a las problemáticas señaladas en el mismo, también se encuentra legitimada para interponer una demanda de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

Pese a que el artículo 259 TFUE prevé que los Estados miembros también pueden interponer el recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, debemos tener en cuenta dos factores: en primer lugar, que en la práctica los Estados miembros no suelen denunciarse entre sí por razones de naturaleza diplomática y política; y, en segundo lugar, que aun en el supuesto de que así lo hicieran, antes de la presentación del citado recurso de incumplimiento sería necesario que la Comisión emita con carácter previo un dictamen motivado en el plazo de tres meses, sin perjuicio de que la no emisión del mismo en plazo no impide la interposición del recurso por incumplimiento. Aunque se dispone la posible intervención de los Estados miembros, en la práctica la verdadera protagonista en cuanto

[473] La Decisión 2023/1785/UE, de 15 de septiembre de 2023, por la que se deroga la Decisión 2006/929/CE de la Comisión por la que se establece un mecanismo de cooperación y verificación de los avances logrados por Bulgaria para cumplir indicadores concretos en materia de reforma judicial, lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada; y la Decisión 2023/1786/UE, de 15 de septiembre de 2023, por la que se deroga la Decisión 2006/928/CE por la que se establece un mecanismo de cooperación y verificación de los avances logrados por Rumanía para cumplir indicadores concretos en materia de reforma judicial y lucha contra la corrupción.

a la iniciación de los procedimientos de incumplimiento será la Comisión[474]. No obstante, no podemos perder de vista que los artículos 258 y 259 TFUE funcionan como un tándem (Kochenov, 2015: 161), de modo que lo habitual será que cuando un Estado miembro se aproxime a la Comisión para poner en su conocimiento que otro Estado miembro está incumpliendo una norma de Derecho UE, será esta institución europea la que *de facto* se encargue de iniciar el procedimiento de incumplimiento.

La fase contenciosa propiamente dicha del procedimiento de incumplimiento será analizada con detenimiento cuando nos refiramos a los cauces procesales disponibles ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por el momento, ya que el presente apartado se refiere a la actuación de aquellas instituciones europeas que tienen naturaleza política, nos centraremos en las especificidades de la fase precontenciosa. El objetivo perseguido por el procedimiento administrativo previo ha sido delimitado por el Tribunal de Justicia, señalando que su finalidad es otorgar al Estado miembro interesado «la ocasión de cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión o de formular las alegaciones que, en su defensa, estime pertinentes frente a las imputaciones de la Comisión»[475], así como su «regularidad» se configura como una garantía esencial del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea «no solo para la protección de los derechos del Estado miembro de que se trate, sino también para garantizar que el posible procedimiento contencioso tenga por objeto un litigio claramente definido»[476].

Consideramos que la característica con más relevancia a este respecto se halla en la facultad discrecional que la Comisión tiene a la hora de decidir si interpone la demanda de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia ha concluido que «la Comisión dispone, por lo que respecta a la oportunidad de iniciar tal procedimiento, de una facultad discrecional sobre la que el Tribunal de Justicia no puede ejercer control

[474] Según Kochenov (2015: 159-160), las pocas veces en las que ha sido utilizado este tipo de recurso por parte de los Estados miembros no ha existido una relación estrecha con el Derecho de la Unión Europea, sino que han surgido como consecuencia de conflictos políticos puntuales, como fue el caso de los recursos por incumplimiento que desembocaron en las Sentencias de 16 de octubre de 2012, *Hungría/Eslovaquia*, C-364/10, ECLI:EU:C:2012:630, y de 12 de septiembre de 2006, *España/Reino Unido*, C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543.

[475] Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2020, *Comisión/Hungría (Enseignement supérieur)*, C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792, para. 45, haciendo referencia a la sentencia de 26 de octubre de 2006, *Comisión/Italia*, C-371/04, ECLI:EU:C:2006:668, para. 9.

[476] *Ibid.*, para. 45, refiriéndose a la sentencia de 2 de abril de 2020, *Comisión/Polonia, Hungría y República Checa (Mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional)*, C-715/17, C-718/17 y C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257, para. 91 y jurisprudencia citada.

jurisdiccional»[477]. Así, se trata de un procedimiento de diálogo entre dos ámbitos políticos –el gobierno del Estado miembro en cuestión y la Comisión— y, como tal, está sujeto a la agenda política de la Comisión y al proceso de negociación con los Estados miembros[478].

A pesar de que la resolución de un procedimiento de incumplimiento le corresponde en exclusiva al Tribunal de Justicia, no podemos obviar el hecho de que la Comisión será la encargada de determinar los términos del litigio y, en su caso, la posibilidad de solicitar medidas provisionales para asegurar el mantenimiento del objeto del mismo. Tanto en la carta de emplazamiento que dirija al Estado miembro en cuestión como, posteriormente, en el dictamen motivado que elabore en caso de que este no se atenga a sus indicaciones, quedará fijado el objeto del litigio y, por tanto, predeterminará las posibilidades de acción del Tribunal de Justicia. Por esta razón, es imprescindible que nos detengamos a estudiar las limitaciones y las facultades de la Comisión en el contexto de la fase precontenciosa.

Si tomamos como referencia la interposición de recursos de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia frente a las medidas adoptadas por *Fidesz* en los primeros años de su deriva iliberal, podremos observar una realidad que es bastante preocupante. Los términos en que los mismos se habían formulado eran –conforme a la naturaleza tradicional de este cauce procesal— muy *estrechos* y se referían al incumplimiento de normas concretas del Derecho de la Unión Europea. Por esta razón, el gobierno húngaro pudo acometer lo que se conoce como *cumplimiento simbólico y creativo*, que consiste en la actuación dirigida a evitar la sanción jurisdiccional y, en paralelo, alcanzar por otros medios el resultado que el mismo procedimiento pretendía evitar[479]. Por esta razón, Batory (2016) ha propuesto

[477] *Ibid.*, para. 56, utilizando como fundamento lo dispuesto respecto del artículo 260 TFUE en la sentencia de 16 de julio de 2020, *Comisión/Rumanía (Lucha contra el blanqueo de capitales)*, C-549/18, ECLI:EU:C:2020:563, para. 49, que a su vez se remite, entre otras, a la sentencia de 14 de febrero de 1989, *Star Fruit/Comisión*, 247/87, ECLI:EU:C:1989:58, para. 11, que indicó que «la Comisión no está obligada a iniciar un procedimiento con arreglo a esta disposición, sino que, por el contrario, dispone a este respecto de una amplia facultad de apreciación que excluye el derecho de los particulares a exigir de esta institución que defina su postura en un sentido determinado».

[478] En este sentido se pronuncian Tridimas (2011: 738) y Rodríguez-Izquierdo Serrano (2018: 945). Teniendo en cuenta la actuación de la Comisión respecto de la expulsión de gitanos que se dio en Francia –donde en un principio la Comisaria Europea de justicia, derechos humanos y ciudadanía, Viviane Reding, se pronunció con vehemencia en contra, pero posteriormente la Comisión decidió no adoptar las medidas que esta había anunciado— Martín y Pérez de Nanclares (2011: 33-34 y 37) afirma que este tipo de hechos muestran cómo dentro de la Unión Europea pueden existir diferentes *varas de medir* en función del Estado que haya cometido los hechos sospechosos de constituir una vulneración del Derecho UE, comparando este comportamiento con el mantenido en el caso de Hungría.

[479] Esta problemática ha sido ejemplificada por Batory (2016: 692) respecto de la ley de medios de comunicación que fue enfocada como la transposición incorrecta de una Directiva, y por Martín y Pérez de Nanclares (2019: 155), respecto de la reducción de la edad de jubilación, ya que en este caso la condena de incumplimiento se resolvió con la indemnización a los jueces a los que había afectado la jubilación forzosa, pues con ello se evitó su reincorporación.

una redefinición del concepto de incumplimiento en un sentido más flexible o amplio, para que puedan encuadrarse en el mismo también estas otras categorías de cumplimiento que aparentemente parecen aceptar las exigencias del Tribunal de Justicia pero que en la práctica pretenden y llevan a cabo justo lo contrario.

Para dar respuesta a esta problemática Scheppele (2016a: 107) propone la creación de un «procedimiento de incumplimiento sistémico», consistente en la «agrupación de una serie de violaciones concretas» que servirían para fundamentar ante el Tribunal de Justicia que no se trata de una violación concreta –tanto porque se trata de una norma determinada como porque se ha producido de manera puntual— del Derecho de la Unión Europea, sino que se configura como una vulneración generalizada que ha sido provocada por una deficiencia sistémica[480]. Considera que la mera agrupación de vulneraciones de preceptos concretos de Derecho derivado puede provocar que la visión de conjunto –o *integral*, siguiendo la terminología que utilizamos anteriormente— no pueda ser apreciada por el Tribunal de Justicia y, por tanto, considera que sería preferible que el procedimiento de incumplimiento sistémico estuviera referido a principios más generales del ordenamiento jurídico europeo, pues de esta manera sería posible alcanzar no solo la declaración de una vulneración sistémica, sino también que esta naturaleza sistémica se pudiera extender a la ejecución de la correspondiente sentencia de incumplimiento[481]. Más adelante, señaló que su propuesta permitiría que el Tribunal de Justicia hallara los efectos agregados de la suma de todos los incumplimientos concretos (Scheppele, 2018b: 467-477).

La agrupación de procedimientos de incumplimiento con una naturaleza sistémica ha sido acogida por algunos autores, como Kochenov (2015: 157), pero no está exenta de críticas, como es el caso de la formulada por Tuori (2016: 35), quien –tras reconocer su valía— señaló los diversos problemas doctrinales que encontraba en su fundamentación y, especialmente, puso en duda la posibilidad de que los valores fundamentales recogidos en el artículo 2 TUE pudieran ser *justiciables*, esto es, utilizados como fundamento para determinar el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por un Estado miembro en el marco de un procedimiento del artículo 258 TFUE. Por nuestra parte, entendemos

[480] El origen de esta propuesta se encuentra (Scheppele, 2013c) en la entrada del *Verfassungsblog* de 22 de noviembre de 2013. Unos años más tarde ha desarrollado de manera más extensa la misma junto a otros dos autores (Scheppele, Kochenov y Grabowska-Moroz, 2020).

[481] Para que se tengan en cuenta a estos efectos no solo los medios a través de los cuales este ha sido provocado, sino también los fines perseguidos por la medida en cuestión y los efectos generales que se han producido como resultado (Scheppele, 2016a: 109-122).

que es necesario extremar las cautelas cuando nos aproximamos a este tipo de propuestas. Resulta muy tentador ser creativo en cuanto a la aportación de soluciones para problemas como la existencia de regímenes iliberales en el seno de la Unión Europea, pero a su vez hemos de tener claro que cualquier propuesta que se realice debe resultar conforme con los estándares jurídicos de la propia integración europea, pues las instituciones europeas no podrían exigir el cumplimiento de sus normas si ellas mismas las incumplieran; o, cuando se esté convencido de la conveniencia de adoptar soluciones de tipo *creativo*, especificar desde un principio que se trata de normas que, para su válida incorporación, necesitarían la reforma de los Tratados constitutivos. Si no realizamos dicha aclaración, estaríamos propugnando una expansión de las competencias del Tribunal de Justicia que –por las razones que serán analizadas con detenimiento en los apartados cuarto y quinto— no resulta para nada conveniente en el contexto actual.

En cuanto a las facultades de la Comisión en el procedimiento de incumplimiento, Rodríguez-Izquierdo Serrano (2018: 948) señala que en muchas ocasiones lo utiliza como un instrumento para conseguir objetivos de la integración que no han sido especificados como obligaciones en el ordenamiento jurídico europeo, mediante la técnica denominada *integración encubierta*. A través de la misma se estaría desplazando al legislador europeo para dar eficacia por una vía alternativa a una propuesta de la Comisión y, gracias a ello, alcanzar un resultado normativo que en ese momento no puede ser obtenido a través del procedimiento legislativo[482]. Tendremos la oportunidad de comprobar los resultados de la *integración encubierta* cuando analicemos los avances jurisprudenciales que se han producido a raíz de la crisis del Estado de Derecho en Hungría y Polonia y, por tanto, veremos que no solo tiene lugar cuando el procedimiento es iniciado por la Comisión, sino que también ocurre en el ámbito de las cuestiones prejudiciales, por lo que también el Tribunal de Justicia se ha servido de esta vía.

2.4. Nuevo Marco de la UE para Reforzar el Estado de Derecho

Este instrumento fue creado *ex novo* por la Comisión Europea para responder al reto presentado por el surgimiento de regímenes iliberales en el seno de la Unión Europea, ante la ineficacia de los procedimientos que existían cuando nació. Vio la luz gracias a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, 11 de marzo de 2014, Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, COM (2014)158 final.

[482] La autora utiliza como fundamento los trabajos de Héritier (2015; 2017).

El Marco se configura como una *vía dialógica* compuesta por tres fases sucesivas: primero tendría lugar una evaluación de la situación existente en el Estado miembro a cargo de la Comisión, acompañada por la elaboración de una serie de Recomendaciones por parte de la misma, de cuyo cumplimiento se realizaría un seguimiento, y se mantiene en todo momento un diálogo fluido con las instituciones del Estado miembro en cuestión. Este instrumento nació a pesar de la opinión contraria del Servicio Jurídico del Consejo, de 27 de mayo de 2014, sobre la compatibilidad con los Tratados de la Comunicación de la Comisión sobre un Nuevo Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, ya que en la misma determinó –para. 28— que «es de la opinión que el Nuevo Marco de la Unión Europea para el Estado de Derecho, tal y como está configurado en la comunicación de la Comisión, no es compatible con el principio de atribución que rige las competencias de las instituciones de la Unión»[483]. Como indica Halmai (2018a: 328), se dio una clara rivalidad entre el Consejo y la Comisión a raíz del Nuevo Marco.

A través de esta opinión, el Servicio Jurídico del Consejo dejaba claro que no existía base jurídica para la creación de un instrumento que vaya más allá del artículo 7 TUE (Schusterschitz, 2016: 250), a pesar de que, como señalan Claes y Bonelli (2016: 284), aquello que proponía la Comisión Europea no parecía ir más allá de las competencias que le atribuyen los Tratados. Se materializa de nuevo la discusión sobre si el procedimiento contenido en el artículo 7 TUE es –o no— *lex especialis*, pero como ya vimos el propio Tribunal de Justicia ha determinado que es posible crear otros instrumentos siempre que no coincidan en cuanto a los fines y al objeto con el mismo. La defensa más detallada de la admisibilidad del Nuevo Marco la encontramos en la obra de Kochenov (2017: 434), que utilizaba tres argumentos para concluir que el Nuevo Marco no vulnera el principio de atribución de competencias: primero, que se configura como un instrumento aplicable en condiciones de igualdad a todos los Estados miembros, sin que haya discriminación[484]; segundo, que esta propuesta no está desvinculada del procedimiento del artículo 7 TUE, sino que su objetivo es formalizar los trabajos preparatorios que resultan recomendables antes de la activación de este último; y, tercero, que su activación no impide la utilización

[483] A continuación, advertía que, «sin embargo, existe la posibilidad de que los Estados miembros acuerden entre ellos un sistema de evaluación del funcionamiento del Estado de Derecho en los Estados miembros, así como las consecuencias que puedan ser extraídas de dicha evaluación. En caso de que los Estados miembros acuerden un sistema de revisión como el señalado se podrá establecer que ciertas funciones sean desempeñadas por las instituciones de la Unión Europea».

[484] Uitz (2019a: 3) indica que el Nuevo Marco está basado en la cooperación entre Estados miembros iguales y que este instrumento está animado por el principio de cooperación leal que antes mencionamos.

de los mecanismos preexistentes. Más adelante, apuntó también la falta de consecuencias jurídicas derivadas de las Recomendaciones que se emiten en el seno del mismo como argumento para cuestionar la vulneración del principio de atribución de competencias (Kochenov y Pech, 2015: 529). El mismo autor ha advertido también que el error del que adolece la aproximación del Servicio de Jurídico del Consejo hacia el Estado de Derecho está en la consideración del mismo como un *lujo* y no como un elemento imprescindible, por lo que incluso llega a calificar su actitud como *irresponsable* (Kochenov, 2017: 441).

Pese a esta opinión desfavorable el nuevo mecanismo dialógico sí que fue utilizado por la Comisión (Claes y Bonelli, 2016: 282-287), tal y como dicha institución dejó claro en todo momento que haría (Closa, 2016: 32-34), pero con un éxito más bien discutible[485]. En el caso de Hungría no ha sido activado y, a pesar de que entre las razones esgrimidas por la Comisión se hallaban la confianza en el funcionamiento de las garantías nacionales del Estado de Derecho y la eficacia del procedimiento de incumplimiento del 258 TFUE, Kochenov y Pech (2016: 11) han apuntado que el verdadero motivo radica en el hecho de que en dicho Estado miembro ya se ha completado la «revolución constitucional» con la aprobación de la nueva Ley Fundamental. No obstante, sí se utilizó en el caso de Polonia, teniendo como resultado la emisión de tres recomendaciones en el contexto del mismo: Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia (DO L 217 de 12.8.2016, p. 53); Recomendación (UE) 2017/146 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016, sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374 (DO L 22 de 27.1.2017, p. 65); y Recomendación (UE) 2017/1520 de la Comisión, de 26 de julio de 2017, sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374 y Recomendación (UE) 2017/146 (DO L 228 de 2.9.2017, p. 19).

Con carácter general, entendemos con Blázquez Peinado (2019: 22) que este cauce no encuentra una base jurídica específica en los Tratados, sino que hunde sus raíces en la competencia –y misión— general de la Comisión como la *Guardiana de los Tratados*. En cuanto a su relación con el artículo 7 TUE, encontramos varios autores que consideran que se configura como el paso previo para la activación de este último[486], pero debemos atenernos al contenido del instrumento, pues según lo dispuesto en el apartado 4.2 *in fine*

[485] En este sentido, Von Bogdandy et al (2021: 390) consideran que el Nuevo Marco no ha producido resultados tangibles y ponen en duda su capacidad para hacerlo en el futuro.

[486] Entre otros, Kochenov y Pech (2015: 530) y Martín y Pérez de Nanclares (2019: 143).

de la Comunicación de la Comisión el Nuevo Marco «tampoco impedirá que se activen directamente los mecanismos establecidos en el artículo 7 del TUE en caso de que un súbito deterioro del Estado de Derecho en un Estado miembro requiera una reacción más contundente de la UE». Tomando esto en consideración, debemos concluir que la relación entre sendos instrumentos no será de naturaleza consecutiva, sino complementaria, y que, como expondremos más adelante, no vulnera el principio de atribución de competencias.

De manera directa el Nuevo Marco solo ha provocado un ligero *desaceleramiento* en el avance de las reformas iliberales, con los cambios cosméticos que ha llevado a cabo el Gobierno de PiS para cumplir formalmente las exigencias de las Recomendaciones de la Comisión. Esto, al mismo tiempo, ha permitido que durante varios años se afrontara la consolidación del iliberalismo en Polonia a través de un instrumento altamente ineficaz. Sin embargo, podemos extraer dos beneficios al respecto. En primer lugar, se corresponde con una demostración de *self-restraint*, pues el mecanismo descansaba en las esperanzas –*naïves*— de que la vía dialógica fuera suficiente para aplacar las reformas realizadas por el régimen iliberal polaco y de que no fuera necesario recurrir a instrumentos coercitivos, ya que estos podrían percibirse como una forma de injerencia por parte de las instituciones de la Unión Europea respecto de la soberanía nacional polaca. En segundo lugar, aunque las Recomendaciones elaboradas por la Comisión carecen de eficacia jurídica vinculante para el Estado miembro en cuestión, debemos hacer hincapié en que el contenido de estas, especialmente respecto de la exposición de los hechos que contienen, ha sido utilizado como fundamento para varias sentencias del Tribunal de Justicia, por lo que sí ha servido –de manera indirecta— a los fines del proceso de *sedimentación* que desarrollaremos en el último apartado del presente capítulo.

2.5. Diálogos e Informes sobre el Estado de Derecho

Como resultado de la opción mencionada en la opinión de su Servicio Jurídico sobre el Nuevo Marco para Reforzar el Estado de Derecho, el Consejo de la Unión Europea ha creado su propio instrumento para la defensa del Estado de Derecho (Uitz, 2019a: 3-7). Sin embargo, los gobiernos nacionales han optado por una alternativa más endeble si cabe (Closa, 2016: 28-31), con la preparación de un documento –bajo la presidencia italiana del Consejo— en el que se delimitaba la posibilidad de instaurar instrumentos de control –sobre la base de los principios de atribución de competencias, de identidad nacional y de cooperación leal— y se hacía énfasis en el rol central que debe desempeñar el Consejo y en la necesidad de que el diálogo sea constructivo. El nuevo instrumento propuesto por

el Consejo ha sido desvinculado totalmente del proceso contenido en el artículo 7 TUE, se articula con un nivel muy bajo de formalización y supone una aproximación de tipo *intergubernamental* respecto de esta materia, así como carece de la debida transparencia, ya que no se ha establecido la obligación de hacer público el debate (Closa, 2016: 32-34). Este nuevo mecanismo ha sido bautizado como el *Diálogo anual de Estado de Derecho de la Unión* y es celebrado con carácter anual (Hillion, 2016: 78-81).

La propuesta del Consejo ha recibido muchas críticas. Schusterschitz (2016: 251) señalaba que, en comparación con el Nuevo Marco propuesto por la Comisión Europea, el Diálogo creado por el Consejo presenta algunas carencias, particularmente en aspectos procesales como la concreción de los órganos encargados de llevar a cabo el control y las consecuencias que se pueden derivar si se detecta algún incumplimiento. Claes y Bonelli (2016: 285) lamentaban la parquedad de la propuesta del Consejo y han señalado que el mismo no supone una verdadera innovación respecto de la forma en que tradicionalmente dialogan los actores implicados, esto es, los Estados miembros que están representados en el Consejo. El mecanismo ha sido criticado incluso por el resto de las instituciones y, concretamente, por el Parlamento Europeo, que se centraba en la falta de ambición de la propuesta y reclamaba una actuación más firme de la Comisión (Closa, 2016: 32-34)[487].

En relación con el Diálogo anual sobre el Estado de Derecho creado por el Consejo, el Parlamento Europeo se ha mostrado enérgicamente en contra. Entendemos que es útil recoger literalmente este fragmento para considerar el nivel de oposición que existe ahora mismo entre las distintas instituciones europeas:

> *[…] en el marco del diálogo anual del Consejo sobre el Estado de Derecho; sugiere que estos debates se centren en primer lugar en los Estados miembros en los que existen problemas más apremiantes en materia de Estado de Derecho, en lugar de llevarlo a cabo en orden alfabético; hace hincapié en que el aumento de la transparencia mejoraría el diálogo sobre el Estado de Derecho dentro de la Unión y, por tanto, invita al Consejo a hacer públicos estos debates por país, así como las conclusiones públicas detalladas;*

[487] Otras críticas al instrumento propuesto por el Consejo de la UE las encontramos en los trabajos de Kochenov y Pech (2015: 535), que al compararlo con el Nuevo Marco consideran que este instrumento *parece anémico y ni siquiera se acerca a solucionar la problemática*, así como que *es tentador concluir que el Consejo únicamente buscaba una façade of action*; Mader (2019: 161), que considera que el riesgo de esta vía dialógica consiste en que puede permitir que los regímenes iliberales ganen tiempo para destruir el sistema constitucional de pesos y contrapesos; o Pech, Wachowiec y Mazur (2021: 19), al concluir que las deficiencias que presenta van en contra del objetivo del artículo 7 TUE y del principio de *effet utile*.

Condena enérgicamente a las autoridades de los Estados miembros de la Unión que se niegan a participar en el diálogo anual de la Comisión sobre el Estado de Derecho; considera que esta negativa es motivo suficiente para que la Comisión acelere y perfeccione aún más el examen de la situación en los países en cuestión; tiene la firme opinión de que el ciclo del Estado de Derecho puede ser efectivo solo si el principio de cooperación leal establecido en el artículo 4, apartado 3, del TUE es respetado y aplicado de igual manera por las instituciones europeas y los Estados miembros[488].

Por tanto, la postura sostenida por el Parlamento Europeo coincide totalmente con las problemáticas que han sido señaladas por la doctrina respecto de la propuesta que el Consejo realizó como respuesta a la creación del Nuevo Marco por parte de la Comisión y que compartimos plenamente.

Como una respuesta al Diálogo anual del Estado de Derecho creado por el Consejo, surgió el *Mecanismo europeo del Estado de Derecho* en tanto instrumento preventivo en manos de la Comisión que tiene como objetivo promover el Estado de Derecho y evitar que surjan problemas o se agudicen los problemas existentes. A raíz de este Mecanismo, que también tiene naturaleza dialógica[489], la Comisión elabora un Informe anual sobre el Estado de Derecho, en el que recoge las conclusiones extraídas con carácter general y, tras ello, incluye de forma específica un capítulo respecto de cada Estado miembro.

Es evidente que esta innovación ha supuesto una nueva fuente documental y que, por tanto, su existencia es altamente beneficiosa para favorecer un mayor conocimiento de la situación existente en cada Estado miembro. También hemos de subrayar que la misma representa un tipo de aproximación a esta problemática que no vulnera el principio de igualdad entre Estados miembros, ya que no se examinan Estados miembros concretos, sino que todos ellos son objeto de esta evaluación. Pero también presenta inconvenientes: nos encontramos en el mismo callejón sin salida, pues aunque tengamos más pruebas, seguimos sin contar con instrumentos eficaces que puedan servirse de ellas para atajar la vulneración de sus valores fundamentales por parte de algunos de los Estados miembros; y parte de una aproximación errónea –*friendly ignorance*, según Kochenov (2019: 424)—

[488] Resolución del Parlamento Europeo de 19 de mayo de 2022 sobre el Informe de la Comisión sobre el Estado de Derecho en 2021 (2021/2180(INI)), apartados 60 y 61.

[489] En el marco de los Diálogos nacionales sobre el Estado de Derecho junto a la Comisión también interviene la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA).

al considerar iguales todas las violaciones del Estado de Derecho y no incidir en aquellos Estados miembros en los que se ha producido una *captura constitucional*, por lo que la decisión de evaluar a todos los Estados miembros es inútil y se torna en un desperdicio (Kochenov, 2019: 432), así como genera una cantidad ingente de información en la que pasan desapercibidos los problemas verdaderamente graves.

Otro de los instrumentos que se han creado más recientemente es el denominado *EU Justice Scoreboard*, que presenta una visión anual de los indicadores relativos a la eficiencia, la calidad y la independencia de los sistemas judiciales, y se configura como una de las aportaciones clave al Semestre Europeo. Por tanto, es otro de los instrumentos que tienen como resultado la generación de información sobre el grado de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de los Estados miembros y, en consecuencia, podrá ser utilizado como fundamento en los instrumentos coercitivos como ocurre en el caso del Reglamento de protección del presupuesto de la Unión que analizaremos en el siguiente apartado.

2.6. Reglamento 2020/2092: Macrocondicionamiento de fondos

Una vez señaladas las anteriores vías de garantía de los valores del artículo 2 TUE, debemos referirnos a la última de las innovaciones de la Comisión Europea en la materia. Mediante la Comunicación (2018) 324 final la Comisión propuso crear un Reglamento de condicionamiento de los fondos europeos al cumplimiento del Estado de Derecho[490], pero la propuesta original de la Comisión sufrió numerosos cambios en el transcurso de la tramitación legislativa en el seno del Parlamento Europeo y el Consejo, provocados, en gran medida, por la opinión desfavorable que fue emitida por el Servicio Jurídico de esta última institución, puesto que consideraba que la propuesta de la Comisión vulneraba el principio de atribución de competencias[491].

Por desgracia, la Opinión emitida por el Servicio Jurídico del Consejo en relación con la propuesta de la Comisión para crear un Reglamento de condicionamiento de fondos al cumplimiento del Estado de Derecho tenía carácter reservado.

[490] Comunicación de la Comisión Europea de 2 de mayo de 2018, COM(2018) 324 final, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros.

[491] Para un análisis detallado del texto definitivo mecanismo de condicionamiento podemos acudir al trabajo de Urbaneja Cillán (2021).

El 30 de octubre de 2018 Laurent Pech solicitó al Consejo acceso a este documento –*ST 13593 2018 INIT*— pero este únicamente le fue concedido parcialmente a través de la Decisión de 10 de diciembre de 2018. Tras ello, Pech tramitó una solicitud de acceso conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1 del Reglamento n.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. El Consejo confirmó su negativa a proporcionar acceso total al documento señalado mediante la Decisión de 12 de febrero de 2019. Como resultado de esta negativa, Pech solicitó al Tribunal General la anulación de esta última Decisión, lo que le fue concedido a través de la sentencia de 21 de abril de 2021[492], confirmada más adelante en apelación por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 8 de junio de 2023[493]. Dicha *odisea* muestra la falta de transparencia del Consejo, que pretendía evitar la revelación del contenido de la opinión de su Servicio Jurídico alegando que se trataba de un procedimiento aún en curso y que podría provocar interferencias externas en el mismo. Si bien Fisicaro (2022: 712) había reparado en que su contenido puede intuirse teniendo en cuenta la respuesta dada por el Gobierno polaco en el periodo de reflexión, pues se refiere a la Opinión del Servicio Jurídico del Consejo para apoyar sus argumentos sobre la incompatibilidad del condicionamiento de fondos con el procedimiento contenido en el artículo 7 TUE, actualmente ya podemos acceder al contenido del mismo y, por tanto, conocer de manera directa el razonamiento utilizado.

El Dictamen de 25 de octubre de 2018 analiza tres elementos principales. Primero, la compatibilidad del instrumento con el artículo 7 TUE, concluyendo a este respecto que «teniendo en cuenta que el artículo 7 del TUE no establece en sí una base para desarrollar el procedimiento que en él se regula, no cabe modificar ni completar dicho procedimiento mediante el Derecho derivado, ni este último puede tener por efecto la elusión de dicho procedimiento», pero a su vez puntualiza que un mecanismo de condicionalidad de fondos «no es —ni puede considerarse— un procedimiento de verificación del cumplimiento del Derecho de la Unión o una sanción» y que no será una elusión del procedimiento aplicable «si los procedimientos son independientes entre sí porque persiguen objetivos diferentes

[492] Como podemos ver en la sentencia del Tribunal General de 21 de abril de 2021, *Pech/Consejo*, T-252/19, ECLI:EU:T:2021:203, el fallo ordena lo siguiente: «Anular la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 12 de febrero de 2019 por la que se denegó el acceso completo al documento ST 13593 2018 INIT, que contenía la propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección del presupuesto de la Unión en caso de quiebra generalizada del Estado de Derecho en un Estado miembro [COM(2018) 324 final]».

[493] Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 2023, *Consejo/Pech*, C-408/21 P, ECLI:EU:C:2023:461.

y se rigen por normas diferentes». Para que pueda considerarse que ambos mecanismos persiguen objetivos distintos y, por lo tanto, que supone una «condicionalidad genuina», «debe determinar con suficiente precisión las condiciones que han de cumplirse, y dichas condiciones han de estar suficientemente vinculadas al objetivo para cuya consecución se proporciona la financiación, en el sentido de que su incumplimiento haría incompatible la financiación de la UE con la buena gestión financiera»; pero este juicio no es superado por el régimen de condicionalidad establecido en la propuesta porque, según el Dictamen, este no es independiente y autónomo del artículo 7 TUE debido a que «sus objetivos y consecuencias respectivos no están adecuadamente diferenciados y existe un riesgo de superposición entre ambos». En segundo lugar, la idoneidad de la base jurídica propuesta, determinando que si este mecanismo «constituyese efectivamente un sistema genuino de condicionalidad, […] el artículo 322.1.a) del TFUE sería una base jurídica adecuada», determinando tras analizar las distintas opciones que este precepto es el más apropiado. Y, por último, la viabilidad jurídica del procedimiento de adopción de medidas al amparo de este mecanismo, centrando su atención en la opción de la mayoría cualificada inversa y concluyendo que «una regla de votación que reduzca significativamente la posibilidad de que el Consejo se aparte de la propuesta de la Comisión debe estar justificada por el objetivo de minimizar el riesgo de resistencia política» y, sobre esta base, que en el caso analizado la Comisión no aporta esta justificación en su propuesta.

Como resultado de estas críticas, la propuesta de Reglamento que en un principio había sido elaborada por la Comisión Europea sufrió modificaciones en su tramitación legislativa ante el Consejo, junto con aquellas enmiendas que ya se habían incluido a raíz de la intervención del Parlamento Europeo.

Respecto de la posibilidad de condicionar fondos europeos al Estado de Derecho, originalmente el artículo 7 de la propuesta de Reglamento de la Comisión para el Marco Financiero Plurianual del periodo 2021-2027 estaba referido a los *Ajustes relacionados con medidas vinculadas a una buena gobernanza económica o a la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas por lo que respecta al Estado de Derecho en los Estados miembros*[494]. Sin embargo, tras el proceso legislativo, el Reglamento definitivo aprobado por el Consejo no solo difería en cuanto a la situación

[494] Como vemos en la Propuesta de Reglamento del Consejo de 2 de mayo de 2018, COM(2018) 322 final/2, que sustituye a la COM(2018) 322 final, por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2021-2027.

de este precepto, que era transferido al artículo 6, sino que también se modificó su rúbrica, que pasó a estar referida a los *Ajustes relacionados con medidas vinculadas a una buena gobernanza económica o a un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión*[495].

Debemos ser conscientes de que la condicionalidad ha estado presente a lo largo del proceso de integración europea[496], tanto a nivel jurídico-político, como ocurre en el caso de los criterios de Copenhague conforme a lo dispuesto en los artículos 2 y 49 TUE; como a nivel económico, ya que la condicionalidad financiera se ha convertido en uno de los instrumentos más utilizados por la Unión Europea, sobre todo tras la crisis económica (Moreno González, 2019a). En este contexto, no resulta tan relevante que se instaure un instrumento de condicionalidad de fondos, sino que debemos centrar nuestra atención en el elemento que la Comisión pretendía utilizar en principio para dicho condicionamiento. Además del marco general establecido en el Marco Financiero Plurianual 2021-2027, donde la tramitación legislativa en el seno del Consejo, como vimos con carácter previo, produjo una modificación en el sentido de eliminar cualquier tipo de referencia expresa al Estado de Derecho en dicho instrumento[497]; podemos observar este tipo de dinámica en la tramitación legislativa del concreto Reglamento de condicionamiento de fondos en el seno del Consejo y del Parlamento Europeo.

Como resultado de la intervención del resto de instituciones de la Unión Europea, el contenido del Reglamento que finalmente fue aprobado diverge en muchos aspectos de la propuesta original de la Comisión[498]. Más allá de los aspectos concretos que veremos, resulta altamente ilustrativo el título, pues de la *protección del presupuesto de la Unión*

[495] Reglamento (UE, EURATOM) 2020/2093 del Consejo de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2021-2027.

[496] La condicionalidad de naturaleza político-económica no resulta extraña en el ámbito de la Unión Europea, aunque en un principio la misma se introdujo respecto de la acción exterior (Úbeda de Torres, 2009: 54-76). Ha sido transformada a raíz de la crisis económica, adquiriendo importancia en el ámbito interno de la Unión Europea y naturaleza de *hard law*, introduciendo la posibilidad de que se produzca una suspensión de fondos, por lo que ahora es respetada con carácter general por todos los Estados miembros (Vita, 2017: 118-119). El último paso en la transformación de la condicionalidad en el marco de la Unión Europea se corresponde con su vinculación al respeto de contenidos materiales, como la democracia y los derechos humanos, u otros objetivos como la sostenibilidad medioambiental (Armengol Ferrer, 2018: 49).

[497] Como señalamos antes, podemos extraer esta conclusión de la comparativa entre el artículo 7 de la COM(2018) 322 final/2 (CORRIGENDUM), que sustituye a la COM(2018) 322 final; y el artículo 6 del Reglamento (UE, EURATOM) 2020/2093 del Consejo de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2021-2027.

[498] La comparativa debe realizarse entre la propuesta de la Comisión –COM (2018)324 final— y el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros, hemos pasado al *régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión*; y esto nos indica, precisamente, un cambio de enfoque de gran relevancia, pues pasamos de centrar el instrumento en la protección de este valor –como tal[499]— a la utilización del Estado de Derecho *en la medida* en que el mismo repercute en la adecuada gestión del presupuesto de la Unión Europea. Por tanto, tal y como señalaremos con más detenimiento cuando analicemos las sentencias del Tribunal de Justicia a este respecto, hemos concluido que el Reglamento de condicionamiento de fondos al Estado de Derecho tiene un carácter *mediato*, debido a que no se protege este valor de manera directa, sino, por el contrario, únicamente tiene relevancia en conexión con el presupuesto de la UE[500], Se estaría utilizando la razón económica como un argumento de control de lo político. Pasamos, ahora sí, a señalar cuáles son las modificaciones concretas que se han producido respecto de la propuesta inicial de condicionamiento de fondos.

El instrumento ideado en un principio por la Comisión suscitaba dudas por tres motivos principales: primero, porque generaba un amplio grado de discrecionalidad para la citada institución en cuanto al procedimiento; segundo, porque el condicionamiento de fondos podría afectar a los ciudadanos; y, tercero, porque esta última consecuencia podría derivar en que los ciudadanos de los Estados miembros, al verse afectados por esta razón, virasen en un sentido antieuropeo (Barroso Márquez, 2020a: 18-20). En este sentido, señalaba Kölling (2018: 7) que el instrumento propuesto carecía de la debida precisión. En cuanto a la respuesta ciudadana, también podría darse el caso contrario, esto es, que una adecuada campaña mediática por parte de las instituciones europeas provocara un rechazo ciudadano a los gobiernos iliberales para continuar recibiendo fondos europeos (Jasna, Bond y Dolan, 2017: 12). Sin embargo, esta postura nos resulta más bien utópica, tanto porque los gobiernos iliberales tienen una mayor cercanía sobre sus ciudadanos y,

[499] Son varios los autores que han considerado que el objetivo principal de la propuesta inicial de la Comisión era la protección del Estado de Derecho y no del presupuesto, como vemos en la contribución de Goldner Lang (2019: 6), o, implícitamente, en las de Lacny (2021: 89) y Baraggia y Bonelli (2022: 149).

[500] La sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, para. 128, establece que «los tipos de medidas que pueden adoptarse, los criterios relativos a la elección y al alcance de dichas medidas, así como las condiciones para su adopción y levantamiento, dado que están en su totalidad relacionados con una afectación o amenaza de afectación grave a la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o a la protección de los intereses financieros de la Unión, corroboran que la finalidad del Reglamento impugnado es proteger el presupuesto de la Unión durante su ejecución». Además, el para. 137 afirma que «la finalidad del Reglamento impugnado consiste […] en proteger el presupuesto de la Unión frente a los perjuicios ocasionados a este como resultado, de un modo suficientemente directo, de la vulneración de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros, y no en sancionar tal vulneración *per se*».

por ende, la ejecución de los fondos se la suelen apropiar simbólicamente los Estados, como porque las reformas que estos realizaron respecto de los medios de comunicación han mermado en gran medida las oportunidades de que cualquier opinión disidente reciba una adecuada cobertura mediática[501]. En relación con la discrecionalidad de la Comisión, no solo existen dudas respecto de la divergencia de actuación en Hungría y en Polonia (Barroso Márquez, 2020a), sino que, además, debemos incluir en nuestro análisis el hecho de que la propuesta de la Comisión, tal y como había sido redactada en un principio, podría originar graves problemas de seguridad jurídica como resultado de la amplitud del término *deficiencias generalizadas*, como bien han indicaban Dimitrovs y Droste (2020) en su entrada del *Verfassungsblog* de 30 de diciembre de 2020[502].

La propuesta de la Comisión estaba compuesta por dieciocho considerandos, siete artículos de contenido y un octavo artículo sobre la posible entrada en vigor de la norma. Tendremos aquí en cuenta también la forma en que su contenido varió como resultado de la intervención del Parlamento Europeo[503]. El considerando 2 ter, tras la enmienda n.º 6, señala la necesidad de que se instaure un mecanismo de evaluación periódica respecto de los Estados miembros en relación con el cumplimiento de los valores comunes de la UE, más allá de los controles previos a la adhesión. Los considerandos 2 y 12, relativos a la conceptuación del Estado de Derecho y a la evaluación del cumplimiento de los valores, fueron modificados –por las enmiendas n.º 4 y 20, respectivamente— para incluir una mención expresa a la importancia de la Comisión de Venecia –con una especial relevancia respecto de la *checklist* del Estado de Derecho elaborada por este órgano consultivo[504]— y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[505].

[501] Por ejemplo, mediante la técnica del *subsidized speech* (Shinar, 2021) a la que nos referíamos en el capítulo anterior.

[502] En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal de Cuentas Europeo en su Dictamen 1/2018, de 17 de agosto de 2018, señalando que la falta de precisión en la definición de este término podría permitir una interpretación amplia o extensiva del mismo.

[503] Prestaremos atención al Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros, A8-0469/2018; las Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 17 de enero de 2019 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros, P8_TA-PROV(2019)0038; y la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de abril de 2019, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros, P8_TA(2019)0349.

[504] CDL-AD(2011)003rev, Study n.º 512/2009, Report on the Rule of Law, Annex, *Checklist for evaluating the state of the rule of law in single states*.

[505] A este respecto podemos citar el trabajo de Torrecillas Martínez (2020: 21-46).

Sobre esta base, incorpora en el artículo 2 –que fue modificado por las enmiendas 29 a 31— tres conceptos autónomos del ordenamiento jurídico europeo en relación con este instrumento: *Estado de Derecho*, *deficiencia generalizada del Estado de Derecho* y *entidad pública*. El artículo 3 ha experimentado una transformación teleológica en el mismo sentido que antes señalábamos, debido a que, a pesar de que en un principio contenía las *medidas* que podían adoptarse, este pasó a rubricarse –enmienda n.º 33— *Riesgos para los intereses financieros de la Unión*; así como fue eliminado –mediante la enmienda n.º 44— el apartado segundo del artículo, que contenía una relación de varias situaciones que se podían considerar deficiencia generalizada del Estado de Derecho[506]. La enmienda n.º 45 introdujo el artículo 3 bis, que preveía la creación de un *Grupo de expertos independientes* que emitiera dictámenes consultivos sobre la existencia –o no— de una deficiencia generalizada del Estado de Derecho. Para fomentar la transparencia del mecanismo, la enmienda n.º 49 introdujo un nuevo apartado 3 bis en el artículo 4, donde establecía la creación de un sitio web que dispusiera de información sobre las obligaciones derivadas de los valores del artículo 2 TUE, además de herramientas para que los beneficiarios finales de estos fondos puedan comunicar cualquier incumplimiento que pueda eventualmente afectarles; y, en la misma dirección, la enmienda n.º 50 incorporaba el apartado 3 ter a este mismo precepto, para establecer que, sobre la base de lo dispuesto en el apartado anterior, la Comisión debe garantizar que todo importe debido por los entes públicos o el Estado miembro en cuestión a los destinatarios finales sea pagado efectivamente a través de diversos cauces. En un principio el artículo 5.7 preveía que la adopción de la decisión sobre la propuesta de transferencia le correspondería al Consejo por mayoría cualificada inversa[507], pero este apartado fue suprimido[508] por la enmienda n.º 60, de modo que el nuevo apartado 6 ter –incluido por la enmienda n.º 58—

[506] El mismo determinaba que: «Podrán, en particular, considerarse deficiencias generalizadas del Estado de Derecho: a) la puesta en peligro de la independencia del poder judicial; b) el hecho de no impedir, corregir ni sancionar decisiones arbitrarias o irregulares por parte de las autoridades públicas, incluidas las judiciales y policiales, retener recursos financieros y humanos y financieros que afecten a su adecuado funcionamiento, o no garantizar la ausencia de conflictos de intereses; c) la limitación de la disponibilidad y eficacia de las vías de recurso judicial, a través, entre otros medios, de normas procesales restrictivas, la inejecución de las resoluciones judiciales o la limitación de la investigación, el enjuiciamiento o la sanción efectivos de las infracciones de la ley». Debemos ser conscientes de que las tres situaciones recogidas en este apartado eran demasiado semejantes a las reformas que habían llevado a cabo los gobiernos iliberales de Hungría y Polonia y, por tanto, de continuar en el instrumento podrían suponer una vulneración del principio de igualdad de trato, ya que el condicionamiento de fondos debe percibirse como un instrumento general, no como una medida *ad hoc* para frenar el iliberalismo.

[507] Entendemos, como también ha concluido Lacny (2021: 94) que la *reverse qualivied majority vote* habría facilitado la adopción de acuerdos, ya que al contar las abstenciones como votos positivos se forzaría a los Estados miembros a posicionarse al respecto si están en contra de la propuesta.

[508] A propuesta del Presidente del Consejo Europeo (Kölling, 2022: 6).

mantuvo la misma forma de adopción de decisiones pero incluyó al Parlamento Europeo, por lo que «La propuesta de transferencia se considerará aprobada a menos que, en el plazo de cuatro semanas, el Parlamento Europeo, por mayoría de los votos emitidos, o el Consejo, pronunciándose por mayoría cualificada, la modifiquen o la rechacen». Asimismo, el artículo 6 –modificado por las enmiendas n.º 62 a 64 para concretar aspectos procesales, como incluir la posibilidad de que el Estado afectado solicite la revisión— prevé que el levantamiento de las medidas adoptadas pueda producirse cuando el Estado acredite que se ha producido el cese o la subsanación de la deficiencia generalizada del Estado de Derecho. Finalmente, el artículo 7 bis –que sustituía al artículo 7 original, conforme a las enmiendas n.º 65 y 66— establecía el deber de información por parte de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las medidas adoptadas en un plazo máximo de cinco años desde su adopción.

Tras la intervención del Parlamento Europeo, el mecanismo definitivo fue adoptado y tomó la forma del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. El primer cambio que podemos percibir se corresponde con el número de considerandos, que aumenta de dieciocho –en la propuesta original— a veintinueve establecidos en el texto definitivo. El artículo 1 permanece igual, señalando que el contenido de este instrumento de Derecho derivado se corresponde con «las disposiciones necesarias para la protección del presupuesto de la Unión en caso de vulneración de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros»; pero, respecto de los conceptos autónomos recogidos en el artículo 2, se ha eliminado de la redacción final del Reglamento el de la *deficiencia generalizada del Estado de Derecho*, por lo que únicamente permanecen los de *Estado de Derecho* y *entidad pública*; y lo mismo ha ocurrido con la creación del grupo de expertos independientes por parte de la Comisión, que también ha sido eliminado del texto definitivo del Reglamento. Además, debemos tener presente que la definición proporcionada respecto del primer término no es del todo adecuada, ya que se configura como un mero agregado de principios concretos y no como un concepto único[509], lo que puede hacer surgir interpretaciones divergentes.

[509] El artículo 2.a) establece que el *Estado de Derecho*, como valor de la Unión, «Comprende los principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas; de seguridad jurídica; de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; de tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales; de separación de poderes, y de no discriminación e igualdad ante la ley. El Estado de Derecho se entenderá habida cuenta de los demás valores y principios de la Unión consagrados en el artículo 2 del TUE».

Entendemos, por tanto, que junto a la especificación de los principios que lo componen, sería también beneficioso que las instituciones europeas elaboren una definición integral del concepto de Estado de Derecho que vaya más allá de los componentes señalados y muestre su verdadera finalidad o *telos*, de conformidad con lo expuesto en el Capítulo II.

Se recupera –casi en los mismos términos— la mención que realizaba la propuesta original de la Comisión a la relación de las situaciones que podían ser consideradas un indicio de vulneración de los principios del Estado de Derecho: «a) poner en peligro la independencia de los jueces; b) no impedir, corregir o sancionar decisiones arbitrarias o ilícitas por parte de las autoridades públicas, incluidas las autoridades policiales, retener recursos financieros y humanos que afecten a su buen funcionamiento, o no garantizar la ausencia de conflictos de interés; c) limitar la disponibilidad y eficacia de las vías de recurso judicial, a través, entre otros medios, de normas procesales restrictivas y de la no ejecución de las resoluciones judiciales, o limitar la investigación, la persecución o sanción efectivos de las infracciones del Derecho».

El artículo 4 se refiere a las *Condiciones para la adopción de las medidas*, esto es, cuál es el elemento que puede detonar el procedimiento contenido en este Reglamento. Debemos centrar nuestra atención, más allá de las concretas situaciones previstas aquí, en la terminología utilizada en el apartado primero: «Se adoptarán medidas adecuadas cuando se determine de conformidad con el artículo 6 que una vulneración de los principios del Estado de Derecho en un Estado miembro afecta o amenaza con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo». De esta manera, se establece que las medidas pueden ser adoptadas tanto por la afectación, como por la amenaza de dicha afectación, por lo que este instrumento tendrá una doble naturaleza: preventiva, para evitar las deficiencias inminentes; y reactiva, para subsanar aquellas deficiencias que ya se hayan materializado (Barroso Márquez, 2022: 207). En cuanto a las problemáticas específicas recogidas en el apartado segundo, nos interesa señalar que todas ellas están vinculadas –de una u otra forma— con la protección del presupuesto de la Unión Europea y que se trata de una lista de carácter abierto, pues culmina haciendo referencia a «otras situaciones o actuaciones de las autoridades que sean pertinentes para la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o para la protección de los intereses financieros de la Unión».

Cuando se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 4, podrán adoptarse las *Medidas para la protección del presupuesto de la Unión* previstas en el artículo 5, divididas en dos grupos, en función de si la Comisión ejecuta el presupuesto de la Unión en régimen de gestión directa o indirecta y el beneficiario es una entidad pública[510], o si lo ejecuta en régimen de gestión compartida con los Estados miembros[511]. En todo caso, según dispone el apartado tercero del mismo precepto, la adopción de las medidas deberá respetar las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad y, en particular, tomará en consideración «las repercusiones reales o potenciales que tenga la vulneración de los principios del Estado de Derecho en la correcta gestión financiera del presupuesto de la Unión o en los intereses financieros de la Unión y, concretamente, la naturaleza, la duración, la gravedad y el alcance de la vulneración».

Para solventar uno de los problemas que señalábamos al principio de la exposición, los apartados 2, 4 y 5 de este artículo prevén un régimen de protección de los beneficiarios finales de los fondos europeos, de modo que el apartado 2 establece que «la imposición de medidas adecuadas no afectará a las obligaciones de las entidades públicas […], o de los Estados miembros […] de ejecutar el programa o el fondo afectado por la medida ni, en particular, a las obligaciones que tengan respecto de los destinatarios o beneficiarios finales, tampoco a la obligación de efectuar pagos con arreglo al presente Reglamento y a las normas sectoriales o financieras aplicables». Por otro lado, el apartado 4 mantiene la obligación de crear una web informativa, así como de facilitar –en el marco de esta— las herramientas para que los beneficiarios puedan comunicar las posibles vulneraciones.

Las cuestiones procesales están recogidas en el artículo 6. Este precepto recoge un procedimiento dividido en varias fases sucesivas, pero todas ellas están caracterizadas por un incesante intercambio continuo de información entre el Estado miembro y las instituciones europeas, así como entre estas últimas. La primera de estas fases comienza con la constatación del cumplimiento de las condiciones del artículo 4, en cuyo caso se

[510] En este caso –conforme a lo dispuesto en el artículo 5.1.a)— podrá suspender los pagos o la ejecución del compromiso jurídico o resolver el compromiso jurídico; prohibir la contracción de nuevos compromisos jurídicos; suspender el desembolso total o parcial de los tramos o el reembolso anticipado de préstamos garantizados por el presupuesto de la Unión; suspender o reducir la ventaja económica obtenida en virtud de un instrumento garantizado por el presupuesto de la Unión; o prohibir la suscripción de nuevos acuerdos sobre préstamos u otros instrumentos garantizados por el presupuesto de la Unión.

[511] En este caso –conforme a lo dispuesto en el artículo 5.1.b)— podrá suspender la aprobación de uno o más programas o modificarlos; suspender los compromisos; reducir los compromisos incluso mediante correcciones financieras o transferencias a otros programas de gasto; reducir la prefinanciación; interrumpir los plazos de pago; o suspender los pagos.

«remitirá al Estado miembro de que se trate una notificación escrita en la que exponga los elementos objetivos y los motivos específicos en los que base sus constataciones», y, adicionalmente, se prevé que la Comisión «informará sin demora al Parlamento Europeo y al Consejo sobre tal notificación y su contenido»; y esto último es completado por lo dispuesto en el apartado segundo, de modo que «el Parlamento Europeo podrá invitar a la Comisión a un diálogo estructurado sobre sus constataciones». Asimismo, establece en el apartado tercero que para evaluar el cumplimiento de las condiciones del artículo 4 la Comisión «tendrá en cuenta información pertinente procedente de fuentes disponibles, incluidas decisiones, conclusiones y recomendaciones de las instituciones de la Unión, otras organizaciones internacionales pertinentes y otras instituciones reconocidas»; y, en el apartado cuarto, la posibilidad de que dicha institución solicite información adicional en cualquier momento del procedimiento. El apartado quinto establece que la Comisión podrá proporcionar un plazo al Estado miembro, que en ningún caso podrá ser inferior a un mes ni superior a tres meses desde la notificación de las constataciones, para que este proporcione toda la información solicitada y, en su caso, formule alegaciones al respecto, estableciendo la posibilidad de que incluya posibles medidas correctoras como respuesta. Tras ello, el apartado sexto prevé que, sobre la base de la información, las alegaciones y, en su caso, las medidas correctoras propuestas, la Comisión decidirá si presenta –o no— una propuesta de decisión de ejecución sobre las medidas adecuadas; y que la evaluación tendrá lugar en el «plazo indicativo de un mes» a partir de la respuesta del Estado miembro o, si no recibe su respuesta, «a partir del vencimiento del plazo fijado por la Comisión, y, en cualquier caso, en un plazo de tiempo razonable».

Cuando se entienda que concurren las circunstancias previstas en el apartado 4 y se pretendan adoptar las medidas correspondientes entra en escena el Consejo de la Unión, pero, conforme a lo dispuesto en el apartado 7, con carácter previo la Comisión debe dar la oportunidad al Estado miembro de presentar sus observaciones respecto de las medidas en el plazo de un mes. Un mes después del cumplimiento de este trámite o, en su defecto, del transcurso del plazo, si considera que aún concurren las circunstancias mencionadas, según dispone el apartado 9, la Comisión presentará al Consejo una propuesta de decisión de ejecución sobre las medidas adecuadas en la que se deberán recoger los motivos y las pruebas que la Comisión haya utilizado para fundamentar sus constataciones. Finalmente, establece el apartado 10 que el Consejo podrá adoptar la decisión de ejecución de estas medidas en el plazo de un mes a partir de la recepción de la propuesta de la Comisión,

pero este plazo puede prorrogarse dos meses en casos excepcionales, sin perjuicio de que el Consejo también podrá –sobre la base de lo dispuesto en el apartado 11— modificar la propuesta de la Comisión y adoptar el texto modificado por mayoría cualificada.

A continuación, debemos hacer referencia a la posibilidad de adaptación y de levantamiento de las medidas adoptadas conforme al procedimiento que hemos expuesto, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento. El Estado miembro en cuestión podrá presentar pruebas de la modificación de las circunstancias, ya sea parcialmente, para conseguir la adaptación de las medidas, o totalmente, pidiendo su levantamiento; pero también podrá tomar esta decisión la Comisión por iniciativa propia, ya que tiene la obligación de evaluar la situación antes de que transcurra un año desde la adopción de las medidas por parte del Consejo. Aunque la Comisión sea la encargada de la evaluación, en todo caso la adaptación y el levantamiento de las medidas será adoptado por el Consejo y se aplicará por analogía el procedimiento que hemos visto para la adopción para estas dos situaciones posteriores.

Hasta ahora únicamente hemos descrito los aspectos centrales del procedimiento, pero debemos realizar un análisis crítico del Reglamento, de modo que nos centraremos en tres aspectos principales: en primer lugar, la supresión de la intervención por parte del Parlamento Europeo, más allá de la posibilidad de establecer un diálogo estructurado con la Comisión y el deber de que esta lo mantenga informado, pues la misma no es coherente si tenemos en cuenta que dicha institución ejerce conjuntamente con el Consejo la función presupuestaria; en segundo lugar, respecto del ámbito temporal, veremos que los plazos previstos en esta norma pueden provocar cumulativamente la ineficacia del mecanismo de condicionamiento de fondos; y, en tercer lugar, nos enfocaremos en la existencia de un amplio margen de discrecionalidad por parte de las instituciones europeas. Tras ello, pasamos al análisis de cada uno de estos aspectos de manera más detallada.

Aunque el Parlamento Europeo incluyó su intervención en las distintas fases del procedimiento de condicionamiento de fondos a través de enmiendas y, especialmente, su papel en cuanto a la adopción, adaptación y levantamiento de las medidas; todos estos aspectos fueron suprimidos y, pese a que la Comisión tiene un importante papel en cuanto a la evaluación y la proposición de las medidas adecuadas, le corresponde al Consejo en último término la adopción de estas medidas e incluso puede modificar la propuesta de la Comisión por mayoría cualificada, por lo que se ha relegado al Parlamento Europeo a un

papel marginal en este instrumento. Asimismo, debemos conectar esta configuración con el hecho de que el Servicio Jurídico del Consejo se haya pronunciado en contra de la compatibilidad del mismo con los Tratados porque no se adecúa al principio de atribución de competencias y, por ello, podrían surgir dudas acerca de los visos de efectividad del instrumento que contiene, debido a que la adopción efectiva de medidas le corresponde en exclusiva al Consejo, la misma institución cuyo Servicio Jurídico se ha pronunciado en contra. Por ello, entendemos que el doble filtro que se establece –ya que la Comisión es quien propone las medidas y el Consejo quien las adopta— no ha hecho desaparecer la discrecionalidad del proceso, sino que ha conseguido desplazarla o, más bien, la ha repartido entre ambas instituciones, de modo que la falta de predisposición de cualquiera de ellas a la hora de utilizar este instrumento provocaría un estrepitoso fracaso del mismo; y, en sentido contrario, las condiciones en las que puede activarse continúan siendo suficientemente amplias –llegando incluso a ser subjetivas— como para garantizar una adecuada aplicación del Reglamento.

En relación con el ámbito temporal del mecanismo, encontramos seis plazos que deben ser respetados a lo largo del procedimiento (Barroso Márquez, 2022: 212-213): primero, aunque no se establezca en el propio Reglamento, entendemos que es necesario que se realice un estudio profundo y, por ende, dilatado, del asunto por la Comisión[512]; en segundo lugar, el plazo indicado por la Comisión para que el Estado miembro responda es de uno a tres meses; en tercer lugar, la Comisión tendrá un plazo indicativo de un mes desde la respuesta del Estado en cuestión para realizar su evaluación y, en cuarto lugar, en caso de que pretenda proponer al Consejo la adopción de medidas, deberá otorgarle al Estado miembro un plazo de un mes para que presente sus observaciones; en quinto lugar, la Comisión tendrá un mes para presentar ante el Consejo su propuesta de decisión de ejecución de las medidas; y, en sexto y último lugar, el Consejo tendrá un mes de plazo, prorrogable otros dos más en circunstancias excepcionales, para adoptar la citada decisión de ejecución de las medidas. En resumen, este procedimiento puede alcanzar los 6 meses, al menos formalmente, pues debemos subrayar que uno de los plazos es *indicativo* y que

[512] En los casos de Hungría y de Polonia esta fase previa se correspondería con la utilización de los procedimientos de incumplimiento, ya que las sentencias del Tribunal de Justicia sirven para constatar la gravedad de la situación y, por tanto, para determinar una vulneración de los valores fundamentales; de los informes realizados en el marco del Diálogo anual sobre el Estado de Derecho; y, aunque únicamente fue utilizado respecto del iliberalismo polaco, podríamos citar a este respecto la utilización del Nuevo Marco para Reforzar el Estado de Derecho, ya que las Recomendaciones elaboradas por la Comisión en el seno del mismo también pueden servir para fundamentar esta constatación.

el último de ellos puede prorrogarse dos meses más[513], así como el tiempo necesario para la evaluación previa a su activación. Con esto no queremos decir que los plazos señalados laminen cualquier opción de efectividad del Reglamento, ya que para la adopción de las medidas como las recogidas en este instrumento es necesario cierta cautela, pero sí que levantan suspicacias acerca de su utilidad en cuanto a la vertiente preventiva, es decir, cuando la vulneración no se ha producido pero existe la amenaza de que se produzca, pues el agotamiento de los distintos plazos puede permitir que derivas iliberales como las que se han producido en Hungría y Polonia tengan lugar antes de que pueda adoptarse la suspensión de los fondos europeos al Estado miembro vulnerador. Como consecuencia, la naturaleza de este instrumento será – *de facto*— eminentemente reactiva.

La adopción de este Reglamento no fue sencilla, debido a que Hungría y Polonia, pese a que no podían vetar la aprobación del mismo, sí que podían vedar la aprobación del Marco Financiero Plurianual para 2021-2027. Por esta razón, en las Conclusiones del Consejo Europeo de 11 de diciembre de 2020 (EUCO 22/20) se recogen determinadas concesiones para contentarlos y que estos aceptaran la aprobación del Reglamento[514]. Encontramos en este documento varias apreciaciones: el mecanismo de condicionalidad debe ser aplicado respetando el principio de igualdad de trato entre los Estados miembros y el principio de tutela judicial efectiva; establece que la Comisión Europea debe elaborar unas directrices sobre la aplicación del mismo y que, en el caso de que el Reglamento fuera objeto de recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia, las directrices no podrían ser aprobadas hasta que se pronunciara este último; que no se podrá proponer la adopción de las medidas contenidas en el Reglamento hasta que no se aprueben las directrices; que, en su aplicación, se deberán respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, conectando el Estado de Derecho con la adecuada gestión financiera de la Unión Europea, de modo que la mera vulneración del mismo no bastará para activar este mecanismo; y, por último, precisa que el Reglamento «no se refiere a deficiencias generalizadas» porque los factores desencadenantes comportan una «lista cerrada de elementos homogéneos».

[513] Las implicaciones de la naturaleza indicativa de este plazo han sido desarrolladas más adelante, cuando la Comisión señaló –en la COM(2022) 485 final, apartado 77— que «el hecho de que el plazo […] sea indicativo no significa que la Comisión esté obligada a ampliarlo innecesariamente, de modo que esta prórroga es posible cuando esté justificada para analizar las observaciones y la adecuación de las medidas correctoras, que deben presentarse a su debido tiempo».

[514] Podemos afirmar sin lugar a duda que estas conclusiones constituyen una concesión a Hungría y Polonia porque el apartado I.1 identifica como su objetivo «encontrar una solución mutuamente satisfactoria y [...] responder a las preocupaciones expresadas en relación con el proyecto de Reglamento sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión».

Como consecuencia, pese a que el artículo 10 prevé la entrada en vigor del Reglamento a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y el inicio de su aplicabilidad a partir del 1 de enero de 2021, en la práctica la misma se ha retrasado casi dos años, pues no fue hasta diciembre de 2022 cuando se utilizó por primera vez.

El Parlamento Europeo no tardó en pronunciarse, señalando que «la aplicabilidad, la finalidad y el ámbito de aplicación del Reglamento relativo al Estado de Derecho están claramente definidos en el texto jurídico de dicho Reglamento» y que –según establece el artículo 15.1 TUE— «el Consejo Europeo no ha de ejercer función legislativa alguna»[515]. Acto seguido, determinó que «no se puede considerar que una declaración política del Consejo Europeo constituya una interpretación de la legislación, ya que la labor de interpretación recae en el TJUE», y añadió que «las conclusiones del Consejo Europeo no pueden ser vinculantes para la Comisión a la hora de aplicar los actos jurídicos y que su aplicabilidad no puede estar sujeta a la adopción de directrices, ya que el texto acordado es suficientemente claro y no se prevén instrumentos de ejecución». En teoría, todo lo que ha señalado el Parlamento Europeo al respecto es acertado; pero, realmente, quien lleva la batuta en cuanto a la adopción de medidas derivadas de la aplicación del Reglamento de condicionamiento de fondos es el Consejo y, por tanto, nos encontramos ante el desvanecimiento de los argumentos jurídicos por el peso de la práctica política y, como consecuencia, sí que estamos obligados a considerar en nuestro análisis el valor de las conclusiones elaboradas por el Consejo Europeo, en el que, al fin y al cabo, se reúnen los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea.

Vamos a comenzar con el análisis de las directrices elaboradas por la Comisión[516]. Con carácter preliminar, hemos de advertir que recoge en gran medida las apreciaciones realizadas por el Tribunal de Justicia al analizar el Reglamento. El apartado 13 determina que podrá ser activado tanto por vulneraciones puntuales como por aquellas que sean de naturaleza sistémica, y que estarán incluidas tanto las acciones como las omisiones de las autoridades públicas. En los apartados 21 y 22 incide importancia de la cooperación con la OLAF[517], sobre todo respecto de aquellos Estados que no participan en la cooperación

[515] Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre el marco financiero plurianual 2021-2027, el Acuerdo Interinstitucional, el Instrumento de Recuperación de la Unión Europea y el Reglamento relativo al Estado de Derecho (2020/2923(RSP)).

[516] Comunicación de la Comisión de 2 de marzo de 2022, C(2022) 1382 final, Orientaciones para la aplicación del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

[517] La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude.

reforzada relativa a la Fiscalía Europea[518]. En el apartado 57 se recuerda la importancia de que la aplicación de este instrumento se realice conforme al principio de igualdad de trato entre Estados miembros establecido en el artículo 4.2 TUE[519]; sin perjuicio de que, para llevar a cabo esta evaluación, la Comisión «podrá tener en cuenta las características particulares del sistema jurídico del Estado miembro en cuestión y la discrecionalidad con la que este cuenta en la aplicación de los principios del Estado de Derecho». Respecto de la posibilidad de que los terceros –principalmente los beneficiarios finales de estos fondos europeos— realicen denuncias por la vulneración de los valores fundamentales que repercutan en la adecuada gestión del presupuesto europeo, siempre que su intención sea la corrección general y no la adopción de medidas correctoras para su caso concreto, se recoge en el apartado 71 la creación de un buzón electrónico y al final del documento –ANEXO II— se incorpora un formulario de denuncia para facilitar el acceso a esta vía de denuncia. En esta línea, el apartado 92 indica que para favorecer la transferencia de este tipo de información la Comisión ha creado una página web específica[520]. Finalmente, el apartado 90 prevé que la adopción de las medidas previstas en el Reglamento de condicionamiento de fondos no exime a las entidades públicas o Estados miembros de sus obligaciones de pago para con los beneficiarios finales; salvo la excepción prevista en el apartado 91, que se refiere a los casos en los que el «beneficiario o destinatario final hayan estado involucrados en la vulneración de los principios del Estado de Derecho, como en los casos de corrupción, fraude sistémico y conflicto de interés», ya que en estos supuestos las medidas sí que podrán afectar a los beneficiarios o destinatarios finales, siempre que así lo establezca la decisión por la que estas se adopten.

[518] Esto es desarrollado por el apartado 47, donde se incluye un ejemplo de la relación que existe entre la vulneración del Estado de Derecho y la gestión adecuada del presupuesto de la Unión. El mismo se refiere a los supuestos de «funcionamiento incorrecto de las autoridades públicas que deciden sobre la concesión de subvenciones o contratos financiados a través del presupuesto de la Unión». Adicionalmente, el apartado 49 se refiere a los casos en los que «una o varias vulneraciones de los principios del Estado de Derecho afecten a partes importantes del sector público de un Estado miembro, como el poder legislativo o el poder judicial», así como aquellos en los que «la vulneración o vulneraciones de esos principios del Estado de Derecho sean sistémicos o generalizados».

[519] La interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea le ha dado a este principio puede ser resumida en que «las situaciones comparables no deben someterse a un trato diferente y que las situaciones diferentes no deben ser tratadas de la misma forma, salvo que ese tratamiento esté objetivamente justificado por las circunstancias específicas que caracterizan cada situación concreta», de conformidad con lo establecido en las sentencias de 20 de septiembre de 1988, *Reino de España/Consejo de las Comunidades Europeas*, 203/86, ECLI:EU:C:1988:420, para. 25, y de 8 de octubre de 2020, *Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu y otros*, C-644/19, ECLI:EU:C:2020:810, para. 44.

[520] El buzón electrónico se corresponde con la dirección de correo BUDG-CONDITIONALITY-REGIME-COMPLAINTS@ec.europa.eu, mientras que la página web será la siguiente: https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/protection-eu-budget/rule-law-conditionality-regulation_es.

El Reglamento de condicionamiento de fondos se utilizó por primera vez para el caso de Hungría a finales de 2021. De conformidad con el procedimiento que expusimos, el primer paso se corresponde con la solicitud de información que la Comisión le envió a Hungría el 24 de noviembre de 2021, que fue respondida por las autoridades húngaras el 27 de enero de 2022. A continuación, la Comisión le remitió el 27 de abril de 2022 una notificación escrita a Hungría en la que se exponían las constataciones en relación con el sistema de contratación pública, la investigación y ejercicio de la acción penal y el marco de lucha contra la corrupción, así como señalaba que todo ello producía la vulneración de los principios del Estado de Derecho y, en particular, la seguridad jurídica, la prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo y la tutela judicial efectiva; y que todo esto afecta –o amenaza con afectar— a la adecuada gestión financiera del presupuesto de la Unión. La respuesta de Hungría a esta notificación se produjo el 27 de junio de 2022, así como esta fue completada a través de cartas posteriores con información adicional. La Comisión informó a Hungría el 20 de julio de 2022 sobre las medidas que tenía previsto proponer e invitó a Hungría a que presentara aquellas observaciones que considerase oportunas, dentro del plazo de un mes. Esta carta de intenciones obtuvo la respuesta de Hungría el 22 de agosto de 2022, y fue completada y aclarada por carta del 13 de septiembre.

Una vez cumplidos todos estos requisitos procedimentales previos, la Comisión emitió el 18 de septiembre de 2022 una comunicación en la que se contenía la Propuesta de decisión de ejecución del Consejo[521]. En este documento se contienen los argumentos que han provocado que la Comisión iniciara el procedimiento y, en concreto, respecto de las preocupaciones en materia de contratación pública por falta de transparencia, así como por los indicios de un enriquecimiento desleal de determinadas empresas y adjudicatarios; ya que los estudios encargados por la Comisión muestran que a partir del año 2011 las empresas que están vinculadas políticamente al gobierno iliberal tienen entre 3,3 y 4,4 veces más posibilidades de ganar una licitación y esto supone un aumento significativo respecto del periodo anterior, en el que esta cifra oscilaba entre 1,5 y 2,1[522]. En cuanto a la disminución en la efectividad de la persecución penal de la corrupción que tiene por

[521] Comunicación de la Comisión de 18 de septiembre de 2022, COM(2022) 485 final, que contiene la Propuesta de decisión de ejecución del Consejo sobre medidas para la protección del presupuesto de la Unión contra la vulneración de los principios del Estado de Derecho en Hungría. Está acompañada por un Anexo en el que se recogen las Etapas fundamentales de aplicación de las medidas correctoras hasta el 19 de noviembre de 2022, de conformidad con el compromiso contraído por Hungría a través de las medidas correctoras presentadas. A lo largo de todo el documento se utilizan argumentos que se están recogidos en el capítulo sobre Hungría del Informe sobre el Estado de Derecho en 2022.

[522] Se trata de un estudio encargado al Centro de Investigación sobre la Corrupción de Budapest.

objeto los fondos europeos, señala que esta trae causa de la reforma iliberal que tuvo lugar en relación con la institución de la Fiscalía y que la no participación de Hungría en la cooperación reforzada sobre la Fiscalía Europea –que es únicamente bilateral— provoca que el Ministerio Fiscal húngaro sea «la única instancia que lleva a cabo investigaciones penales sobre los delitos que afectan a los intereses financieros de la UE»; y a esto debe ser añadida la alta percepción de la ciudadanía sobre el nivel de corrupción en este país, que alcanza el 91%. Como consecuencia, la Comisión Europea considera que se produce una vulneración sistémica de los principios del Estado de Derecho recogidos en el artículo 2.a) del Reglamento de condicionamiento y, particularmente, de los de seguridad jurídica y de prohibición de la arbitrariedad de los poderes ejecutivos.

La Comisión considera que la protección del presupuesto europeo no puede ser alcanzada con la misma eficacia por ningún otro instrumento del Derecho de la Unión, utilizando como fundamento la ineficacia de los instrumentos que existían hasta ahora[523]; y es en este punto donde entendemos que resulta necesario apuntar los beneficios que los instrumentos previos –sobre todo el Nuevo Marco y los recursos de incumplimiento— han hecho surgir a este respecto, pues su utilización –aunque no fueran útiles *per se*— permite que la Comisión pueda afirmar sin lugar a dudas que ningún otro instrumento del ordenamiento jurídico europeo puede atajar la crisis del Estado de Derecho y, por ende, de la deficiente gestión del presupuesto de la Unión[524]. Podemos decir que la protección de los valores fundamentales recogidos en el artículo 2 TUE, más que a una acción clara, responde a un proceso de *sedimentación* a través de los aportes de los instrumentos que han fracasado en esta empresa y que sirven como fundamento para la construcción del mecanismo de condicionalidad –mediata— de los fondos europeos al Estado de Derecho; así como debemos subrayar que el carácter sistémico de las problemáticas mencionadas impide que estas puedan ser solucionadas mediante mecanismos específicos o sectoriales, por lo que ha sido necesario crear una instrumento de garantía de naturaleza general,

[523] Para realizar esta afirmación, señala en el apartado 58 que «Desde hace más de diez años, Hungría ha sido destinataria de recomendaciones y correcciones a causa de insuficiencias e irregularidades graves, en particular en el ámbito de la contratación pública. Aunque la Comisión tomó medidas cada vez que se detectaron vulneraciones de las normas de contratación pública o del Derecho aplicable para proteger el presupuesto de la Unión, sobre la base de los procedimientos establecidos en la legislación de la Unión, año tras año, y período de programación tras período de programación, la contratación pública en Hungría siguió presentando deficiencias e insuficiencias que afectaron a la buena gestión financiera del presupuesto y a la protección de los intereses financieros de la Unión».

[524] Por ello, pueden ser descartadas las observaciones de Hungría respecto de la posible vulneración de la igualdad de trato entre Estados miembros. Asimismo, el cumplimiento de las disposiciones procesales contenidas en el Reglamento demuestra el cumplimiento de los derechos de defensa de Hungría.

materializado en el Reglamento de condicionamiento de fondos. Aunque la Comisión considera adecuada la dirección a la que apuntan las medidas correctoras propuestas por Hungría el 22 de agosto de 2022, también entiende que es necesario estudiar con cautela «cómo se reflejarán sus elementos fundamentales en los textos jurídicos reales», así como algunos problemas no son de tipo jurídico, sino que traen causa de la aplicación práctica, tal y como señala en los apartados 121 y 122. La Comisión señala –apartado 134— que los programas de cohesión serían los más adecuados respecto de la adopción de medidas, pues son estos los que se ejecutan principalmente a través de la contratación pública y, concretamente, al *Programa Operativo Medio Ambiente y Eficiencia Energética Plus*, al *Programa Operativo Integrado de Transporte Plus* y al *Programa Operativo de Desarrollo Territorial y de Asentamientos Plus*. Tras realizar una evaluación de riesgos, determinó –apartado 138— que los riesgos pueden afectar a un 70% de los fondos de los programas afectados, por lo que entendía –apartado 139— que resultaba proporcionada la suspensión del 65% de los compromisos de estos programas con cargo a los Fondos Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), de Cohesión (FC), de Transición Justa (FTJ) y Social Europeo Plus (FSE+) –apartado 154—; sin perjuicio de que el porcentaje pueda ser revisado en atención a las medidas correctoras adoptadas por Hungría; mientras que, sobre los programas en régimen de gestión directa e indirecta, consideró –en los apartados 141 y 156— que resultaba proporcionada la prohibición de contraer nuevos compromisos jurídicos con cualquier fideicomiso de interés público o cualquier entidad en el marco de cualquier programa en régimen de gestión directa o indirecta. En la práctica, la activación del Reglamento de condicionamiento de fondos ha dado lugar a la suspensión de *tan solo* 6.300 millones de euros respecto de Hungría (Scheppele y Morijn, 2023).

El siguiente documento que debemos analizar es la Comunicación de la Comisión de 30 de noviembre de 2022[525], cuyo objetivo es proporcionar al Consejo «la información necesaria para adoptar una decisión [según lo dispuesto en el artículo 6.10 del Reglamento sobre condicionalidad] antes del 19 de diciembre de 2022». La Comisión ha señalado las diecisiete medidas correctoras adoptadas por Hungría en el apartado 12 y ha desarrollado su contenido en los apartados 18 a 147; y, tras ello, ha determinado –en el apartado 153— que sigue detectando «importantes deficiencias con respecto a las cuales Hungría no ha

[525] Comunicación de la Comisión al Consejo de 30 de noviembre de 2022, COM(2022) 687 final, sobre las medidas correctoras notificadas por Hungría en virtud del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 para la protección del presupuesto de la Unión.

introducido los cambios necesarios en los correspondientes textos jurídicos para garantizar que las medidas sean adecuadas con arreglo al Reglamento sobre condicionalidad» y que –apartado 154— «siguen existiendo riesgos importantes en relación con otras cuestiones». Por tanto, considera –apartado 155— que la evaluación general no permite concluir que el conjunto de las medidas correctoras notificadas por parte de Hungría pondrán fin a las vulneraciones de los principios del Estado de Derecho o a las repercusiones que estas puedan tener respecto de la buena gestión del presupuesto de la Unión, lo cual es agravado más aún si cabe como consecuencia de las prácticas administrativas húngaras; y, por ello, acabó decidiendo –apartado 156— mantener su propuesta «de medidas para la protección del presupuesto de la Unión contra la vulneración de los principios del Estado de Derecho e invita al Consejo a proceder sobre esta base».

A este respecto resulta de gran utilidad la entrada de Scheppele, Mészáros y Bárd (2022) en el *Verfassungsblog*, debido a que la misma han explicado con gran claridad las dificultades de la adopción de medidas correctoras en Hungría y, por tanto, entendemos pertinente recoger las líneas generales de su contenido. Resumiendo esta problemática, indican que las leyes aprobadas por el Gobierno húngaro para corregir las vulneraciones señaladas por la Comisión Europea «crean la apariencia de un sistema independiente de lucha contra la corrupción, pero al mismo tiempo sirven para mantener en su puesto a los simpatizantes del régimen y limitan la intervención de los denunciantes y aquellos que pretenden combatir la corrupción con trámites burocráticos»[526]; y, adicionalmente, señalan que las potestades legislativas de *Fidesz* –tanto por su mayoría parlamentaria, como por la capacidad de gobernar por decreto tras los poderes de emergencia que volvió a ganar por el conflicto entre Rusia y Ucrania— impedirían cualquier tipo de avance, puesto que los progresos que pudieran derivarse de una reforma del ordenamiento jurídico podrían ser suprimidos pocos días después de que las instituciones europeas decidieran desbloquear los fondos suspendidos.

[526] Los autores se refieren a la EUTAF (*Európai Támogatásokat Auditáló Főigazgatóság*), la agencia húngara que ha auditado los fondos europeos desde 2010, que pretenden sustituir por una nueva agencia, pero que en la práctica sigue manteniendo los mismos problemas, pues según dispone la nueva normativa su director sería nombrado directamente por Orbán, así como este tendría unas competencias muy amplias, desde la capacidad de auto organización a la competencia para interrumpir investigaciones específicas; y esto supondría no solo un mantenimiento de la dinámica anterior, sino incluso un empeoramiento. También hacen referencia a la *Integrity Authority*, cuyos cambios son meramente técnicos y no suponen cambios; así como a los cambios en el procedimiento penal, de modo que aunque extienden la legitimación para la interposición de las denuncias a la ciudadanía, en la práctica los trámites burocráticos necesarios impiden cualquier tipo de participación por su parte.

Entendemos que el levantamiento de las medidas que hayan sido adoptadas a través del procedimiento contenido en el Reglamento 2020/2092 carece de un –deseable— *mecanismo de retorno*; por lo que, si se levantan las medidas, una reincidencia implicaría la necesidad de iniciar de nuevo el procedimiento y de cumplir los plazos mencionados. Tampoco es aconsejable una previsión de retorno ilimitada y, por tanto, entendemos que habría de ser incorporada con sometimiento a un periodo temporal concreto y expreso, además de estar vinculada a las mismas razones por las que las medidas fueron adoptadas en un primer momento.

En esta misma dirección se ha pronunciado también el Parlamento Europeo, como podemos extraer de su Resolución de 15 de septiembre de 2022[527], en la que reitera su preocupación sobre diversas cuestiones en relación con Hungría y ha determinado que, «considerados en su conjunto, los hechos y las tendencias […] representan una amenaza sistémica a los valores del artículo 2 del TUE y entrañan un riesgo claro de violación grave de los valores contemplados en el mismo».

Acabamos de exponer cómo se ha activado el Reglamento 2020/2092 en Hungría. Sin embargo, no podemos hacer lo mismo con Polonia, pues en este caso la suspensión de los fondos no se ha producido a través de esta vía, sino que ha tenido lugar mediante otros instrumentos. La principal razón que se ha esgrimido para justificar la decisión de no activar el Reglamento 2020/2092 respecto de Polonia se encuentra en la actual guerra entre Rusia y Ucrania, puesto que la clara alineación de Polonia en la lucha contra Putin habría provocado que la Comisión reequilibrara su actuación, a diferencia de Hungría, que ha mostrado una clara actitud pro rusa[528]. Sin embargo, entendemos que el argumento que acabamos de exponer ha perdido relevancia, pues el mismo supondría la negativa a suspender fondos de cualquier tipo respecto de Polonia por su ayuda hacia Ucrania, pero, en la práctica, sí que se han suspendido fondos a dicho Estado miembros utilizando otro

[527] Resolución del Parlamento Europeo de 15 de septiembre de 2022, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, de la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, P9_TA(2022)0324.

[528] Menéndez (2023: 63) considera «que la posición beligerante y claramente *atlantista* de Polonia, esencialmente alineada con la sostenida por la Comisión y por el alto representante de la Unión Europea, parece que está influyendo sobre la valoración que se hace en Bruselas de la saga polaca». Por su parte, Jaraczewski (2022) ha lamentado esta decisión, señalando que las razones utilizadas son al mismo tiempo «equivocadas y comprensibles»; y Baquero Cruz (2022: 445) ha determinado que la invasión de Ucrania no es una razón para bajar la guardia respecto de la protección del Estado de Derecho o para dejar de aplicar el Reglamento de condicionalidad cuando esté justificado.

tipo de instrumentos. A pesar de que un principio la Comisión envió –igual que en el caso de Hungría— cartas informales para solicitar información adicional respecto de Polonia –el 17 de noviembre de 2021— en la práctica vemos que este trámite no se vio traducido en la activación del mecanismo, según Pech, Wójcik y Wachowiec (2023: 53-55), debido a una interpretación restrictiva del Reglamento 2020/2092 en cuanto a la determinación de las vulneraciones del Estado de Derecho. Los últimos autores, en la publicación citada, afirman que el reglamento condicionamiento de fondos –mediato— al Estado de Derecho debería haber sido activado también en el caso de Polonia.

La cantidad de los fondos suspendidos en el caso de Polonia asciende a los 137.000 millones de euros, teniendo presente que estos provienen de dos fuentes: 59.800 millones de euros –25.300 millones de euros en subvenciones y 34.500 millones en préstamos— a través del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia[529]; y 76.500 millones de euros por medio del Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados[530].

El Reglamento 2021/241, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el MRR, determina en el artículo 18, apartados 1 y 4.i), que aquellos Estados miembros que deseen recibir una contribución financiera a través de este instrumento deberán «presentar a la Comisión un plan de recuperación y resiliencia, que habrá de estar debidamente motivado y justificado» y contener, al menos, una serie de elementos, entre los que se encuentran los «hitos y objetivos previstos, así como un calendario indicativo para la realización de las reformas e inversiones con plazo de finalización hasta el 31 de agosto de 2026»[531]. Así, por los poderes de evaluación que le son conferidos a la Comisión en el artículo 19,

[529] En adelante, Reglamento por el que se establece el MRR.
[530] En adelante, Reglamento de disposiciones comunes sobre determinados Fondos UE.
[531] Los *hitos* se configuran como un concepto autónomo del Derecho UE, pues han sido definidos en el artículo 2.4) del presente Reglamento, de modo que a tal efecto se entenderá por «*hitos* y *objetivos* las medidas de progresión hacia la consecución de una reforma o una inversión, considerándose que los hitos constituyen logros cualitativos y los objetivos constituyen logros cuantitativos».

el artículo 24 –que contiene las *normas sobre pagos, suspensión y resolución de acuerdos relativos a las contribuciones financieras y a los préstamos*— establece en el apartado 6 que en los casos en los que de la evaluación de la Comisión resulte que «no se han cumplido de forma satisfactoria los hitos y objetivos establecidos en la decisión de ejecución del Consejo contemplada en el artículo 20, apartado 1, se suspenderá el pago de la totalidad o una parte de la contribución financiera y, en su caso, del préstamo, así como que esta suspensión solo se levantará cuando el Estado miembro de que se trate haya tomado las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento satisfactorio de los hitos y objetivos».

El 1 de junio de 2022, la Comisión estableció los hitos que habían de ser cumplidos por Polonia para acceder a la totalidad de los fondos del MRR[532]. La doctrina –e incluso cinco de los miembros de la Comisión— ha criticado este documento al considerar que no exige el cumplimiento de todas las sentencias del Tribunal de Justicia en relación con la independencia judicial (Scheppele y Morijn, 2023), pero sí que es cierto que uno de los componentes –F— se refiere a la necesidad de mejorar la calidad de las instituciones y las condiciones de ejecución del plan de recuperación y resiliencia, entre las que cita a la independencia del sistema judicial. Como resultado de los *superhitos* establecidos por la Comisión fueron suspendidos 59.800 millones de euros, y no fue hasta que se produjo el cambio de gobierno cuando se ha hecho posible que la Comisión contemple levantarlos, como resultado de las reformas que han permitido cumplir con las exigencias señaladas, comenzando con la liberación de 6.300 millones de euros netos de prefinanciación[533].

El Reglamento 2021/1060, de 24 de junio de 202, de disposiciones comunes sobre determinados Fondos UE, establece una serie de *principios horizontales* en el artículo 9, entre los que se halla la exigencia de que los Estados miembros y la Comisión garanticen «el respeto de los derechos fundamentales y la conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la ejecución de los Fondos»[534]. En esta dirección,

[532] La Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo de 1 de junio de 2022, COM(2022) 268 final, relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de Polonia, y su ANEXO {SWD(2022) 161 final}.

[533] Como observamos en el comunicado de prensa de la Comisión Europea de 29 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_24_1222.

[534] Según determina el apartado 1. Las demás exigencias se corresponden con la consideración y la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres (apartado 2), la evitación de «cualquier discriminación por razón de género, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual durante la preparación, la ejecución, el seguimiento, la presentación de informes y la evaluación de los programas» (apartado 3), o la coherencia de los objetivos de los fondos con el objetivo de promover el desarrollo sostenible establecido en el artículo 11 TFUE.

el artículo 15 establece varias «condiciones favorecedoras para los objetivos específicos», contenidas en el ANEXO III, entre las que se encuentra –en tercer lugar— la «Aplicación y ejecución efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales»[535], así como determina –en los apartados 5 y 6— que los gastos relacionados con operaciones que se enmarquen en los correspondientes objetivos específicos «podrán incluirse en las solicitudes de pago, pero la Comisión no los reembolsará hasta que haya informado al Estado miembro del cumplimiento de la condición favorecedora» de conformidad con la información que haya proporcionado el último. Este tipo de suspensión del pago encuentra su asidero jurídico en el artículo 97.1, ya que el mismo dispone que la Comisión «podrá decidir la suspensión total o parcial de los pagos, excepto en el caso de la prefinanciación, tras haber dado al Estado miembro la oportunidad de formular sus observaciones», si se da alguna condición de las señaladas en este primero y, en este sentido, la letra c) se refiere al supuesto de que «el gasto consignado en las solicitudes de pago está relacionado con una irregularidad que no se ha corregido».

Mediante esta vía Polonia experimentó una suspensión de 76.500 millones de euros, pero de nuevo, gracias al cambio de gobierno y a las reformas estudiadas por la Comisión, esta ha decidido que ya se cumple la condición favorable horizontal relacionada con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Gracias a ello, Polonia podrá acceder hasta unos 76.500 millones de euros para sus programas de financiación de la política de cohesión 2021-2027, la Política Europea Marítima, de Pesca y de Acuicultura y los Asuntos de Interior[536].

Finalmente, hemos de advertir que la utilización de instrumentos económicos para conseguir –aunque sea de manera mediata— el cumplimiento del Estado de Derecho por parte de los Estados miembros no está exenta de críticas por parte de la doctrina. Algunos autores consideran que dicha estrategia supone un «cortocircuito democrático» del que es «complicado escapar, pero que muestra con claridad las dos debilidades del proceso de

[535] Los criterios establecidos para determinar el cumplimiento de esta condición favorecedora han sido establecidos de la siguiente manera: «Existen mecanismos efectivos para garantizar el cumplimiento de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») que incluyen: 1. Disposiciones para garantizar que los programas apoyados por los Fondos y su ejecución cumplen con las disposiciones correspondientes de la Carta. 2. Disposiciones de presentación de informes al comité de seguimiento sobre los casos de incumplimiento de la Carta por operaciones apoyadas por los Fondos y las denuncias en relación con la Carta presentadas de conformidad con las disposiciones adoptadas con arreglo al artículo 69, apartado 7».

[536] Como observamos en el comunicado de prensa de la Comisión Europea de 29 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_24_1222.

integración europea: su déficit democrático y su vocación principalmente económica» (Rodomonte, 2019: 302). Asimismo, Martín y Pérez de Nanclares (2019: 151) muestra sus dudas porque considera que el condicionamiento de fondos puede instrumentalizarse para reforzar la posición de los partidos iliberales frente a un *enemigo europeo externo*[537]; y Lacny (2021: 103) entiende que la construcción de una unión de valores alrededor del elemento económico es del todo incorrecta.

Por nuestra parte, consideramos que el establecimiento de condicionalidades de tipo económico para conseguir que los Estados miembros respeten los valores fundamentales de la Unión Europea no es la estrategia idónea atendiendo a la naturaleza de los valores. Al mismo tiempo, entendemos que ante la ausencia de efectividad –por lo menos directa, como ya hemos apuntado y como desarrollaremos— del resto de instrumentos de defensa del Estado de Derecho la utilización de la condicionalidad económica se identifica con el *instinto de supervivencia* del proceso de integración europea. Recuperando la disyuntiva planteada hace décadas por Kraus (1952: 30), la falta una respuesta robusta por parte del poder legal frente a los ejercicios ilegítimos del mismo acaba por fortalecer a los últimos. Para evitar que el iliberalismo siga campando a sus anchas en el seno de la Unión Europea, resulta imprescindible que los instrumentos de limitación del poder sean adaptados a las nuevas formas de ejercicio autoritario del mismo y, por tanto, hemos de concluir que estos instrumentos no solo son recomendables, sino que son imprescindibles si deseamos que sobreviva el proyecto supraestatal de integración europea. No obstante, no sería adecuado considerar de manera aislada los mecanismos de condicionalidad económica, sino que ha de reconocerse, al mismo tiempo, que su aceptación no habría sido posible sin un previo proceso de *sedimentación* acerca de la necesidad de que se defienda el Estado de Derecho, como podremos comprobar en el último apartado del presente capítulo. Adicionalmente, sería necesario estudiar la compatibilidad de estos nuevos instrumentos con el principio de atribución de competencias, pues de nada valdría que superasen el juicio de efectividad si van en contra de la voluntad de los Estados miembros expresada en los Tratados.

2.7. Microcondicionamiento de fondos

Además del condicionamiento de fondos a gran escala, que se correspondería con los instrumentos que acabamos de exponer, es posible realizar *microcondicionamientos*,

[537] En esta misma línea, Ciaralli (2022: 112) afirma que su utilización puede producir un aumento de la conflictividad.

mediante la inclusión de exigencias relacionadas con el cumplimiento de los valores en las convocatorias de las subvenciones que de manera concreta elaboran las instituciones europeas (Barroso Márquez, 2022: 216). Esto es, precisamente, lo que ocurrió en Polonia, pues la exigencia del cumplimiento de los derechos fundamentales en una convocatoria de este tipo sirvió para que la Comisión denegara la solicitud de fondos a seis ciudades de dicho Estado miembro que antes se habían declarado libres de ideología LGTBI[538]. Esta decisión fue acompañada por las palabras de la Presidenta de la Comisión, cuando afirmó que los ciudadanos de la Unión Europea «son libres de querer a quienes quieran». Estos condicionamientos económicos a nivel *micro* no requerirían un amplio despliegue a nivel institucional –como en el caso del Reglamento de condicionamiento de fondos— y podrían servir, si fueran incorporados en todas las convocatorias de proyectos y de subvenciones económicas a nivel europeo, como un cauce de presión mucho más sutil, ya que podría alcanzar el mismo resultado –garantizar el cumplimiento generalizado de los valores— pero de una manera mucho más fluida que con el *macrocondicionamiento*. Esta fluidez se hallaría en el hecho de que para acceder a los fondos europeos en los que se hayan incorporado los *microcondicionamientos* sería necesario cumplir *ex ante* con los requisitos determinados en el texto de la concreta convocatoria, mientras que en el caso del Reglamento de condicionamiento de fondos lo que se produce es la suspensión de unos fondos que generalmente le corresponderían a dicho Estado miembro.

Sin embargo, hemos de extremar las cautelas a este respecto, pues en función de las condiciones exigidas podrían vulnerarse tanto el principio de atribución de competencias, como el principio de confianza mutua. No nos parece del todo claro que las instituciones europeas puedan exigir que los Estados miembros cumplan requisitos tan amplios como el Estado de Derecho o los derechos fundamentales –en general— en sus convocatorias, pues lo mismo podría provocar en la práctica una condicionalidad política *ultra vires*, abriendo la puerta a un *falso universalismo*, en el que solamente se tolerasen determinadas prácticas y se le diera la espalda a otras por el mero hecho de no ser exactamente iguales a las exigidas por las instituciones europeas.

[538] Según dispone el artículo 11 del Reglamento (UE) 390/2014 del Consejo, de 14 de abril de 2014, por el que se establece el programa «Europa para los Ciudadanos» para el período 2014-2020, es necesario que la Comisión garantice su coherencia con los instrumentos de otros ámbitos de acción de la Unión y, en particular, respecto de los derechos y libertades fundamentales, la igualdad entre mujeres y hombres o la lucha contra la discriminación.

2.8. Propuestas doctrinales

A lo largo de los apartados anteriores hemos recogido las propuestas en las que se sugería la modificación de un instrumento existente, como es el caso del artículo 7 TUE, respecto de la acumulación de procedimientos, o de la fase precontenciosa en el marco del recurso de incumplimiento de los artículos 258 a 260 TFUE, en cuyo caso se planteaba la posibilidad de que la misma –y por ende, también la resolución del asunto por parte del Tribunal de Justicia— adquiriera una naturaleza sistémica.

Faltaría exponer aquellas propuestas doctrinales relativas a la creación de nuevos instrumentos o instituciones para la defensa del Estado de Derecho, así como a la reforma de otras instituciones existentes.

En esta dirección pueden señalarse las ideas de aquellos autores que advertían la necesidad de una nueva institución u órgano en la arquitectura de la Unión Europea que pudiera llevar a cabo funciones similares a las que en la actualidad viene desempeñando la Comisión de Venecia en el marco del Consejo de Europa. La denominación que estas han recibido y las características concretas con las que han sido configuradas son diversas, pero las más reconocidas en la doctrina se corresponden con la Comisión de Copenhague –*Copenhagen Commission*— conceptuada por Müller (2016: 209), y con el Comité de Deficiencias Sistémicas –*Systemic Deficiency Committee*— sugerido por Von Bogdandy, Antpöhler y Ioannidis (2017: 228-232). Sendas propuestas nacen porque en la actualidad la institución que ha creado los estándares de protección de los valores del artículo 2 TUE que son utilizados por las instituciones europeas –especialmente el Estado de Derecho— ha sido la Comisión de Venecia –*Venice Commission Through Democracy and Law*—, órgano consultivo del Consejo de Europa, ajeno a la estructura institucional de la UE[539]. Tuori (2016) considera que lo más recomendable es continuar recurriendo a la Comisión de Venecia como órgano asesor en estas materias por su prestigio a nivel internacional, pese a que la misma no forma parte de la estructura institucional de la Unión Europea. Pérez Bernárdez (2018, 414), por su parte, considera extraño que no se haya utilizado uno de los órganos ya existentes en el marco institucional de la UE, como es la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA).

[539] Kochenov y Pech (2015: 532), respecto de la utilización del Nuevo Marco, estiman que si bien es recomendable consultar a otros organismos para recabar más cantidad de información, no es aconsejable que la garantía de los valores del 2 TUE dependa enteramente de órganos ajenos a la Unión Europea.

Como ha señalado Scheppele (2016a: 105-107), para hacer realidad las propuestas que pretenden la creación de una nueva institución en el marco de la integración europea sería necesario reformar los Tratados constitutivos. A causa de la situación actual esto es difícilmente realizable, como dijimos al hilo de las propuestas de reforma de los últimos. Para sortear este obstáculo, han surgido iniciativas como las formuladas por Carrera, Guild y Hernanz (2013), acerca de integrar de una suerte de Mecanismo de Copenhague –*Copenhagen Mechanism*— en la arquitectura supraestatal; o Pérez Bernárdez (2018) y, más tarde Grabowska-Moroz (2022: 340), que apostaban por ampliar las competencias de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión[540], para que pudiera investigar la vulneración de los valores contenidos en el artículo 2 TUE. Las propuestas realizadas por estos últimos autores no requerirían la creación de nuevos órganos o instituciones y, por tanto, no resultaría tan evidente la necesidad de reformar los Tratados constitutivos[541]. Sin embargo, consideramos que la ampliación de las competencias de las instituciones, por mucho que las mismas ya existan, requeriría llevar a cabo una reforma de los Tratados si supone la atribución de facultades que no se prevean de manera expresa o implícita en el contenido de los mismos.

Encontramos también entre los instrumentos más comentados por la doctrina sobre la defensa del Estado de Derecho los denominados *índices* o *checklists*. Representan los intentos de *medir* utilizando variables cuantitativas –y, en algunos casos, aunque pocos, cualitativas— la calidad del Estado de Derecho en un sistema concreto de acuerdo con la metodología de evaluación seguida. Entre los instrumentos más conocidos se encuentra el *World Justice Project* de Naciones Unidas, ya que su carácter anual y su gran extensión geográfica –abarca 142 países— arrojan datos muy relevantes a la hora de evaluar el grado de cumplimiento con el Estado de Derecho en distintos contextos. Sin embargo, este tipo de iniciativas adolece de varios defectos, entre los que se encuentran el carácter

[540] Toggenburg y Grimheden (2016: 237-239) afirman que no es necesario crear nuevas instituciones o mecanismos, ya que la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un órgano idóneo para llevar a cabo esta tarea. Closa, Kochenov y Weiler (2014: 18), por su parte, no están convencidos de que esta institución sea la más adecuada para controlar el cumplimiento de los valores del artículo 2 TUE, porque carece de poderes coercitivos (*lacking its bite*); así como Bonelli (2017: 189) ha hecho hincapié en que las competencias de la FRA están dirigidas principalmente a las instituciones europeas, que estas solo cubren la acción de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, y que sus competencias están limitadas desde un punto de vista material porque solo cubren uno de los valores del artículo 2 TUE, los derechos humanos.

[541] Closa, Kochenov y Weiler (2014: 14) se han referido a una triple ventaja respecto de la utilización de procedimientos ya existentes: no hace falta idear nuevas metodologías; no es necesario llevar a cabo una reforma de los Tratados; y evita la apariencia de *power grab*.

individual del análisis de los datos extraídos, ya que no se profundiza en los efectos de la interacción de los elementos analizados y, por ende, carece de una perspectiva integral[542]; y el carácter peligrosamente subjetivo de su metodología derivado de la manera en que son formuladas las preguntas[543], ya que esto abre la puerta a que se produzcan distorsiones inferidas de la perspectiva específica de cada interlocutor.

También es bastante conocida la *Rule of Law Checklist* que ha sido elaborada por la Comisión de Venecia, contenida en el *Study n.º 711/2013*, de 18 de marzo de 2016[544]. No obstante, en esta ocasión no nos hallamos ante un proyecto de evaluación como tal, que funcione de manera autónoma para obtener resultados, sino ante un instrumento de evaluación que puede ser utilizado por diversos actores del plano internacional –tanto los Estados, como los ciudadanos o las organizaciones internacionales— para medir el grado de cumplimiento de un sistema en concreto con las exigencias del Estado de Derecho.

Este tipo de metodologías han sido ampliamente criticadas por la mayor parte de la doctrina por fijar su atención en elementos concretos del Estado de Derecho y, por tanto, perder de vista el objetivo general del concepto[545]. Incluso Bustos Gisbert (2021: 179), tras haber contemplado el valor de la *checklist* que ha elaborado la Comisión de Venecia, reconoce que esta ha sido objeto de un «uso torticero» por parte de los Estados iliberales, como una suerte de catálogo o guía que recoge las «malas prácticas» toleradas por las instituciones supraestatales. Con carácter general, este tipo de evaluación del grado de cumplimiento con el Estado de Derecho está viciada por un sesgo formalista que acaba por desequilibrar la balanza a favor de las desventajas de su utilización y, como resultado, en lugar de constituir un argumento en manos de los defensores del Estado de Derecho, acaba pervertida y se convierte en un instrumento de defensa de los regímenes iliberales, que se han convertido en expertos en Derecho comparado para defender las reformas de naturaleza regresiva que han llevado a cabo.

[542] Como indican con carácter general respecto de los índices de medición del Estado de Derecho Scheppele (2013a: 559), Müller (2014: 158) y Mader (2019: 156); y, de manera específica en relación con el *World Justice Project*, Gowder (2016: 177-179), al concluir que «la interpretación de los datos se echa a perder por una falta de ambición conceptual, ya que no se unifican todos los factores en una sola medida».

[543] Realizamos esta afirmación sobre la base de nuestra experiencia personal tras haber participado en la evaluación relativa a España. Somos conscientes de que, por confidencialidad, no podemos revelar el contenido de las preguntas a través de las cuales se obtienen los resultados de este *World Justice Project*, pero sí podemos subrayar que en la mayoría de los casos se trata de valoraciones individuales encuestadas a través de fórmulas como «¿en qué medida está de acuerdo con […] afirmación?».

[544] CDL-AD(2016)007.

[545] En esta misma línea se han pronunciado autores como Krygier (2006: 12), Emmert (2008: 560), Tóth (2019: 45), Uitz (2019b: 476) o Von Bogdandy (2021: 90).

Más allá de las problemáticas concretas que puedan derivarse de estas propuestas, no puede pasar inadvertida la advertencia formulada por el mismo autor que proponía la creación de la *Comisión de Copenhague*, cuando señalaba que la verdadera cuestión –tras la hipotética constitución de tal institución— sería «¿y entonces qué?» (Müller, 2016: 161). Coincidimos con esta última exhortación, pues centrar nuestro análisis en la creación de nuevos instrumentos o en el rediseño de aquellos ya existentes puede hacer que olvidemos el verdadero problema, esto es, las carencias competenciales que la Unión Europea tiene actualmente en relación con la defensa de los valores fundamentales del artículo 2 TUE, en aquellos supuestos en los que los Estados miembros los vulneran intencionadamente, como hemos tenido la ocasión de comprobar a lo largo del presente apartado.

3. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Al igual que haremos con las demás instituciones europeas, debemos comenzar con las competencias que los Tratados le otorgan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El artículo 19.1 TUE señala en su primer párrafo, además de la composición del mismo[546], que dicha institución «garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados». Para cumplir con sus funciones, cuenta con diversos cauces procesales: el procedimiento de incumplimiento, cuyo objetivo será controlar las vulneraciones del Derecho de la Unión Europea por parte de los Estados miembros; el recurso de anulación, para controlar la legalidad de los actos jurídicos emanados de las instituciones europeas; el recurso por omisión, para poner solución a la falta de actuación de alguna de las estas; y el sistema de remisión prejudicial, mediante el cual las autoridades judiciales nacionales pueden emitir una cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia resuelva sus dudas sobre la interpretación o la validez de una norma de Derecho de la Unión Europea.

Como indicamos al principio de esta obra, nuestro objetivo no es analizar la crisis del Estado de Derecho como tal, sino que enfocamos nuestra atención en los efectos que la misma puede tener respecto del principio de confianza mutua y, en especial, respecto de las órdenes de detención europea. Por esta razón, no analizaremos todos estos cauces, sino únicamente aquellos que son idóneos para este tipo de análisis y, como consecuencia, descartaremos el recurso por omisión, de modo que estudiaremos con carácter principal los procedimientos de incumplimiento, desarrollados en los artículos 258 a 260 TFUE,

[546] El Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados, teniendo en cuenta que actualmente no cuenta con ninguno de los especializados.

las cuestiones prejudiciales establecidas en el artículo 267 TFUE y, aunque hasta ahora los recursos de anulación no habían tenido ningún tipo de protagonismo en este ámbito, lo incluiremos como resultado de la interposición de este tipo de recursos por parte de Hungría y Polonia contra el Reglamento de condicionamiento –mediato— de fondos al Estado de Derecho. Sin embargo, no hemos de considerar de forma aislada las vías de naturaleza jurisdiccional, sino que estas se encuentran íntimamente ligadas a los avances que se han producido en la vía política, pues muchas sentencias del Tribunal de Justicia utilizan como fundamento el contenido de las Recomendaciones emitidas en el seno del Nuevo Marco para Reforzar el Estado de Derecho, los respectivos capítulos nacionales de los Informes anuales sobre el Estado de Derecho o las propuestas de activación del procedimiento contenido en el artículo 7.1 TUE. Por tanto, aunque analicemos de forma separada la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esto obedece solamente a nuestro enfoque en el sistema de órdenes de detención europea, ya que en el mismo tienen un especial protagonismo las innovaciones jurisprudenciales que han sido incorporadas por dicha institución en los últimos años.

De esta forma, hemos de utilizar como base lo dispuesto en el Capítulo I, esto es, la configuración original del principio de confianza mutua, y desde aquí realizar nuestro análisis sobre la transformación que ha experimentado dicho principio como resultado de la ruptura de la cuarta pared por parte de los regímenes iliberales en el seno de la Unión, como hemos visto en el capítulo segundo. Las innovaciones jurisprudenciales en relación con elementos que forman parte del Estado de Derecho en el marco de la Unión Europea, como la independencia judicial o la tutela judicial efectiva, van a ser determinantes a la hora de comprender la desvirtuación del principio de confianza mutua y, por esta razón, también incorporaremos con carácter general las principales sentencias que ha dictado el Tribunal de Justicia en este sentido.

3.1. Cauces procesales disponibles

Antes de comenzar con el análisis de las innovaciones jurisprudenciales, debemos estudiar los cauces procesales de los que provienen las mismas, ya que las diferencias que existen entre ellos serán de interés para el análisis crítico comparado que realizaremos en el siguiente apartado. Para nuestra investigación tendremos en cuenta principalmente dos de las vías existentes, el procedimiento de incumplimiento y las cuestiones prejudiciales, así como también mencionaremos –pero con mayor brevedad— el recurso de anulación,

en la medida en que ha sido utilizado para cuestionar la compatibilidad del Reglamento de condicionamiento de fondos con los Tratados.

Con carácter general, hemos de ser conscientes de que la justicia europea –como la gran mayoría de las instituciones jurisdiccionales contemporáneas— no es de naturaleza proactiva, sino que es principalmente reactiva, en la medida en que el Tribunal de Justicia no decide el tipo de asuntos que se le plantean (Lenaerts, 2022: 367), de modo que va a ser muy relevante el papel de la Comisión en la fase precontenciosa del recurso de incumplimiento, así como los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de plantear las cuestiones prejudiciales, ya que serán sendos tipos de actores los que van a determinar sobre qué tipo asuntos –y en qué medida— se podrá pronunciar el Tribunal de Justicia. Tampoco podemos olvidar que los tribunales no constituyen la vía idónea para solucionar los problemas de naturaleza sistémica u holística (Closa, Kochenov y Weiler, 2014: 21). Por tanto, una vez que hayamos analizado los cauces procedimentales de los que dispone el Tribunal de Justicia y la respuesta dada por este, pondremos los resultados en conjunto con la respuesta dada por las instituciones políticas de la Unión Europea para realizar un análisis comparado y profundizar en nuestras conclusiones.

El procedimiento de incumplimiento está previsto en los artículos 258 a 260 TFUE. Su objetivo es declarar la vulneración de una de las obligaciones derivadas de los Tratados por parte de uno de los Estados miembros. En los dos primeros artículos se prevén dos sujetos con legitimación activa para interponer este recurso: por un lado, la Comisión, tras haberle otorgado al Estado en cuestión la posibilidad de presentar observaciones y después de emitir un dictamen motivado al respecto, como prevé el artículo 258 TFUE; y, por otro lado, un Estado miembro, debiendo someter con carácter previo el asunto a la Comisión, para que le otorgue a dicho Estado la oportunidad de presentar observaciones y tras ello emita un dictamen motivado[547]. Sin embargo, la Comisión Europea es la única que en la práctica interpone los recursos de incumplimiento[548]. Una vez que el recurso es interpuesto ante el Tribunal de Justicia, este enjuiciará el asunto y elaborará una sentencia en la que declare –o no— la existencia de una vulneración de las obligaciones derivadas

[547] Aunque también están legitimados para interponer este recurso el Consejo de Administración del Banco Europeo de Inversiones y el Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo, únicamente pueden hacerlo respecto de sus ámbitos competenciales.

[548] Ya apuntamos que los arts. 258 y 259 TFUE funcionan como un tándem (Kochenov, 2015: 161), de modo que lo habitual será que cuando un Estado miembro se aproxime a la Comisión para poner en su conocimiento que otro Estado miembro está incumpliendo una norma de Derecho UE, será esta institución europea la que *de facto* se encargue de iniciar el procedimiento de incumplimiento.

de los Tratados[549], que será de obligado cumplimiento para dicho Estado miembro según lo dispuesto en el artículo 260.1 TFUE. En aquellos casos en los que el Estado en cuestión no adopte las medidas necesarias para ejecutar la sentencia –poner fin al incumplimiento señalado en ella— la Comisión le ofrecerá la oportunidad de presentar observaciones y, a continuación, podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia, indicando «el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias», y será en ese momento cuando el Tribunal de Justicia valorará la situación y, en su caso, dictará una sentencia declarando que el Estado miembro en cuestión ha incumplido su sentencia anterior y, por tanto, impondrá el pago de una suma a tanto alzado o la multa coercitiva, conforme a lo previsto en el artículo 260.2 TFUE[550].

Las principales debilidades del recurso de incumplimiento han sido advertidas por Jack (2013): temporales, derivadas del extenso lapso entre la interposición y la resolución, en su caso, de la sentencia de ejecución; de alcance, por las características propias de este procedimiento que se enfocan en normas concretas[551]; y prácticas, pues lo habitual es que no se impongan multas a los Estados miembros que cumplen antes de llegar a la fase de ejecución contenida en el artículo 260 TFUE. Por tanto, podemos afirmar que este cauce se caracteriza por un entendimiento muy restringido del concepto de incumplimiento[552], que lo torna inidóneo para combatir las reformas iliberales que, como ya hemos dicho, tienen una naturaleza sinérgica y, en su caso, sistémica[553]. Por esta razón, Batory (2016)

[549] De modo que las sentencias de incumplimiento son meramente declarativas, carecen de eficacia ejecutiva propia y no producen efecto alguno en el ordenamiento jurídico del Estado miembro en cuestión si no se produce la intervención de sus poderes públicos (Rodríguez-Izquierdo Serrano, 2018: 943-944).

[550] Aunque la propuesta de sanción le corresponde a la Comisión, vemos que el Tribunal de Justicia puede «sustituir la apreciación de la Comisión por la suya, y en consecuencia, para suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta», como muestra la jurisprudencia consolidada que cita la sentencia de 18 de julio de 2013, *Schindler Holding y otros/Comisión*, C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, para 36. La imposición de uno u otro tipo de instrumento de coerción dependerá del tipo de asunto: mientras que respecto de los incumplimientos que ya no persistan en el momento en que la sentencia sea dictada será más lógico imponer una suma a tanto alzado, porque lo que se pretende es castigar –efecto disuasorio— un incumplimiento que ya no existe; en el caso de aquellos incumplimientos que aún persistan es más adecuada la imposición de una multa coercitiva, debido a que el importe total de la sanción irá aumentando a medida que transcurra el tiempo y, por tanto, contribuirá a que se le ponga fin cuanto antes.

[551] No desde una perspectiva de tipo finalista, que considerase los resultados producidos no solo por la norma concreta, sino por el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro, considerado en su conjunto.

[552] Como han puesto de manifiesto Halmai (2019b: 176) o Bonelli (2022: 32-33).

[553] No estamos de acuerdo con la postura sostenida por Iglesias Sánchez (2022: 498), al afirmar que «en términos abstractos, la vía del incumplimiento puede presentarse como estratégicamente más adecuada, por lo tanto, para ofrecer una protección más sólida y sistemática a las amenazas del Estado de Derecho». Este tipo de afirmaciones reflejan un entendimiento excesivamente formalista del sistema judicial europeo, como el que encontramos en el trabajo de Šišková (2019: 124), que consideraba que el cumplimiento por

ha desarrollado de manera magistral la problemática de los cumplimientos simbólicos y los cumplimientos creativos –diseñados para crear la apariencia de un comportamiento conforme a la norma[554]— que no solo han sido utilizados por los regímenes iliberales que mencionamos en esta investigación, sino también por Estados miembros como Francia[555]. Como consecuencia, ha propuesto adoptar un concepto matizado de cumplimiento –y, por ende, también de incumplimiento— que sea útil para la obtención de la *foto completa* acerca del grado de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (Batory, 2016: 685). Los problemas actuales superan la clásica –y *simple*— dicotomía entre cumplimiento e incumplimiento puros y es posible encontrar respuestas más matizadas a las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico europeo, como la *recalcitrance compliance*, la *initial non-compliance* o la *stubborn refusal* (Batory, 2016: 689). En esta línea encontraríamos la propuesta de Scheppele (2013c; 2016a: 107) –que fue desarrollada en coautoría unos años más tarde (Scheppele, Kochenov y Grabowska-Moroz, 2020)[556]— sobre la creación de un *procedimiento de incumplimiento sistémico*[557]. Ya hemos puesto de manifiesto las problemáticas que llevaría aparejada esta innovación procedimental, pues llevar a cabo una interpretación *creativa* de las normas relativas al procedimiento de incumplimiento puede desencadenar una excesiva ampliación de las competencias del Tribunal de Justicia y, por lo tanto, resultaría incompatible con el principio de atribución de competencias[558]. El carácter restringido del concepto de incumplimiento no solo afecta a su declaración, conforme al procedimiento del artículo 258 TFUE, sino también a la sentencia ejecutiva

parte de Hungría de las sentencias del Tribunal de Justicia –aunque, como hemos apuntado, fuera creativo— ha conseguido hacer efectiva la protección de los principios del Estado de Derecho en ese Estado miembro. Por el contrario, entendemos con Bonelli (2022: 52) que este instrumento resulta más adecuado para hacer frente a las consecuencias derivadas de las deficiencias sistémicas, pero no para acabar con la raíz de estas.

[554] El *cumplimiento simbólico* supone llevar a cabo la reforma legislativa que se exige pero sin que la misma sea utilizada en la práctica, mientras que el *cumplimiento creativo* implica aceptar medidas que, consideradas globalmente, tornan intrascendente la acción de incumplimiento; y ambos se diferencian del *cumplimiento incorrecto* por el componente de intencionalidad (Batory, 2016: 689). Como nos ha advertido Halmai (2018a: 328), la Comisión se desentiende de aquellos conflictos que considera demasiado costosos, para mantener su credibilidad a los ojos del plano nacional. Por ello, consideramos que la creación de una apariencia de cumplimiento llevaría aparejada la necesidad de un mayor esfuerzo probatorio y, por lo tanto, la Comisión acabaría por conformarse para no mostrar una desconfianza demasiado elevada hacia uno de los Estados miembros.

[555] Esta problemática tiene que ver con la expulsión de gitanos que en su momento llevó a cabo el gobierno de Sarkozy. La misma ha sido analizada en profundidad por Martín y Pérez de Nanclares (2011).

[556] Consideran que a través de esta vía la Unión Europea podría acabar convertida en una suerte de *democracia militante naciente* (Scheppele, Kochenov y Grabowska-Moroz, 2020: 13).

[557] Sobre la base del concepto de *deficiencias sistémicas* de Von Bogdandy y Ioannidis (2014: 21), como vimos en el capítulo segundo al exponer nuestro concepto de *iliberalismo sinérgico convergente*.

[558] Entendemos con Bonelli (2022: 44-45) que es más recomendable optar por un entendimiento más restringido del artículo 258 TFUE para no poner en peligro la autoridad y la legitimidad –ya frágiles— del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

derivada del 260 TFUE, debido a que el incumplimiento que es declarado en el marco de la vía anterior va a estar referido a una norma determinada y singularizada, no se hace desde una perspectiva finalista. Por lo tanto, aquellos Estados miembros que pretendan continuar con el incumplimiento del Derecho UE, para evitar las sanciones por la falta de ejecución únicamente tendrían que abrogar de su ordenamiento jurídico la norma concreta que ha sido declarada contraria al Derecho de la UE y, posteriormente, sustituir la misma por otra norma con el mismo contenido formal o que, pese a que difiera formalmente, recupere *de facto* las consecuencias materiales que se derivaban de la primera.

Asimismo, debemos tomar en consideración el hecho de que lo habitual es que las reformas iliberales sean realizadas respecto de aspectos que tradicionalmente se hallan incluidos en la esfera inexpugnable de la soberanía nacional. Esto ha sido solventado, como veremos en el apartado siguiente, con la utilización de preceptos concretos de los Tratados para conectar con la vulneración de los valores generales del artículo 2 TUE[559].

Las dificultades en la ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea pueden ser ilustradas con lo sucedido en Hungría. Señalamos en los apartados anteriores que una de las reformas que llevó a cabo el iliberalismo húngaro consistió en la reducción de la edad de jubilación forzosa de jueces, fiscales y notarios a sesenta y dos años. A pesar de que el Tribunal de Justicia intervino en el marco de un procedimiento de incumplimiento iniciado por la Comisión Europea, donde concluyó declarando que la citada reforma vulneraba una norma Derecho UE[560],

[559] Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, respecto de la organización de la Administración de Justicia, pues pese a que dicho elemento tradicionalmente ha estado incluido dentro de la soberanía nacional –y, como consecuencia, hasta el momento había sido *intocable* para las instituciones europeas— la gravedad de las reformas que iliberales en Hungría y Polonia ha provocado que el Tribunal de Justicia determine que la Administración de Justicia se encuentra incluida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 19.1.II TUE y, por tanto, entra dentro de su competencia. Encontramos este razonamiento en la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, para. 40, donde señala que en la medida en que el *Tribunal de Contas* está facultado para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la aplicación o interpretación del Derecho Unión, el Estado miembro debe garantizar que este órgano cumpla con las exigencias de la tutela judicial efectiva derivadas del artículo 19.1.II TUE; y en la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, para. 52, donde recurre a la interpretación analógica de su jurisprudencia anterior –las sentencias de 13 de noviembre de 2018, *Raugevicius*, C-247/17, ECLI:EU:C:2018:898, para. 45; y de 26 de febrero de 2019, *Rimšēvičs y BCE/Letonia*, C-202/18 y C-238/18, ECLI:EU:C:2019:139, para. 57— para determinar que, si bien se trata de una competencia de los Estados miembros, estos deben respetar el límite impuesto por el ordenamiento jurídico de la UE. En esta misma línea pronunciaban tiempo atrás Bogdandy y sus compañeros (2012: 500), cuando señalaban que a pesar de que los valores del artículo 2 TUE no podían ser invocados directamente, podía hacerse valer su eficacia a través de la interpretación de otras normas.

[560] Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012, *Comisión/Hungría*, C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687. En ella declaró que Hungría había incumplido las obligaciones derivadas de lo dispuesto en los artículos 2 y 6.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000,

en la práctica este asunto fue zanjado con la indemnización de los jueces que habían sido despedidos como consecuencia de esta reforma (Martín y Pérez de Nanclares, 2019: 155). Algo similar puede señalarse respecto de Polonia, pues muchas de las normas abrogadas como resultado de la declaración de incumplimiento por parte del Tribunal de Justicia se ven reproducidas a través de las reformas posteriores, ya sea porque su contenido literal es recuperado, ya sea porque las nuevas normas producen –*de facto*—efectos análogos. Las dificultades afloran cuando el incumplimiento prosigue gracias a lo dispuesto en otras disposiciones que no han sido declaradas contrarias al ordenamiento jurídico europeo en la sentencia inicial del Tribunal de Justicia, y, como consecuencia, un Estado miembro puede evitar la ejecución de la referida sentencia de incumplimiento y, al mismo tiempo, cumplir estrictamente lo que este último exige (Wennerås, 2017). Este tipo de estrategia sí que puede ser tenida en cuenta por el Tribunal de Justicia, pues le será más fácil declarar la incompatibilidad de las normas cuya literalidad o efectos coincidan con las abrogadas.

En lugar de reorientar el procedimiento de incumplimiento, el Tribunal de Justicia ha optado por dotar de un mayor protagonismo a uno de los incidentes procesales que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prevé. En concreto, nos referimos a la posibilidad de ordenar *medidas provisionales* que está prevista en el artículo 279 TFUE, cuya finalidad es asegurar el objeto del procedimiento hasta que sea dictada la sentencia. Los requisitos para la ordenación de medidas provisionales se establecieron por primera vez en un auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 1995, de modo que el Juez de medidas provisionales tendrá que demostrar «que su concesión está justificada a primera vista de hecho y de Derecho (*fumus boni iuris*) y que son urgentes, en el sentido de que para evitar que los intereses de la parte demandante sufran un perjuicio grave e irreparable es necesario que tales medidas sean acordadas y surtan efectos desde antes de que se resuelva sobre el procedimiento principal, así como han de ser provisionales, en el sentido de que no prejuzguen las cuestiones de hecho y de Derecho objeto del litigio ni neutralicen de antemano las con secuencias de la resolución que posteriormente se dicte en el procedimiento principal»[561]. Los criterios han sido reproducidos en sucesivos autos

relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, porque la medida señalada no superaba el juicio de proporcionalidad respecto de los objetivos perseguidos.

[561] Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 1995, *Comisión/Atlantic Container Line y otros*, C-149/95 P(R), ECLI:EU:C:1995:257, para. 22. Tal y como apunta el Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 27 de julio de 2017, *Comisión/Polonia (Bosque de Białowieża)*, C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877, para. 107, «el hecho de prever la imposición de una multa coercitiva con el único fin de garantizar el respeto de las medidas provisionales en cuestión no prejuzga en modo alguno el sentido de la futura decisión en cuanto al fondo».

de manera encadenada –sin especificar su origen— hasta alcanzar asuntos más actuales, como los relativos al iliberalismo polaco[562].

En relación con el contenido de las medidas provisionales, el Tribunal de Justicia ha determinado que puede adoptar toda aquella «que considere necesaria para garantizar la plena eficacia de la decisión definitiva»[563] y, en particular, que esta «puede consistir en particular en prever la imposición de una multa coercitiva en caso de que dicha orden conminatoria no sea respetada por la parte de que se trate»[564]. No obstante, debemos traer a colación la advertencia realizada por el Tribunal de Justicia a este respecto, ya que nos recuerda que la multa coercitiva «no puede considerarse una sanción», sino que la misma «tiene por objeto [en tanto consiga que el Estado miembro respete la medida provisional] garantizar la aplicación efectiva del Derecho de la Unión, la cual es inherente al valor del Estado de Derecho consagrado en el artículo 2 TUE y en el que se basa la Unión»[565].

Tomando en consideración que las medidas provisionales han sido utilizadas sobre todo respecto del iliberalismo polaco, observamos que el gobierno de PiS se vio obligado a realizar, como mínimo, concesiones de naturaleza simbólica o cosmética, así como en algunos casos a renunciar a algunos de los cauces elegidos para lograr la deriva iliberal. Por tanto, entendemos con Bonelli (2021: 468) que los recursos de incumplimiento han visto aumentada su eficacia –el autor utiliza la expresión *sharper effects*— gracias al uso de las medidas provisionales, ya que muchas de las normas polacas controvertidas fueron derogadas antes de que el Tribunal de Justicia dictara sentencia[566]. Faltaría por estudiar si estas derogaciones se corresponden con un cumplimiento verdadero/puro o, en cambio, se corresponden con los cumplimientos creativos o simbólicos que mencionamos antes.

---

[562] El primero de ellos fue el Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 27 de julio de 2017, *Comisión/Polonia (Bosque de Białowieża)*, C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877, para. 29, pero el mismo no tenía relación con las reformas del poder judicial, sino que trataba asuntos medioambientales. Más adelante, se produjo su utilización respecto de las reformas iliberales del poder judicial, como ocurre en los autos de Tribunal de Justicia –en su formación de Gran Sala— de 17 de diciembre de 2018, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:1021; y de 8 de abril de 2020, *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277; y en el auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2021, *Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593. La característica más relevante de estas resoluciones es la utilización de los elementos fácticos recogidos en sentencias previas para evaluar el *fumus boni iuris*.

[563] Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 27 de julio de 2017, *Comisión/Polonia (Bosque de Białowieża)*, C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877, para. 97.

[564] *Ibid.*, para. 100.

[565] *Ibid.*, para. 102.

[566] Este sería el *freezing mechanism* por el cual clamaban en su día Carrera y Mitsilegas (2018: 7), para poder paralizar las medidas controvertidas de los Estados miembros mientras se examina su legalidad con detenimiento.

El sistema de remisión prejudicial se encuentra previsto en el artículo 267 TFUE[567]. A través del mismo es posible que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros planteen ante el Tribunal de Justicia sus dudas acerca de la interpretación de los Tratados o de la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones en su virtud, siempre que esto sea necesario para la resolución del asunto[568]. Aunque está configurado como una posibilidad, se convierte en una obligación cuando las decisiones del órgano jurisdiccional que alberga las dudas no son susceptibles de ulterior recurso judicial en el seno de dicho Estado miembro. Este cauce, que ha convertido a los jueces nacionales en *jueces europeos* y se configura como el pilar fundamental del Derecho de la Unión[569], adolece de un defecto principal, si bien no con carácter general, sí con carácter específico en el caso de los regímenes iliberales: aunque el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la interpretación o validez de una norma, le corresponde al órgano jurisdiccional nacional la aplicación de dicha interpretación. Puede derivar, por tanto, en diversas posibilidades, ya que el juez que conoce del asunto puede decidir no aplicar lo dispuesto en la sentencia, así como puede hacerlo y que su decisión sea luego anulada en instancias superiores[570], y, con carácter general, también puede ocurrir que el Estado miembro al que pertenece

[567] Dicho precepto establece que:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

[568] El Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011, *Acuerdo sobre la creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes*, ECLI:EU:C:2011:123, para. 83, determina que tiene por objeto «garantizar que, en cualesquiera circunstancias, ese Derecho [de la Unión] produzca el mismo efecto en todos los Estados miembros», por lo que su finalidad será «evitar divergencias en la interpretación del Derecho comunitario que hayan de aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales y garantizar esta aplicación ofreciendo al órgano jurisdiccional nacional un medio para eliminar las dificultades que pueda suscitar la exigencia de dar plenos efectos al Derecho de la Unión en el marco de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros».

[569] En la medida en que establece una «cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales», conforme a lo establecido en el Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011, *Acuerdo sobre la creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes*, ECLI:EU:C:2011:123, para. 84. Por tanto, se configura no como un diálogo entre el Tribunal de Justicia y el órgano jurisdiccional que ha remitido la cuestión prejudicial, sino como una conversación entre el primero y todos los órganos jurisdiccionales nacionales (Tridimas, 2011: 755).

[570] Esta situación se correspondería con la categoría de *unheard replies* –como una de las tipologías de *silent judgments*— en la que los tribunales inferiores pueden ignorar la respuesta del Tribunal de Justicia para evitar conflictos con las instancias superiores (Sarmiento, 2012: 292).

dicho órgano jurisdiccional se encuentre sumido en una crisis de independencia judicial, hasta el punto de que algunos de sus jueces sean investigados por el hecho presentar una cuestión prejudicial, y por tanto resulte casi utópico esperar que esta vía pueda funcionar. Sin embargo, sí que puede ser utilizada con bastante efectividad en el ámbito contrario, es decir, cuando son los órganos jurisdiccionales de aquellos Estados miembros que sí ven garantizada su independencia judicial los que deben analizar la situación existente en uno de los regímenes iliberales, como sucede en el caso de las solicitudes de ejecución de las órdenes de detención europea. En este último ámbito el sistema de remisión prejudicial sí que puede ser concebido como una vía muy efectiva en el proceso de *sedimentación* de los valores fundamentales de la Unión Europea, como tendremos la ocasión de comprobar en el siguiente capítulo; pero sin olvidar que para responder a dichas cuestiones ha sido necesario que previamente sienten su jurisprudencia en algunas sentencias declarativas de incumplimiento que también veremos.

A diferencia de lo que ocurría respecto del procedimiento de incumplimiento, en el ámbito de las cuestiones prejudiciales el Tribunal de Justicia no se ve constreñido por la manera en que los órganos jurisdiccionales nacionales planteen la cuestión prejudicial, sino que las podrá *reformular*, ya que «tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones del Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas por dichos órganos jurisdiccionales»[571]. Todo ello sin perjuicio de que para que sean admisibles las cuestiones prejudiciales han de cumplir determinados requisitos relativos a la conexión entre la norma cuya interpretación se pide y la resolución del objeto del litigio nacional[572], así como con la independencia necesaria para que la autoridad que la emita pueda ser considerada *órgano jurisdiccional* a los efectos del artículo 267 TFUE[573]. Por esta razón,

[571] Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2019, *PI*, C-230/18, ECLI:EU:C:2019:383, para. 42.

[572] Conforme a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*, C-558/18 y C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234, para. 48, «debe existir un vínculo de conexión entre el litigio y las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación se solicita, de manera que esa interpretación responda a una necesidad objetiva para la decisión que el órgano jurisdiccional remitente debe adoptar». Estos requisitos encuentran su fundamento en los autos de 26 de enero de 1990, *Falciola/Comune di Pavia*, C-286/88, ECLI:EU:C:1990:33, para. 9, y de 16 de mayo de 1994, *Monin Automobiles*, C-428/93, ECLI:EU:C:1994:192, para. 15.

[573] En su momento nos referimos a los *Dorsch Criteria* de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft/Bundesbaugesellschaft Berlin*, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413, para. 23, consistentes en «el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter

siempre que una cuestión prejudicial cumpla con los requisitos de admisibilidad referidos, el Tribunal de Justicia gozará de cierto margen de apreciación para decidir de qué manera va a construir su respuesta al caso concreto. Esta facultad discrecional ha sido analizada en profundidad por Tridimas (2011: 737), que distingue entre *outcome cases*, cuando se incorpora una respuesta tan específica que no le da margen al órgano judicial remitente[574]; *guidance cases*, cuando se elaboran guías para la resolución del caso; y *deference cases*, cuando se resuelve en términos muy generales; teniendo en cuenta que todas las opciones pueden coexistir en el marco de una misma sentencia. Por su parte, Sarmiento (2012: 286) ha distinguido entre las respuestas detalladas que abordan cada extremo de la petición; las respuestas creativas, que consiguen articular argumentos más allá de lo que se solicita; y medias respuestas y falta de respuesta, a las que ha calificado como *silent judgments*, en cuyo caso distingue tres opciones: *complete silence*, cuando no se da respuesta alguna; *partial silence*, cuando decide solo sobre algunos puntos pero deja la respuesta concreta al órgano remitente; y *unheard replies*, a las que nos hemos referido unos párrafos antes. En todo caso, hemos de ser plenamente conscientes de que la elección de una u otra forma de dar respuesta a las peticiones de decisión prejudicial no depende del azar, sino que se trata de una «elección judicial consciente» y, como consecuencia, esta facultad opera como una «válvula constitucional» en manos del Tribunal de Justicia (Tridimas, 2011: 737), que puede decidir qué tipo de sentencia es más adecuada en cada caso. Como veremos, ha utilizado este margen de discrecionalidad para incorporar avances jurisprudenciales en sentencias poco conflictivas y, al mismo tiempo, para dar espacio a la resolución del caso por el órgano jurisdiccional remitente en aquellos en los que sí esperaba contestación por parte de las autoridades nacionales.

Nos falta por examinar el recurso de anulación recogido en el artículo 263 TFUE. El objeto de este cauce procesal se corresponde con el control de la legalidad de los actos jurídicos obligatorios adoptados por las distintas instituciones que han sido concretados en el párrafo primero de dicho precepto y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[575].

obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia».

[574] Como bien ha puesto de manifiesto Weiler (1995: 37), aunque en teoría el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre la aplicación del Derecho de la Unión Europea –puesto que únicamente puede hacerlo sobre su interpretación o, en su caso, validez— en la práctica sí que sobrepasa este límite.

[575] El artículo 263.I TFUE establece que «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros». Asimismo, la

En este procedimiento distinguimos entre demandantes privilegiados –Estados miembros y el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo— y los demandantes no privilegiados –las personas físicas y jurídicas y el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo y el Comité de las Regiones— en función de si su legitimación activa está condicionada o no al cumplimiento de una serie de requisitos. Los motivos por los que un acto puede ser anulado son los siguientes: *incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder*.

En el caso que nos interesa –el control de la legalidad del Reglamento 2020/2092— los Estados miembros serán los más interesados en interponer un recurso de anulación, como hicieron Hungría y Polonia, dando lugar a las sentencias de 16 de febrero de 2022, asuntos C-156/21 y C-157/21.

Existe una especificidad respecto del recurso de anulación conforme a lo dispuesto en el artículo 269 TFUE. Dicho precepto contiene la competencia del Tribunal de Justicia respecto del procedimiento del artículo 7 TUE, pero al mismo tiempo determina que esta solo podrá ejercerse para pronunciarse sobre la legalidad del acto adoptado por el Consejo Europeo o el Consejo, «solamente a petición del Estado miembro objeto de la constatación del Consejo Europeo o del Consejo y únicamente en lo que se refiere al respeto de las disposiciones de procedimiento establecidas en el citado artículo», así como establece que «esta petición deberá presentarse en el plazo de un mes a partir de la constatación» y que «el Tribunal se pronunciará en el plazo de un mes a partir de la fecha de la petición». Tal y como veíamos al examinar la naturaleza política del procedimiento del artículo 7 TUE, en la medida en que el artículo 269 TFUE supedita la posibilidad de interponer el recurso de anulación a unos requisitos más estrictos que los impuestos por el 263 TFUE, entraña una excepción a la competencia general que este artículo confiere al Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de los actos de las instituciones europeas y, en consecuencia, ha de ser interpretada restrictivamente[576].

sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de junio de 2020, *CSUE/KF*, C-14/19 P, ECLI:EU:C:2020:492, para. 69, determina que «constituyen actos que pueden ser objeto de un recurso de anulación todos los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, destinados a producir efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando sustancialmente su situación jurídica».

[576] Según la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021, *Hungría/Parlamento*, C-650/18, ECLI:EU:C:2021:426, para. 31, que se refiere por analogía a la sentencia de 19 de julio de 2016, *H/Consejo y otros*, C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, para. 40, y la jurisprudencia citada en este. En esta misma línea se han pronunciado Von Bogdandy y Spieker (2019: 420).

Por último, debemos subrayar que los tres cauces procedimentales que hemos visto «persiguen objetivos distintos y están sujetos a normas concretas»[577]. Debemos, por tanto, extremar las precauciones a la hora de aplicar la jurisprudencia elaborada a través de uno de ellos a los demás[578]. Las competencias del Tribunal de Justicia para dar respuesta a la crisis iliberal van a depender de la vía procesal que se utilice en cada caso, por lo que no podremos realizar un análisis jurisprudencial uniforme, sino que habremos de considerar en cada caso el tipo de procedimiento en el que se ha producido el avance.

Partiendo de esta base, podremos realizar de una forma más concisa el análisis de las innovaciones jurisprudenciales que han sido incorporadas por el Tribunal de Justicia en relación con la defensa del Estado de Derecho, en la medida en que las mismas van a tener una gran repercusión el ámbito del principio de confianza mutua.

3.2. Análisis jurisprudencial

En el presente apartado expondremos los principales avances jurisprudenciales que se han producido en relación con la crisis del Estado de Derecho en algunos de los Estados miembros de la Unión Europea, tanto de una forma directa como de manera indirecta. Vamos a dividir nuestro análisis en varios elementos para facilitar la comprensión de los argumentos en cuestión, por lo que serán objeto de análisis: la naturaleza jurídica de los valores recogidos en el artículo 2 TUE; el principio de no regresión; la ampliación de las competencias del Tribunal de Justicia a través de la nueva interpretación que le ha dado al artículo 19.1.II TUE; la delimitación entre los artículos 19.1.II TUE y 47 CDFUE; las innovaciones introducidas en materia de independencia judicial y tutela judicial efectiva, al hilo de las reformas polacas; la aproximación sistémica introducida por la Comisión y recogida por el Tribunal de Justicia; el aseguramiento del objeto del litigio a través de las

[577] Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2019, *Comisión/Alemania*, C-620/16, ECLI:EU:C:2019:256, para. 89, respecto del procedimiento de incumplimiento y el recurso de anulación. Respecto de la diferencia entre el procedimiento de incumplimiento y las peticiones de decisión prejudicial, ha determinado en la sentencia de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*, C-558/18 y C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234, para. 47, que «mientras que en el caso de un recurso por incumplimiento el Tribunal de Justicia debe comprobar si la medida o la práctica nacional impugnada por la Comisión o por otro Estado miembro es, con carácter general y sin que sea necesario que se haya planteado el correspondiente litigio ante los órganos jurisdiccionales nacionales, contraria al Derecho de la Unión, la función del Tribunal de Justicia en un procedimiento prejudicial consiste, por su parte, en prestar asistencia al órgano remitente para que resuelva el litigio concreto del que conoce».

[578] En este sentido se ha pronunciado Rodríguez-Izquierdo Serrano (2018: 952-953), al señalar que se trata de «controversias que no se estructuran procesalmente ni pueden articularse hermenéuticamente de la misma manera» y, por ende, «las diferencias entre la cuestión prejudicial y el recurso por incumplimiento impiden trasladar de una a otro, sin más, las pautas conforme a las cuales los derechos fundamentales son invocados ante el TJUE, interpretados por este y, en suma, garantizados».

medidas provisionales; los efectos derivados del principio de primacía del Derecho UE; la conflictividad del concepto de identidad nacional; la revisión del concepto de órgano jurisdiccional nacional del artículo 267 TFUE; y la problemática derivada de los intentos de impedir que los jueces polacos planteen cuestiones prejudiciales.

Respecto de la naturaleza jurídica de los valores recogidos en el artículo 2 TUE, encontramos el primer avance en el asunto *Repubblika*[579], en el que el Tribunal de Justicia analizó el marco constitucional de Malta previo a la reforma acaecida en 2016. Primero, determinó que el artículo 49 TUE –proceso de adhesión a la UE— «precisa que esta reúne a Estados que, libre y voluntariamente, hayan hecho suyos, respeten y se comprometan a promover los valores comunes mencionados en el actual artículo 2 TUE»[580]. Después, establece que la premisa de que dichos valores son comunes a todos los Estados miembros supone el fundamento para la existencia de la confianza mutua[581], y –sobre esa base— que «el respeto por un Estado miembro de los valores consagrados en el artículo 2 TUE constituye un requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a dicho Estado miembro»[582].

De esta manera se estaría confirmando que el artículo 2 TUE no solo se configura como una condición para la adhesión de nuevos miembros, sino que también actúa como una suerte de *vara de medir* respecto de la actuación de los Estados que integran la Unión (Von Bogdandy et al, 2012: 509). El Tribunal de Justicia ha seguido esta dirección en el asunto *Polonia/Parlamento y Consejo*, donde determinó que el respeto de estos valores «no puede reducirse a una obligación que un Estado candidato está obligado a cumplir para adherirse a la Unión y de la que puede exonerarse tras su adhesión»[583] y, tras ello, afirmó tajantemente que «la Unión debe estar en condiciones de defenderlos dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados»[584]. Además, ha concluido que el «artículo 2 TUE no constituye una mera enunciación de orientaciones o de intenciones

[579] Resuelto por la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311.

[580] *Ibid.*, para. 61.

[581] *Ibid.*, para. 62.

[582] *Ibid.*, para. 63.

[583] La sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, para. 144.

[584] *Ibid*., para. 145. Utilizó este mismo principio de atribución de competencias como argumento al confirmar la compatibilidad con los Tratados del Reglamento 2020/2092 (para. 146), cuando determina que «puede sustentarse un mecanismo de condicionalidad comprendido en el concepto de *normas financieras*, en el sentido del artículo 322 TFUE, apartado 1, letra a)».

de naturaleza política, sino que contiene valores que […] se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros»[585].

El Tribunal de Justicia ha adoptado en esta sentencia una aproximación integral del Estado de Derecho, al determinar que «si bien el artículo 2 TUE menciona separadamente el Estado de Derecho como valor común a los Estados miembros y los principios de igualdad y de no discriminación, es preciso señalar que no cabría considerar que un Estado miembro cuya sociedad se caracterice por la discriminación garantiza el respeto del Estado de Derecho, en el sentido de dicho valor común»[586]. Recuperando la terminología que empleamos en el Capítulo II, consideramos que el Tribunal de Justicia está apostando por una concepción en la que se incardinan las dimensiones tanto formal como material, lo que supone un gran avance respecto de la consideración eminentemente formal que ha caracterizado en sus albores a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto del Estado de Derecho.

No obstante, en el asunto *Repubblika* el Tribunal de Justicia no solo ha establecido la naturaleza jurídica vinculante de los valores contenidos en el artículo 2 TUE. Además, ha incorporado el *principio de no regresión*, al afirmar que «un Estado miembro no puede modificar su legislación de modo que dé lugar a una reducción de la protección del valor del Estado de Derecho, valor que se concreta, en particular, en el artículo 19 TUE»[587], y, por ende, que «los Estados miembros deben velar por evitar, en relación con este valor, cualquier regresión de su legislación en materia de organización de la Administración de Justicia, absteniéndose de adoptar medidas que puedan menoscabar la independencia judicial»[588]. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia podría haberse limitado a utilizar su jurisprudencia previa para hallar la solución a este asunto, decidió incorporar el nuevo principio de no regresión para «cerrar la caja de Pandora» (Sarmiento Ramírez-Escudero y Arnaldo Orts, 2022: 140-141). Podríamos incardinar esta actuación en el marco de la *integración encubierta* que antes mencionábamos al hilo del recurso de incumplimiento,

[585] *Ibid.*, para. 264. Asimismo, determina que los principios del Estado de Derecho «se encuentran así reconocidos y precisados en el ordenamiento jurídico de la Unión y tienen su origen en valores comunes reconocidos y aplicados también por los Estados miembros en sus propios ordenamientos jurídicos», según lo dispuesto en el para. 291.

[586] *Ibid.*, para. 324.

[587] Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, para. 63.

[588] *Ibid.*, para. 64, utilizando por analogía lo dispuesto en la sentencia de 17 de diciembre de 2020, *Openbaar Ministerie (Independencia de la autoridad judicial de emisión)*, C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, para. 40.

pero en este caso en el ámbito de las cuestiones prejudiciales, como una muestra más de la capacidad discrecional que ostenta el Tribunal de Justicia a la hora de responder a las peticiones de los órganos jurisdiccionales nacionales a través del artículo 267 TFUE; y, respecto del tipo de comportamiento que exige, se identificaría con las citadas *red lines*, en la medida en que constituye un límite negativo a la actuación de los Estados miembros. Por tanto, el principio de no regresión se configura como el umbral mínimo que ha de ser respetado por los Estados miembros una vez que estos se adhieren a la Unión Europea, y se corresponde con el *elemento constitucional* de protección de los valores –del 2 TUE— que permitió –por medio del 49 TUE— su ingreso a la integración supraestatal.

El principio de no regresión ha sido utilizado por el Tribunal de Justicia unos meses más tarde al concluir, en el asunto *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, que el hecho de que el incumplimiento de las obligaciones que le incumben a Polonia en virtud del contenido del artículo 19.1.II TUE «ha supuesto una reducción de la protección del valor del Estado de Derecho en ese Estado miembro»[589].

A pesar de que este nuevo principio haya sido calificado por algunos autores como la solución a la famosa *Paradoja de Copenhague* (Leloup, Kochenov y Dimitrov, 2021), entendemos que no sería aconsejable adoptar una interpretación tan amplia del mismo, puesto que esto supondría que cualquier medida que redujera el nivel de protección del Estado de Derecho en uno de los Estados miembros fuera susceptible de ser objeto de un recurso de incumplimiento. Como bien ha advertido Bonelli (2022: 48-49), la utilización del principio de no regresión en la práctica se ha caracterizado por la complementariedad, como un apoyo para las conclusiones que están basadas en preceptos más concretos del Derecho de la Unión Europea. Además, no podemos olvidar las limitaciones que tienen las sentencias del Tribunal de Justicia, en la medida en estas requieren la cooperación de las autoridades nacionales –y, en especial, de los tribunales— para adquirir verdaderos efectos vinculantes, y, tal y como hemos podido comprobar, en los regímenes iliberales es bastante común que los tribunales capturados se opongan al Tribunal de Justicia[590].

[589] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de junio de 2021, *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, para. 113 y, más adelante, para. 157.

[590] Por ejemplo, la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo polaco decidió invalidar formalmente la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *AK y otros*, alegando supuestos defectos en la composición del órgano que emitió la cuestión prejudicial (Pech, 2021: 154).

Junto al de no regresión, el Tribunal de Justicia incorporó el principio de progresión en relación con los Mecanismos de Cooperación y Verificación establecidos respecto de Bulgaria y Rumanía –en el asunto *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»*[591]— como una continuación en sentido positivo del primero. Afirmó que los informes que la Comisión elabora en el marco del MCV «están dirigidos a analizar y a evaluar los avances logrados por Rumanía en el cumplimiento de los indicadores que dicho Estado miembro debe alcanzar» y que, por tanto, «las recomendaciones que figuran en esos informes se formulan, en particular, para cumplir tales indicadores y orientar las reformas del citado Estado miembro al respecto»[592].

La independencia judicial ha sido el instrumento principal a la hora de ampliar las competencias del Tribunal de Justicia y, en cuanto a su base jurídica, la encontramos en el artículo 19.1.II TUE, que determina que «los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión». Esta ampliación competencial se produjo por primera vez en el asunto *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ya que en el mismo se determinó que el «margen de discrecionalidad, reconocido por las instituciones de la Unión», del que dispone un Estado miembro a la hora de determinar sus políticas internas[593], «no lo exime de la obligación de respetar los principios generales del Derecho de la Unión, entre los que figura el de independencia judicial, aplicable tanto a los tribunales de la Unión como a los órganos judiciales nacionales»[594]. Unos parágrafos más adelante completó esto al determinar, en cuanto al ámbito de aplicación *ratione materiae* del artículo 19.1.II TUE, que la citada «disposición se refiere a *los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión*, con independencia de la situación en la que los Estados miembros aplican este Derecho, en el sentido del artículo 51.1 CDFUE»[595], así como que dicho precepto, «que se refiere con mayor concreción al valor de Estado de Derecho proclamado en el artículo 2 TUE, atribuye el cometido de garantizar el control judicial en el ordenamiento jurídico de la Unión no sólo al Tribunal de Justicia, sino también a los tribunales nacionales»[596]. Así,

[591] Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 2021, *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393.

[592] *Ibid.*, para. 175. La introducción del principio de progresión en esta sentencia ha sido analizado en el trabajo de Moraru y Bercea (2022: 83 y 101).

[593] En este caso la materialización de las líneas directrices de la política presupuestaria de Portugal.

[594] Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, para. 15. Como fundamento para este tipo de obligación se refiere también en el para. 34 al principio de cooperación leal que le corresponde a los Estados miembros.

[595] *Ibid.*, para. 29.

[596] *Ibid.*, para. 32.

incluso en aquellos ámbitos en los que no existan normas concretas de Derecho europeo, ni existan competencias concretas atribuidas a las instituciones, los Estados miembros no tienen una libertad de actuación plena siempre que la situación se encuentra comprendida en los *ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión*. Si tomamos como punto de partida la extensión que se ha producido del mismo en las últimas décadas y, al mismo tiempo, añadimos el papel de los jueces nacionales como jueces europeos a través del 267 TFUE, resulta que no muchos asuntos van a quedar fuera de esta delimitación[597].

Esta sentencia del Tribunal de Justicia, comúnmente conocida como asunto *ASJP*, ha sido ampliamente comentada por la doctrina. Krajewski (2018: 406) ha indicado que a través de esta resolución el Tribunal de Justicia ha aceptado finalmente su rol como Tribunal Constitucional de la Unión Europea. Von Bogdandy y Spieker (2019: 412) han asimilado su importancia a la de asuntos clave como *Van Gend en Loos* o *Costa/ENEL*, señalando que su genialidad radica en la combinación de los artículos 2 y 19.1.II TUE[598], puesto que ambos tienen un efecto de amplificación mutua: provocando la judicialización del primero y, a su vez, otorgándole un mayor peso material al segundo (2019: 416-417). Roeben (2020: 39) apunta que la nueva interpretación del artículo 19.1.II TUE consigue hacer efectiva la *meta-norma* de la tutela judicial efectiva al superar los límites derivados del artículo 51.1 CDFUE –que limita la aplicabilidad de la Carta a las situaciones en que los Estados miembros estén aplicando el Derecho de la Unión Europea— en relación con el derecho contenido en el artículo 47 CDFUE. No obstante, hemos de poner en cuestión que realmente se haya producido esta transformación, porque como hemos indicado a lo largo de la presente tesis en el ámbito europeo no existe un constitucionalismo como tal, sino únicamente elementos de constitucionalidad.

En cuanto a su intencionalidad, Iglesias Sánchez (2022: 493) advierte que en gran parte el descubrimiento del potencial del artículo 19.1.II TUE en este asunto «parece estar ligado a los esfuerzos del Tribunal de Justicia por contener el ámbito de aplicación de la» Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por el contrario, otros autores consideran, por la identidad en cuanto al contenido de los arts. 19.1.II TUE y 47 CDFUE,

[597] *Ibid.*, para. 41. De lo anterior «se deduce que todo Estado miembro debe garantizar que aquellos órganos que, en calidad de *órganos jurisdiccionales* —en el sentido definido por el ordenamiento jurídico de la Unión—, formen parte de su sistema de vías de recurso en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión cumplan las exigencias de la tutela judicial efectiva».

[598] La lectura conjunta de ambos preceptos había sido propuesta en su día por la Comisión Europea (Closa, Kochenov y Weiler, 2014: 10).

que siempre que el primero sea aplicable, el segundo también debería serlo (Bogdanowicz y Taborowski, 2020: 318-319). En cuanto a la delimitación material de sendos preceptos, consideramos que, si bien es cierto que se refieren al derecho a la tutela judicial efectiva, no lo hacen con el mismo alcance por dos razones: en primer lugar, porque uno de ellos está recogido en un instrumento jurídico cuya eficacia directa es incondicionada (TUE), mientras que el otro se halla en un documento de aplicabilidad condicionada (CDFUE)[599]; y, en segundo lugar, porque mientras el artículo 47 CDFUE se refiere al derecho *subjetivo* a la tutela judicial efectiva, en su dimensión individual, el 19.1.II TUE contiene el derecho *objetivo* a la tutela judicial efectiva, en su dimensión *estructural*[600]. Por estos motivos, consideramos que no son aceptables las conclusiones de Bogdanowicz y Taborowski y, por tanto, habremos de distinguir claramente en qué supuestos será aplicable cada uno. No obstante, esta discusión, como bien ha subrayado el Abogado General Michal Bobek en las conclusiones del asunto *Torubanov*, sería asimilable a un «debate sobre qué color elegir para el cubreteteras y qué vajilla escoger para la casa, unido a un vehemente intercambio de opiniones sobre si ese tono coincide exactamente con el color de las cortinas ya seleccionadas para el comedor, sin tener en cuenta que el techo tiene goteras, que alguien se está llevando las puertas y las ventanas de la casa y que las paredes se están agrietando»[601]. Por lo tanto, estaríamos centrando nuestra atención en lo accesorio y nos estaríamos olvidando de lo realmente esencial (Elsuwege y Gremmelprez, 2020: 26), por lo que habremos de enfocarnos en las cuestiones que sean de naturaleza estructural.

Asimismo, el alcance del artículo 19.1.II TUE ha sido desarrollado poco después, como ocurre en los asuntos *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, donde se ha extendido el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho UE al ámbito de la organización de la Administración de Justicia[602]; y *Comisión/Polonia (Mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional)*, con el

[599] Como ha representado magistralmente Cruz Villalón (2017b: 10) al comparar la naturaleza de la CDFUE con las dos caras del dios Jano, señalando que «la funcionalidad de cada una de las caras de nuestra deidad bifronte es diferente. Cuando mira («se dirige») a los órganos e instituciones de la Unión, la CDF detenta una posición de monopolio o exclusividad, completada por una nota de incondicionalidad. Cuando mira a los Estados la deidad se ve confrontada con otros rostros, otros rostros de expresión acaso airada, que le recuerdan precisamente su condicionalidad».

[600] En este sentido podemos citar el contenido de los trabajos realizados por Krajewski (2018: 401) y Ugartemendia Eceizabarrena (2020).

[601] Conclusiones del Abogado General Michal Bobek de 30 de abril de 2019, *Torubanov*, C-556/17, ECLI:EU:C:2019:339, para. 55.

[602] Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, para. 52.

que se extendió a las medidas adecuadas para garantizar el orden público en su territorio, así como su seguridad interior y exterior[603]. El mismo ha sido precisado en los asuntos *A.B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême - Recours)*, donde determinó que el artículo 19.1.II TUE «impone a los Estados miembros una obligación de resultado clara y precisa y que no está sujeta a ninguna condición en lo que respecta a la independencia que debe caracterizar a los órganos jurisdiccionales a quienes corresponde interpretar y aplicar el Derecho de la Unión»[604]; y *Prokurator Generalny (Chambre disciplinaire de la Cour suprême - Nomination)*, donde el Tribunal de Justicia afirmó que en la medida en que exige que los asuntos puedan ser examinados por un tribunal establecido por la ley, este precepto «debe asimismo considerarse dotado de efecto directo»[605]. La construcción hunde sus raíces en el asunto *Unibet*, pues en el mismo el Tribunal de Justicia apuntó que «incumbe a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en virtud del principio de cooperación establecido por el artículo 10 CE, proporcionar la tutela judicial de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables»[606].

Al hilo de las reformas iliberales del poder judicial que se han producido en Polonia, el Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de extraer una serie de conclusiones sobre la independencia judicial imprescindibles para comprender en qué medida el iliberalismo ha afectado al principio de confianza mutua[607]. Antes de comenzar con esta exposición, queremos hacer hincapié en el tipo de aproximación utilizada por el Tribunal de Justicia, pues ha optado por una perspectiva de naturaleza sistémica al tomar en consideración los

[603] Como vemos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2020, *Comisión/Polonia (Mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional)*, C-715/17, C-718/17 y C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257, para. 143, que determina más adelante, en el para. 146, que el alcance de estas exigencias «no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro, sin control de las instituciones de la Unión».

[604] Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême - Recours)*, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, para. 146. Esto supone un giro teleológico o finalista de la jurisprudencia europea, en la medida en que el Tribunal de Justicia admite que lo relevante a la hora de analizar si un Estado miembro cumple o no con los valores fundamentales de la integración es el resultado alcanzado, sin que puedan interferir los medios utilizados por el Estado miembro en cuestión para conseguirlo. Esta misma lógica es la que ha permitido la ampliación de la competencia del Tribunal de Justicia respecto de algunas materias en las que esta había sido excluida anteriormente, como ha ocurrido en el ámbito de la Administración de Justicia, donde ha determinado que a pesar de que la organización de la misma le corresponde en exclusiva a los Estados, sí que tiene competencia sobre la misma en la medida en que una deficiente organización de la Administración de Justicia puede provocar que *–de facto—* los ciudadanos de dicho Estado miembro vean vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

[605] Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2022, *Prokurator Generalny (Chambre disciplinaire de la Cour suprême - Nomination)*, C-508/19, ECLI:EU:C:2022:201, paras. 73 y 74.

[606] Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, para. 38.

[607] Entendemos con Iglesias Sánchez (2022: 488) que el desarrollo reciente de la independencia ha surgido *a golpe de necesidad*, debido a la crisis del Estado de Derecho en algunos de los Estados miembros.

elementos contextuales –tanto jurídicos como políticos— que permiten comprender tanto la finalidad como los efectos de la norma en el seno del ordenamiento jurídico general[608]. Además, no podemos olvidar que la independencia judicial no solo ha de ser considerada como un componente –teórico— del valor del Estado de Derecho, sino que, a su vez, debe ser contemplada como un requisito –práctico— para el funcionamiento de la Unión, ya que se configura como una «condición existencial» del proceso de integración europea (Bustos Gisbert, 2022b: 588-599), así como de la confianza mutua entre sus miembros, pues como ya dijimos –en el Capítulo II— este principio mantiene una relación *simbiótica* con el valor del Estado de Derecho.

Entre los motivos apuntados por el Tribunal de Justicia como posibles generadores de dudas legítimas en los justiciables respecto de la independencia e imparcialidad de los jueces y tribunales, nos centraremos en la utilización de los regímenes disciplinarios[609], pues es a raíz de los mismos donde se han incluido las mayores innovaciones, sin perjuicio de que estas se hayan construido sobre el contexto general de otras reformas como la reducción de la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo[610] y de los jueces de los tribunales ordinarios[611].

La independencia judicial exige en relación con los procedimientos disciplinarios que las normas que los rijan «presenten las garantías necesarias para evitar cualquier riesgo de que dicho régimen pueda utilizarse como sistema de control político del contenido de

[608] En el ámbito de los procedimientos de incumplimiento también dependerá del planteamiento que elija la Comisión, pues en esta vía procesal la capacidad de actuación del Tribunal de Justicia está limitada por la manera en que el conflicto sea formulado por la Comisión en la fase precontenciosa.

Podemos apreciar este tipo de aproximación en las sentencias del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, para. 85; de 19 de noviembre de 2019, *A.K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, C-585/18, C-624/18 y C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, paras. 133, 137, 142, 143, 152; de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême - Recours)*, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, para. 138, utilizando como fundamento el contexto expuesto en los paras. 99-105 y 130-135, y para. 156; de 15 de junio de 2021, *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, paras. 88, 112 y 157; de 6 de octubre de 2021, *W. Ż. () y des affaires publiques de la Cour suprême – nomination)*, C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798, paras. 119 y 152, en relación con lo que expone en los paras. 138-151; y de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, para. 102.

[609] Según Gajda-Roszczynialska y Markiewicz (2020: 452), las amenazas a la independencia judicial a través de procedimientos disciplinarios constituyen un elemento de *dikastophobia* o miedo a los jueces.

[610] Analizada con profundidad en la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, paras. 78-82, 85, 96, 111 y 124.

[611] Analizada con profundidad en la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de noviembre de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios)*, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, paras. 121, 123-130 y 135.

las resoluciones judiciales»[612]. No obstante, la independencia no se configura como una garantía absoluta y, por lo tanto, no excluye totalmente la posibilidad de que los jueces incurran en responsabilidad disciplinaria en ciertos supuestos excepcionalísimos[613], y, precisamente por ello, estos últimos habrán de estar delimitados «por criterios objetivos y verificables, relativos a los imperativos basados en la buena administración de justicia, así como por garantías destinadas a evitar cualquier riesgo de presiones externas sobre el contenido de las resoluciones judiciales y que permitan excluir de este modo toda duda legítima, en el ánimo de los justiciables, en lo que respecta a la impermeabilidad de los jueces de que se trate y a su neutralidad ante los intereses en litigio»[614]. Lo importante va a ser que la regulación del régimen disciplinario sea capaz de evitar la desviación de sus funciones legítimas como instrumento de control político de las resoluciones judiciales o de presión sobre los jueces y, por lo tanto es «esencial que el hecho de que una resolución judicial contenga un posible error en la interpretación y la aplicación de las normas del Derecho nacional o del de la Unión, o en la apreciación de los hechos y la valoración de las pruebas, no pueda, por sí solo, dar lugar a que se genere la responsabilidad disciplinaria del juez en cuestión»[615].

Decíamos que la construcción de la independencia judicial en relación con los regímenes disciplinarios es la más relevante porque el Tribunal de Justicia ha extendido estas consideraciones *mutatis mutandis* al régimen de traslados[616], así como más adelante a «las demás normas relativas al estatuto de los jueces y al ejercicio de sus funciones» y, concretamente, «a las que rigen el levantamiento de inmunidad penal cuando esté prevista, o resoluciones relativas a aspectos esenciales de los regímenes de Derecho laboral o de

[612] Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, para. 77.

[613] Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2021, *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, para. 137, determina que «la salvaguardia de esta independencia no puede conllevar, en particular, que se excluya totalmente que un juez pueda incurrir en responsabilidad disciplinaria, en determinados supuestos excepcionalísimos, por resoluciones judiciales que haya dictado. En efecto, tal exigencia de independencia evidentemente no tiene por objeto amparar eventuales conductas graves y totalmente inexcusables de los jueces, que consistan, por ejemplo, en incumplir deliberadamente y con mala fe, o por negligencias particularmente graves y groseras, las normas del Derecho nacional y de la Unión por cuyo respeto deben velar, o en actuar con arbitrariedad o incurriendo en denegación de justicia, cuando, como depositarios de la función jurisdiccional, deben resolver los litigios que les plantean los justiciables».

[614] *Ibid.*, para. 139.

[615] *Ibid.*, para. 138.

[616] Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021, *W. Ż. () y des affaires publiques de la Cour suprême – nomination)*, C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798, paras. 113-117.

seguridad social aplicables a estos jueces»[617]. Además, gozan de una gran relevancia por haber sido utilizados para perseguir a los jueces que trataban de aplicar los estándares de Derecho UE –inaplicando las normas internas— y planteaban cuestiones prejudiciales, como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal de Justicia en una de sus sentencias[618], produciendo un efecto disuasorio –*chilling effect*— en la aplicación del Derecho de la UE por el miedo de los jueces a enfrentarse a sanciones disciplinarias[619].

La independencia judicial se convierte, al mismo tiempo, en *conditio sine qua non* para la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva, cuya dimensión estructural para la Unión y el Derecho europeos se ha identificado también en el artículo 19.1.II TUE[620]. Esta última desarrolla una función imprescindible en el ámbito de la tutela de las demás situaciones jurídico-subjetivas reconocidas por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Euorpea (Milione, 2017: 656), pues sin garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva desde una perspectiva sistémica –no en una situación concreta— no sería posible proteger de manera realista los demás derechos subjetivos contenidos en la misma.

El principal efecto de la declaración de incumplimiento de la independencia judicial o de la tutela judicial efectiva por parte de una normativa nacional, así como, en su caso, de una interpretación del Derecho UE que sea manifiestamente contraria a esta última, vendría de la mano del principio de primacía que caracteriza al ordenamiento jurídico de

[617] Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, paras. 95-98.

[618] La sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême - Recours)*, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, para. 100, afirma que «de la información de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende que las autoridades polacas han multiplicado recientemente las iniciativas encaminadas a frenar las remisiones prejudiciales al Tribunal de Justicia referidas a la independencia de los órganos jurisdiccionales polacos o a poner en entredicho las decisiones de los órganos jurisdiccionales polacos que han efectuado tales remisiones». La información es confirmada y desarrollada a través de ejemplos en el trabajo de Gajda-Roszczynialska y Markiewicz (2020: 468-472).

[619] En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*, C-558/18 y C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234, para. 58, determina que «la mera perspectiva de poder ser sometido, en su caso, a un procedimiento disciplinario por haber efectuado tal remisión o haber decidido mantenerla después de haberla realizado puede suponer que los jueces nacionales no puedan ejercer de manera efectiva la facultad y las funciones mencionadas en el apartado anterior». Más adelante, la sentencia de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, para. 132, determinó que «el hecho de que un órgano jurisdiccional nacional ejerza las funciones que le atribuyen los Tratados y se someta, al hacerlo, a las obligaciones que estos le imponen dando efecto a preceptos como el artículo 19.1.II TUE, y el artículo 47 de la Carta no puede, por definición, tipificarse como infracción disciplinaria de los jueces que integran tal órgano jurisdiccional sin conllevar, ipso facto, la violación de estos preceptos del Derecho de la Unión».

[620] Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, para. 41. Su dimensión subjetiva se encuentra en el artículo 47 CDFUE, que al mismo tiempo absorbió la jurisprudencia sobre su manifestación previa como principio general del derecho europeo (Roeben, 2020: 34).

la Unión Europea. A pesar de que en un primer momento los jueces nacionales habrían de realizar una interpretación conforme de la norma nacional, en los supuestos en los que esto no sea posible, dichos jueces tendrán «la obligación de garantizar la plena eficacia de tales disposiciones, dejando inaplicada si fuera necesario, y por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, aun posterior, sin que deba solicitar o esperar su previa eliminación por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional»[621], incluso si se trata de normas de rango constitucional[622], o si en lugar de normas nos hallamos ante resoluciones judiciales que sean vinculantes, deberá inaplicarlas aunque provengan del respectivo tribunal constitucional[623].

El propio Tribunal de Justicia ha determinado que la aplicación del principio de primacía tiene carácter «constitucional» (*sic*) y «contribuye a garantizar la tutela efectiva de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los particulares»[624], pues garantiza que las normas con efecto directo, en la medida en que son «fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que sean parte en relaciones jurídicas sometidas al Derecho de la Unión», tengan efectos plenos y uniformes en todos los Estados miembros[625].

Sin embargo, concebir el principio de primacía como un fenómeno unidireccional que depende exclusivamente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es adecuado, pues la verdadera recepción del mismo va a depender tanto de la jurisprudencia de este

[621] La jurisprudencia consolidada a este respecto se encuentra en la sentencia del Tribunal de Justicia 24 de junio de 2019, *Popławski*, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, para. 58.

[622] Conforme a lo extraído de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, para. 59, y más recientemente en la sentencia de 18 de mayo de 2021, *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România» y otros*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393, paras. 250 y 251.

[623] La sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, ECLI:EU:C:2021:1037, para. 54, ha determinado que «cuando la incompatibilidad de una disposición de Derecho interno con el Derecho de la Unión trae causa, más concretamente, de la interpretación de dicha disposición efectuada por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de que se trate, procede dejar inaplicada esa jurisprudencia»; y la sentencia de 22 de febrero de 2022, *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, C-430/21, para. 44, concluye que si el Derecho nacional no garantiza la independencia del tribunal constitucional los artículos 2 y 19.1.II TUE se oponen a la normativa o práctica nacional en virtud de la cual las resoluciones del mismo vinculan a los órganos jurisdiccionales ordinarios, ya que este tipo de tribunal constitucional «no estaría en condiciones de garantizar la tutela judicial efectiva que exige el artículo 19.1.II TUE». Las implicaciones del principio de primacía han sido tratadas con mayor extensión en el trabajo de Requejo Pagés (2022).

[624] Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, paras. 270 y 271.

[625] En la sentencia de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503, para. 54, que se refiere, a su vez, a las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, paras. 14 y 15, y 19 de junio de 1990, *The Queen/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257, para. 18.

como de su incorporación en los ordenamientos constitucionales de los distintos Estados y de su afirmación por parte de los respectivos altos tribunales (Weiler, 1986: 351-352). Por esta razón, cuando tratamos las innovaciones jurisprudenciales anteriores no podemos pensar que las mismas van a ser incorporadas de manera automática como una panacea frente al iliberalismo, sino que habremos de comprobar si los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Justicia han sido realmente aprehendidos por las autoridades nacionales, tomando en consideración que este cumplimiento puede darse también con una naturaleza creativa o simbólica. Para realizar esta comprobación no solo habremos de atender a los elementos jurídico-formales, sino también debemos analizar las dinámicas informales del contexto que nos revelarán la medida en que las normas son aplicadas en la práctica.

Por lo tanto, entendemos que la consideración de esta dificultad es, precisamente, la que ha desencadenado que el Tribunal de Justicia comience a ordenar la imposición de medidas provisionales para asegurar el objeto del litigio, como pudimos comprobar en el apartado anterior y en el análisis de la fase precontenciosa del recurso de incumplimiento. La especial gravedad de la situación causada por las reformas iliberales en relación con el ordenamiento jurídico europeo ha sido utilizada como elemento de juicio –junto a las circunstancias del caso y la capacidad de pago del Estado miembro— a la hora de valorar el importe de las multas coercitivas que se han impuesto como instrumento de garantía[626]. Sin embargo, las medidas provisionales no han sido utilizadas de una forma prioritaria, sino que han sido evitadas siempre que era posible, como advertía Pech (2021: 152), y, por ejemplo, en el asunto C-619/18 únicamente fueron solicitadas tras la negativa del Tribunal de Justicia a tramitarlo a través del procedimiento acelerado, e incluso entonces, no solicitó en un principio sanciones condicionales. Asimismo, en los casos en los que los Estados miembros incumplen las medidas provisionales, también hallamos reticencias por parte de la Comisión a la hora de establecer las multas coercitivas, que ha optado por solicitar información adicional o enviar nuevos requerimientos (Pech, 2021: 155-160).

La evolución jurisprudencial relativa a la independencia judicial también ha tenido efectos respecto del concepto de *órgano jurisdiccional nacional* del artículo 267 TFUE. En el apartado anterior recordamos los *Dorsch Criteria* que fueron establecidos por el Tribunal de Justicia como los requisitos de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales,

[626] Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 2021, *Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878, paras. 58 y 64.

consistentes en «el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia»[627]. Por tanto, la independencia judicial estaría desempeñando un doble papel: como requisito formal de admisibilidad en el marco del artículo 267 TFUE, y como obligación sustantiva para los Estados miembros derivada del artículo 19.1.II TUE (Reyns, 2021: 27). En un principio, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la independencia como requisito de admisibilidad del sistema de remisión prejudicial no tenía como finalidad la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que se utilizó como un criterio funcional para aumentar el número de sujetos legitimados activamente para plantear las cuestiones prejudiciales y, por ende, otorgar una mayor fluidez al funcionamiento de este cauce[628]. En consonancia con tal fin, el uso de los *Dorsch Criteria* se circunscribía al análisis de la independencia de aquellos órganos remitentes que no pertenecían al poder judicial del Estado miembro en cuestión (Lenaerts, 2022: 354-355), para comprobar si pese a no estar incluidos *stricto sensu* en el sistema judicial nacional era admisible que estos plantearan cuestiones prejudiciales.

En la actualidad, como consecuencia de la crisis del Estado de Derecho que se ha producido –principalmente— en Hungría y en Polonia el sentido de los *Dorsch Criteria* ha sufrido una mutación. De haberse caracterizado por un funcionalismo expansionista, han pasado a ser utilizados de manera restrictiva, con el objeto de limitar la admisibilidad de aquellas peticiones de decisión prejudicial de órganos que, pese a ser jurisdiccionales –*stricto sensu*— no reúnan las suficientes garantías de independencia e imparcialidad[629].

Nuevamente, esta innovación de gran calado no se ha producido en el marco de un conflicto con los regímenes iliberales, sino que fue incorporada en un asunto totalmente ajeno a ellos, respecto del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) español, sobre el que no existían dudas del cumplimiento de los demás requisitos –origen legal, permanencia, carácter obligatorio de su jurisdicción, carácter contradictorio del proceso y aplicación de normas jurídicas— pero sí que tenían dudas sobre su independencia[630], determinando que «la legislación nacional aplicable no garantiza que el Presidente y los

[627] Compilados en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft/Bundesbaugesellschaft Berlin*, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413, para. 23.

[628] En este sentido se pronuncian Sarmiento (2004: 193) y Reyns (2021: 29-31 y 47).

[629] Utilizando las palabras de Sarmiento Ramírez-Escudero y Arnaldo Orts (2022: 147), los criterios de admisibilidad relativos a la independencia judicial han pasado a actuar como una «válvula de cierre».

[630] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2020, *Banco Santander*, C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17, paras. 52 y 53.

vocales del TEAC se encuentren al amparo de presiones externas, directas o indirectas, que puedan hacer dudar de su independencia»[631]. Como resultado, se produjo una revisión de la jurisprudencia anterior y –sobre la base del funcionamiento concreto del órgano[632]— el Tribunal de Justicia acabó concluyendo que el TEAC «no cumple con la exigencia de independencia, en su aspecto interno, que caracteriza a los órganos jurisdiccionales»[633]. Unos meses más adelante se produjo un nuevo desarrollo de esta innovación, en este caso respecto del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden (Alemania), pues afirmó –asunto *Land Hessen*— que «la independencia de un órgano jurisdiccional nacional, incluso desde el punto de vista de las condiciones en las que tiene lugar el nombramiento de sus miembros, debe apreciarse a la vista del conjunto de factores pertinentes»[634]. Así, en este caso determinó que la alegada preponderancia de miembros elegidos por el poder legislativo en la Comisión de selección de jueces para el nombramiento de los miembros de este Tribunal «no puede, por sí sola, llevar, llevar a dudar de la independencia del órgano jurisdiccional remitente»[635].

Si bien la comprobación de la independencia como criterio de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, en tanto es necesaria para que el remitente pueda ser considerado «órgano jurisdiccional» a los efectos del artículo 267 TFUE, «puede apreciarse únicamente a la luz de esta disposición»[636], entendemos que este cambio repentino en la interpretación de su significado –pasando del expansionismo a una visión más restrictiva— nos muestra los peligros que se esconden tras una excesiva intervención de las instancias judiciales y, por lo tanto, hemos de conscientes de que esto puede abrir la puerta a una nueva expansión –más allá de lo previsto en los Tratados— de las competencias del Tribunal de Justicia.

[631] *Ibid.*, para. 68.

[632] *Ibid*., paras. 69 y 76, donde determinó, respectivamente, que «un sistema de esta índole no tiene entidad suficiente como para obstaculizar eficazmente las presiones indebidas por parte del poder ejecutivo sobre los miembros de los TEA»; y las «características del recurso extraordinario para la unificación de doctrina que puede interponerse contra las resoluciones del TEAC ponen de relieve los vínculos orgánicos y funcionales que existen entre dicho organismo y el Ministerio de Economía y Hacienda, y en concreto el director general de Tributos del Ministerio y el director general cuya dirección general hubiera dictado las resoluciones impugnadas ante él, de modo que la existencia de tales vínculos se opone a que se le reconozca al TEAC la cualidad de tercero en relación con dicha Administración».

[633] *Ibid.*, para. 77. La naturaleza de la citada revisión jurisprudencial ha sido comentada, entre otros, por Campos Sánchez-Bordona (2020: 30).

[634] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2020, *Land Hessen*, C-272/19, ECLI:EU:C:2020:535, para. 56.

[635] *Ibid.*, para. 56, sobre la base de lo dispuesto en el para. 55.

[636] *Ibid.*, para. 46.

Como resultado de este giro jurisprudencial, hemos comprobado cómo una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano perteneciente al sistema judicial de uno de los Estados miembros, la Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos del Tribunal Supremo de Polonia, ha sido declarada inadmisible por el Tribunal de Justicia, por entender que no cumple con los requisitos –de independencia— necesarios para ser considerado un *órgano jurisdiccional* a los efectos del artículo 267 TFUE[637]. Aunque en un principio pudiera ser alarmante la inadmisión de las cuestiones prejudiciales que sean planteadas en el seno del sistema judicial –*stricto sensu*— de los Estados miembros[638], entendemos con Martínez Alarcón (2024: 10) que «se trata de un supuesto muy particular», y que, por lo tanto, es bastante improbable que esto vuelva a suceder en otros supuestos, de modo que no se configura como un verdadero impedimento del diálogo prejudicial[639]. Esta evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha confirmado la naturaleza de la independencia judicial como un concepto autónomo y vivo del Derecho de la Unión, como acertadamente indica Bustos Gisbert (2022b: 593), en la medida en que «se adapta a los cambios y desarrollos a través de una constante redefinición de sus contenidos» y, por esta razón, «no resulta sorprendente que su evolución en la UE esté conectada con la crisis del Estado de Derecho en algunos Estados miembros».

Finalmente, vamos a estudiar con mayor detenimiento el papel desempeñado por el concepto de *identidad nacional* en el marco de la estructura supraestatal, poniendo el foco en la utilización *ofensiva* del mismo por parte de los Estados miembros –como un freno a los avances de la integración europea— y la reacción del Tribunal de Justicia, que ha incorporado en sus sentencias recientes un nuevo concepto de *identidad europea* que sería independiente de los estándares de identidad nacional de los Estados miembros.

---

[637] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023, *Krajowa Rada Sądownictwa (Maintien en fonctions d'un juge)*, C-718/21, ECLI:EU:C:2023:1015. En este caso nos encontraríamos ante una deficiencia en cuanto a la independencia judicial de origen, esto es, la que se deriva del ordenamiento jurídico como tal, pero no de la independencia judicial de ejercicio, que es la que se deriva del trabajo que realizan en la práctica jueces y tribunales, siguiendo los términos utilizados por Bustos Gisbert (2021: 180).

[638] En este sentido, Bonelli y Claes (2018: 637) nos advertían de la posibilidad de que, si el Tribunal de Justicia declaraba que los tribunales ordinarios polacos no eran independientes, esto se viera traducido en la imposibilidad de estos a la hora de plantear peticiones de decisión prejudicial. En este mismo sentido, Reyns (2021: 39-40) ha sugerido que teóricamente esto podría conducir a una denegación estructural de la admisión de cuestiones prejudiciales planteadas por parte de un Estado miembro y esto supondría crear, como desenlace «perverso e indeseable», un «punto ciego» en el radar del Tribunal de Justicia.

[639] El propio Tribunal de Justicia confirmó este punto en la sentencia de 17 de diciembre de 2020*, Openbaar Ministerie (Independencia de la autoridad judicial de emisión)*, C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, para. 42, cuando determinó que «la existencia de tales deficiencias [sistémicas] no incide necesariamente en todas las resoluciones que puedan verse obligados a adoptar los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro en cada caso concreto».

Más allá del concepto de identidad nacional como un constructo histórico-cultural, nos hallamos aquí ante una categoría de naturaleza jurídico-constitucional[640], pues cuando el artículo 4.2 TUE menciona el respeto de la identidad nacional de los Estados miembros, lo hace en relación con aquellas «fundamentales políticas y constitucionales de estos» que sean consustanciales a la misma. Aunque *a priori* pudiera parecer que el contenido de la identidad nacional va a depender exclusivamente de la interpretación que de la misma se haga en el seno de los Estados miembros, la mayor parte de la doctrina se ha mostrado desde un principio contraria al entendimiento de la identidad nacional como un concepto que dependa unilateralmente de las interpretaciones domésticas[641].

Por este motivo, lo más frecuente es hallar la identidad nacional caracterizada como un concepto autónomo de Derecho UE, como hacen Von Bogdandy y Schill (2011: 1428). Sin embargo, para que pueda ser operativa ha de estar conformada de manera dialógica, de modo que ambos extremos –el estatal y el supraestatal— deben beber de su contrario. La identidad nacional no puede depender unilateralmente de los entendimientos estatales, pues en la práctica esto frenaría cualquier avance significativo de la integración europea, pero tampoco puede ser concebida como un concepto exclusivo del ámbito supraestatal. Así, lo más adecuado será que la interpretación del concepto de identidad nacional quede exclusivamente en manos del Tribunal de Justicia de la UE, pero que su monopolio solo se refiera a la dimensión negativa en cuanto a la identificación de los límites[642], para que

[640] Estas dos corrientes doctrinales han sido distinguidas por Cruz Mantilla de los Ríos (2021: 50). No obstante, debemos tener en cuenta que una cosa es lo que entendamos desde el punto de vista jurídico como identidad nacional, y otra muy distinta aquello que la ciudadanía identifique como tal, en la medida en que en ese caso intervienen las dimensiones legal, política y sociológica, y, en tanto estas son dinámicas, evolucionan y se interrelacionan (Khvorostiankina, 2018: 16).

[641] En este sentido, Solozábal (1995: 61) entendía que lo contrario supondría admitir una suerte de derecho de veto en manos de los Estados miembros; Von Bogdandy y Schill (2011: 1430) indicaban que la identidad nacional del artículo 4.2 TUE no permite a los Estados miembros justificar divergencias en cuanto al respeto de los valores del artículo 2 TUE; y en este mismo sentido se posiciona Bar Cendón (2014: 138), utilizando como fundamento que los valores tienen un carácter jurídico superior.

[642] La sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, para. 284, determinó a este respecto que «corresponde a las instituciones de la Unión tener en cuenta las características de los sistemas constitucionales y jurídicos de esos Estados miembros al verificar si cumplen las obligaciones de resultado que derivan directamente de su pertenencia a la Unión en virtud del artículo 2 TUE».

Según Mader (2019: 148), el concepto de identidad nacional que se recoge en el artículo 4.2 TUE encuentra como límite relativo a la integración europea, por lo que habría de realizarse una ponderación de los intereses en juego. En contra de la utilización del principio de proporcionalidad –ponderación— para la solución de las cuestiones relacionadas con la identidad nacional, encontramos los trabajos realizados por Azpitarte Sánchez (2017: 447) y Cruz Villalón (2017b: 12), quienes entienden que aquel elemento que sea matizable –al ponerse en la balanza con otros bienes jurídicos valiosos— carece, por ello, de la suficiente fuerza identitaria como para estar integrado en el concepto.

no aparezcan divergencias entre las diferentes interpretaciones nacionales[643], sin afectar en ningún caso a la determinación del contenido de la misma como tal, ya que esto ha de corresponderle a las más altas instancias jurisdiccionales –como ocurre en el caso de los tribunales constitucionales y supremos— de los Estados miembros[644]. Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia no puede establecer los límites sin tomar en consideración a los ordenamientos jurídico-constitucionales nacionales, sino que serán precisamente estos los que predeterminen sus perfiles[645], y tampoco los tribunales constitucionales nacionales pueden precisar el contenido de su identidad nacional sin incorporar en tal definición el hecho de que forman parte de la Unión Europea, una integración supraestatal a la que se han adherido voluntariamente y que se caracteriza por una serie de valores fundamentales que sus Estados miembros se han comprometido a respetar de manera continuada[646].

[643] La sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, para. 265, afirmó, con más vehemencia, que «aun cuando, como se señala en el artículo 4 TUE, apartado 2, la Unión debe respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, de modo que disponen de cierto margen de apreciación para garantizar la aplicación de los principios del Estado de Derecho, de ello no se deriva en modo alguno que la referida obligación de resultado pueda variar de un Estado miembro a otro».

[644] Los autores que mejor han plasmado esta problemática son Von Bogdandy y Schill (2011: 1448), al determinar que el Tribunal de Justicia únicamente puede establecer el marco teórico de lo que un Estado miembro puede considerar parte de su identidad nacional, pero que no puede entrar a valorar el contenido como tal de la misma, por lo que no podría ser interpretada como una noción absolutamente autónoma del Derecho UE; y Konstadinides (2017: 101), que considera que mientras los Estados miembros conservan el monopolio para la definición de su identidad constitucional –*the what*— el poder para determinar el grado de compatibilidad de la misma con los intereses legítimos del Derecho de la UE –*the how*— le corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

[645] Tal y como podemos extraer de los trabajos realizados por Von Bogdandy y Schill (2011: 1429) y Cruz Mantilla de los Ríos (2021: 54). Hemos de prestar atención al hecho de que la noción de identidad nacional se originó en las jurisprudencias constitucionales nacionales, antes de ser incorporada al Derecho de la UE, como fue el caso de la *Corte Costituzionale* de Italia en la sentencia de 18 de diciembre de 1973, *Frontini*, 183/1973, FJ 9, que introdujo la conocida teoría de los *controlimitti* (Bon, 2014: 170).

[646] La sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, para. 266, confirmó que «los Estados miembros, aun teniendo identidades nacionales distintas, inherentes a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales, que la Unión respeta, se adhieren a un concepto de *Estado de Derecho* que comparten, como valor común a sus propias tradiciones constitucionales, y que se han comprometido a respetar de forma continuada».

La sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, para. 72, establece a este respecto que «no cabe sostener que las exigencias derivadas, como requisitos tanto para la adhesión como para la participación en la Unión, del respeto de valores y principios tales como el Estado de Derecho, la tutela judicial efectiva y la independencia judicial, consagrados en los artículos 2 TUE y 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, pueden afectar a la identidad nacional de un Estado miembro, en el sentido del artículo 4 TUE, apartado 2. Por lo tanto, este último precepto, que debe leerse teniendo en cuenta las disposiciones, de idéntico rango, establecidas en esos artículos 2 TUE y 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, no puede eximir a los Estados miembros del respeto de los requisitos que de ellas se derivan». Esta sentencia ha ofrecido, según Menéndez (2022: 62), «una interpretación de la identidad nacional desde el derecho supranacional, que implica, necesariamente, una pretensión de constitucionalidad en sentido fuerte del derecho de la Unión (y que excluye, radicalmente, que el contenido de la identidad nacional sea definido por cada Estado miembro, y, operativamente, por cada tribunal constitucional o supremo)». Esto iría en contra de la consideración que

Aunque el Tribunal de Justicia haya interpretado el concepto de identidad nacional de la manera que acabamos de exponer, los tribunales constitucionales nacionales se han decantado en muchos casos por utilizarla de manera *ofensiva*, como baluarte frente a la primacía –entendida por ellos como imposición— del ordenamiento jurídico europeo[647], como puede observarse a raíz de la jurisprudencia más reciente de los órganos de revisión de la constitucionalidad de las normas en el este de Europa[648]. El Tribunal de Justicia, como *reacción* a esta nueva dinámica, ha conceptuado en sus sentencias más recientes el concepto de *identidad europea*[649], al determinar que los valores contenidos en el artículo 2 TUE «definen la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común»[650], y, por ello, «la Unión debe estar en condiciones de defenderlos dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados»[651]. Como resultado de esta última afirmación, concluyó más adelante –respecto del Reglamento 2020/2092— que «no puede reprocharse a la Unión que, en defensa de su identidad, que incluye los valores contemplados en el artículo 2 TUE, emplee los medios necesarios para proteger esa buena gestión financiera o esos intereses financieros adoptando medidas adecuadas que, de conformidad con el artículo 5, apartado 1, del Reglamento impugnado, se refieran exclusivamente a la ejecución del presupuesto de la Unión»[652].

inicialmente se tenía respecto de este concepto, como vemos en los trabajos de Von Bogdandy (2005: 28), que consideraba que el Derecho UE descansa sobre la premisa de que es posible la existencia de múltiples identidades colectivas; y Von Bogdandy y Schiller (2011: 1420), que entendían el artículo 4.2 TUE como expresión de una estructura compuesta –*verbund*, que supera la distinción tradicional entre supraordinación y subordinación— en el marco del constitucionalismo europeo.

[647] Para un análisis más detallado de esta problemática, podemos acudir a la obra de Cruz Mantilla de los Ríos (2021: 211).

[648] Sin olvidar, como advierte Azpitarte Sánchez (2017: 417), que la cláusula de identidad nacional adquirió fuerza –más allá de su simbolismo inicial—por el intento del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de utilizarla para hacer valer su propia identidad constitucional como una suerte de barrera total frente al Derecho de la Unión Europea. Respecto del Tribunal Constitucional de Rumanía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2022, *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, para. 70, ha determinado que el artículo 4.2 «no tiene por objeto ni por efecto autorizar al tribunal constitucional de un Estado miembro, incumpliendo las obligaciones que le incumben en virtud, en particular, de los artículos 4 TUE, apartados 2 y 3, y 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, a abstenerse de aplicar una norma de Derecho de la Unión por el motivo de que esa norma vulnera la identidad nacional del Estado miembro en cuestión tal como ha sido definida por el tribunal constitucional nacional».

[649] Este carácter *reactivo* de la identidad europea ha sido estudiado con profundidad en el trabajo de Ragone y Barroso Márquez (2022).

[650] La utilización del concepto de identidad europea como resultado de la definición de los valores contenidos en el artículo 2 TUE ha sido criticada por Pech (2022: 118), que entiende que este precepto es demasiado subjetivo y abre la puerta a un abuso o una mala utilización del mismo.

[651] La sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, para. 145.

[652] *Ibid.*, para. 268.

Después de exponer las innovaciones jurisprudenciales introducidas por el Tribunal de Justicia como respuesta a la crisis del Estado de Derecho en algunos Estados miembros y de haber recogido la respuesta de las instituciones políticas a este respecto, podemos ya realizar un análisis comparado de la actuación de sendas esferas –judicial y política— de la Unión Europea a la luz de las competencias que los Tratados le atribuyen a cada una de las instituciones que la componen.

4. Estudio crítico comparado de la intervención de las instituciones europeas

Si recuperamos el repaso cronológico que hemos incorporado en el primer apartado y tenemos en cuenta el cariz de las intervenciones expuestas en el segundo y el tercero, entendemos con Blázquez Peinado (2019: 23) que la evolución ha resultado paradójica, en la medida en que el primero de los instrumentos incluidos en los Tratados se identifica con las consecuencias más extremas y con el tiempo los instrumentos se han *dulcificado*, cuando lo normal habría sido que ocurriera en el orden inverso. Ante la agravación de la crisis del Estado de Derecho en Hungría y Polonia, en lugar de endurecer las respuestas, las instituciones europeas han *suavizado* los instrumentos existentes y han creado otros más sofisticados de *soft law*, caracterizados por una naturaleza eminentemente dialógica. Por el contrario, en el ámbito judicial la respuesta del Tribunal de Justicia sí que ha ido escalando en cuanto a firmeza, dictando sentencias cada vez más tajantes a este respecto, pero con una actitud prudente y cada vez más refinada para evitar los posibles rechazos. En este apartado trataremos de sintetizar cuáles son las competencias atribuidas por los Tratados a cada institución europea y cuál ha sido la actuación que en nuestro ámbito de investigación ha realizado cada una de ellas. A partir de ello, podremos realizar un análisis comparado con el objetivo de extraer conclusiones acerca de la adecuación que presenta la intervención de cada una de ellas con el principio de atribución de competencias.

Si bien es cierto que existen más instituciones europeas que las estudiadas –ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1 TUE, faltarían el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas Europeo— es igualmente indiscutible que la intervención de estas últimas no resulta del todo adecuada para nuestro objeto de investigación y, por tanto, decidimos excluirlas de nuestro análisis. En el caso del Tribunal de Cuentas Europeo, únicamente sería relevante su actuación en el ámbito de la lucha contra la corrupción y, aunque este tenga relevancia en relación con el Estado de Derecho con carácter general[653],

[653] En efecto, los problemas de corrupción –en concreto, respecto de la contratación pública— son los que han provocado la activación del Reglamento de condicionamiento de fondos respecto de Hungría.

no puede ser conectado de manera concreta con la tutela judicial efectiva del 19.1.II TUE, que ha sido el precepto utilizado para la transformación del principio de confianza mutua. Por su parte, el Banco Central Europeo, como garante de la estabilidad de precios y de la seguridad del sistema bancario en el seno de la integración europea, tampoco puede llevar a cabo una actuación relevante a este respecto.

Asimismo, somos conscientes de que, además de las instituciones que hemos visto, existen otros órganos encargados de funciones específicas: el Servicio Europeo de Acción Exterior, el Comité Económico y Social Europeo, el Comité Europeo de las Regiones, el Banco Europeo de Inversiones, el Defensor del Pueblo Europeo, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y el Comité Europeo de Protección de Datos. Por la misma razón, excluiremos de esta tesis el análisis de su actuación.

Hecha esta aclaración, comenzamos con la exposición de las funciones atribuidas por los Tratados a las distintas instituciones, para comprender cuáles son los límites que estas encuentran en virtud del principio de atribución de competencias que está recogido en los artículos 5. 1 y 2 y 13.2 TUE[654].

Conforme a lo dispuesto en el artículo 15.1 TUE, corresponde al Consejo Europeo la impulsión del desarrollo de la integración europea y la definición de las orientaciones y prioridades políticas generales, así como resulta expresamente excluida la posibilidad de que ejerza funciones legislativas. Respecto de las funciones asignadas al Consejo por el artículo 16.1 TUE debemos realizar una distinción, porque las funciones legislativa y presupuestaria serán ejercidas por este en conjunto con el Parlamento Europeo, mientras que las funciones de definición de políticas y de coordinación serán ejercidas en solitario por el Consejo. Al igual que ocurre respecto del Consejo, el Parlamento Europeo ejercerá de manera conjunta con él las funciones legislativa y presupuestaria, mientras que lo hará en solitario respecto de las funciones de control político, las funciones consultivas y la elección del Presidente de la Comisión, conforme a lo establecido en el artículo 14.1 TUE. El artículo 17.1 TUE le asigna a la Comisión Europea la promoción del interés general de la Unión y la adopción de las iniciativas adecuadas a tal fin, así como deberá velar por la aplicación de los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en su virtud;

[654] El artículo 5 TUE establece con carácter general que la «delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución»; y el artículo 13.2 TUE establece que las instituciones actuarán «dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos y que estas mantendrán entre sí una cooperación leal».

supervisará la aplicación del Derecho de la Unión Europea bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; ejecutará el presupuesto y gestionará los programas; y ejercerá funciones de coordinación, ejecución y gestión. Por último, el artículo 19.1 TUE, señala que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea «garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados».

Sobre esta base analizaremos cuáles son las competencias concretas que tiene cada una de las instituciones –no con carácter general, sino aquellas que puedan resultar útiles para nuestro objeto de estudio— y las compararemos con su actuación en la práctica.

El Consejo Europeo es el único que puede constatar la existencia de una violación grave y persistente siguiendo lo dispuesto en el artículo 7.2 TUE. Debido a que la primera fase de este procedimiento –que consiste en la constatación de la existencia de un riesgo claro de violación grave según dispone el artículo 7.1 TUE— aún no se ha producido, todavía no ha tenido la oportunidad de actuar en este ámbito. Por el contrario, sí que ha participado en el proceso de tramitación legislativa del Reglamento de condicionamiento, y aunque no lo haya hecho de manera directa, sí que ha intervenido a modo de mediador, como vimos en el primer apartado, para calmar los ánimos de los gobiernos iliberales de Hungría y Polonia respecto de la aprobación de este instrumento de Derecho derivado y así alcanzar el consenso necesario aprobar el Marco Financiero Plurianual 2021-2027, sobre la base de las conclusiones que este elaboró el 21 de julio de 2020. A pesar de que, como señaló el Parlamento Europeo, las conclusiones elaboradas por el Consejo Europeo no pueden ser consideradas como una interpretación del Derecho UE, ya que esta tarea le corresponde en exclusiva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como hemos visto, sí que debemos tener en cuenta los efectos que puedan derivarse de estas ya que *de facto* se han seguido las indicaciones contenidas en la citada resolución.

El Consejo tiene la competencia para constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave según lo previsto en el artículo 7.1 TUE, así como, si esto se produce, revisar periódicamente si esta continúa existiendo. Asimismo, en el supuesto de que el Consejo Europeo llevara a cabo la constatación que veíamos en los párrafos precedentes, también le correspondería al Consejo decidir sobre la suspensión de los derechos que se derivan de los Tratados conforme al artículo 7.3 TUE; y, según el artículo 7.4 TUE, decidir sobre la modificación o levantamiento de las medidas en caso de que se impongan. Pese a que la propuesta de constatación de riesgo grave ya ha sido iniciada respecto de

Hungría y Polonia –por el Parlamento Europeo y la Comisión, respectivamente— aún no se ha producido la constatación en sede del Consejo, por lo que dicha institución todavía no ha participado en el procedimiento del artículo 7 TUE. Respecto de la base jurídica que permite la creación de nuevos instrumentos de Derecho derivado para garantizar la buena gestión del presupuesto de la Unión, la misma se encuentra recogida en el artículo 322.1.a) TFUE y, por tanto, los mismos deberán ser tramitados por el Parlamento Europeo y el Consejo de forma conjunta, previa propuesta de la Comisión –artículo 289.1 TFUE— y siguiendo las reglas previstas para el procedimiento legislativo ordinario, contenidas en el artículo 294 TFUE. Como consecuencia, vemos que el Consejo ha participado también en calidad de colegislador para la adopción del nuevo Reglamento de condicionamiento –mediato— de fondos al cumplimiento del Estado de Derecho. Si bien en la adopción del Reglamento ambas instituciones han participado en igualdad de condiciones, el resultado no mantiene esta situación de igualdad, sino que le corresponde al Consejo en exclusiva la adopción, el levantamiento y la modificación de las medidas que se propongan como consecuencia de su utilización. Asimismo, en el marco de sus funciones de definición de políticas y de coordinación, el Consejo propuso la creación –*ex novo*— del Diálogo anual sobre el Estado de Derecho, respondiendo a la creación del Nuevo Marco de la Comisión. Finalmente, debemos tener en cuenta las opiniones emitidas por el Servicio Jurídico del Consejo como respuesta a las propuestas emitidas por la Comisión Europea.

El Parlamento Europeo, como acabamos de ver, participó en calidad de colegislador en la adopción del Reglamento de condicionamiento, pero muchas de sus enmiendas han sido eliminadas del texto definitivo. Además, en la redacción final de este instrumento de Derecho derivado ha quedado relegado a un rol marginal, ya que únicamente se exige que el Parlamento Europeo sea informado por la Comisión y que a la luz de la información recibida pueda iniciar un diálogo estructurado con la misma. Podemos afirmar, por tanto, que en este mecanismo se ha reforzado su dimensión intergubernamental en detrimento de la naturaleza comunitaria de la que podría haber gozado. Respecto del procedimiento del artículo 7 TUE juega dos papeles diferenciados: en primer lugar, tiene capacidad para proponer la constatación del riesgo claro de violación grave que establece el apartado primero de dicho precepto; y, en segundo lugar, tiene capacidad de veto respecto de las constataciones –tanto la del riesgo claro de vulneración como la vulneración misma de los valores fundamentales del artículo 2 TUE, que están previstas en los apartados primero y segundo del artículo 7 TUE— porque en ambos supuestos se exige la previa aprobación

del Parlamento Europeo. Por las dificultades que presenta el procedimiento contenido en el artículo 7 TUE, en la práctica dicha institución solo ha podido participar a través de la proposición de la constatación del riesgo claro de violación grave; pero aún no ha podido ejercer su derecho de veto. Como consecuencia de sus funciones de control político, también ha elaborado numerosas resoluciones en las que ha evaluado la actuación de las demás instituciones en la defensa de los valores europeos[655].

La Comisión Europea únicamente participa en el procedimiento del artículo 7 TUE para proponer la constatación prevista en los apartados primero y segundo. Entendemos que se deriva de su función –que ya hemos apuntado— como *Guardiana de los Tratados*, ya que la defensa de los valores del artículo 2 TUE no solo supone un beneficio para el interés general de la Unión, sino que, además, implica una clara garantía respecto del cumplimiento y aplicación del ordenamiento jurídico europeo, en el que se integran de manera indubitada los valores en los que la integración se fundamenta. Como apuntamos, a pesar de que fue la primera en ejercer la capacidad de propuesta del artículo 7.1 TUE, únicamente lo hizo respecto de Polonia. En este sentido, debemos señalar también que, aunque la Comisión fue la primera en afrontar de una manera *creativa* –porque no existía de manera expresa la competencia, sino que la Comisión entendió que esta era inherente a su papel como *Guardiana de los tratados*— el reto presentado por el surgimiento de los regímenes iliberales con la creación del Nuevo Marco para reforzar el Estado de Derecho, esta nueva vía también fue utilizada únicamente para tratar de solucionar la problemática del régimen polaco, pero nunca fue iniciada para afrontar el iliberalismo húngaro[656].

La Comisión también participa en este ámbito –como resultado de la creación del Mecanismo del Estado de Derecho— a través de la emisión de los Informes anuales sobre el Estado de Derecho en la Unión Europea, en los que resultan incluidos los capítulos

[655] Podemos citar las Resoluciones del Parlamento Europeo de 19 de mayo de 2022 sobre el Informe de la Comisión sobre el Estado de Derecho en 2021 (2021/2180(INI)); o de 15 de septiembre de 2022, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, de la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión (2018/0902R(NLE)).

[656] La divergencia de la actuación de las instituciones europeas y, especialmente, de la Comisión, respecto de Hungría y Polonia ha sido apuntada –entre otros— por Daminova (2019: 237) y Di Gregorio (2019: 1478-1479), señalando asimismo este último que la actitud poco coherente entre las instituciones de la Unión Europea tiene un impacto negativo en su credibilidad. En este sentido, Von Bogdandy (2019: 26) indica que tanto la Comisión como el Parlamento Europeo han sido acusados de dar un mal uso político a las competencias que tienen atribuidas. Tal y como apunta Bustos Gisbert (2021: 189), la ausencia de una respuesta eficaz por parte de la Comisión debe ser explicada en el contexto de una *policrisis* –financiera, de refugiados, Brexit y regresiones del Estado de Derecho— y, por tanto, no podemos considerar que haya estado provocada únicamente por defectos en los instrumentos jurídicos disponibles.

correspondientes a los distintos Estados miembros. Asimismo, tal y como se establece en el artículo 258 TFUE, será la legitimada para llevar a cabo la fase *pre-contenciosa* y, eventualmente, iniciar la fase jurisdiccional del procedimiento de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como, en su caso, solicitarle a este último la ejecución de la sentencia conforme dispone el artículo 260 TFUE. Como hemos visto, este cauce ha sido utilizado en numerosas ocasiones para hacer frente al iliberalismo, tanto en el caso de Hungría como en el de Polonia, pero su utilización deber conectarse con las deficiencias que señalamos en cuanto a la ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

Como consecuencia de su competencia cuasi exclusiva en la iniciativa legislativa, el Reglamento de condicionamiento de fondos fue propuesto por la Comisión. Asimismo, en el texto definitivo se le otorgan amplias facultades en el aspecto procedimental, ya que será la encargada de constatar la existencia de motivos razonables para considerar que se cumplen las condiciones necesarias para la adopción de las medidas, así como también mantendrá la comunicación con el Estado miembro en cuestión, le solicitará información y le propondrá al Consejo las medidas que entiende más adecuadas para ponerle fin a la amenaza de vulneración o vulneración de la adecuada gestión del presupuesto europeo; sin perjuicio de que el Consejo, por mayoría cualificada, podrá modificar las medidas. Finalmente, debemos mencionar que la Comisión también elaboró las directrices para la aplicación del Reglamento de condicionamiento de fondos por las exigencias –políticas— contenidas en las Conclusiones del Consejo Europeo de 11 de diciembre de 2021.

En la práctica, ha iniciado el procedimiento previsto en el artículo 6 del Reglamento respecto de Hungría, pues realizó la solicitud de información y la notificación escrita de la constatación por los motivos que hemos visto, así como, finalmente, emitió la propuesta de decisión de ejecución del Consejo; todo ello intercalado con las respuestas por parte del gobierno húngaro. Sin embargo, no lo ha utilizado en el caso de Polonia –como vimos en el apartado segundo del presente capítulo, por razones de agenda política— sino que ha optado por utilizar otros instrumentos de condicionalidad presupuestaria, como son el Reglamento por el que se establece el MRR y el Reglamento de disposiciones comunes sobre determinados Fondos UE.

Por último, como intérprete en exclusiva del ordenamiento jurídico europeo, existen diversos cauces procedimentales por los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

puede conocer de esta problemática. Como hemos dicho, los tres más adecuados para esta finalidad son el procedimiento de incumplimiento, el sistema de remisión prejudicial y el recurso de anulación, sin olvidar las diversas problemáticas que hemos apuntado respecto del funcionamiento de las dos primeras vías y que el tercero únicamente se ha utilizado para controlar la validez del Reglamento 2020/2092.

Teniendo en cuenta lo que hemos expuesto en este apartado, resulta coherente que la intervención del Consejo Europeo aparezca limitada al ámbito más delicado, es decir, a la constatación de la existencia de una violación grave y persistente de uno de los valores contenidos en el artículo 2 TUE; y no solo eso, sino que sea requerida la unanimidad para que esta pueda producirse[657], puesto que es la única vía que permitiría –eventualmente— que se produjera la suspensión de los derechos derivados de los Tratados respecto de uno de los Estados miembros. Debido a que le están vedadas las funciones de tipo legislativo, el Consejo Europeo actuó de manera adecuada, limitándose a participar como mediador para establecer la dirección política deseada y, para este fin, realizando concesiones –que, en realidad, únicamente han servido para que el proceso sea retrasado por varios meses— para alcanzar el consenso. Y, en sentido contrario, por la naturaleza meramente política del instrumento contenido en el artículo 7 TUE, también consideramos que resulta lógica la limitación de la competencia del Tribunal de Justicia a los aspectos procedimentales, ya que se trata de una cuestión relacionada estrechamente con la soberanía nacional y, por ello, la intervención de una institución judicial con capacidad de decisión sustantiva en el marco de este procedimiento podría percibirse como una injerencia intolerable a los ojos de los Estados miembros.

La *pasividad* de las instituciones políticas de la Unión Europea, tal y como la han calificado algunos autores[658], parece seguir la tesis de Bodino, quien señalaba que el *rey* no debía mancharse las manos y que, por ende, era recomendable que los jueces fueran los encargados de condenar los incumplimientos (Holmes, 1999: 58). En consecuencia, no debe ser concebido como un olvido irresponsable del legislador, sino que se trata de

[657] Calculada conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 354 TFUE, al que se remite el artículo 7.5 TUE, donde se establece que «modalidades de voto que, a los efectos del presente artículo, serán de aplicación para el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo se establecen en el artículo 354 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

[658] Expresión utilizada por Cortés Martín (2020: 499-500) para referirse a las características que ha adoptado la actuación del Parlamento Europeo en la defensa del Estado de Derecho. De Gregorio Merino (2022: 24-25) se refiere a la actitud «contemplativa» del Consejo, señalando que «el bagaje de la utilización de los mecanismos políticos cabe ser calificado de pobre».

una conducta premeditada, condicionada por el marcado intergubernamentalismo que aún continúa rigiendo el funcionamiento de la integración en algunos ámbitos y que, por tanto, deja su futuro en manos de aquellos Estados miembros que se niegan a seguir avanzando en la integración europea[659]. Como ha señalado García Ortiz (2021: 161), seguir creyendo que el relato europeo se construirá por sí solo, adoptando de manera exclusiva las tesis del funcionalismo económico, resulta un verdadero «error de partida». A este respecto, Petersen (2005: 1514) ha afirmado que la solución ideal se halla en la conjugación de las decisiones de base política con la implementación de estrategias de naturaleza técnica. Por esta razón, además de confiar en las virtudes inherentes a la implantación del mercado común entre los Estados miembros, las instituciones europeas deben comenzar a adquirir consciencia del verdadero rol que gradualmente la integración europea ha ido adquiriendo en materias que resultan completamente extrañas al plano económico.

Aunque las instituciones políticas de la integración, principalmente el Consejo y el Consejo Europeo –y, de manera mediata, los representantes de los Estados miembros por los que se integran—, así como durante los primeros años el Parlamento, verdaderamente adoptaron una actitud *pasiva* frente al desarrollo del iliberalismo en el seno de la Unión; e, incluso la Comisión Europea, que desde un primer momento parecía ser la única que era consciente de la problemática, pero no de su alcance, porque mediante la creación de instrumentos de carácter dialógico –Nuevo Marco— estaba adoptando una postura *naïve*; hemos de ser conscientes del contexto en que dicha actuación se inserta. Por mucho que exista un sentido de *autoconservación* muy fuerte en el caso de la estructura supraestatal, este debería quedar sometido, en todo caso, al principio de legalidad y, como derivación, al principio de atribución de competencias que los Tratados constitutivos establecen como pilar basilar de la Unión. De lo contrario, estaríamos conjurando una actuación más allá de las competencias de las instituciones y, por lo tanto, pretendiendo que la integración europea protegiera el Estado de Derecho a través de la vulneración –paradójicamente—

[659] Respecto de la existencia de intereses políticos que bloquean medidas más contundentes frente a la crisis del Estado de Derecho encontramos las contribuciones de Weiler (2012a: 253), al afirmar que sería *naïve* creer que la Comisión no persigue opciones ideológicas y políticas concretas al desempeñar su misión como Guardiana de los Tratados; Müller (2014: 157), Kochenov y Pech (2016: 13) y Blokker (2017: 17), respecto de la importancia que ha tenido la pertenencia de *Fidesz* al Partido Popular Europeo a la hora de bloquear cualquier intervención en dicho país, de modo que el primero ha advertido el riesgo de partidismo; López Aguilar (2019: 173), que entiende que todo depende de la voluntad política; y De Gregorio Merino (2022: 24), al afirmar que las instituciones políticas aún no han ejercido plenamente la responsabilidad que los Tratados les han atribuido en materia de protección de los valores del artículo 2 TUE.

de este mismo valor. Como expondremos, este tipo de propuestas no son recomendables si queremos garantizar la supervivencia de la integración europea[660].

Hemos de ser conscientes de que el ordenamiento jurídico europeo no está ideado para albergar un conflicto directo con los Estados miembros, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas federales en el plano estatal, y, por ello, en la actualidad la Unión Europea se encuentra ante una disyuntiva que no resulta nada fácil de resolver, pues tanto una respuesta firme como una respuesta débil o la falta de la misma, conllevan sus peligros[661]. Como apuntamos más arriba, el hecho de que la Unión Europea no sea un Estado causa dificultades a la hora de introducir mecanismos de coerción federal que sean tan incisivos como los nacionales, y esto lleva aparejado un verdadero problema constitucional de base. La primera opción podría suponer una demostración de poder demasiado elevada en caso de ser efectiva y, por lo tanto, desembocar en la instauración de un federalismo ejecutivo semi-hegemónico en el plano europeo (Von Bogdandy y Ioannidis, 2014: 61), así como, de fracasar, podría provocar una crisis de la autoridad de las instituciones europeas[662] y, considerando el rol protagónico que en los últimos años ha adquirido en este ámbito, especialmente del Tribunal de Justicia[663]. Sobre la segunda opción –respuesta ineficaz o falta de respuesta— en su día Linz (1989: 50) nos advirtió que el uso ineficaz de la fuerza o la indecisión para utilizarla constituye un factor decisivo para que se produzca una transferencia de legitimidad a los enemigos del régimen. Si bien es cierto que actualmente el uso de la fuerza ha de ser descartado[664], sí que podemos extrapolar sus conclusiones a

[660] Observamos esta preocupación desde hace tiempo en autores como Linz (1989: 65), que afirmaba que una defensa de la democracia con medios antidemocráticos es muy probable que no consiga producir su equilibrio; Frosini (2006: 68), al recuperar las palabras del juez Stevens –*dissenting opinion* en el asunto *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. (2004)— en las que advertía que «no se pueden usar las armas de los tiranos ni siquiera para resistir los ataques de las fuerzas de la tiranía»; Konstadinides (2017: 3-4), cuando expresa sus dudas acerca de hasta qué punto los valores pueden convertirse en una *carta blanca* para la injerencia de la Unión Europea en los asuntos nacionales y, por tanto, el peligro se halla en que el Estado de Derecho pueda transformarse en una justificación para que se amplíe el ordenamiento jurídico europeo de una forma constitucionalmente ilegítima (2017: 102).

[661] Nos parece acertada la reflexión de Barber (2013: 563) sobre que el ejercicio de los mecanismos de autodefensa de tipo ofensivo –*sword*— tiene un precio tanto para la institución que ejerce dicho poder como para aquella contra la que el mismo es ejercido.

[662] Como bien ha puesto de manifiesto Von Bogdandy (2019: 7). Uno de los riesgos concretos estaría en la posibilidad de que ante un nivel bajo de popularidad de la Unión Europea las sanciones contra aquellos Estados miembros en los que se están introduciendo regresiones del Estado de Derecho acaben avivando los sentimientos nacionalistas y, por ende, legitimando las medidas gubernamentales controvertidas.

[663] Bonelli y Claes (2018: 640-641) recomiendan una actitud cauta del Tribunal de Justicia para así evitar posibles críticas de injerencia competencial, aunque consideran que es positiva la actitud activa de la institución ya que supone que la Unión Europea adquiera nuevas posibilidades de actuación.

[664] Aunque estamos de acuerdo con Weiler (2012b: 38) cuando determina que una actitud pacífica es un lujo que no nos podemos permitir si queremos evitar que los valores fundamentales sean pisoteados, no compartimos su afirmación sobre la conveniencia de usar la fuerza para combatir el iliberalismo.

la utilización de los mecanismos disponibles en el marco de los Tratados. Por esta razón, muchos autores entienden que sería positiva una actuación más decidida por parte de las instituciones de la Unión Europea frente a la crisis del Estado de Derecho en algunos de los Estados miembros[665], así como una reformulación de los instrumentos para que estos también sean capaces de hacer frente a los regímenes iliberales que consolidan el poder a través de ejercicios informales del mismo, ya que este tipo de estrategia en la actualidad escapa –*fly beneath the radar*— al control de las instituciones europeas (Zgut, 2022: 289).

La actuación de la Comisión Europea nos brinda un ejemplo sumamente ilustrativo para la adecuada comprensión de esta problemática. Aunque al principio recurrió a los instrumentos tradicionales a su disposición, principalmente el recurso de incumplimiento, en el momento en que fue consciente de la inadecuación de dicha vía para hacer frente a los regímenes iliberales que se estaban consolidando en Hungría y Polonia, optó por la creación del Nuevo Marco para Reforzar el Estado de Derecho, un nuevo instrumento de naturaleza dialógica que pretendía contribuir a la protección de los valores europeos. Cuando vio que este cauce tampoco era eficaz –y partiendo de la base de que las demás instituciones carecen, con carácter general, de iniciativa legislativa— decidió realizar una propuesta para la creación de un nuevo instrumento de Derecho derivado que permitiera condicionar la recepción de los fondos europeos al cumplimiento del Estado de Derecho como uno de los valores fundamentales de la integración europea.

Sendas propuestas de la Comisión fueron duramente criticadas por las respectivas Opiniones del Servicio Jurídico del Consejo. Aunque en un principio este último recibió también críticas muy duras por parte de la doctrina, principalmente señalando que iba en contra de los intereses del proceso de integración europea, debemos ser conscientes del aspecto más relevante, que a nuestro entender resulta imprescindible: como han señalado Baraggia y Bonelli (2022: 146-147), pese al carácter demoledor de las críticas contenidas en la Opinión el Servicio Jurídico del Consejo[666], estas sirvieron para mejorar el contenido

[665] López Aguilar (2019: 168) se ha mostrado frontalmente en contra de quienes recomiendan que el Parlamento Europeo no intervenga en este ámbito; Martín y Pérez de Nanclares (2019: 157), pese a que exige la suficiente prudencia como para mantener un adecuado nivel de legitimidad, considera que no cabe la pasibilidad en esta empresa; Uitz (2019a: 12) entiende que la aproximación dialógica es ineficaz porque permite que los regímenes iliberales se consoliden e instrumentalicen estratégicamente estos mecanismos a favor de sus propios intereses; y Lacny (2021: 103) afirma que no sirve de nada que existan reglas si estas nunca son utilizadas por falta de coraje político.

[666] En concreto, el dictamen sobre el Nuevo Marco ha sido criticado por Cortés Martín (2020: 481), que entiende que el mismo es desconcertante y rechaza con escaso fundamento la compatibilidad de la propuesta de la Comisión con el principio de atribución de competencias.

de la propuesta inicial de la Comisión Europea y que, como resultado, el texto definitivo –Reglamento 2020/2092— pudiera superar el juicio del Tribunal de Justicia a la luz del principio de atribución de competencias.

Cuando las instituciones europeas actúan en defensa de sus valores –para enfrentar los embates de los regímenes iliberales que han surgido en su seno— pueden producirse diversos tipos de respuesta. Pueden descartar las normas que las constriñen para asegurar la victoria inmediata, al menos *de iure*, en el sentido de que así habrían conseguido crear –pese a que vulnerasen el principio de atribución de competencias— instrumentos para la defensa de los valores fundamentales contenidos en el artículo 2 TUE, aunque *de facto*, por la naturaleza que tiene el conflicto entre la Unión Europea y los regímenes iliberales, no tendría consecuencias significativas. Pero también pueden respetar sus propias normas y tratar de ser lo más conciso posible para alcanzar una victoria total, aunque resulte más complicado –debido a que resulta necesario respetar las normas, pero, al mismo tiempo, interpretarlas de una forma suficientemente creativa, pero no excesivamente extensiva, para incorporar elementos de protección en un ordenamiento jurídico que no fue ideado a tal fin— y sea necesario más tiempo para llevarlo a término. Dicho con otras palabras, puede decidir no tomar las medicinas y morir por la fiebre, pero también puede respetar las prescripciones realizadas por el experto –lo que sería asimilable a las normas— y, como consecuencia, superar su afección sin poner en riesgo su propia supervivencia[667]. En este caso las recomendaciones del facultativo podrían ser asimiladas a las opiniones formuladas por el Servicio Jurídico del Consejo, ya que el choque de realidad contenido en las mismas permitió que se puliera el contenido de la propuesta original de la Comisión a través del procedimiento legislativo –por parte del Consejo y el Parlamento Europeo— para que pudiera superar el control de su validez –mediante el recurso de anulación que fue interpuesto por Hungría y Polonia— ante el Tribunal de Justicia. Como consecuencia, no debemos considerar las Opiniones del Servicio Jurídico del Consejo como un ataque a los intereses de la Unión Europea, sino que debemos concebirlas como un recordatorio –imprescindible para un adecuado funcionamiento de la integración europea— de que los fines no siempre justifican los medios.

[667] La fiebre, definida como el aumento de la temperatura corporal, normalmente surge para combatir una enfermedad o infección. Un mecanismo de protección natural que, de no ser controlado adecuadamente, puede llegar a provocar daños cerebrales e incluso la muerte.

En definitiva, vemos que no estamos ante un supuesto de *pasividad* por parte de las instituciones europeas, sino que, por desgracia, estamos ante una situación de *inidoneidad* de sus competencias para responder al surgimiento de los regímenes iliberales en su seno. Subyace en el fondo, nuevamente, la ausencia de una legitimidad democrática directa en el proyecto de integración europea y, por ende, de una constitución que como tal la reciba, a nivel europeo, como un posible *demos* del viejo continente.

Cuando reflexionamos acerca de si la Unión Europea finalmente aceptará –o no— este nuevo papel, no podemos responder únicamente con argumentos jurídicos, sino que, por el contrario, se trata de una cuestión eminentemente política y, por tanto, no podemos responder adecuadamente en esta sede, ni consideramos oportuno emitir vaticinios[668]. Pero sí que debemos analizar la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como representante del poder judicial europeo, para tratar de arrojar algunas conclusiones que ayuden a salvar la disonancia que existe entre las necesidades actuales y la posición adoptada por las instituciones políticas.

Aunque siga resultando útil el relato de Bodino, ya no podemos hablar de *pasividad*, sino que debemos sustituir dicho término por la *inidoneidad* de los instrumentos políticos de garantía de los valores europeos, sin perjuicio de que la misma también ha provocado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se haya visto en la obligación de erigirse como principal defensor de los valores europeos. Como consecuencia, esta estrategia no solo lleva asociado el beneficio de la protección del poder político ante las críticas de los detractores de una mayor integración europea, sino que también produce externalidades negativas respecto del futuro de la Unión Europea: primero, respecto del ámbito político, la estrategia suscita críticas por parte de quienes defienden la necesidad de profundizar en la integración, ya que los defensores de esta postura tildan su actuación de insuficiente; y, segundo, respecto de la institución jurisdiccional, encontramos la posibilidad de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sea percibido como un elemento de injerencia en los sistemas político-constitucionales de los Estados miembros a causa de un elevado grado de activismo judicial.

[668] En este sentido, Bonelli (2021: 457) afirma que los instrumentos jurídicos no pueden solucionar por sí mismos crisis como las de Hungría y Polonia, y Lenaerts (2022: 367) nos recuerda que el respeto de «la democracia, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho no solo se gana en los tribunales, sino también [y sobre todo, añadimos] en las urnas, en los parlamentos y en las aulas de las escuelas, colegios y universidades». Pero tampoco podemos hacer depender la solución de esta crisis solo de la acción política, sino que hemos de ser conscientes de la importancia de los instrumentos jurídicos (Palombella, 2020: 387).

Este último riesgo provocó, por ejemplo, que en sus primeras sentencias la instancia jurisdiccional del proceso de integración adoptara una actitud prudente, de *self-restraint* (Cortés Martín, 2018: 365-367). Sin embargo, si tenemos también en cuenta el principio de atribución de competencias, no nos parece que la prudencia sea una mala cualidad, sino que es altamente recomendable para que la integración europea pueda cumplir con los mismos estándares que luego debe exigir a los Estados miembros que la componen. Esta actitud prudente es la que ha provocado, por ejemplo, que el Tribunal de Justicia determine que el instrumento contenido en el artículo 7 TUE actúa como *límite máximo* sobre la creación de nuevos cauces de protección de los valores europeos fundamentales a través de instrumentos de Derecho derivado, afirmando que «el legislador de la Unión, cuando dispone de una base jurídica a tal efecto, puede establecer, en un acto de Derecho derivado, otros procedimientos relativos a los valores contemplados en el artículo 2 TUE, entre los que figura el Estado de Derecho, siempre que dichos procedimientos se distingan tanto por sus fines como por su objeto del procedimiento del artículo 7 TUE»[669]. Por ello, aunque más adelante vamos a exponer que la consideración conjunta del parágrafo 63 de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Repubblika* y del nuevo Reglamento de condicionamiento mediato de fondos al Estado de Derecho puede llegar a suponer la apertura de una nueva vía para la suspensión de los derechos que se derivan de la aplicación de los Tratados, hemos de ser plenamente conscientes de que este nuevo cauce debería superar el juicio del Tribunal de Justicia que acabamos de señalar, esto es, que se pueda comprobar que el nuevo instrumento de Derecho derivado no es coincidente, tanto por sus fines como por su objeto, con el procedimiento del artículo 7 TUE.

Una de las críticas que ha suscitado la reciente actuación del TJUE se corresponde con la divergencia entre fines y medios, por la existencia de un tratamiento diferenciado, consistente en la exigencia de un estándar de Estado de Derecho a los Estados miembros que luego no es respetado por la propia Unión Europea en sus intentos de garantizarlo. Estas suspicacias afloran, por ejemplo, por la inadmisión de las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales portugueses como consecuencia de las medidas de austeridad que le fueron impuestas tras la crisis económica a dicho Estado miembro[670], contraponiéndola a la admisión –posterior en el tiempo— del asunto *Associação Sindical*

[669] Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, para. 207.

[670] Respecto de las exigencias de la estabilidad presupuestaria en el ámbito de la Unión Europea, podemos consultar el trabajo de Moreno González (2019a: 277-281).

dos Juízes Portugueses, con el que guardan una gran identidad, ya que este último asunto también examina cuáles son los efectos producidos por las medidas de austeridad en dicho Estado miembro.

La segunda crítica se corresponde con los límites inherentes al aparato judicial de la Unión Europea, ya que hace depender su eficacia en gran parte de la buena voluntad de los Estados miembros a la hora de respetar y ejecutar sus sentencias. En consecuencia, las posibilidades de éxito por esta vía se ven bastante limitadas en aquellos supuestos en los que el incumplimiento de una norma de Derecho de la Unión Europea trae causa de la voluntad expresa de dicho Estado miembro. La falta de efectividad en la ejecución de sus sentencias ha sido remediada parcialmente gracias a la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de las medidas cautelares –sobre la base de la postura de la Comisión— ya que ha admitido la posibilidad de adoptar este tipo de medidas en procesos relacionados con los valores fundamentales contenidos en el artículo 2 TUE[671]; y no solo ha aceptado la posibilidad de imponer multas coercitivas de gran entidad ante el riesgo de vulneración de dichos valores, sino que, adicionalmente, ha confirmado que las cantidades a las que asciendan dichas multas podrán ser detraídas de los fondos que el presupuesto de la Unión Europea prevea para dicho Estado miembro[672]. La deficiente capacidad coercitiva de las instituciones europeas trae causa de las carencias estructurales derivadas de las especificidades de la arquitectura supraestatal, que no alcanza a la estatal, como hemos señalado en varias ocasiones a lo largo de la presente tesis.

Aunque sea recomendable mejorar la efectividad de la ejecución de sus sentencias, no debemos perder de vista que un excesivo activismo judicial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –como el que está comenzando a ser percibido respecto de la protección del Estado de Derecho frente al contexto iliberal— no es la solución idónea, ya que esto puede provocar otros problemas aún más graves si es la única vía utilizada. Como acertadamente ha señalado De Gregorio (2022: 25), «no se puede cargar todo el peso de una crisis, la del Estado de Derecho, que no es solo jurídica o institucional sino

[671] De forma análoga a lo sucedido en el ámbito del TEDH, que también admitió esta posibilidad mediante una interpretación extensiva de sus normas de regulación (Díaz Crego, 2018: 435).

[672] Así se desprende, en conjunto, de los autos del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2017, *Comisión/Polonia (Bosque de Białowieża*, C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877; y 17 de diciembre de 2018, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:1021; así como de la decisión de la Comisión Europea de retener de los fondos europeos la multa impuesta por el auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2021, *República Checa/Polonia (Mine de Turów)*, C-121/21 R, ECLI:EU:C:2021:752.

eminentemente política, en una institución judicial». A este respecto, Pech y Platon (2018: 7-11) afirmaban que a pesar de que la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia pueda calificarse como un acto de *sobreconstitucionalización*, en realidad se corresponde con la lógica neo-funcionalista que ha regido la integración europea desde sus orígenes. Sin embargo, entendemos que resulta demasiado forzado incluir una dinámica como esta, cuya naturaleza es claramente reactiva y volitiva, dentro de la lógica neo-funcionalista, que se caracteriza por un cierto componente de automatismo y lógica (Closa, 1994: 341). Las tendencias actuales de los elementos de constitucionalidad europeos han supuesto un innegable punto de inflexión respecto de ciertas concepciones tradicionalmente aceptadas, como es el caso del principio de confianza mutua, tal y como se desprende de lo expuesto en los capítulos anteriores y como tendremos la ocasión de exponer con más detenimiento en el siguiente y en las conclusiones.

Ha llegado la hora de que las instituciones políticas de la Unión Europea asuman –respetando en todo caso el marco de atribuciones competenciales recogido en los Tratados, pues en la actualidad hemos de descartar la plausibilidad de una reforma de los mismos— la responsabilidad que les corresponde de conformidad con el carácter vinculante de los valores fundamentales contenidos en el artículo 2 TUE. La Comisión Europea ya lo hizo tiempo atrás, aunque haya presentado diferencias en la aproximación a Hungría y Polonia, pero con la propuesta del condicionamiento de fondos ha demostrado su convicción a la hora de proteger los valores europeos. También podemos concluir lo mismo respecto del Parlamento Europeo a la luz de sus últimas resoluciones. La defensa del iliberalismo se encuentra ahora en manos del Consejo, pues a pesar de que se haya iniciado el proceso del artículo 7 TUE y de que se haya podido aprobar el Reglamento de condicionamiento, aún depende de lo que esta institución decida al respecto. Por ahora el procedimiento del 7 TUE aún no ha progresado y, respecto del Reglamento de condicionamiento de fondos, solo ha sido utilizado respecto de Hungría, mientras que se ha recurrido a otras vías para congelar los fondos de Polonia. Asimismo, en el caso de Polonia podemos observar que las reformas provocadas por el cambio de gobierno –que supone la salida del poder del partido iliberal— han generado, como respuesta, que la Comisión anuncie públicamente su intención de desactivar el procedimiento del artículo 7 TUE y de comenzar de manera paulatina a desbloquear los fondos europeos que habían sido suspendidos.

Finalmente, se ha de señalar que la misma crítica a la advertencia de Bodino debe ser trasladada al ámbito estatal. Por lo tanto, no podemos permitir que las instituciones

europeas sean las únicas que *se manchen las manos* en la defensa del Estado de Derecho, sino que, por el contrario, debemos interpretarla como una responsabilidad compartida entre la Unión Europea y todos los Estados miembros que la componen[673]. Estos últimos, además de sus intereses nacionales concretos, deben ser conscientes del rol que juegan en las dificultades que en los últimos años han experimentado las instituciones europeas en la protección del Estado de Derecho, así como de las implicaciones que su postura puede acarrear respecto del principio de confianza mutua. Los Estados miembros son los dueños de los Tratados, en efecto, pero precisamente por esta razón también les corresponde una parte de la responsabilidad en cuanto a su protección, debido a que las dos instituciones políticas de la Unión que tienen un mayor peso en la defensa de los valores fundamentales del artículo 2 TUE –el Consejo Europeo, respecto de la constatación de la existencia de una violación grave y persistente, según lo dispuesto en el artículo 7.2 TUE; y el Consejo, en la medida en que es el único que puede imponer las sanciones previstas en el apartado tercero del mismo precepto, así como ocurre lo mismo en el caso de la adopción de las medidas propuestas a través del Reglamento de condicionamiento de fondos[674]— están compuestas por los representantes gubernamentales de más alto nivel procedentes de los distintos Estados miembros. Sería recomendable una mayor conciencia a nivel europeo por parte de los diferentes dirigentes nacionales, ya que esto facilitaría la adopción de las medidas que favorecieran los intereses de la integración supraestatal y, como resultado, de los Estados miembros que la componen. Sobre todo, en cuanto a la necesidad de que sean respetados los valores fundamentales recogidos en el artículo 2 TUE, en la medida en que su cumplimiento no solo tiene consecuencias en relación con aspectos materiales, no cuantificables y, por tanto, más arduamente discutibles, sino que también influye en otros ámbitos cuya naturaleza es objetiva y cuantificable[675]. Así lo han evidenciado los informes que han utilizado las instituciones europeas para justificar la utilización del

[673] En este sentido se ha pronunciado Kochenov (2015: 154), al señalar que habitualmente la doctrina subestima el potencial de la actuación de los Estados miembros en la defensa de los valores fundamentales recogidos en el artículo 2 TUE y, por tanto, los actores estatales deberían adquirir un mayor protagonismo (2015: 163). Pérez Calvo (2004: 108-109) considera, a este respecto, que los Estados miembros contribuyen al funcionamiento cotidiano de la Unión Europea y le otorgan el «soplo vital de cada día».

[674] Sobre la responsabilidad de los gobiernos nacionales cuando actúan en el marco del Consejo se ha pronunciado Solozábal Echevarría (1995: 65).

[675] Los efectos se extienden más allá de las fronteras nacionales, pues como ha puesto de manifiesto Krzywoń (2018: 360), la interrelación de los distintos Estados miembros que componen la Unión Europea provoca que la transgresión de los valores fundamentales del 2 TUE –que supuestamente son comunes— afecte de hecho a todos los ciudadanos europeos y, asimismo, trastoque la calidad del proceso decisorio de toda la Unión Europea por su participación. En esta misma línea, Baquero Cruz (2022: 438) entiende que «es ilusorio pensar que se trata de un problema que afecta únicamente a unos pocos Estados, y que se puede crear un cordón sanitario en torno a ellos, evitando su extensión a los demás».

Reglamento de condicionamiento de fondos en el caso de Hungría, pues las deficiencias del Estado de Derecho han provocado unos niveles de corrupción inaceptables.

Con lo dispuesto en el párrafo anterior queremos afirmar que es posible alcanzar el acuerdo de los distintos Estados miembros respecto de aquellas cuestiones que sí sean cuantificables desde el punto de vista objetivo, como ocurre con las cifras económicas; pero sin olvidar que resulta muy complicado que un acuerdo de este tipo sea obtenido en ámbitos más sensibles de protección respecto de determinados derechos y libertades, y en aquellos que se encuentren inexorablemente ligados al núcleo de la soberanía nacional. Proponemos comenzar la experiencia en relación con los primeros y, sobre esta práctica, plantear la posibilidad de ir avanzando respecto de los segundos.

5. Nuevos horizontes: sedimentación y sinergia

Hemos de comenzar este apartado con la asunción de que en la actualidad resultaría muy difícil llevar a cabo una reforma de los Tratados para modificar los instrumentos de garantía de los valores del artículo 2 TUE, a pesar de que esta sería la opción idónea[676]. Como una muestra de la *trampa del consenso* a la que se refería Darnstädt (2005: 145)[677], «cuando lo que hay que decidir no son incrementos, sino a quién se le ha de quitar algo, se podrá discutir largo y tendido con los afectados pero no servirá de nada», y, por tanto, «repartir por consenso es posible, alterar el reparto, no». Traducido a nuestros términos, la introducción del artículo 7 TUE se produjo en un momento en el que ninguno de los Estados miembros consideraba plausible su activación, ni tampoco que fuera necesaria, pero en la actualidad la situación es muy diferente por la aparición de regímenes iliberales en el seno de la Unión Europea y, como resultado, cualquier intento de introducir nuevos instrumentos que pudieran empoderar a las instituciones europeas frente a los gobiernos nacionales *díscolos* va a ser rechazada no solo por los que tengan claro que les afectará, sino también por aquellos que teman que un uso extensivo de estos nuevos mecanismos acabe por perjudicarles en el futuro.

En los Capítulos II y III nos hemos referido a la carrera paralela del poder y de los instrumentos que pretenden limitarlo. Respecto de los mecanismos de la Unión Europea

[676] Debido a que sería necesaria la unanimidad y este hito parece poco probable en la situación actual (Krzywoń, 2022: 183), las estrategias deben hallarse sin tomar en consideración la reforma de los Tratados (Closa, Kochenov y Weiler (2014: 7).

[677] Darnstädt (2005: 66-67) entiende la trampa del consenso se produce cuando nadie tiene la última palabra pero todos pueden oponer su veto y, como resultado, se produce el bloqueo de la vía democrática.

para defender los valores y, concretamente, el Estado de Derecho, si bien es cierto que en un primer momento la ventaja la tenían los regímenes iliberales porque habían conseguido sofisticar lo suficiente los medios para la obtención y consolidación del poder como para tener una apariencia de democracia, Estado de Derecho y, por ende, constitucionalismo, las instituciones europeas han acabado por reaccionar al citado proceso de refinamiento, pero es necesario que en todo caso estas respeten dichos estándares. Como bien apuntaban Cramér y Wrange (2001: 60) poco después de que tuviera lugar el *Haider Affair*, desarrollar los Tratados para proteger los valores puede resultar útil, pero no puede sustituir a la voluntad política de los Estados miembros.

En los momentos iniciales de la integración europea las instituciones podían actuar sin cumplir verdaderamente los principios que eran exigidos a los Estados candidatos para la adhesión gracias al *mesianismo político* al que hacía referencia Weiler (2012a: 259), consistente en la justificación de la acción y de su fuerza movilizadora no en el proceso, como en la democracia clásica, ni en el resultado o el éxito, como en el funcionalismo[678], sino en el ideal perseguido, «como una Tierra Prometida que espera al final del camino» (2012a: 256). Por tanto, no resulta ajeno al proceso de integración que las instituciones europeas hayan interpretado de manera extensiva sus competencias[679], o incluso las hayan sobrepasado para proteger los intereses generales de la Unión (Konstadinides, 2017: 35), en el convencimiento de que el fin en este caso justifica la utilización de cualquier medio. Sin embargo, en los últimos años parece que el mesianismo político ha perdido fuerza y la doctrina parece haber despertado al poner de manifiesto que los valores no solo han de ser respetados por los Estados miembros, sino también por parte de la Unión Europea si pretende mantener un grado suficiente de credibilidad y –por ende— de legitimidad[680]. Esta problemática ha sido representada de una forma muy gráfica por Weiler (2016: 326), cuando nos recuerda que «aquellos que viven en casas de cristal deben ser cautos a la hora de tirar piedras» y que, por ende, las instituciones europeas deben también ocuparse de poner en orden su propia estructura democrática. En esta línea, Palombella (2018: 8)

[678] Lo que se conoce como legitimidad por eficiencia.

[679] Como es paradigmático en el caso de la incorporación pretoriana de los derechos fundamentales a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

[680] Aunque Wolff (2013: 120) señalaba la necesidad de que la Unión Europea cumpla con el estándar del Estado de Derecho para ser un promotor creíble del mismo en terceros Estados y, por ello, su conclusión se inscribe en el marco de la acción exterior, consideramos que esta puede extrapolarse al ámbito interno. Sobre la importancia de que las instituciones europeas cumplan con el Estado de Derecho se pronuncian Closa, Kochenov y Weiler (2014: 5), Rodríguez-Izquierdo Serrano (2018: 967), y, específicamente respecto del Tribunal de Justicia, Lenaerts (2022: 363), que considera que el mismo «debe predicar con el ejemplo».

considera que centrar el debate sobre el Estado de Derecho en la capacidad que tienen las instituciones europeas para intervenir en los Estados miembros –olvidando que estas han de cumplir también con este valor— supone una actitud de *legal censorship*, que además se ve acompañada por lo que ha calificado como un «déficit de las credenciales del Estado de Derecho de la Unión Europea».

En el caso concreto del Tribunal de Justicia, la afirmación más representativa a este respecto se halla en la obra de Stein (1981: 1), que apuntaba que «escondido en el país de hadas del Gran Ducado de Luxemburgo y bendecido, hasta hace poco, con el abandono benigno por parte de los poderes y los medios de comunicación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas creó un marco constitucional para una estructura de tipo federal en Europa». Estas palabras han sido matizadas con el tiempo por Poiares Maduro (2003: 24-26), que considera errado pensar que el Tribunal de Justicia actuó en solitario, pues dicha institución necesitó la colaboración de las demás instituciones y, sobre todo, de los tribunales nacionales a través de un patrón de refuerzo positivo de los mismos en busca de decisiones prejudiciales, pues los tribunales nacionales aceptaban gustosamente las resoluciones del Tribunal de Justicia porque la capacidad que habían adquirido para plantear cuestiones prejudiciales y para inaplicar –en su caso— las normas nacionales, les otorgaba más poder. Por tanto, nos hallamos ante de una combinación del mesianismo político que antes mencionábamos y de los intereses en juego de los tribunales nacionales, ya que ambos factores favorecen el aumento de las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –y, por extensión, de los poderes judiciales nacionales— a través de una interpretación extensiva de las competencias que le son atribuidas por los Tratados.

Con el paso del tiempo el Tribunal de Justicia siguió desempeñando el mismo rol, pero se produjo un cambio sutil. El protagonismo adquirido con su actuación pretoriana, sumado a una mayor cobertura de su actividad por parte de los medios de comunicación y al cese de la adulación por parte de la doctrina, provocó que dicha institución adoptara una actitud más prudente (Weiler, 1995: 151). El Tribunal de Justicia alcanzó a entender que únicamente debía garantizar la uniformidad del ordenamiento jurídico europeo en los casos en los que tuviera la autoridad suficiente para ser respetado (Sarmiento, 2012: 314), por lo que adoptó una interpretación más formal del Estado de Derecho como tuvimos la ocasión de comprobar en el Capítulo II.

No obstante, cuando la crisis del Estado de Derecho se ha agravado lo suficiente, y ante la ineficacia de los instrumentos de protección de este valor de naturaleza política, el Tribunal de Justicia se ha decidido a actuar, recuperando en parte el espíritu mesiánico, pero reformulándolo para ser aceptado en los nuevos tiempos. El proceso de sofisticación de los instrumentos de garantía del Estado de Derecho en el ámbito de la Unión Europea ha tenido como *protagonista* visible al Tribunal de Justicia, pero no podemos olvidar que han participado *actores secundarios* –sobre todo la Comisión y el Parlamento Europeo, y, de una manera más *anémica*, el Consejo— y que ha sido necesarios utilizar *atrezzo* para conservar su apariencia de legitimidad.

En relación con sus *compañeros de reparto*, esta actuación conjunta le otorga una mayor legitimidad y, como resultado, credibilidad, a la actuación del Tribunal de Justicia, sobre todo si consideramos el hecho de que el Parlamento Europeo es la única institución de la Unión Europea con legitimidad democrática directa y que en el Consejo se reúnen los representantes gubernamentales de los Estados miembros. Pese a que muchos autores claman una actuación más contundente de las instituciones europeas[681], incluso dando la bienvenida al *activismo judicial* por la ineficacia de los mecanismos políticos existentes (Steible, 2021: 250), si bien coincidimos en que esta firmeza es del todo recomendable, al mismo tiempo consideramos con Martínez Alarcón (2022: 117) que es «comprensible que se agoten antes las herramientas consistentes en la persuasión» para evitar efectos adversos respecto de su legitimidad. No podemos soslayar la realidad de la problemática, pues los partidos políticos iliberales no son fuerzas marginales en los Estados miembros, sino que se configuran como la principal fuerza política y, por lo tanto, sería demasiado arriesgado utilizar iniciativas de defensa excluyentes –como la democracia militante— y, por lo tanto, sería mejor optar por una defensa de la democracia y el Estado de Derecho a través de los instrumentos de la política ordinaria (Bourne, 2022: 493)[682].

[681] Blázquez Peinado (2019: 40) considera que la «postura paciente, que no indolente de la Comisión, aunque ha corrido el riesgo de convertir la situación en irreversible, le ha permitido a ésta cargarse de nuevos y más sólidos argumentos y a la postre ha posibilitado una actitud más firme por su parte»; Pech (2022: 137) señala que existe una demanda popular de que la Unión Europea defienda más robustamente el Estado de Derecho frente a los regímenes iliberales y, por ello, es sorprendente ver cómo las instituciones europeas no lo están haciendo; y Pech, Wachowiec y Mazur (2021: 17) apuntan que la Comisión ha actuado *too little too late*, y el Consejo ha fallado al no actuar de manera significativa y, en cambio, esconderse tras declaraciones y llamadas al diálogo.

[682] Dicho autor distingue los distintos tipos de iniciativas para hacer frente a los partidos populistas –IoPPs, *Initiatives opposing Populist Parties*— en función de los actores implicados y del cauce utilizado, como tolerantes –que no indiferentes— o intolerantes –utilizando como punto de referencia la paradoja de

Fuera de la estructura institucional de la Unión Europea, la Comisión de Venecia ha contribuido a la promoción del Estado de Derecho a través de sus distintos informes, en los que ha recogido –sobre la base de su autoridad como órgano consultivo experto— los aspectos más relevantes de la deriva iliberal que se ha producido en dichos Estados, condenando en muchos casos las medidas adoptadas. La recepción del *soft law* sobre el Estado de Derecho proveniente del Consejo de Europa no se ha dado de manera evidente, sino que ha tenido lugar de manera indirecta-oculta, por lo que no aparece expresamente en las sentencias del Tribunal de Justicia y, por tanto, se ha producido más bien a través de instituciones políticas como el caso de la Comisión (Bustos Gisbert, 2021: 186-187), que lo ha utilizado, por ejemplo, en las recomendaciones derivadas del Nuevo Marco.

La actuación conjunta –dentro y fuera de la propia Unión Europea— no solo se ha traducido en una mayor credibilidad del Tribunal de Justicia en relación con la defensa del Estado de Derecho, sino que, además, ha facilitado la tarea de esta misma institución. Los datos incluidos en las recomendaciones de la Comisión, los documentos de activación del artículo 7.1 TUE, los informes anuales de la Comisión y las opiniones elaboradas por la Comisión de Venecia, entre otros muchos, han sido utilizados como indicios por parte del Tribunal para facilitar una adecuada comprensión del contexto en el que se inscriben las reformas analizadas en cada asunto.

Nos faltaría analizar los elementos de *atrezzo* utilizados por el Tribunal de Justicia. Además de todo lo mencionado, se ha producido un cambio de dinámica en cuanto a la aproximación jurisprudencial del Tribunal de Justicia. No solo se ha vuelto más prudente a la hora de resolver los asuntos más controvertidos y políticamente sensibles[683], sino que, al mismo tiempo, ha adoptado una actitud estratégica al introducir las innovaciones más relevantes en sentencias que –al menos a priori— no tienen nada que ver con la crisis del Estado de Derecho y, por tanto, no son susceptibles de ser contestadas. Dicha estrategia puede ser fácilmente intuida al observar la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*[684], ya que un conflicto relativo a las medidas

la intolerancia de K. Popper, esto es, que la tolerancia ilimitada conduce a la desaparición de la tolerancia— e incluye en esta última categoría la democracia militante

[683] Sobre todo en el marco de las cuestiones prejudiciales, donde ha optado por los *guidance cases*, esto es, por la elaboración de guías de actuación en las que –por mucho que sean contundentes— se deja la solución del caso concreto al juez nacional.

[684] La sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, conectó por primera vez la independencia judicial exigida por el artículo 19.1.II TUE –de manera implícita, derivada de la tutela judicial efectiva— como cauce para hacer exigible el valor del Estado de Derecho contenido en el artículo 2 TUE. Superó la limitación respecto

de austeridad que fueron adoptadas en Portugal como consecuencia de la crisis económica acabó convertido en una resolución esencial sobre la protección del Estado de Derecho[685]. La mayoría de la doctrina coincide en que el Tribunal de Justicia tenía la mirada puesta en Hungría y Polonia cuando dictó la sentencia en el asunto *ASJP*[686], y esto es confirmado no solo por la divergencia en cuanto a la temática del mismo, sino por el análisis corto y directo de las medidas nacionales cuya interpretación se solicitaba y, como consecuencia, Bonelli y Claes (2018: 635) afirman que el Tribunal de Justicia «estaba menos interesado en el resultado del caso que en realizar una afirmación general sobre la justicia europea y en crear una oportunidad para evaluar las controvertidas reformas judiciales polacas». Asimismo, hemos de tomar en consideración que en la resolución de este asunto no se determinó la incompatibilidad de la interpretación del Derecho UE con la norma nacional. Esta nueva estrategia, que puede ser incardinada en el marco de la *integración encubierta*, como ha señalado Rodríguez-Izquierdo Serrano (2018: 966-967), muestra la voluntad del Tribunal de Justicia de tornarse en un «guardián de la ortodoxia del orden constitucional» (sic) de la Unión Europea (Cortés Martín, 2020: 487).

El Tribunal de Justicia ha vuelto a utilizar dicha estrategia en otras dos ocasiones. En el asunto *Réexamen Simpson/Consejo y Réexamen HG/Comisión* ha desarrollado la exigencia de un *tribunal establecido por ley* –como un reflejo del Estado de Derecho— en una controversia centrada en la función pública europea[687]. En el asunto *Repubblika* ha incorporado el principio de no regresión –imposibilidad de que los Estados miembros reduzcan los estándares de constitucionalidad que les sirvieron para adherirse a la UE— al hilo de una cuestión prejudicial planteada por una reforma de la Constitución de Malta relativa al nombramiento de la judicatura, respecto de la cual acabó concluyendo –igual que en el asunto *ASJP*— que el artículo 19.1.II TUE había de ser interpretado en el sentido de que no se opone a la normativa nacional en cuestión[688]. También ha aprovechado las

del ámbito de aplicación que presentaba el artículo 47 CDFUE –que se deriva del artículo 51.1 CDFUE— al señalar que cuando entra en juego el artículo 19.1.II TUE este es aplicable en los *ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión*.

[685] La admisión misma de esta petición de decisión prejudicial resultó sorprendente si recordamos la reticencia que había mostrado el Tribunal de Justicia en el pasado a este respecto, evitando pronunciarse sobre los casos políticamente sensibles como las medidas de austeridad (Krajewski, 2018: 397).

[686] En este sentido, Bonelli y Claes (2018: 623), Blázquez Peinado (2019: 47), Bonelli (2021: 467), o Reyns (2021: 33).

[687] La sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2020, *Réexamen Simpson/Consejo* y *Réexamen HG/Comisión*, C-542/18 RX-II y C-543/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232. La ausencia de nexo con la crisis del Estado de Derecho en este asunto ha sido señalada por Rizcallah y Davio (2021: 589-590).

[688] La relación que existe entre la sentencia del asunto *Repubblika* y la crisis del Estado de Derecho en Polonia ha sido puesta de manifiesto por Sarmiento Ramírez-Escudero y Arnaldo Orts (2022: 142).

cuestiones prejudiciales relativas a la ejecución de las órdenes de detención europeas que son emitidas por las autoridades polacas, pero en este caso existe una mayor relación y, por lo tanto, diferimos su análisis al siguiente capítulo.

Las consecuencias de las innovaciones jurisprudenciales incluidas en estos asuntos no han aflorado en los mismos, sino que se configura como un proceso de *sedimentación*, pausado pero ineludible, de los argumentos que más tarde utilizaría en las sentencias que sí guardaban una conexión directa con la crisis del Estado de Derecho en Polonia. Así, estas innovaciones jurisprudenciales tangenciales se configuran como el *atrezzo* que ha permitido una respuesta –*visualmente*— más legítima por parte del Tribunal de Justicia.

Utilizando esta estrategia el Tribunal de Justicia ha conseguido dos beneficios que, pese a ser distintos, se retroalimentan. Por un lado, ha sido capaz de introducir elementos de una constitucionalidad fuerte –en la medida en que estos implican una interpretación extensiva de las competencias del Tribunal de Justicia— en sentencias no contestables, no solo por el ámbito de los asuntos y porque se refieran a Estados miembros distintos, sino también porque en los mismos no declara la incompatibilidad del Derecho nacional. Hemos de tener en cuenta que esta dinámica está presente en otras sagas jurisdiccionales, comenzando con el conocido asunto *Marbury vs Madison* del Tribunal Supremo de EEUU. Por otro lado, ha utilizado estas innovaciones judiciales en aquellos asuntos que trataban de manera directa la crisis del Estado de Derecho en Polonia y, por tanto, más susceptibles de ser contestados por las autoridades nacionales. Gracias a ello, ha podido conseguir una apariencia de neutralidad –en el sentido de respetar el principio de igualdad de trato de los Estados miembros del artículo 4.2 TUE— al fundamentar su sentencia recurriendo a los mismos argumentos que ha utilizado en relación con los demás Estados miembros. Esto serviría, con carácter general, para ir creando una bola de nieve cada vez más grande, que seguiría creciendo hasta el momento en que tuviera suficiente peso como para poder derribar a los regímenes iliberales.

No obstante, el Tribunal de Justicia no solo ha refinado su estrategia en cuanto a la forma en que elabora su jurisprudencia, sino que esta institución también ha incorporado una nueva perspectiva en cuanto al contenido de la última. En efecto, nos referimos a la aproximación sistémica que ha caracterizado a las sentencias más recientes, en las que se toman en consideración los elementos contextuales –tanto jurídicos, poniendo la norma en relación con el resto del ordenamiento jurídico para ver los efectos reales de la misma, como políticos, para tratar de extraer la voluntad política que hay tras su aprobación—

para hallar la teleología subyacente a la medida analizada. Como apuntamos más arriba, podemos vislumbrar este tipo de aproximación en las sentencias del Tribunal de Justicia en los siguientes asuntos: *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*[689], *A.K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*[690], *A.B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême - Recours)*[691], *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*[692], *W. Ż. () y des affaires publiques de la Cour suprême – nomination)* [693], y *Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*[694].

Uno de los aspectos que refleja fielmente el prisma sistémico en estas sentencias es la posición respecto de la reforma del Consejo Nacional del Poder Judicial de Polonia. Determinó que a pesar de que la intervención de una institución de este tipo puede servir, en principio, para objetivar el procedimiento de nombramiento de los órganos judiciales, para que sea así la misma habría de contar con las debidas garantías de independencia, como indica en el asunto C-619/18, paras. 115 y 116.

Este tipo de aproximación ha sido calificada –de forma positiva— como prudente por Krzywoń (2020b: 106), ya que su objetivo es evitar que el pronunciamiento entre en conflicto con las configuraciones de los órganos homólogos en otros Estados miembros. No obstante, otros autores se han manifiestan en contra de esta actitud de *self-restraint* en un asunto tan relevante y, por tanto, apuestan por un pronunciamiento más explícito del Tribunal de Justicia (Pech, Wachowiec y Mazur, 2021: 34). Si bien es cierto que este tipo de análisis integral –que tiene en cuenta el contexto jurídico y político— aumenta el riesgo de discrecionalidad por la naturaleza inexorablemente evaluativa del mismo, entendemos con Von Bogdandy (2019: 29) que está justificado por el carácter sistémico de las diferencias que el mismo trata de afrontar[695].

[689] Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, para. 85.

[690] Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2019, *A.K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, C-585/18, C-624/18 y C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, paras. 133, 137, 142, 143, 152.

[691] Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême - Recours)*, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, para. 138, utilizando como fundamento el contexto expuesto en los paras. 99-105 y 130-135, y para. 156.

[692] Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2021, *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, paras. 88, 112 y 157.

[693] Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021, *W. Ż. () y des affaires publiques de la Cour suprême – nomination)*, C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798, paras. 119 y 138-152.

[694] Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, para. 102.

[695] La nueva aproximación sistémica respondería a la necesidad de conceptos que vayan más allá de la disyuntiva binario entre la vulneración y la ausencia de esta (Von Bogdandy y Ioannidis, 2014: 63).

El análisis de la *sinergia* de las sentencias del Tribunal de Justicia con la actuación de las demás instituciones no estaría completo sin que nos refiriésemos al Reglamento de condicionamiento de fondos. En el asunto *Repubblika* el Tribunal de Justicia ha incluido una afirmación categórica que contiene unas implicaciones verdaderamente profundas, ya que ha concluido que «el respeto por un Estado miembro de los valores consagrados en el artículo 2 TUE constituye un requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a dicho Estado miembro»[696].

En el momento en que fue realizada, esta última afirmación parecía ser inocua porque el único cauce para determinar la vulneración de los valores del artículo 2 TUE por uno de los Estados miembros era el procedimiento contenido en el artículo 7 TUE, manifiestamente inoperante ante la exigencia de unanimidad en su apartado segundo, pero esto ha cambiado a raíz de la reciente creación del Reglamento de condicionamiento –mediato— de fondos al Estado de Derecho. Este instrumento, que ya hemos analizado, recoge la posibilidad de que el Consejo determine por mayoría cualificada –y, por tanto, alcanzable, como hemos podido comprobar con su activación respecto de Hungría— que uno de los Estados miembros está vulnerando el Estado de Derecho –como uno de los valores fundamentales del artículo 2 TUE— y, como resultado –y en la medida en que la situación afecte a la buena gestión financiera— se deben retener los fondos europeos que en principio le corresponderían a dicho Estado.

Este segundo factor hace posible –*de facto*, pues *de iure* ya lo era— que se declare el incumplimiento por parte de uno de los Estados miembros de uno de los valores en que se fundamenta la Unión Europea. Si analizamos el parágrafo 63 de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Repubblika* –donde los valores del artículo 2 TUE son establecidos como un «requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados»— a la luz de la posibilidad introducida por el nuevo instrumento de Derecho derivado, podemos observar cómo dicha afirmación, que en un principio parecía ser inocua, podría acabar convirtiéndose en un verdadero instrumento en manos de las instituciones de la Unión Europea para sortear los obstáculos que presenta la garantía política contenida en el artículo 7 TUE y posibilitando la suspensión de los derechos que se derivan de la aplicación de los Tratados respecto de los Estados miembros

[696] Como podemos ver en la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, para. 63.

que vulneren el Estado de Derecho. Sin embargo, la limitación que el propio Reglamento incluye respecto de la definición del concepto de Estado de Derecho –que únicamente es válida a los efectos del mismo instrumento— supondría una traba insalvable para que la posibilidad que hemos indicado se acabe materializando de manera formal. Faltaría ver, por lo tanto, si es plausible que la declaración de incumplimiento del Estado de Derecho a través del Reglamento de condicionamiento de fondos puede tener implicaciones de una forma indirecta. Como podremos comprobar en el capítulo siguiente, esta es una de las opciones que se plantea en el marco del sistema de las órdenes de detención europea.

Hemos de tener en cuenta que las posibilidades de materialización de la nueva vía de defensa de los valores europeos que apuntamos en el párrafo anterior nace limitada por dos factores: el primero, constituido por el principio de atribución de competencias, de modo que la actuación de las instituciones europeas no podrá vulnerar el reparto de competencias previsto en los Tratados, pues no existiría base jurídica alguna para ello[697]; y el segundo, la compatibilidad con el juicio creado por el Tribunal de Justicia, esto es, que los nuevos instrumentos de Derecho derivado que se creen para garantizar los valores de la Unión Europea no coincidan con el objeto y los fines del artículo 7 TUE[698].

Sin embargo, estos dos límites únicamente afectarán al primero de los escenarios que hemos señalado, es decir, cuando la innovación en la garantía de los valores europeos trae causa de la actuación política; pero, teniendo en cuenta el segundo de los escenarios, también sería posible que la declaración de vulneración del Estado de Derecho por parte de uno de los Estados miembros tuviera, como efecto colateral, consecuencias respecto de la actuación del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que únicamente está constreñido por el principio de atribución de competencias, salvo que él mismo extendiera por analogía este juicio a su ámbito de actuación como una muestra de *self-restraint*. Considerando que la moderación ha sido caracterizada como la antítesis del despotismo (Bisarya y Buler, 2017: 123), entendemos que esta última posibilidad sería la opción más adecuada para que no pueda ser cuestionada, en términos de legitimidad, la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A este respecto, entendemos que con carácter general la *justificación de los medios* –la nueva jurisprudencia de dicha institución—

[697] Como observamos, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento Europeo y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, para. 145, que se refiere a una identidad propia de la Unión y señala que esta última debe estar en condiciones de defender los valores, pero siempre «dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados».

[698] *Ibid*., para. 207.

sobre la base de la *bondad de los fines* –en este caso la defensa del Estado de Derecho— no resulta coherente con el argumentario propio del Derecho Constitucional, y, por tanto, decíamos antes que no puede ser incardinada esta respuesta del Tribunal de Justicia en el ámbito del *neofuncionalismo*, tal y como habían recomendado Pech y Platon (2018:7-11). Si deseamos una defensa legítima de los valores fundamentales de la integración europea, estos deben ser respetados a través de los medios elegidos para alcanzar dicha empresa. Como ya hemos afirmado en varias ocasiones, la defensa legítima del Estado de Derecho solo se puede alcanzar a través de cauces que respeten el Estado de Derecho, puesto que, en los supuestos en los que se utilizan instrumentos que vulneren el ordenamiento jurídico o que se sitúan al margen del mismo –en el marco de las *huidas del Derecho* que han sido analizadas por De Cabo Martín (2007: 212-213)— el resultado inevitablemente carecerá de un grado de legitimidad suficiente como para garantizar la estabilidad del sistema.

CAPÍTULO V

LAS CONSECUENCIAS DEL CAMBIO DE PARADIGMA

En los anteriores capítulos hemos estudiado los factores que servirán como apoyo para el análisis crítico que vamos a realizar en el presente. Partiendo de las concepciones tradicionales de los principios de confianza y de reconocimiento mutuos y del valor del Estado de Derecho y, tras ello, la exposición del surgimiento de los regímenes iliberales en el marco de la Unión Europea y la respuesta dada por las instituciones de esta última, estamos preparados para desentrañar cuáles son las implicaciones que este desarrollo ha tenido tanto en concreto, sobre el principio de confianza mutua y el sistema de las ODE, como con carácter general, respecto del constitucionalismo europeo.

1. Implicaciones sobre el principio de confianza mutua y el sistema de las ODE

En el primer capítulo caracterizamos el principio de confianza mutua en el marco de la Unión Europea como una presunción que, pese a ser *iuris tantum*, solamente podía ser desvirtuada –según establecía el Dictamen 2/13— en *circunstancias excepcionales*. En qué consistían esas circunstancias excepcionales no había sido aclarado y la efectiva desvirtuación de dicha presunción aún no había tenido lugar, pero todo ello ha cambiado a raíz del surgimiento de los regímenes iliberales en Hungría y en Polonia y, por ende, con la respuesta dada por las instituciones europeas a tal situación. Nos serviremos de las innovaciones jurisprudenciales recogidas en el capítulo anterior como punto de partida y, sobre esta base, nos centraremos en aquellos aspectos que se encuentran más relacionados con el principio de confianza mutua y, en especial, con el sistema de las ODE.

En el asunto *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* el Tribunal de Justicia determinó –utilizando como fundamento lo dispuesto en el Dictamen 2/13, para. 168— que la confianza mutua entre los Estados miembros se basa en la premisa fundamental de que los Estados miembros comparten una serie de valores comunes[699]. Tras cinco meses,

[699] Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, para. 30. Esta afirmación ha sido desarrollada más adelante, en las sentencias de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, para. 63, y de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento Europeo y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, para. 143.

concretó esta afirmación en el asunto *LM*, al determinar que el grado elevado de confianza que existe entre los Estados miembros y que sirve como fundamento para el sistema ODE parte de la premisa de que los órganos jurisdiccionales nacionales de los demás Estados, «que deberán sustanciar el procedimiento penal de persecución o de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad y el procedimiento penal de fondo una vez ejecutada la orden de detención europea, cumplen las exigencias de la tutela judicial efectiva, entre las que figuran, en particular, la independencia y la imparcialidad de dichos órganos jurisdiccionales»[700]. A través de esta sentencia se estaría aplicando a un supuesto concreto –el sistema de las órdenes de detención europea— la innovación jurisprudencial que fue introducida con carácter general al determinar que la tutela judicial efectiva y la independencia judicial conforman –a través del 19.1.II TUE— el valor del Estado de Derecho contenido en el artículo 2 TUE[701].

Sin embargo, en el asunto *LM* el Tribunal de Justicia adoptó una actitud prudente, en el sentido de que determinó que la activación del artículo 7.1 TUE respecto de Polonia, aunque «constituye un elemento especialmente pertinente a efectos» de la evaluación de la primera fase del doble test incorporado en *Aranyosi y Căldăraru*, no exime a la autoridad judicial de ejecución de realizar la segunda fase y, por ende, esta «deberá comprobar, concreta y precisamente, si en las circunstancias del caso de autos existen razones serias y fundadas para creer que la persona buscada, tras ser entregada» a las autoridades del Estado miembro emisor, correrá un «riesgo real de que se viole el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo»[702]. Una decisión más arriesgada al respecto, que determinara que la activación del 7.1 TUE supone la falta de independencia de todos los tribunales del Estado miembro objeto del mismo[703], como indica Bonelli (2021: 470), habría creado un alto riesgo de impunidad en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, al excluir a los tribunales de este último del espacio jurídico europeo y, por lo tanto, supondría eliminar uno de los cauces de resistencia *bottom-up* con los que cuenta la UE,

[700] Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, para. 58.

[701] Carrera y Mitsilegas (2018: 5) afirman que se ha producido la extensión del ámbito de aplicación de la tutela judicial efectiva al ELSJ y al sistema ODE.

[702] *Ibid.*, para. 68.

[703] Por ejemplo, Wendel (2019: 43) considera que la prudencia del Tribunal de Justicia al responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en este ámbito supone no asumir una mayor responsabilidad en la determinación de la existencia de deficiencias sistémicas en los Estados miembros de destino de las ODE, y que, aunque esto puede ser percibido como una muestra *elegante* de *self-restraint* por parte de la instancia europea que empodera a los Tribunales nacionales, también puede suponer una decepción para los últimos, cuando buscan una respuesta más contundente por parte del Tribunal de Justicia.

sin olvidar que este también puede ser utilizado por los actores de oposición nacionales para canalizar las problemáticas sobre el mal funcionamiento del sistema en relación con el Derecho de la UE. Pero no solo habría sido arriesgada en cuanto a sus efectos prácticos, sino también porque habría vulnerado lo dispuesto en el Considerando 10 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, que reserva la suspensión del sistema ODE a la constatación del Consejo Europeo por unanimidad conforme a lo dispuesto en el artículo 7.2 TUE.

Hemos de prestar atención al hecho de que estas últimas exigencias no se hallan en otros ámbitos de la cooperación judicial, ya que sirve como una muestra de que el sistema de las ODE entraña una sensibilidad política especial. Por ejemplo, en el derecho de asilo el Tribunal de Justicia se remitió a lo dispuesto en el artículo único del Protocolo n.º 24 –del TFUE— sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea[704], para determinar que la resolución que da inicio al procedimiento del artículo 7.1 TUE[705], «surte como efecto inmediato [desde su adopción y mientras el Consejo no se pronuncie] que se levante la prohibición a la que en principio están sometidos los Estados miembros de tomar en consideración o declarar admisible para su examen una solicitud de asilo presentada por un nacional húngaro y que, por lo tanto, modifica en las relaciones entre Estados miembros, la situación de Hungría en el ámbito del Derecho de asilo»[706].

La respuesta dada por el Tribunal de Justicia en la petición de decisión prejudicial del asunto *LM* provocó que el órgano jurisdiccional que la emitió, la *High Court* irlandesa, decidiera entregar al ciudadano polaco objeto de la ODE, por entender que no se cumplía la segunda fase del doble test. No obstante, algunos tribunales alemanes han ignorado este razonamiento del Tribunal de Justicia al determinar que la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas basta, por sí sola y sin aplicar la segunda fase, para denegar la ejecución de una ODE (Steible, 2021: 255). Esto refuerza lo que acabamos de indicar, pues a diferencia de lo que ocurre con el sistema de las ODE, que únicamente puede ser suspendido a través del artículo 7.2 TUE, la confianza mutua entre los Estados miembros,

[704] Establece que: «Dado el grado de protección de los derechos y libertades fundamentales por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, se considerará que los Estados miembros constituyen recíprocamente países de origen seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo. En consecuencia, la solicitud de asilo efectuada por un nacional de un Estado miembro sólo podrá tomarse en consideración o ser declarada admisible para su examen por otro Estado miembro en los siguientes casos: […] b) si se ha iniciado el procedimiento mencionado en el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea y hasta que el Consejo o, en su caso, el Consejo Europeo adopte una decisión al respecto en relación con el Estado miembro del que es nacional el solicitante; […]».

[705] En este caso por parte del Parlamento Europeo.

[706] Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021, *Hungría/Parlamento*, C-650/18, ECLI:EU:C:2021:426, paras. 39-41.

en un sentido más amplio y general del término, también puede desaparecer por otras vías (Martín Rodríguez, 2016: 894). Sin embargo, un excesivo fortalecimiento de la respuesta de las instituciones europeas frente a las vulneraciones de los valores fundamentales en los Estados miembros puede acabar introduciendo un elemento de reciprocidad que es ajeno al ordenamiento jurídico europeo y, por lo tanto, cuando planteemos las propuestas de mejora del Estado de Derecho habremos de atender también al impacto de las mismas respecto de los esquemas generales de confianza mutua (Bonelli, 2017: 195).

El Tribunal de Justicia volvió a confirmar que el principio de confianza mutua no tiene carácter absoluto en el asunto *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»*[707]. Cuando señaló que los Mecanismos de Cooperación y Verificación fueron impuestos a Rumanía y Bulgaria como consecuencia de la apreciación de deficiencias en los ámbitos de justicia y de lucha contra la corrupción, consideró que la adhesión de un Estado a la Unión no implica de manera automática el cumplimiento de su ordenamiento jurídico y, por tanto, hace posible la existencia de estos controles «para resolver precisamente esas deficiencias y garantizar la capacidad de dicho sistema y de los organismos encargados de la aplicación de la ley para ejecutar y aplicar las medidas adoptadas para contribuir al funcionamiento del mercado interior y del espacio de libertad, seguridad y justicia»[708]. Acto seguido, desarrolló la relación que existe entre el principio de confianza mutua y la debida independencia de las instituciones, ya que el respeto pleno del Estado de Derecho implica «la existencia de un sistema judicial y administrativo imparcial, independiente, efectivo y bien preparado, entre otras cosas, para luchar contra la corrupción»[709]. Así, concluyó que la introducción de un sistema que por su funcionamiento puede ser utilizado para presionar e intimidar a los jueces, crea una «apariencia de falta de independencia o de imparcialidad de esos jueces» y «puede menoscabar la confianza que la justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho»[710]. Como bien apuntaban Von Bogdandy y Ioannidis (2014: 36), cuando nos hallamos ante deficiencias de naturaleza sistémica –y no infracciones aisladas— las personas modifican sus expectativas normativas en lugar de insistir en ellas y, por lo tanto, dichas expectativas dejan de ser normativas.

[707] Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 2021, *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393.
[708] *Ibid.*, para. 158.
[709] *Ibid.*, para. 159.
[710] *Ibid.*, para. 216.

Aunque estas innovaciones jurisprudenciales han originado una transformación del principio de confianza mutua, entendemos que estos efectos no han sido tan profundos, en contra de lo apuntado por autoras como Rizcallah (2019: 53-54) o Steible (2021: 256), que consideran, respectivamente, que la confianza no debe ser otorgada a aquellos que la han traicionado –*fragenti fadem non est fides servanda*— y que el espacio de cooperación judicial parece estar configurándose hacia una *vigilancia mutua*. Con esta afirmación no ponemos en duda que se haya producido un verdadero cambio de paradigma en la Unión, pero sí tratamos de ser sensatos en cuanto a las implicaciones reales de dicha evolución. La fortaleza del principio de confianza mutua, que como ya hemos puesto de manifiesto no solo sirve para permitir los avances en la integración ante la falta de armonización, sino que se configura como una verdadera condición existencial para el funcionamiento adecuado de la integración europea, provoca que cualquier avance en este ámbito –como la introducción de excepciones en el marco del sistema de las ODE— se vea sometido a las dinámicas funcionalistas y acabe por ser relativizado en una suerte de ponderación. Cuando se pone en la balanza la viabilidad de un instrumento concreto con el desempeño general del proceso de integración europea, parece que la posibilidad de que sean violados los derechos fundamentales de algunos ciudadanos europeos no tiene tanta importancia a los ojos del Tribunal de Justicia: continúa teniendo un objetivo eminentemente funcional, enfocado en la garantía del adecuado funcionamiento del ordenamiento jurídico europeo y, sobre todo, del mercado único como motor del mismo, a diferencia de lo que hemos explicado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se caracteriza por una visión subjetivista y, como consecuencia, pone el foco en el respeto de los derechos individuales.

La transformación del principio de confianza mutua y, en concreto, el sistema ODE, a pesar de que se ha producido utilizando como fundamento los derechos fundamentales, ha tenido lugar de manera diferenciada mediante las dos dimensiones distintas de estos: subjetiva y objetiva. La distinción entre sendas dimensiones de los derechos se encuentra en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional español[711] y, más concretamente, como se adelantó en el marco de un voto particular a la sentencia de 12 de abril de 1988, mientras los derechos subjetivos son «situaciones de poder, puestas por el ordenamiento jurídico a disposición de los sujetos favorecidos para que éstos realicen libremente sus propios intereses, dicho instrumento no se adecúa a la organización estatal, ya que el objetivo de esta última no sería otorgar protección o tutela a un derecho fundamental, sino

[711] Como bien ha recogido Ugartemendia Eceizabarrena (2020: 310).

velar por la pureza de una objetiva ordenación del proceso de acuerdo con los postulados del Estado de Derecho»[712]. Este razonamiento fue acogido unos meses después por el Tribunal Constitucional, en la sentencia de 8 de junio de 1988, cuando determinó, respecto de las libertades recogidas en el artículo 20 de la Constitución Española, que estas «no solo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático» y que, como consecuencia, dichas libertades están «dotadas de una eficacia que transciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales»[713].

La dimensión subjetiva o individual de los derechos fundamentales estaría referida a la protección de los mismos en relación con personas específicas y en asuntos concretos, utilizando para ello los cauces procesales incluidos en el ordenamiento jurídico a tal fin. La dimensión objetiva o sistémica de los derechos fundamentales está vinculada con la idoneidad de la estructura del ordenamiento jurídico y del sistema de recursos en relación con la protección de la dimensión subjetiva y, en tanto se refiere a la arquitectura jurídica del sistema, optaremos por denominarla *estructural*. Más allá de esta distinción teórica, hemos de atender a los resultados prácticos que se derivan de la misma: mientras que una deficiencia en la protección de los derechos fundamentales en un supuesto concreto va a desembocar en todo caso en la vulneración del mismo respecto de la persona afectada y, por tanto, en un sentido subjetivo[714]; la existencia de deficiencias de naturaleza sistémica en la protección de los derechos en un Estado no va a desembocar inevitablemente en la vulneración de los mismos en los supuestos concretos, pues los defectos de tipo objetivo pueden ser salvados a través de mecanismos de defensa institucional de tipo individual[715]. Por lo tanto, la relación entre sendas dimensiones de los derechos fundamentales no es de consustancialidad, sino de complementariedad, en la medida en que las deficiencias de la dimensión estructural no siempre determinan la existencia de vulneraciones subjetivas, pero sí que favorecen –al crear un entorno propicio para ello— la producción de estas; y

[712] Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de abril de 1988, 64/1988, ECLI:ES:TC:1988:64, Voto particular de los Magistrados don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra y don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

[713] Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988, 107/1988, ECLI:ES:TC:1988:107, FJ 2.

[714] Por ejemplo, a causa de errores judiciales, de la ausencia de imparcialidad de jueces concretos, de negligencias en cuanto a la tramitación del procedimiento, etc.

[715] Por ejemplo, puede ocurrir que un juez crea firmemente en la justicia y, por tanto, trate de resolver los asuntos de conformidad con las normas, ignorando las amenazas externas a su independencia, aunque el sistema en el que se incardina esté caracterizado por la corrupción y las presiones por parte del gobierno.

en que las violaciones específicas, aunque no tienen por qué provenir de una deficiencia estructural en la protección de los derechos fundamentales, sí que pueden convertirse, cuando tienen lugar de una manera abundante y se concentran en un ámbito determinado, en un indicio de la existencia de un problema de naturaleza sistémica.

Pasamos ahora a exponer cuáles son las transformaciones que ha experimentado el principio de confianza mutua a causa de las dos dimensiones –subjetiva y estructural— de los derechos fundamentales y, como resultado de ellas, la evolución que ha sufrido el sistema de las órdenes de detención europea.

1.1. Derivadas de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales

Comenzamos señalando que el sistema de la orden de detención europea (ODE) es el instrumento derivado del principio de reconocimiento mutuo más restrictivo en cuanto a la consideración de la vulneración individual de los derechos fundamentales como motivo de denegación de la ejecución. Podemos ver ejemplos de otros mecanismos en los que ya era habitual encontrar este tipo de motivo de denegación del reconocimiento en el sistema de la orden europea de investigación[716] o respecto de las sanciones pecuniarias[717]. Lo mismo ocurría, como ya advertimos, en el ámbito del derecho de asilo respecto de los efectos de las resoluciones de activación del mecanismo contenido en el artículo 7.1 TUE.

[716] Conforme a lo dispuesto en el artículo 11.1.f) de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, «se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una OEI en el Estado de ejecución: […] f) cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI sería incompatible con las obligaciones del Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 6 del TUE y de la Carta», tal y como advierte la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2021, *Gavanozov II*, C-852/19, ECLI:EU:C:2021:902, para. 8, debido a que acaba concluyendo en el para. 62 que «procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6 de la Directiva 2014/41, en relación con el artículo 47 de la Carta y el artículo 4 TUE, apartado 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la autoridad competente de un Estado miembro emita una orden europea de investigación que tenga por objeto practicar registros e incautaciones, así como interrogar a un testigo por videoconferencia, cuando la normativa de ese Estado miembro no contempla ninguna vía de recurso contra la emisión de tal orden europea de investigación».

[717] El artículo 20.3 de la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, determina que «cualquier Estado miembro podrá, toda vez que el certificado a que se refiere el artículo 4 suscite la cuestión de una presunta violación de los derechos fundamentales o de los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado, oponerse al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones y, en este caso, se aplicará el procedimiento previsto en el apartado 3 del artículo 7», relativo a la obligación de solicitar información adicional. Estos motivos de denegación han de ser interpretados restrictivamente, conforme a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021, *LU (Recouvrement d'amendes de circulation routière)*, ECLI:EU:C:2021:804, para. 38. En cuanto a la solicitud de información adicional el para. 50 determina que «para garantizar la eficacia de la citada Decisión Marco y, en particular, el respeto de los derechos fundamentales, la autoridad del Estado miembro emisor está obligada a proporcionar dicha información».

Se trata de normas que son menos gravosas para la soberanía de los Estados miembros, en tanto en el primer caso no determina la emisión de una condena penal ni la ejecución de una condena de esta naturaleza, sino solamente autoriza la investigación previa, y en el segundo caso nos hallamos ante la ejecución limitada a una *cantidad de dinero* –según dispone el artículo 1.b) de la Decisión marco 2005/214/JAI— y queda excluida cualquier tipo de condena de naturaleza personal. Además de su mayor afectación a la soberanía, no podemos soslayar el hecho de que en el sistema de las órdenes de detención europea «ha de garantizarse no solo que se respeten los derechos fundamentales de las personas cuya entrega se solicita, sino también que se tomen en consideración otros intereses, como la necesidad de respetar, en su caso, los derechos fundamentales de las víctimas de las infracciones de que se trate»[718].

Es lógico, por las implicaciones del sistema de las órdenes de detención europea, que su regulación sea mucho más restrictiva. Ya hemos visto que la vulneración de los derechos fundamentales no ha sido incluida en los motivos de denegación de la ODE, sino que la única mención a este respecto se encuentra en el art. 1.3 de la Decisión marco 2002/584/JAI, que establece que «la presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea». El Tribunal de Justicia ha confirmado esta interpretación *pro-derechos* del sistema ODE en el asunto *SF (Mandat d'arrêt européen - Garantie de renvoi dans l'État d'exécution)*, utilizando como argumento la jurisprudencia consolidada que apunta que «las normas del Derecho derivado de la Unión deben interpretarse y aplicarse respetando los derechos fundamentales, de los que forma parte el derecho de defensa que se deriva del derecho a un proceso equitativo», consagrado en los arts. 47 y 48 CDFUE, así como en el 6 CEDH[719]. No obstante, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se ha concebido como un motivo de denegación de la ejecución de las órdenes de detención europea en cuanto a su dimensión estructural, por lo que dejamos su análisis para el apartado siguiente.

El principal caballo de batalla del Tribunal de Justicia en relación con la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales radica en el artículo 4 de la Carta de Derechos

[718] Conforme a lo establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 22 de febrero de 2022, *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, C-562/21 PPU y C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100, para. 60.

[719] Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 2020, *SF (Mandat d'arrêt européen - Garantie de renvoi dans l'État d'exécution)*, C-314/18, ECLI:EU:C:2020:191, para. 58.

Fundamentales de la UE, en el que se determina que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

El Tribunal de Justicia ha determinado en el asunto *Aranyosi y Căldăraru* que este precepto de «carácter es absoluto y es indisociable del respeto de la dignidad humana, recogido en el artículo 1 de la Carta», así como que «el carácter absoluto del derecho garantizado por el artículo 4 de la Carta está corroborado por el artículo 3 del CEDH»[720]. Sin embargo, en este asunto el riesgo de vulneración del artículo 4 CDFUE –y, por ende, del artículo 3 CEDH— no provenía de la situación concreta, sino de la situación general del Estado miembro de destino al que serían enviadas las personas objeto de las ODE, por lo que el doble juicio que el Tribunal de Justicia instauró en esta sentencia nos servirá, en realidad, cuando veamos las transformaciones derivadas de la dimensión estructural de los derechos fundamentales. La primera sentencia que introdujo el artículo 4 CDFUE, en su dimensión subjetiva, como un motivo de denegación del reconocimiento mutuo en un instrumento que en principio no preveía este tipo de razones para la negativa a ejecutar, radica en el asunto *C.K. y otros*[721], relativo al derecho de asilo, tomando en consideración que en este caso el riesgo para los derechos fundamentales de la persona afectada no estaba derivado de la situación del Estado miembro de destino, sino del propio traslado (Wendel, 2019: 39), y en esta línea determinó que el art. 4 CDFUE ha de interpretarse en el sentido de que «incluso cuando no existan razones fundadas para temer que existan deficiencias sistemáticas en el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo, el traslado de un solicitante de asilo en el marco del Reglamento Dublín III solo puede efectuarse en condiciones que excluyan que ese traslado implique un peligro real y cierto de que el interesado sufra tratos inhumanos o degradantes», y, como resultado, que «en unas circunstancias en las que el traslado de un solicitante de asilo que padece una enfermedad mental o física particularmente grave implicaría un peligro real y cierto de deterioro significativo e irremediable de su estado de salud, ese traslado constituye un trato inhumano y degradante, en el sentido de dicho artículo», de modo que el mismo podrá ser suspendido si se cumplen determinadas condiciones relativas a la gravedad de la afección, siempre que las precauciones adoptadas por el Estado miembro de destino no

[720] Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, paras. 85 y 86, utilizando como fundamento lo dispuesto en la sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, para. 80.

[721] Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2017, *C. K. y otros*, C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127.

basten para «garantizar que su traslado no implicará un peligro real de agravación significativa e irremediable de su estado de salud»[722].

El siguiente avance está en el asunto *X (Mandat d'arrêt européen - Ne bis in idem)*, donde el Tribunal de Justicia estableció que la Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa al sistema de la ODE, «ha de ser interpretada de tal manera que se garantice la conformidad con las exigencias del respeto a los derechos fundamentales de las personas afectadas, sin que por ello se ponga en peligro la efectividad del sistema de cooperación judicial entre los Estados miembros»[723].

Sin embargo, la contribución reciente más relevante se halla en el asunto *E. D. L. (Motif de refus fondé sur la maladie)*[724], puesto que en el mismo el Tribunal de Justicia ha desarrollado la dirección que fue apuntada unos años antes en el asunto *C. K. y otros*, pero en este caso en relación con el sistema de la ODE. Utiliza por analogía lo dispuesto en este último asunto –para. 70— respecto de la presunción de adecuación de la asistencia y los tratamientos en los Estados miembros para atender, en particular, tales patologías, y añade que esto es así «ya se proporcionen en un entorno carcelario o en el contexto de un régimen alternativo de mantenimiento de dicha persona a disposición de autoridades judiciales del Estado miembro emisor»[725].

Aunque la Decisión Marco 2002/584/JAI no prevé entre los motivos de denegación de la ejecución de una ODE el hecho de que la persona sufra patologías graves, crónicas y potencialmente irreversibles, sí que es posible la suspensión derivada de la denominada *cláusula humanitaria*, que está contenida en el artículo 23.4 de la citada Decisión Marco, ya que de ella «se desprende que, en circunstancias excepcionales, asociadas en particular a situaciones de peligro manifiesto para la vida o la salud de la persona buscada, la entrega podrá suspenderse con carácter provisional»[726]. El Tribunal de Justicia apuntó, sobre esta

[722] *Ibid.*, para. 96.

[723] Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2021, *X (Mandat d'arrêt européen - Ne bis in idem)*, C-665/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:339, para. 58.

[724] Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de abril de 2023, *E. D. L. (Motif de refus fondé sur la maladie)*, C-699/21, ECLI:EU:C:2023:295.

[725] *Ibid.*, para. 35.

[726] *Ibid.*, para. 36. El contenido del artículo 23.4 es el siguiente: «Podrá suspenderse de manera excepcional y con carácter provisional la entrega por motivos humanitarios graves, por ejemplo, cuando existan razones válidas que hagan pensar que podría poner en peligro la vida o la salud de la persona buscada. La ejecución de la orden de detención europea deberá producirse en cuanto dichos motivos dejen de existir. La autoridad judicial de ejecución informará de ello inmediatamente a la autoridad judicial emisora, y acordará con ésta una nueva fecha para la entrega. En este caso, la entrega tendrá lugar dentro de los diez días siguientes a la nueva fecha acordada».

base, que «la autoridad judicial de ejecución está autorizada a suspender con carácter provisional la entrega de la persona buscada, siempre que existan razones fundadas que hagan pensar, a partir de elementos objetivos, como certificados médicos o informes periciales, que la ejecución de la orden de detención puede poner en peligro, de manera manifiesta, la salud de dicha persona»[727]. No obstante, para ello ha establecido un «umbral mínimo de gravedad que supere el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la reclusión»[728], que puede traspasarse en caso de que «exista un riesgo de muerte inminente o respecto de la que existan motivos fundados para creer que, aunque no corra un riesgo de muerte inminente, se expondría, en las circunstancias del caso concreto, a un peligro real de experimentar o bien un deterioro grave, rápido e irreversible de su estado de salud, o bien una redacción significativa de su esperanza de vida»[729].

Esta *facultad* se transforma en una *obligación de suspensión* cuando se concluya que el traslado supone «un peligro real de experimentar una reducción significativa de su esperanza de vida o un deterioro rápido, grave e irreversible de su estado de salud»[730], advirtiendo que la interpretación del artículo 23.4 y de la Decisión Marco 2002/584/JAI en general no debe poner en peligro la efectividad del sistema de cooperación judicial ni del sistema de la ODE[731]. Adicionalmente, el propio Tribunal de Justicia ha advertido que «no cabe excluir que, en circunstancias excepcionales», se llegue la conclusión de que el peligro es real y que el mismo «no puede descartarse en un plazo razonable»[732] y, por ende, en los casos en que, «habida cuenta de la información facilitada por la autoridad judicial emisora, así como de todos los demás datos de que disponga la autoridad judicial de ejecución, resulta que ese peligro no puede excluirse en un plazo razonable, esta última autoridad debe denegar la ejecución de la orden de detención europea»[733].

[727] *Ibid.*, para. 37.

[728] *Ibid.*, para. 40. Utiliza por analogía lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2017, *Rezmiveş y otros c. Rumanía*, CE:ECHR:2017:0425JUD006146712, para. 72.

[729] *Ibid.*, para. 41. Utiliza por analogía lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2022, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Expulsión - Cannabis medicinal)*, C-69/21, ECLI:EU:C:2022:913, paras. 63 y 66, sobre la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en relación con los artículos 1, 4 y 19.22 de la CDFUE.

[730] *Ibid.*, para. 42.

[731] *Ibid.*, para. 43.

[732] *Ibid.*, para. 50.

[733] *Ibid.*, para. 55.

A través de los distintos parágrafos del asunto *E. D. L.*, podemos observar que se ha producido una transformación del contenido de la Decisión Marco 2002/584/JAI. Así, por la naturaleza de aquellas patologías crónicas e irreversibles que, por su gravedad, impliquen un peligro real para la vida de la persona afectada, con independencia de las condiciones de reclusión y del nivel de las prestaciones médicas en el Estado miembro de destino al que sería enviada de ser ejecutada la ODE, la facultad de apreciación acaba por convertirse en una obligación de suspensión[734]. A su vez, esta obligación de suspensión experimenta una transformación, cuando no existen perspectivas de mejora a corto plazo, hacia una obligación de denegación de la ejecución de las ODE.

En este caso brilla por su ausencia el doble test incluido en *Aranyosi y Căldăraru*. A diferencia de los supuestos anteriores, en el asunto *E. D. L.* el Tribunal de Justicia pone el foco de atención en el estado de salud de las personas objeto de una orden de detención, y no, como ocurría en asuntos previos, a las condiciones de reclusión existentes en el Estado miembro de destino. Aquí estarían entrando en juego patologías tan graves que el mero traslado puede suponer un riesgo para la vida de la persona afectada por la ODE y, por este motivo, el análisis va a girar en exclusiva alrededor de la situación individual, descartando aquellos argumentos que tengan que ver con la dimensión estructural de los derechos fundamentales.

Pero también es posible que nos encontramos ante situaciones que estén a caballo entre sendos extremos, donde la patología sufrida por la persona no haga que el traslado en sí mismo suponga un peligro real para la vida de esta última, pero sí que exija que en caso de producirse la entrega, esta persona requiera un determinado tipo de tratamientos o unas condiciones de reclusión específicas y, en su caso, medidas alternativas a la misma. En estos supuestos, si bien la ponderación de la autoridad judicial de ejecución va a girar sobre la situación individual de la persona objeto de la ODE, va a resultar inevitable que tome en consideración los aspectos estructurales del Estado miembro de destino, ya que los mismos serán los que determinen si el último es capaz de proporcionar a esta persona un nivel de tratamientos médicos suficientes –dentro o fuera del sistema penitenciario— como para que no se vea sometida a tratos inhumanos o degradantes. La determinación del supuesto ante el cual nos encontremos va a depender de la concreta patología que en

[734] Como bien han apuntado Anagnostaras y Tsadiras (2023: 702), a través de este asunto la cláusula humanitaria del artículo 23.4 recibe una nueva interpretación, distinta a su finalidad original, y sirve como base jurídica para introducir un nuevo supuesto de suspensión obligatoria.

cada caso concreto presente la persona objeto de una ODE, por lo que consideramos que la dimensión de los derechos fundamentales predominante a este respecto es la subjetiva, de modo que la estructural tendría un carácter secundario. No tenemos del todo claro que el doble juicio creado por el Tribunal de Justicia en *Aranyosi y Căldăraru* sea aplicable a todos estos asuntos intermedios, ya que el mismo fue ideado para evaluar aquellos casos en los que existen deficiencias sistémicas en el Estado miembro de destino, pero aquí no solo es posible que la inidoneidad de este último para responder a las necesidades médicas de la persona afectada por la ODE se deriven de este tipo de deficiencias en relación con las condiciones de reclusión con carácter general, sino que esta también puede darse por la inexistencia de un nivel de servicios médicos suficiente como para garantizar su salud. En este último supuesto el doble juicio no sería adecuado para ponderar la problemática de los derechos fundamentales de la persona afectada con la eficiencia general del sistema de las órdenes de detención europea.

Paulatinamente, el Tribunal de Justicia parece estar reaccionando ante la necesidad de que los derechos fundamentales adquieran un mayor protagonismo en sus sentencias, renunciando al doble juicio en aquellos supuestos en que la situación individual es urgente y se pone en juego la vida de las personas afectadas y adquiriendo, como consecuencia, tintes que son más propios de la caracterización subjetivista que en su momento hicimos respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[735].

Este tipo de aproximación fue confirmada previamente en el asunto *Dorobantu*, donde el Tribunal de Justicia determinó que a pesar de que las «consideraciones relativas a la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y a los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuos pueden servir de contrapeso, en el análisis de la autoridad judicial de ejecución que debe decidir sobre la entrega, a la existencia de un riesgo real de que la persona en cuestión sea sometida a un trato inhumano o degradante», el carácter absoluto de la prohibición contenida en el artículo 4 CDFUE «impide que tales consideraciones puedan limitar de algún modo el derecho fundamental a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes»[736].

[735] En este sentido se han pronunciado, asimismo, Anagnostaras y Tsadiras (2023: 692).

[736] Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2019, *Dorobantu*, C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857, para. 82.

1.2. Derivadas la dimensión estructural de los derechos fundamentales

En cuanto a la transformación del principio de confianza mutua y, concretamente, del sistema de las ODE, a raíz de la dimensión estructural de los derechos fundamentales, distinguiremos dos grandes líneas jurisprudenciales: la que se refiere a las condiciones de detención de los Estados miembros de destino y, por ende, está relacionada con el artículo 4 CDFUE; y aquella que se deriva de la existencia de deficiencias sistémicas en relación con el derecho a la tutela judicial en los Estados miembros de destino y, por consiguiente, encuentra su asidero jurídico en el contenido de los artículos 19.1.II TUE y 47 CDFUE.

Hasta la sentencia dictada en el asunto *Aranyosi y Căldăraru*, el Tribunal de Justicia únicamente se había visto obligado a poner en duda los límites del principio de confianza mutua como consecuencia de circunstancias objetivas. No obstante, esta situación cambió como consecuencia del surgimiento y la posterior consolidación de regímenes iliberales en algunos Estados miembros –principalmente del centro y este— de la Unión Europea, puesto que las circunstancias que debemos considerar en estos casos –como pueden ser, por ejemplo, la adecuación de la organización nacional de la Administración de justicia, o del órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las normas, con el principio de separación de poderes— resultan difícilmente cuantificables.

Cuando utilizamos la expresión *circunstancias objetivas*, nos estamos refiriendo a los elementos que son susceptibles de ser sometidos a un análisis *cuantitativo*, es decir, que pueden ser medidos numéricamente o a partir de determinados estándares prefijados. Para ejemplificarlos podemos señalar, en el ámbito de las condiciones de detención en los centros penitenciarios, factores como las tasas de encarcelamiento y sobreocupación o las condiciones de hacinamiento, ya que los mismos están conformadas por aspectos como la superficie de la celda o la duración de los tiempos de descanso (Rodríguez Yagüe, 2018: 55). En el caso contrario, nos encontraríamos ante la necesidad de llevar a cabo un análisis *cualitativo*, en el que también entrarían en juego factores como la interrelación entre los distintos elementos de análisis o el contexto extrajurídico.

Será en este segundo conjunto de posibilidades donde podrán operar con más fuerza los mecanismos de control del Estado de Derecho por parte de las instituciones europeas. Teniendo en cuenta las divergencias de valoración que surgen entre ambas situaciones y, en todo caso, partiendo de que resulta mucho más complicado que el Tribunal de Justicia

determine la existencia de deficiencias sistémicas provocadas por circunstancias que no sean susceptibles de ser sometidas a un análisis de tipo cuantitativo; entendemos que a los efectos de esta investigación es más provechoso analizar separadamente ambos casos. Estudiaremos primero las innovaciones jurisprudenciales sobre condiciones de reclusión y, tras ello, incluiremos aquellas novedades que hayan sido introducidas en relación con las reformas del poder judicial y de la justicia constitucional en los regímenes iliberales, y, en especial, en el caso de Polonia, que como ya hemos visto es el Estado miembro que ha recibido una mayor atención de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la doctrina, tanto a través de los recursos de incumplimiento que fueron iniciados por la Comisión, como con la ayuda de los órganos jurisdiccionales polacos, ya que estos han planteado numerosas peticiones de decisión prejudicial. Entendemos que la mejor metodología para llevar a cabo un estudio de la evolución experimentada por los principios de confianza y de reconocimiento mutuos –respecto del sistema de cooperación judicial civil y penal— es realizar un análisis cronológico, aunque a veces adelantaremos algunos matices que, pese a que hayan sido añadidos en una sentencia posterior, puedan ser comprendidos más fácilmente si son expuestos de forma conjunta.

Respecto de las condiciones de reclusión, el punto de partida sería la introducción del doble juicio en el asunto *Aranyosi y Căldăraru*. La ejecución de las ODE solamente puede ser denegada por las autoridades judiciales nacionales si, tras haber llevado a cabo un riguroso examen a través del test bifásico a elaborado por el Tribunal de Justicia, determinan que es probable que la persona objeto de la ODE va a sufrir una vulneración de su derecho derivado del art. 4 CDFUE. Hemos de recordar que este doble juicio se estructura en dos fases diferenciadas: en la primera la autoridad judicial de ejecución ha de tener en cuenta el contexto general del Estado miembro emisor para determinar si concurren o no las *circunstancias excepcionales* a las que se refería el Dictamen 2/13; mientras que en la segunda la autoridad judicial de ejecución habrá de estudiar cuáles son las consecuencias que se derivan de las deficiencias sistémicas en relación con el riesgo de vulneración en el asunto concreto que está conociendo. En el Considerando 10 de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, se establece que –a causa del alto grado de confianza entre los Estados miembros— «su aplicación solo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros», de los valores fundamentales del artículo 2 TUE, constatada a través

del procedimiento del artículo 7.1 TUE, y con las consecuencias previstas en el apartado segundo del mismo precepto[737]. Esta afirmación se refiere a la suspensión generalizada del mecanismo de las órdenes de detención europea. No obstante, el Tribunal de Justicia sí que ha admitido la posibilidad de que la primera fase del doble juicio sea suspendida, pero en el ámbito del Estado de Derecho.

Determinó en el asunto *Aranyosi y Căldăraru* que en aquellos supuestos en los que la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución disponga de elementos de prueba «que acrediten un riesgo real de que se inflija un trato inhumano o degradante a las personas encarceladas en el Estado miembro emisor, […] dicha autoridad deberá apreciar la existencia de ese riesgo a la hora de pronunciarse sobre la entrega a las autoridades judiciales del Estado miembro emisor de la persona que es objeto de una orden de detención europea, porque la ejecución de dicha orden no puede dar lugar a que se trate de forma inhumana o degradante a esa persona»[738].

Adicionalmente, determinó que para llevar a cabo dicha apreciación «deberá basarse primero en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión»; y acto seguido indicó qué tipo de documentos pueden ser utilizados a estos efectos[739].

La siguiente innovación se halla en el asunto *Generalstaatsanwaltschaft*, donde el Tribunal de Justicia afirmó que la existencia de mecanismos de control judicial –*ex post*— de las condiciones de reclusión a la vista de los derechos fundamentales no exime a la autoridad judicial de ejecución de realizar el examen individual de la situación de la persona objeto de la orden de detención europea, para asegurarse de que la decisión sobre

[737] La sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, para. 71, confirmó que «resulta del propio tenor de dicho considerando que corresponde al Consejo Europeo constatar una violación en el Estado miembro emisor de los principios contemplados en el artículo 2 TUE, incluido el del Estado de Derecho, para que pueda suspenderse, en relación con dicho Estado miembro, la aplicación del mecanismo de la orden de detención europea».

[738] En la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, para. 88.

[739] C-404/15 y C-659/15 PPU, para. 89. Este parágrafo habla de manera expresa de «resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del TEDH, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas».

su entrega no le hará correr un riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante[740]. Adicionalmente, puntualizó que el trámite de solicitud –con urgencia— de información complementaria supone una «solución de último recurso, aplicable únicamente a los supuestos excepcionales en que la autoridad judicial de ejecución estime que no dispone de todos los elementos formales necesarios para tomar con carácter de urgencia la decisión de entrega»[741], y, por lo tanto, no podrá utilizarse de manera sistemática para solicitar información general sobre los centros de reclusión[742], puesto que en la fase de ejecución de las ODE «normalmente no es posible identificar todos los establecimientos penitenciarios en los que tal persona será efectivamente encarcelada»[743].

La solución a esta problemática pasaría por un examen global de todos los centros penitenciarios del Estado miembro en cuestión, pero esto supondría, como luego apuntó, «demorar de forma sustancial la entrega de dicha persona y, por tanto, privar de todo efecto útil al funcionamiento del sistema de la orden de detención europea»[744], puesto que se estaría haciendo surgir un verdadero «riesgo de impunidad de la persona reclamada»[745]. Esto sería totalmente «incompatible con el objetivo perseguido por la Decisión Marco»[746], así como con el principio de cooperación leal del artículo 4.3 TUE[747], y con las exigencias que se derivan del principio de confianza mutua, que únicamente obligan a la autoridad judicial que ha emitido la ODE a examinar las condiciones de reclusión en aquellos «establecimientos penitenciarios en los que, según la información de que disponen, se

[740] Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría)*, C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, para. 75.

[741] *Ibid.*, para. 79.

[742] *Ibid.*, para. 80.

[743] *Ibid.*, para. 81.

[744] *Ibid.*, para. 84.

[745] *Ibid.*, para. 85.

[746] *Ibid.*, para. 86. El Tribunal de Justicia determinó en la sentencia de 11 de marzo de 2020, *SF (Mandat d'arrêt européen - Garantie de renvoi dans l'État d'exécution)*, C-314/18, ECLI:EU:C:2020:191, para. 47, que el objeto de la Decisión Marco es que «no quede impune el delito cometido y dicha persona pueda ser enjuiciada o pueda cumplir la pena privativa de libertad que se le ha impuesto», utilizando como fundamento lo dispuesto en la sentencia de 6 de diciembre de 2018, *IK (Ejecución de una pena accesoria)*, C-551/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:991, para. 39. Se ha reiterado en la sentencia de 26 de octubre de 2021, *Openbaar Ministerie (Droit d'être entendu par l'autorité judiciaire d'exécution)*, C-428/21 PPU y C-429/21 PPU, ECLI:EU:C:2021:876, para. 42, señalando que aquellas disposiciones que suponen una excepción al principio de reconocimiento mutuo –artículos 27 y 28 de la Decisión Marco 2002/584— «no pueden interpretarse de un modo que acabe neutralizando el objetivo perseguido por dicha norma, que consiste en facilitar y acelerar las entregas entre las autoridades judiciales de los Estados miembros en el marco de la confianza mutua que debe existir entre estos»; refiriéndose a la sentencia de 24 de septiembre de 2020, *Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof (Principio de especialidad)*, C-195/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:749, para. 35.

[747] *Ibid.*, para. 104.

prevé en concreto que dicha persona vaya a estar recluida», con independencia de que dicha reclusión esté prevista con «carácter temporal o transitorio»[748].

Finalmente, esta misma sentencia recoge la posibilidad de que el Estado miembro emisor preste garantía de que la persona objeto de la ODE no sufrirá tratos inhumanos o degradantes en caso de ser ejecutada. De conformidad con la dinámica jurisprudencial que tratamos en las páginas precedentes –y por la excepcionalidad con la que se concibe la denegación de la ejecución que se deriva del principio de confianza mutua— resulta lógico que si el Estado miembro emisor presta la garantía esta no pueda ser soslayada por la autoridad judicial de ejecución[749], sino que, por el contrario, la última deberá confiar en ella salvo que exista una falta absoluta de elementos precisos de los que se desprenda que las condiciones de internamiento que existen en un centro de reclusión determinado son contrarias al artículo 4 CDFUE[750].

La necesidad de que ante deficiencias de carácter sistémico se lleven a cabo las dos fases del doble juicio, tanto la relativa al contexto general como la de carácter individual, ha sido reforzada en el ámbito del derecho de asilo, al determinar que para poder examinar si existe un riesgo de vulneración del principio de no devolución para el solicitante de protección internacional con ocasión de su traslado a dicho Estado miembro, es necesario constatar previamente que existen deficiencias sistémicas en el procedimiento de asilo y las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional[751]. A su través,

[748] *Ibid.*, para. 87.
[749] *Ibid.*, para. 111.
[750] *Ibid.*, para. 112.
[751] El Reglamento (UE) n ° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, más conocido como Reglamento Dublín III, establece en el artículo 3.2.II que «cuando sea imposible trasladar a un solicitante al Estado miembro que se haya designado en primer lugar como responsable, debido a que hay razones fundadas para temer que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes en ese Estado miembro que implican un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Estado miembro encargado de la determinación seguirá examinando los criterios fijados en el capítulo III para decidir si otro Estado miembro puede ser designado como responsable». La sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 2023, *Ministero dell'Interno (Brochure commune - Refoulement indirect)*, C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 y C-328/21, ECLI:EU:C:2023:934, para. 142, ha determinado que dicho precepto, «en relación con el artículo 27 de dicho Reglamento y con los artículos 4, 19 y 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro requirente, que conozca de un recurso contra una decisión de traslado, no puede examinar si en el Estado miembro requerido existe un riesgo de vulneración del principio de no devolución para el solicitante de protección internacional con ocasión de su traslado a dicho Estado miembro, o una vez finalizado este, cuando dicho órgano jurisdiccional no constate la existencia, en el Estado miembro requerido, de deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional».

se demuestra una vez más que las dos fases de este doble juicio no son independientes, sino que son de naturaleza acumulativa y, por ende, para que sea posible llevar a cabo la segunda es necesario que se haya superado previamente la primera con la constatación de la existencia de deficiencias sistémicas. Esto ha sido confirmado nuevamente en el asunto *Puig Gordi y otros*, al determinar que «a falta de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que puedan demostrar la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor o de deficiencias que afecten a la tutela judicial de un grupo objetivamente identificable de personas al que pertenezca el interesado, no hay ninguna razón válida para que la autoridad judicial de ejecución presuma que no existen los cauces jurídicos» necesarios o que estos carecen de efectividad, sino que, «por el contrario, dicha autoridad judicial está obligada a basar su análisis en la existencia y la efectividad de dichos cauces jurídicos, conforme al principio de confianza mutua»[752].

No obstante, no deja de resultar extraño que el Tribunal de Justicia se pronuncie en este sentido en el marco de una cuestión prejudicial planteada por la autoridad que emitió la orden de detención en cuestión, ya que su interpretación hace referencia, en la práctica, a la actuación de la autoridad judicial de ejecución. De nuevo nos encontramos ante una actitud proactiva del Tribunal de Justicia a través de la defensa de la verdadera naturaleza del doble juicio, por lo que la intención subyacente a dicha sentencia sería que este último no sea instrumentalizado por razones políticas en el marco de conflictos interestatales. Somos conscientes de que esta última apreciación no se dio en el marco de las sentencias sobre las condiciones de reclusión, sino que tiene por objeto el sistema judicial nacional, pero consideramos que es mejor incluirlo ahora para tener una mayor claridad expositiva.

Respecto de las deficiencias sistémicas de los Estados miembros en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, también hemos de situar el punto de partida en el asunto *Aranyosi y Căldăraru*, ya que el doble juicio que fue instaurado en el mismo se ha extendido a este ámbito a través de la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia. La primera innovación se produjo en el asunto *Poltorak*, al determinar que el principio de reconocimiento mutuo «se basa en la premisa de que una autoridad judicial ha

[752] Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2023, *Puig Gordi y otros*, C-158/21, ECLI:EU:C:2023:57, para. 114. Anagnostaras y Tsadiras (2023: 691) entienden esta sentencia como una confirmación de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia en el Dictamen 2/13, cuando señalaba que *a priori* los Estados miembros no pueden controlar el cumplimiento de los derechos fundamentales de un individuo en un caso concreto por parte de otro Estado miembro.

intervenido antes de la ejecución de la orden de detención europea para ejercer un control judicial»[753], y, asimismo, que «la emisión de una orden de detención por una autoridad no judicial [...] no permite aportar a la autoridad judicial de ejecución la garantía de que la emisión de dicha orden de detención europea ha disfrutado de tal control judicial y no basta, por tanto, para justificar el grado de confianza elevado entre los Estados miembros [...] que constituye el propio fundamento de la Decisión Marco»[754].

El Tribunal de Justicia incluyó el siguiente avance en el asunto *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, donde recordó que la confianza mutua está basada en la premisa de que los Estados miembros están cumpliendo de manera efectiva los valores comunes del artículo 2 TUE[755], utilizando como fundamento lo dispuesto en el Dictamen 2/13[756], así como amplió el ámbito de aplicación de las mismas al utilizar como fundamento el contenido del artículo 19.1.II TUE y no el del artículo 47 CDFUE.

En el asunto *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)* el Tribunal de Justicia subrayó que los principios de confianza y de reconocimiento mutuos «tienen una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permiten la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores»[757]. Esta expresión, relativa al *mantenimiento*, supone que el Tribunal de Justicia estaría apuntando hacia la dirección que más adelante confirmaría, pues admite implícitamente que los requisitos necesarios para la existencia de un espacio sin fronteras interiores –en el ámbito ELSJ— no pueden ser presupuestos indefinidamente, sino que su cumplimiento, por el contrario, ha de ser controlado, quizá no de manera periódica, pero sí en aquellos momentos en los que existan suficientes motivos –y pruebas objetivas— como para pensar lo contrario, configurándose, por tanto, este cauce de comprobación como una vía para asegurar que verdaderamente el sistema pueda *mantenerse* en el tiempo. Podríamos traer a colación lo

[753] Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, para. 44.

[754] *Ibid.*, para. 45.

[755] La sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, ha implicado un avance extraordinario en relación con los requisitos que deben cumplirse en el ámbito de la independencia judicial, una materia que en el caso español ha sido tratada ampliamente por Martínez Alarcón (2004).

[756] Dictamen del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la Unión al CEDH*, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, para. 168.

[757] Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial),* C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, para. 36, que resuelve la cuestión prejudicial presentada en el contexto de la ejecución de órdenes de detención europea emitidas por órganos jurisdiccionales polacos.

que señalamos en el capítulo anterior sobre la posibilidad de crear nuevas instituciones para el control del cumplimiento de los valores fundamentales, así como la de incardinar estas funciones en el marco institucional ya existente.

Tras ello, indicó que el grado elevado de confianza que existe entre los distintos Estados miembros –que sirve como base del funcionamiento del sistema de las ODE— «parte de la premisa de que los órganos jurisdiccionales penales de los demás Estados miembros [que son los que realmente conocerían del procedimiento penal una vez ha sido ejecutada la orden de detención] cumplen las exigencias de la tutela judicial efectiva, entre las que figuran, en particular, la independencia y la imparcialidad de dichos órganos jurisdiccionales»[758]. Por lo tanto, si existe un riesgo real de que la persona objeto de la ODE sufra, como resultado de la ejecución de la misma y de su correspondiente entrega, la violación de su derecho fundamental a un juez independiente –artículo 47 CDFUE— la autoridad judicial de ejecución podrá «abstenerse, con carácter excepcional, de dar curso a dicha orden de detención europea, sobre la base del artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584»[759]. Finalmente, como un refuerzo de su carácter excepcional, recordó que una negativa automática de la ejecución de las ODE –en la que se omitiera la segunda fase del doble juicio— solo podría tener lugar si se cumplen dos requisitos[760]: que se diera la constatación de una violación grave y persistente de los valores del 2 TUE, cumpliendo con los requisitos del procedimiento establecido en el artículo 7.2 TUE; y, como resultado de lo anterior, que el Consejo acordara la suspensión de la aplicación de la Decisión Marco 2002/584 respecto de dicho Estado miembro[761].

La jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia ha apuntado que uno de los elementos de prueba que pueden ser utilizados para evitar la primera fase del doble juicio sería la propuesta motivada presentada por la Comisión al Consejo de conformidad con el artículo 7.1 TUE. No obstante, no solo incluyó la resolución adoptada como resultado de este procedimiento entre los elementos de prueba cualificados, sino que, asimismo, determinó que la información contenida en ella «constituye un elemento especialmente

[758] *Ibid*., para. 58.
[759] *Ibid.*, para. 59.
[760] *Ibid.*, para. 72.
[761] La Sentencia de 11 de marzo de 2020, *SF (Mandat d'arrêt européen - Garantie de renvoi dans l'État d'exécution*), C-314/18, ECLI:EU:C:2020:191, para. 39, desarrolló la excepcionalidad de la negativa, determinando que ha de ser objeto de una interpretación estricta. Utilizó como fundamento las sentencias de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial),* C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, para. 41; de 13 de diciembre de 2018, *Sut*, C-514/17, ECLI:EU:C:2018:1016, para. 28; y de 15 de octubre de 2019, *Dorobantu*, C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857, para. 48.

pertinente a efectos de dicha evaluación»[762]. Podemos apreciar con claridad el punto de conexión que existe entre la activación potestativa de los mecanismos de control político del cumplimiento del Estado de Derecho, por un lado, y la respuesta de las instituciones jurisdiccionales que velan por el respeto del ordenamiento jurídico europeo y la correcta protección del principio de confianza mutua, por otro; ya que se ha aceptado la utilización de los resultados de los instrumentos políticos como un elemento de juicio –*cualificado*— en el marco de los cauces jurisdiccionales.

Podemos observar que a través de este instrumento se estaría produciendo un efecto desborde de la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en tanto con la aprobación de las normativas nacionales para dar cabida a las exigencias de la Decisión Marco 2002/584 se estaría extendiendo el Derecho UE y, como resultado, el ámbito de aplicación de los derechos contenidos en la Carta. Así, podríamos decir que la Decisión Marco 2002/584 se configura como un punto de conexión con la CDFUE a través del principio de confianza mutua.

Si tras el análisis de las circunstancias generales la autoridad judicial de ejecución concluye que verdaderamente existe un riesgo de vulneración del derecho de defensa, para llevar a cabo el examen individual habrá de tener en cuenta dos aspectos: primero, la posibilidad de que las deficiencias sistémicas afecten a los órganos jurisdiccionales penales concretos encargados del procedimiento que ha hecho surgir la ODE; y, segundo, las circunstancias subjetivas del caso concreto, teniendo en cuenta «su situación personal, la naturaleza de la infracción que se le imputa y el contexto factico que han motivado la orden de detención europea»[763]. Si el resultado del análisis individual bifronte determina que existe un riesgo real de vulneración del derecho de defensa de la persona en cuestión, la autoridad jurisdiccional de ejecución «deberá» –y con el contenido de esta obligación se confirma una vez más el carácter excepcional de la negativa a ejecutar una ODE— «solicitar a la autoridad judicial emisora cualquier información complementaria que considere necesaria para evaluar la existencia de tal riesgo»[764]; de modo que la autoridad

[762] Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial),* C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, para. 61.

[763] Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial),* C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, para. 75.

[764] *Ibid.*, para. 76. Krzywoń (2020a: 94) ha puesto de manifiesto la poca fiabilidad que las solicitudes de información tienen cuando en el otro extremo de la comunicación se encuentra el mismo gobierno que ha llevado a cabo las reformas que han puesto en peligro la independencia judicial y que han dado pie a las dudas en la ejecución de la ODE. Debemos traer a colación, de nuevo, la importancia del elemento subjetivo al que hacía referencia Jakab (2019: 185), pues las garantías teóricas impuesta por las instituciones decaen en la práctica como consecuencia de las circunstancias subjetivas de aquellos encargados de materializarlas.

judicial de ejecución únicamente «deberá abstenerse de dar curso a la orden de detención europea de la que es objeto esa persona» cuando la información que sea proporcionada por la autoridad judicial de emisión «no lleve a [...] descartar la existencia de un riesgo real de que pueda violarse, en dicho Estado miembro, el derecho fundamental de la persona de que se trate a un juez independiente y, con ello, el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo»[765]. Esta sentencia supondría, por lo tanto, la extensión del doble juicio creado por el Tribunal de Justicia en *Aranyosi y Căldăraru* –nacido en relación con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes— al derecho a la tutela judicial efectiva.

En el auto de medidas provisionales que dictó en el asunto *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)* el Tribunal de Justicia procedió a desarrollar su jurisprudencia con respecto a la relación que existe entre la debida independencia judicial –como elemento integrante del Estado de Derecho, utilizando como catalizador la tutela judicial efectiva contenida en el art. 19.1.II TUE— y el principio de confianza mutua[766]. En primer lugar, apuntó que en la situación actual la independencia del Tribunal Supremo polaco no puede quedar garantizada y que, como resultado, «puede poner en peligro la confianza de los Estados miembros y de sus órganos jurisdiccionales en el sistema judicial de la República de Polonia y, por consiguiente, en el respeto por parte de este Estado miembro del estado de Derecho»[767]. Tras ello, determinó que esta situación supone un peligro respecto de los principios de confianza y de reconocimiento mutuos[768], y que, eventualmente, podría provocar la negativa de los demás Estados miembros a la hora de reconocer y ejecutar aquellas resoluciones judiciales que hayan sido dictadas por órganos jurisdiccionales polacos, «lo cual puede conllevar un perjuicio grave e irreparable en relación con el Derecho de la Unión»[769]. Por último, determinó que «el riesgo de pérdida de confianza en el sistema judicial polaco no es ficticio o hipotético, sino muy real»[770], utilizando como fundamento el asunto *Minister for Justice and Equality*[771].

[765] *Ibid.*, para. 78.

[766] Auto del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2018, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:1021.

[767] *Ibid.*, para. 73.

[768] *Ibid.*, para. 74.

[769] *Ibid.*, para. 75.

[770] *Ibid.*, para. 77.

[771] La evolución de las sentencias del Tribunal de Justicia ejemplifica a la perfección la manera en que cambia la postura de las instituciones a medida que avanza la deriva iliberal y estas van adquiriendo consciencia de la gravedad de la situación.

A continuación, el Tribunal de Justicia determinó en el asunto *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)* que, para garantizar plenamente la aplicación de los principios de confianza y de reconocimiento mutuos que subyacen al sistema de las ODE, «corresponde a cada Estado miembro garantizar, bajo el control en última instancia del Tribunal de Justicia, la salvaguarda de la independencia de su poder judicial, absteniéndose de toda medida que pueda menoscabarla»[772]; y que, a pesar de que se demuestre la existencia de deficiencias sistémicas relativas a la independencia judicial en el Estado miembro emisor en el momento en que se dictó la ODE o posteriormente[773], «no puede negar la condición de *autoridad judicial emisora* [en el sentido del artículo 6.1, de la Decisión Marco] a cualquiera de los jueces y tribunales de ese Estado miembro, que actúan, por definición, con plena independencia del poder ejecutivo»[774], al considerar que «la existencia de tales deficiencias no incide necesariamente en todas las resoluciones que puedan verse obligados a adoptar los órganos jurisdiccionales» del Estado miembro «en cada caso concreto»[775].

En este mismo asunto el Tribunal de Justicia reforzó la separación que existe entre las dos fases del doble juicio, al determinar que «las dos etapas de este examen implican un análisis de la información obtenida sobre la base de criterios diferentes, de suerte que estas etapas no puedan confundirse»[776]. Como consecuencia, «admitir que la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas relativas a la independencia del poder judicial del Estado miembro emisor, por graves que sean, permite presumir que existen», respecto de la persona objeto de una ODE, «razones serias y fundadas para creer que esta persona

[772] Sentencia de 17 de diciembre de 2020*, Openbaar Ministerie (Independencia de la autoridad judicial de emisión)*, C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, para. 40.

[773] La elección de este momento procesal parece diferir de lo establecido por el Tribunal de Justicia en relación con la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, ya que en este caso ha determinado que «el examen de la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas del sistema judicial del Estado miembro emisor, en particular en lo referente a la independencia de los órganos jurisdiccionales, debe realizarse necesariamente atendiendo a la situación que existía en ese Estado miembro en la fecha de dicha condena. Al efectuar esa valoración, puede tenerse en cuenta la evolución que experimentó tal situación hasta dicha fecha. En cambio, no ha de tomarse en consideración, en principio, la evolución que experimentó con posterioridad a la referida fecha».

[774] Sentencia de 17 de diciembre de 2020*, Openbaar Ministerie (Independencia de la autoridad judicial de emisión)*, C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, para. 41.

[775] *Ibid.*, para. 42. A continuación, el para. 43 nos advierte que la «interpretación contraria supondría extender las limitaciones que pueden establecerse a los principios de confianza y de reconocimiento mutuos más allá de las *circunstancias excepcionales* […], dando lugar a una exclusión generalizada de la aplicación de estos principios en el marco de las órdenes de detención europeas dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro afectado por esas deficiencias».

[776] *Ibid.*, para. 56.

correrá un riesgo real de que se vulnere su derecho fundamental a un proceso equitativo» en el caso concreto, «conduciría a la denegación automática de la ejecución» de toda ODE dictada por ese Estado miembro y, por ende, «llevaría a suspender de facto la aplicación» del sistema ODE en relación con este último, «cuando el Consejo Europeo y el Consejo no han adoptado las decisiones» contenidas en el artículo 7 TUE[777]. Será necesario que se lleve a cabo la segunda etapa, de modo que «si, habida cuenta de la situación personal de la persona cuya entrega se solicita mediante la orden de detención europea de que se trate, de la naturaleza de la infracción que se le imputa y del contexto fáctico en el que se dictó esa orden de detención, como las declaraciones de autoridades públicas que pueden interferir en el tratamiento que ha de darse a un caso concreto, y tomando en consideración la información que le haya facilitado la autoridad judicial emisora» a través del artículo 15.2, de la Decisión Marco 2002/584[778]; se concluye que existe un riesgo real de vulneración del derecho a un proceso equitativo, «la autoridad judicial de ejecución debe abstenerse [conforme a lo previsto en el artículo 1.3 de la Decisión Marco] de dar curso a la orden de detención europea de que se trate», mientras que, «en caso contrario, debe proceder a su ejecución, de conformidad con la obligación de principio establecida» en el artículo 1.2 de la Decisión Marco[779].

Con la sentencia dictada en el asunto *X (Mandat d'arrêt européen - Ne bis in idem)* el Tribunal de Justicia pudo completar su jurisprudencia en relación con la actuación de las autoridades judiciales de ejecución de las órdenes de detención europea[780]. Primero, aceptó la posibilidad de que los Estados miembros no transpongan a su Derecho interno todos los motivos de denegación facultativa recogidos en el art. 4 de la Decisión marco, permitiendo que estos impongan un estándar de protección más laxo que el previsto en el Derecho de la Unión Europea[781]; y, tras ello, recordó que en todo caso estos se configuran

[777] *Ibid.*, para. 59. Este tipo de situación supondría una transgresión de las competencias de sendas instituciones, conforme a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 22 de febrero de 2022, *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, C-562/21 PPU y C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100, para. 60.

[778] *Ibid.*, para. 61.

[779] *Ibid.*, para. 61. Si se admitiera una interpretación contraria a ello, como nos advierte el para. 64, se estaría produciendo un «elevado riesgo de impunidad de personas que tratan de eludir la justicia después de haber sido condenadas o ser sospechosas de haber cometido un delito, aun cuando no existieran datos relativos a la situación personal de esas personas que permitieran considerar que estas corren un riesgo real de que se vulnere su derecho fundamental a un proceso equitativo, en caso de entrega al Estado miembro emisor de la orden de detención europea de que se trate».

[780] Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2021, *X (Mandat d'arrêt européen - Ne bis in idem)*, C-665/20 PPU, EU:C:2021:339.

[781] *Ibid.*, para. 41.

como motivos *facultativos*, al subrayar la excepcionalidad de la denegación de ejecución y advertir de manera expresa que si los Estados miembros establecieran la *obligación* de denegación en estos casos supondría la «transformación de la excepción que constituye la denegación de la entrega en una regla de principio»[782].

La posibilidad de que se establezcan estándares más laxos y, por tanto, de que haya heterogeneidad a este respecto en las normativas nacionales, debe observarse con cautela, en la medida en que da pie a la posible existencia de discriminaciones entre los nacionales de los diferentes Estados miembros. Con base en el principio de confianza mutua podrían provocarse desigualdades jurídicas que acabarían convertidas en injusticias manifiestas.

En relación con la carga de la prueba, el Tribunal de Justicia ha establecido en el asunto *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, que la misma le corresponde a la persona objeto de la ODE correspondiente, pues a ella le compete «aportar datos concretos que lleven a pensar, en el caso de un procedimiento de entrega para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad, que las deficiencias sistémicas o generalizadas del sistema judicial del Estado miembro emisor tuvieron una incidencia concreta en la sustanciación de su causa penal y, en el caso de un procedimiento de entrega para el ejercicio de acciones penales, que esas deficiencias pueden tener semejante incidencia»[783]. Aunque algunos autores afirmen que la carga de la prueba debería corresponder a la autoridad judicial emisora de la ODE, consideramos, al igual que hacía Guzmán Zapater (2001: 416-418) respecto del principio de reconocimiento mutuo con carácter general, que como resultado de la fuerza que tiene la confianza mutua y, por ende, la presunción de cumplimiento del Derecho de la Unión, resulta lógico que la carga de la prueba le corresponda a quien pretende, como excepción, desvirtuar la regla de principio.

En caso de que la información proporcionada fuera insuficiente la autoridad judicial de ejecución habrá de solicitar urgentemente a la autoridad judicial emisora información complementaria. Debido a que la facilitación de esta información se configura como una obligación para la última, «todo comportamiento que demuestre la falta de cooperación leal de la autoridad judicial emisora puede ser considerado por la autoridad judicial de

[782] *Ibid.*, para. 47.
[783] Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2022, *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, C-562/21 PPU y C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100, para. 83.

ejecución como un dato pertinente para evaluar si la persona cuya entrega se solicita correrá, de ser entregada, un riesgo real de que se vulnere su derecho fundamental a un proceso equitativo ante un juez establecido previamente por la ley»[784].

Asimismo, ha considerado que la existencia de defectos concretos en relación con un órgano jurisdiccional no tiene consecuencias de naturaleza sistémica, siempre que en su correspondiente ordenamiento jurídico existan remedios procesales eficaces a través de los cuales estos puedan ser eliminados[785].

Las deficiencias sistémicas en cuanto a las obligaciones derivadas del 19.1.II TUE, relativas a la tutela judicial efectiva y a la independencia e imparcialidad de los jueces, ha sido confirmada en relación con las reformas iliberales que han tenido lugar en Hungría y en Polonia por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia incluida en el capítulo anterior. Sobre esta base, hemos de analizar los posibles efectos que podría tener la declaración de que uno de los Estados miembros está vulnerando el Estado de Derecho –en la medida en que esto pone en peligro la buena gestión del presupuesto de la Unión Europea— a través del Reglamento 2020/2092. Esto podría ser utilizado como elemento de prueba suficiente para omitir la primera fase del doble juicio, e incluso podríamos llegar a plantearnos si la declaración señalada podría utilizarse, bien para provocar –*de facto*— la suspensión de la eficacia del sistema ODE con carácter general respecto del Estado miembro afectado[786], bien como un elemento adicional que podría tenerse en cuenta para flexibilizar el análisis correspondiente a la segunda fase del doble juicio. La opción que acabamos de apuntar sería contraria a lo dispuesto en el Considerando 10 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, tal y como fue confirmado por el propio Tribunal de Justicia, en la medida en que reserva la suspensión general del sistema de las ODE a los supuestos en los que se haya producido la constatación del artículo 7.2 TUE. Sin embargo, el hecho de que jurídicamente no sea aceptable no quiere decir que no pueda influir en la actuación de las autoridades judiciales de los Estados miembros encargadas de ejecutar las órdenes de detención europea cuando

[784] *Ibid.*, para. 85.

[785] Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2023, *Puig Gordi y otros*, C-158/21, ECLI:EU:C:2023:57, para. 112.

[786] Al hacer esta afirmación somos conscientes de que la razón apuntada no está recogida en el Derecho de la Unión como causa de suspensión general, por lo que nos referimos intencionadamente a la *eficacia del sistema*. Aunque *de iure* no se podría suspender con carácter general, *de facto* podría provocar que las autoridades judiciales de algunos Estados miembros acordaran que la ejecución de toda orden de detención europea que fuera emitida por las autoridades judiciales del Estado en cuestión sea denegada con carácter automático.

la autoridad judicial emisora pertenece a un Estado que ha sido sancionado por vulnerar el Estado de Derecho a través del Reglamento de condicionamiento de fondos[787].

***

La principal consecuencia que se deriva de este cambio de paradigma en relación con el mecanismo de las órdenes de detención europea se corresponde con la posibilidad de que surjan *paraísos criminales* en el seno de la Unión Europea.

La denegación de la ejecución de una ODE tiene antecedentes en el asunto *Radu*, donde el Tribunal de Apelación rumano que planteó la cuestión prejudicial decidió apartarse del criterio proporcionado por el Tribunal de Justicia, pero el Tribunal Supremo de Casación y Justicia *solucionó* la controversia anulando su fallo (Moraru, 2016: 49-50). Sin embargo, esta posibilidad se ha materializado verdaderamente como consecuencia de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la UE, pues la misma ha provocado que algunos órganos jurisdiccionales de Alemania y Países Bajos denieguen la ejecución de varias ODE que habían sido previamente emitidas por autoridades judiciales polacas (Cortés Martín, 2020: 503). Y lo mismo podría ocurrir si las condiciones de reclusión en uno de los Estados miembros presentan deficiencias sistémicas y se entiende que en el caso concreto existe un peligro real de vulneración de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes del artículo 4 CDFUE.

Esta dinámica puede favorecer la creación de *puertos seguros* (Arzoz, 2018: 130) que privilegiarían a las personas que cometieran delitos en aquellos Estados miembros que estén vulnerando los valores fundamentales de la Unión Europea. Los criminales que son nacionales de dichos Estados podrían evadir su responsabilidad penal con solo acudir, después de la comisión de los hechos delictivos, a otro Estado miembro cuyas autoridades judiciales hayan manifestado su negativa a ejecutar las órdenes de detención europea que sean emitidas por su Estado miembro de procedencia. Esta posibilidad desencadenaría, en último término, en esa misma *impunidad* que la instauración del sistema de las ODE –incardinado a su vez en los principios de confianza y de reconocimiento mutuos— pretendía erradicar. Igualmente, podría constituir un aliciente para que el Estado emisor de las órdenes denegadas impulse las reformas necesarias para poner fin a la situación de excepcionalidad aducida por los tribunales de los países vecinos.

[787] Como ocurrió en el caso de varios tribunales alemanes que decidieron omitir la segunda fase del doble juicio (Steible, 2021: 255), pese a la insistencia del Tribunal de Justicia en la naturaleza acumulativa de las dos etapas.

Si realizamos una interpretación integral la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, hemos de concluir que esta postura es excesivamente alarmista. En todo momento dicha institución está mostrando sus cautelas, sometiendo la posibilidad de denegar la ejecución a múltiples fases y requisitos –como las solicitudes de información adicional— y, además, recordando la necesidad de respetar la confianza mutua. Únicamente resultaría plausible utilizar la nueva jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la tutela judicial efectiva en aquellos asuntos con una sensibilidad política suficientemente elevada como para que los gobiernos iliberales tengan un interés especial en presionar al poder judicial para dictar una sentencia acorde a sus intereses. Los líderes de *Fidesz* y *PiS* han refinado lo suficiente su apariencia de liberalismo como para comprender que no sería rentable ejercer este tipo de presiones en asuntos en los que el resultado del caso no se encuentre íntimamente ligado a los intereses del régimen. Por lo tanto, el verdadero problema aquí se encuentra en la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de ejecución utilicen de manera incorrecta –y, en algunos casos, incluso interesada— aquellas innovaciones que han sido introducidas por el del Tribunal de Justicia, como se ha producido, por ejemplo, con la negativa de los tribunales belgas a ejecutar las órdenes de detención europea que habían sido emitidas por los órganos jurisdiccionales contra los implicados en el llamado *procés* catalán, como podemos comprobar en la respuesta dada por la institución europea en el asunto *Puig Gordi y otros*.

A pesar de que los tribunales belgas decidieron denegar la ejecución de las ODE que emitieron los tribunales españoles en el marco del *procés* con base a la existencia en –supuestas— deficiencias sistémicas, el Tribunal de Justicia determinó que «a falta de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que puedan demostrar la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor o de deficiencias que afecten a la tutela judicial de un grupo objetivamente identificable de personas al que pertenezca el interesado, no hay ninguna razón válida para que la autoridad judicial de ejecución presuma que no existen los cauces jurídicos» necesarios o que estos carecen de efectividad, sino que, «por el contrario, dicha autoridad judicial está obligada a basar su análisis en la existencia y la efectividad de dichos cauces jurídicos, conforme al principio de confianza mutua»[788]. Así,

[788] Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2023, *Puig Gordi y otros*, C-158/21, ECLI:EU:C:2023:57, para. 114. Anagnostaras y Tsadiras (2023: 691) entienden esta sentencia como una confirmación de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia en el Dictamen 2/13, cuando señalaba que *a priori*

en el caso concreto de Carles Puigdemont i Casamajó, el Vicepresidente del Tribunal de Justicia apuntó en un auto que las alegaciones sobre la «reticencia manifiesta a dar curso a las órdenes de detención europeas dictadas contra los recurrentes» no han sido apoyadas en «ninguna prueba»[789]. Por ello, consideramos errada la actuación de los tribunales belgas, en tanto realizaron una aplicación errónea del doble test de *Aranyosi y Căldăraru*, pues se centraron en la situación individual de la persona afectada por la ODE, sin analizar previamente si en el Estado miembro emisor realmente existen deficiencias sistémicas en materia de tutela judicial efectiva. Este tipo de actuaciones es perjudicial en el marco de la integración europea porque puede acabar desencadenando la introducción de una lógica de reciprocidad que resulta –y, como vimos, debe continuar resultando— completamente ajena al funcionamiento del ordenamiento jurídico europeo[790].

Sin embargo, la posible creación de estos *paraísos criminales* no es la única de las externalidades derivadas del cambio de paradigma. Sobre las condiciones de reclusión, Rodríguez Yagüe (2020: 139) ha señalado que podría crearse un sistema de *prisiones de primera* que cumplan con dichas exigencias, a las que serían enviadas aquellas personas que sean objeto de una orden de detención europea, para que sea posible su ejecución, y, al mismo tiempo, *prisiones de segunda*, en las que no se cumplan los citados requisitos, a las que serían enviadas las demás personas. Este modelo de *sistema penitenciario dual* tendría consecuencias negativas directas respecto de aquellas personas que sean enviadas a las prisiones de segunda, debido a que estas sufrirían una flagrante vulneración de su derecho a la igualdad y, de una forma más general, esto supondría una verdadera quiebra del valor y principio de la igualdad, ya que este exige que todas las personas que estén en la misma situación sean tratadas de manera idéntica, siempre que en el supuesto concreto no concurran circunstancias que justifiquen un trato diferenciado.

---

los Estados miembros no pueden controlar el cumplimiento de los derechos fundamentales de un individuo en un caso concreto por parte de otro Estado miembro.

[789] Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 24 de mayo de 2022, *Puigdemont i Casamajó y otros/Parlamento y España*, C-629/21 P(R), ECLI:EU:C:2022:413, para. 228.

[790] González-Cuellar Serrano (2019: 316) recomienda la introducción del principio de reciprocidad en este ámbito como una suerte de una actuación *vengativa* por parte de los Estados miembros, que deberían denegar las órdenes de detención europea que hayan sido emitidas por Estados miembros que previamente hayan denegado la ejecución de una ODE emitida por sus órganos jurisdiccionales nacionales. Sin embargo, debemos tener claro que el principio de reciprocidad fue excluido de la construcción de la Unión Europea en el momento en que se configuró un ordenamiento jurídico autónomo, como ha señalado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de noviembre de 1964, *Comisión de la CEE/Luxemburgo y Bélgica*, C-90/63 y C-91/63, ECLI:EU:C:1964:80, donde afirmó que «esta relación entre las obligaciones de los sujetos [que el Derecho internacional reconoce a la parte perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones que incumben a otra parte la facultad de dejar de cumplir sus propias obligaciones] no puede ser reconocido en el marco del Derecho comunitario».

No obstante, este también tendría consecuencias indirectas, como podemos inferir al llevar a cabo una interpretación de naturaleza sistemática y considerar su aplicación en el ámbito de las ODE. El Tribunal de Justicia determinó que la solicitud de información complementaria que puede ser realizada por parte de los órganos judiciales de ejecución queda circunscrita a los centros penitenciarios a los que *a priori* –supuestamente, según la información existente— va a ser enviada la persona objeto de la orden de detención[791]. Por tanto, bastaría con que en un primer momento el Estado emisor determinase que la persona objeto de una ODE va a ser encarcelada en una de las *prisiones de primera* para convertir *de facto* esta garantía en *papel mojado*, ya que este requisito sería fácilmente sorteable por las autoridades nacionales con el posterior traslado de dicha persona a una de las *prisiones de segunda*. Este razonamiento no excluye que la persona afectada por la orden de detención en cuestión pueda interponer, ante los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro y, en su caso, ante el TEDH, el correspondiente recurso para poner fin a las condiciones de reclusión contrarias a las exigencias del artículo 3 CEDH. Por tanto, el peligro aquí radicaría en la posibilidad de que se produzcan simultáneamente y en un mismo Estado miembro deficiencias sistémicas relativas a las condiciones de reclusión y a la tutela judicial efectiva, lo que se ha producido, por ejemplo, en el caso de Hungría.

En el ámbito del artículo 19.1.II TUE, sobre la tutela judicial efectiva y, por ende, la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales, las consecuencias están referidas a otros aspectos. La principal implicación de las deficiencias sistémicas de un Estado miembro en este ámbito se corresponde con la imposibilidad de considerar que sus jueces y tribunales son independientes y, como consecuencia, con la posibilidad de que el Tribunal de Justicia declare inadmisibles las peticiones de decisión prejudicial que sean planteadas por los mismos. Si bien esto ya ha ocurrido respecto de la Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos del Tribunal Supremo de Polonia, por entender que no cumple con los requisitos –de independencia— necesarios para poder ser considerado

[791] En la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría)*, C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, para. 87, como avanzamos antes, determinó que habida cuenta del grado de confianza mutua que debe existir entre los Estados miembros, las autoridades judiciales de ejecución «están obligadas únicamente a examinar las condiciones de reclusión en los establecimientos penitenciarios en los que, según la información de que disponen, se prevé en concreto que dicha persona vaya a estar recluida, incluso con carácter temporal o transitorio», y, por tanto, estableció justo a continuación que la «conformidad con los derechos fundamentales de las condiciones de reclusión existentes en los establecimientos penitenciarios en los que, en su caso, dicha persona podría ser internada posteriormente es competencia exclusiva […] de los tribunales del Estado miembro emisor».

un *órgano jurisdiccional* a los efectos del artículo 267 TFUE[792], se trata de un supuesto muy particular y, por lo tanto, no va a ser extensible a los tribunales ordinarios, ya que, como el propio Tribunal de Justicia afirmó en su momento, la existencia de deficiencias sistémicas relativas a la independencia del poder judicial en el Estado emisor no incide necesariamente en todas las resoluciones que adopten sus órganos jurisdiccionales[793].

A este respecto, Reyns (2021: 51) considera que, para no rechazar automáticamente las cuestiones prejudiciales emitidas por las autoridades judiciales de Estados miembros en los que existan deficiencias sistémicas de las obligaciones del artículo 19.1.II TUE, sería recomendable que el Tribunal de Justicia extendiera la aplicación del doble juicio, que fue incorporado en el marco de las ODE, al análisis del cumplimiento de los requisitos para ser considerado órgano jurisdiccional –a efectos de la admisibilidad— en el sentido del artículo 267 TFUE.

La cooperación judicial multinivel, a través de la cual entablan una conversación las justicias europea y estatales, acabaría por desmoronarse si adoptáramos una posición más robusta del juicio de independencia e imparcialidad derivado del artículo 267 TFUE, pues supondría excluir del espacio jurídico europeo a todos aquellos Estados miembros en los que se produzcan –no solo en el presente, sino también en el futuro— deficiencias sistémicas o generalizadas en este sentido[794]. Al mismo tiempo, supondría la supresión de uno de los cauces procedimentales de resistencia –*bottom up*— (Bonelli, 2021: 471) más relevantes en manos de los jueces europeos –tanto los jueces y tribunales nacionales como el TJUE— frente al surgimiento de regímenes iliberales en los Estados miembros.

Tras exponer las implicaciones más específicas del cambio de paradigma sobre el sistema de las ODE, pasamos a estudiar cuáles se han producido respecto del principio de confianza mutua con carácter general. Conforme a lo que vimos en el primer capítulo, fue introducido como fundamento de la integración europea en tanto medida transitoria hasta que alcance un nivel suficiente de armonización legislativa. Como consecuencia,

[792] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023, *Krajowa Rada Sądownictwa (Maintien en fonctions d'un juge)*, C-718/21, ECLI:EU:C:2023:1015. En este caso nos encontraríamos ante una deficiencia en cuanto a la independencia judicial de origen, esto es, la que se deriva del ordenamiento jurídico como tal, pero no de la independencia judicial de ejercicio, que es la que se deriva del trabajo que realizan en la práctica jueces y tribunales, siguiendo los términos utilizados por Bustos Gisbert (2021: 180).

[793] Tal y como se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2020, *Openbaar Ministerie (Independencia de la autoridad judicial de emisión)*, C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, paras. 41 a 43.

[794] En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, Mayoral (2017).

muchos autores se han pronunciado sobre la necesidad de avanzar en la armonización si se pretende que sea operativo el principio de confianza mutua[795]. No obstante, a pesar de que la armonización pueda ser beneficiosa en la construcción de la confianza mutua entre los Estados miembros, no podemos considerar que esta asegure *per se* un mayor nivel, como bien ha advertido Öberg (2020: 54-55), debido a que la verdadera confianza no se deriva de la existencia de estándares formales elevados, sino de su respeto material a la hora de aplicar los mismos de manera homogénea. De lo contrario, estaríamos recurriendo a un entendimiento excesivamente racional de la confianza mutua y, como ya expusimos, en la misma intervienen elementos emocionales[796]. Asimismo, no podemos olvidar que el propio principio de confianza mutua está actuando como un obstáculo a la integración. Si bien es cierto que permite avanzar en determinados ámbitos en los que no sería posible hacerlo sin la presunción de que los Estados miembros cumplen con el Derecho de la UE, al tiempo estaría eliminando el principal incentivo que hay para la armonización[797]. Así, hemos de concluir que el principio de confianza mutua encierra una verdadera paradoja, en la medida en que fue introducido para salvar temporalmente la falta de armonización y, a su vez, su introducción es la que está frenando los avances en este sentido.

La alternativa a un mayor grado de armonización legislativa para hacer sostenible el principio de confianza mutua sería una mejora en la efectividad de los mecanismos de garantía de los valores fundamentales del artículo 2 TUE en manos de las instituciones de la Unión Europea. Como ya manifestamos, ahora mismo la arquitectura del *teatro* que la integración europea ha construido sobre los cimientos del principio de confianza mutua se encuentra al albur del comportamiento de los Estados miembros que entran en escena, resultando totalmente indefensa ante la *ruptura de la cuarta pared* que han provocado los regímenes iliberales surgidos en la Europa centro-oriental. Si bien no podemos dejarnos seducir por las ventajas que supondría un avance en este sentido sin prestar atención a los peligros que el mismo llevaría aparejado, se trata de una implicación de carácter general, por lo que será analizada con mayor detenimiento cuando nos detengamos a estudiar las consecuencias del cambio de paradigma sobre el constitucionalismo europeo.

[795] Entre otros, Faggiani (2020: 25), Lenaerts (2015, 550) o Kramer (2011: 218). Este último también se ha referido a los beneficios que conllevaría mejorar la educación de los miembros del poder judicial y de las vías de comunicación interestatales.

[796] Como los *animal spirits* a los que se referían Akerlof y Schiller (2010).

[797] Entendemos que, en este sentido, pueden ser aplicadas analógicamente las conclusiones extraídas por Viciano Pastor (2006: 210) respecto de la integración monetaria, cuyo éxito provocó un estancamiento de la voluntad política de avanzar hacia un proceso más profundo de federalización.

El principio de reconocimiento mutuo, como implicación directa del principio de confianza mutua, ha resultado atractivo para aquellos Estados miembros que no deseaban alcanzar un mayor nivel de armonización legislativa (Morgades Gil, 2015: 765-766), como un intento desesperado de retener la soberanía en el plano vertical, pero sin tener en cuenta que dicha cesión de soberanía estaba teniendo lugar en el plano horizontal (Storskrubb, 2016: 20), mediante la introducción del elemento de la extraterritorialidad, materializado con el reconocimiento mutuo –sobre la base de la presunción de que los demás Estados miembros cumplen el Derecho de la Unión Europea— de las resoluciones emitidas por las autoridades judiciales de otros Estados miembros (Mitsilegas, 2016: 24).

En consecuencia, debemos afirmar que la consideración de este principio como un fin en sí mismo resulta del todo equivocada. La Unión Europea debe adquirir consciencia de que el principio de confianza mutua fue introducido en el proceso de integración para salvar la falta de armonización legislativa en determinados ámbitos. Con ello no estamos ignorando las dificultades inherentes a los intentos de alcanzar valores homogéneos en los niveles supraestatales (De Vergottini, 2006: 144), pero sí que hemos de trascender la concepción formal del principio de confianza mutua y transitar hacia una concepción de tipo material del mismo (Brouwer, 2016: 62). Esto supondría configurar un principio de confianza mutua que fuera plenamente consciente de su naturaleza instrumental –esto es, orientado a constituir una solución provisional de la falta de armonización y de la ausencia de mecanismos eficaces de garantía— y, por tanto, *despertar de la magia del teatro* a los distintos actores en juego, puesto que hasta hace muy poco tiempo la mayor parte de las instituciones europeas parecía haber sido atrapada por su propia *obra*.

La responsabilidad se encuentra en manos de las instituciones de la Unión Europea, pues son las que deben decidir si reúnen el suficiente *coraje político* para hacer frente a los nuevos retos derivados del iliberalismo –concretamente, la pelota se encuentra ahora mismo en el tejado del Consejo, que debe decidir si impone o no las medidas propuestas al respecto, tanto en el marco del artículo 7 TUE como del Reglamento 2020/2092— o, por el contrario, permanecen ancladas en una concepción –contingente— del principio de confianza como un fin en sí mismo. Esta misma conclusión debe ser extendida a los Estados miembros, ya que los mismos son los que verdaderamente integran a la Unión. Las implicaciones que puedan derivarse de la transformación resultan aún desconocidas, pero sí que podríamos señalar con claridad que la principal consecuencia de una actitud *cobarde* por parte de las instituciones europeas y de los Estados miembros en relación

con la defensa de los valores fundamentales del artículo 2 TUE acabaría desembocando en la paulatina desvirtuación de los principios de confianza y de reconocimiento mutuos, que acabarían mutando en una *ley del talión* entre los distintos Estados miembros.

Por último, hemos de referirnos a una de las implicaciones más peligrosas de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el principio de confianza mutua y las ODE. Debido a la fortaleza de la presunción de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, ha determinado que en aquellos supuestos en los que no existan deficiencias sistémicas, la vulneración de los derechos fundamentales de una persona –aunque sea acreditada— no puede ser alegada para motivar la denegación de la ejecución de una ODE[798], salvo en los supuestos excepcionales relativos al peligro para la vida de la persona afectada que se deriven, por la gravedad de la patología, del traslado mismo. Este resultado no es extraño a los fines del Tribunal de Justicia, en la medida en que, como ya vimos anteriormente, su función principal no es la protección de los derechos fundamentales individuales, sino que consiste en el aseguramiento del funcionamiento adecuado de la integración europea; pero sí que puede ser problemático si tomamos en consideración la posibilidad de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre en escena, ya que esto es, precisamente, lo que ha ocurrido en el asunto *Bivolaru y Moldovan contra Francia*[799], cuyo contenido consideramos que merece ser reproducido literalmente:

> *Habida cuenta de todo lo anterior, el Tribunal considera que la autoridad judicial de ejecución disponía de una base fáctica lo suficientemente sólida, proporcionada en particular por las propias sentencias del propio Tribunal (véanse los apartados 111, 122 y 123 supra), para determinar que el demandante corría un riesgo real de sufrir un trato inhumano y degradante por las condiciones en las que sería recluido en Rumanía y que, por ende, no podía basarse únicamente en las declaraciones realizadas por las autoridades rumanas (véase el apartado 10 supra). Por lo tanto, deduce que, en estas circunstancias concretas, existía una deficiencia manifiesta en la protección de los derechos fundamentales que bastaba*

[798] Palau Font (2022: 256) hace referencia a la existencia de niveles de vulneración de los derechos fundamentales tolerados y consentidos en pro de la confianza mutua.

[799] Resuelto por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de marzo de 2021, *Bivolaru y Moldovan c. Francia*, ap. 40324/16 y 12623/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416. En los apartados señalados el TEDH se refiere a las condiciones de reclusión en la prisión de Gherla, donde sería enviada la persona de ser ejecutada la ODE. Para un análisis detallado esta sentencia podemos acudir al trabajo de Mancano (2022).

para refutar la presunción de protección equivalente. En consecuencia, el Tribunal concluye que se ha producido una violación del artículo 3 del Convenio[800].

Por tanto, ante la existencia de suficientes pruebas que demuestren que la prisión a la que sería enviada la persona afectada en caso de que la ODE sea ejecutada no cumple con las exigencias derivadas del artículo 3 CEDH, que coincide con el artículo 4 CDFUE, la autoridad judicial de ejecución estaría obligada a denegar la ejecución de la ODE, pese a que no se supere la segunda fase del doble juicio introducido por el Tribunal de Justicia. Se estaría produciendo, por ende, un conflicto evidente entre las exigencias derivadas de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque el contenido de la primera, en la medida en que la prohibición de tratos inhumanos o degradantes del artículo 4 CDFUE se corresponda con el artículo 3 CEDH, ha de dotarse de un sentido y alcance idénticos a los conferidos por este último, conforme a lo dispuesto por el artículo 52.3 de la propia Carta.

Por lo tanto, hemos de sostener que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está actuando como una suerte de elemento de control externo de la actuación –mediata— del Tribunal de Justicia, en la medida en que limita las externalidades negativas derivadas de la jurisprudencia de este último cuando es aplicada por los jueces y tribunales nacionales. Con ello se estaría colmando la inexistencia de un cauce de reparación ante la violación de los derechos fundamentales individuales en el marco del Tribunal de Justicia, que está centrado –por su naturaleza eminentemente funcionalista— en la dimensión estructural de los derechos fundamentales, en tanto la misma es la que asegura el funcionamiento del ordenamiento jurídico europeo con carácter general.

En sentido contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también condenó a uno de los Estados miembros porque la autoridad judicial de ejecución del mismo en el caso concreto se negó, sin haber formulado la solicitud de información complementaria, a dar trámite a la una ODE, incumpliendo su obligación de cooperar, como podemos ver en el asunto *Romeo Castaño contra Bélgica*[801].

[800] *Ibid.*, para. 126, traducción propia de la versión inglesa.

[801] Resuelto por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño c. Bélgica*, ap. 8351/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD000835117. Para un análisis más profundo de esta sentencia hemos de acudir al trabajo realizado por Sánchez Frías (2020).

2. Implicaciones sobre el constitucionalismo europeo

Una vez hemos expuesto las implicaciones que el cambio de paradigma ha tenido sobre el principio de confianza mutua y los instrumentos que se derivan del principio de reconocimiento mutuo, estamos preparados para realizar una aproximación a aquellas que se pueden extraer respecto del proceso de constitucionalización de la Unión Europea, considerando la base teórica incluida en los Capítulos I y II –como punto de referencia— y el contexto expuesto en los Capítulos III y IV. Como resultado, podremos examinar la transformación que se ha producido en la primera a través del último.

A efectos de claridad expositiva agruparemos las distintas transformaciones en seis grandes órdenes, sin perjuicio de que distingamos diferentes fenómenos dentro de estos: el proceso de *refinación* de las instituciones europeas como reacción a la *sofisticación* de los regímenes iliberales; la mutación del concepto de Estado de Derecho manejado en el ámbito de la Unión Europea; la existencia de controles recíprocos entre las instituciones europeas y los Estados miembros; el surgimiento de un momento constitucional a través de lo que denominaremos *neomesianismo pragmatista*; la posibilidad de que se produzca un proceso de federalización y las implicaciones –positivas y negativas— que tendría; y, por último, la demostración de los límites del Derecho Constitucional frente a la política, sobre todo en circunstancias excepcionales, por lo que es necesaria una actitud *modesta* a la hora de analizar la influencia del constitucionalismo en los regímenes autoritarios, por muy sofisticados que estos se hayan vuelto.

En primer lugar, se confirma la teoría que planteamos en el Capítulo II respecto del paralelismo que existe entre el poder y los instrumentos que surgen para limitar al mismo. Ante el constreñimiento jurídico que supone el Derecho de la Unión Europea respecto de las opciones políticas de los Estados miembros, los regímenes iliberales que han surgido en los últimos han respondido utilizando instrumentos más sutiles para lograr una mayor concentración del poder[802]. Las instituciones europeas se han visto obligadas a reaccionar, y para ello han llevado a cabo un proceso de refinación de sus instrumentos jurídicos[803],

[802] Como las reformas constitucionales y/o legales para capturar instituciones que tradicionalmente servían para limitar el poder y, a continuación, convertirlas en elementos de legitimación del régimen, o los cumplimientos simbólicos o creativos de las sentencias del Tribunal de Justicia.

[803] Por ejemplo, con la ampliación del alcance del control del Tribunal de Justicia a través del artículo 19.1.II TUE para sortear los límites de la aplicabilidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, con la creación del Reglamento 2020/2092 –de condicionamiento de fondos— para tratar de resolver el conflicto a través de las presiones económicas, o con la utilización de las medidas provisionales para evitar

en dos direcciones: por un lado, en cuanto a la percepción del papel de la Unión Europea, pues hoy en día las instituciones han cambiado su aproximación al adquirir consciencia de que muchos ciudadanos las observan con recelo por la supuesta falta de legitimidad democrática; y, por otro, en relación con la presunción de que los Estados miembros van a cumplir las obligaciones derivadas del Derecho UE, ya que los regímenes iliberales –y, en ciertos asuntos sensibles, algunos Tribunales Constitucionales— se han encargado de *romper la cuarta pared* y demostrar que se trata de una ficción únicamente sostenible con la aquiescencia de los Estados miembros.

Como resultado del último factor las instituciones europeas han decidido abandonar su tradicional aproximación dialógica[804], caracterizada por tener eficacia disuasoria[805], para introducir elementos con una virtualidad sancionadora más plausible[806]. Por tanto, entendemos que la Unión Europea se encuentra en la actualidad mucho mejor preparada para hacer frente a los regímenes iliberales y neutralizar futuras tentativas. Sin embargo, es necesario que intervenga la perspectiva crítica del constitucionalismo y, por lo tanto, nos preguntemos si la transformación apuntada es solo positiva o si, por el contrario, también puede ocultar intenciones aviesas.

Uno de los peligros que encontramos en la utilización de instrumentos sofisticados por parte de las instituciones europeas se encuentra en la posibilidad de que se vulnere el principio de atribución de competencias y, por ende, la base de la legitimidad democrática y constitucional de la Unión Europea. A diferencia de los mecanismos tradicionales de protección de los valores como el artículo 7 TUE, que poseen una base jurídica evidente, la justificación de aquellos que se han creado recientemente es mucho más complicada. Aunque la conformidad de los nuevos instrumentos se haya confirmado explícitamente, en el caso del Reglamento 2020/2092[807], o implícitamente, en el caso del Nuevo Marco[808],

–*ex ante*— las externalidades negativas que se derivan de los cumplimientos simbólicos y creativos de las sentencias del Tribunal de Justicia por parte de los Estados miembros.

[804] Como se extrae del Nuevo Marco de la Comisión, del Diálogo Anual del Consejo y, en general, del recurso de incumplimiento, donde las sanciones impuestas rara vez son ejecutadas.

[805] La configuración del mecanismo contenido en artículo 7 TUE, por ejemplo, nos muestra que está configurado de manera que sea casi imposible utilizarlo, con numerosas cláusulas de salvaguarda para dar la opción a que el Estado miembro deje de vulnerar los valores fundamentales de manera voluntaria.

[806] En el ámbito político, el condicionamiento de fondos –mediato— al Estado de Derecho y, en el ámbito jurisdiccional, la nueva aproximación del Tribunal de Justicia respecto de la tutela judicial efectiva, como componente esencial del valor del Estado de Derecho contenido en el artículo 2 TUE.

[807] A raíz de las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-156/21 y C-157/21.

[808] Pues se ha utilizado a pesar del Dictamen negativo del Servicio Jurídico del Consejo, sin que su validez haya sido cuestionada ante el Tribunal de Justicia.

ello no impide que desde la doctrina pongamos en cuestión la adecuación de la operación. El Nuevo Marco, como la COM(2014) 158 final establece en el apartado de conclusiones, «se basa en las competencias que los Tratados vigentes confieren a la Comisión», pero no ha especificado el precepto concreto y, por tanto, consideramos que haría referencia a su rol como promotora del interés general de la Unión y como *Guardiana de los Tratados*, asignado por el artículo 17.1 TUE. Este instrumento puede plantearse como una extensión de la fase precontenciosa del procedimiento de incumplimiento, que precede al recurso –propiamente dicho— ante el Tribunal de Justicia y que tiene por objeto normas concretas del Derecho de la Unión Europea, a la defensa de los valores fundamentales del 2 TUE, en la medida en que se articula como una vía dialógica previa a la activación del 7.1 TUE, de naturaleza política, pues da pie a que el Consejo y el Consejo Europeo se pronuncien, a través de los siguientes apartados del mismo precepto. En tanto una de sus competencias expresas es la de velar por que se apliquen los Tratados y los valores fundamentales están recogidos en el Tratado de la Unión Europea, consideramos que no es forzado interpretar que la base jurídica del Nuevo Marco radica en el artículo 17.1 TUE.

Distinto es el caso del Reglamento 2020/2092. En esta ocasión sí se ha explicitado la base jurídica elegida, pues se ha referido de manera expresa al artículo 322.1.a) TFUE, pero el problema se encuentra en la adecuación de dicho precepto a los fines del mismo. Lo preocupante es que se utilice un instrumento, cuya base jurídica se correspondía con la protección del presupuesto de la Unión a través de la aprobación de *normas financieras*, para sancionar la vulneración de uno de los valores fundamentales, el Estado de Derecho, como bien nos advirtió el Servicio Jurídico del Consejo en su Dictamen correspondiente. A causa de esta argumentación, en la tramitación del mecanismo de condicionalidad se ha tratado de eliminar todo rastro de protección directa del Estado de Derecho y, tras ello, se ha ligado la protección de dicho valor como requisito –mediato, como ya explicamos— imprescindible para una buena gestión financiera del presupuesto de la Unión Europea. Pese a que esta construcción argumentativa ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia, no acaban de convencernos los razonamientos utilizados por esta última institución, pues parece que al examinar la conformidad con el Derecho de la UE de las reformas llevadas a cabo por los regímenes iliberales sí que es imprescindible prestar atención al contexto para comprender su auténtica finalidad, pero al controlar la conformidad con los Tratados de las normas de Derecho derivado de la UE únicamente tiene en cuenta el plano jurídico. El Tribunal de Justicia no ha tomado en consideración el contexto en el que fue aprobado,

es decir, la ineficacia de los mecanismos de defensa de los valores del 2 TUE existentes, que podría llevarnos a pensar en el Reglamento 2020/2092 como un producto del instinto de supervivencia de la esfera supraestatal ante la insuficiencia de su marco normativo. Tampoco ha prestado atención a la utilización de la vía del condicionamiento de fondos, a pesar de que esto nos concede una evidencia mucho más llamativa, ya que en la práctica solo se ha utilizado el Reglamento 2020/2092 para afrontar las vulneraciones en Hungría, pero nunca en el caso de Polonia, a pesar de que respecto de este último Estado miembro existan muchas más pruebas –como hemos visto a lo largo del Capítulo IV— en cuanto a las deficiencias sistémicas en el ámbito del Estado de Derecho[809].

A causa de todo ello, el contexto político –tanto el previo como el posterior— en el que se ha inscrito el Reglamento nos impide aceptar la conformidad de este instrumento con el principio de atribución de competencias. Con ello no estamos queriendo decir que el condicionamiento de fondos no sea una vía efectiva para hacer frente al iliberalismo, pues la operatividad de las presiones económicas ya ha sido demostrada en otros casos; tampoco que las instituciones europeas no tengan competencia para crear mecanismos de garantía de los valores fundamentales, pues más arriba hemos aceptado el Nuevo Marco; ni que se puedan elaborar vías economicistas que de manera mediata puedan redundar en la protección del Estado de Derecho; sino que en el supuesto del Reglamento 2020/2092, tal y como ha sido creado y, posteriormente, utilizado, no resistiría un análisis sistemático –como el que ha utilizado el Tribunal de Justicia respecto de los Estados miembros— en cuanto a su compatibilidad con el principio de atribución de competencias.

Como apoyo para nuestra conclusión realizaremos una interpretación analógica de la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia, que afirmó que «si el examen de un acto comunitario muestra que éste persigue un doble objetivo o que tiene un componente doble, y si uno de ellos puede calificarse de principal o preponderante, mientras que el otro sólo es accesorio, dicho acto debe fundarse en una sola base jurídica, a saber, aquella que exige el objetivo o componente principal o preponderante»[810]. Si dicho Tribunal es

[809] Tal y como se desprende de la utilización del Nuevo Marco para reforzar el Estado de Derecho, que no ha sido empleado en el caso de Hungría; de la activación del art. 7.1 TUE por parte de la Comisión, que la rechazó en relación con Hungría, lo que provocó que fuera el Parlamento Europeo quien lo activara; o de los numerosos recursos de incumplimiento en los que el Tribunal de Justicia ha concluido que a causa de las reformas del poder judicial polaco se están vulnerando la independencia e imparcialidad judiciales y la tutela judicial efectiva, como componentes esenciales del Estado de Derecho, valor del artículo 2 TUE.

[810] Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2003, *Comisión/Consejo*, C-211/01, ECLI:EU:C:2003:452, para. 39, sobre la base de lo dispuesto en las sentencias de 17 de marzo de 1993, *Comisión/Consejo*, C-155/91, ECLI:EU:C:1993:98, paras. 19 y 21, y 30 de enero de 2001, *España/Consejo*,

competente para determinar, de entre dos o más objetivos de un acto de Derecho UE, cuál es el principal, ha de tener capacidad, asimismo, para discernir que el verdadero fin del Reglamento de condicionamiento de fondos es sancionar a los Estados miembros que vulneren el Estado de Derecho, por mucho que hayan tratado de enmascararlo al ligarlo a la protección del presupuesto de la Unión Europea. Por tanto, lo debería haber anulado, utilizando como fundamento que el art. 322.1.a) TFUE no es una base jurídica adecuada ni suficiente para su –verdadero— objetivo principal.

De nuevo, hemos de recordar que la defensa del Estado de Derecho necesariamente debe darse a través del cumplimiento de dicho valor. *A contrario sensu*, si se desea que el régimen tenga una legitimidad jurídica suficiente como para ser estable a largo plazo, no se han de utilizar cauces *antijurídicos*[811], pero tampoco recurrir a las vías *ajurídicas*[812], ya que estas pueden producir tanto un *legal black hole*, cuando se da una total y absoluta incapacidad del ordenamiento jurídico en la imposición de límites, o un *legal grey hole*, cuando los controles jurídicos están caracterizados por una deferencia tan alta que acaba por permitir cualquier tipo de actuación por parte de los poderes políticos, sin olvidar que estos últimos pueden llegar a ser más peligrosos que los primeros, en tanto le otorgan al sistema una mayor apariencia de legitimidad desde el punto de vista jurídico[813].

La respuesta dada por el Tribunal de Justicia a los recursos de anulación presentados por Hungría y Polonia frente al Reglamento de condicionamiento de fondos ejemplifica con claridad el concepto de *legal grey hole*. No obstante, en este ámbito encontramos algo mucho más grave, pues se combina la existencia de este concepto *de iure*, con la presencia de un *legal black hole de facto*, en la medida en que las resoluciones a través de las cuales se ha producido la suspensión de los fondos de la Unión Europea a Hungría y a Polonia –a través del Reglamento 2020/2092, el Reglamento por el que se establece el MRR o el

C-36/98, ECLI:EU:C:2001:64, para. 59, que a su vez se remite al contenido de la sentencia de 23 de febrero de 1999, *Parlamento/Consejo*, C-42/97, ECLI:EU:C:1999:81, paras. 39 y 40.

[811] Aquellos que contrarían manifiestamente el ordenamiento jurídico correspondiente.

[812] Las «huidas del Derecho» a las que se refería de Cabo Martín (2007: 212-213), como intentos del poder político de zafarse de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

[813] Como fundamento para esta distinción entre *legal black holes* y *legal grey holes* hemos utilizado la excelente monografía de Greene (2020), que a su vez bebe del trabajo previo de Dyzenhaus (2006: 30), relativo a la manipulación del proceso político por parte de un gobierno para «sustituir un *legal black hole*, un espacio libre de los controles del Estado de Derecho, por un *legal grey hole*, esto es, un espacio en el que existen algunos de estos controles, pero no son suficientes para que otorgarle protección a quienes se encuentran en el agujero, ni desde la perspectiva del Estado de Derecho, ni de los derechos fundamentales». Hemos de tomar en consideración que los trabajos de sendos autores tratan el rol de la Constitución durante los estados de emergencia.

Reglamento de disposiciones comunes sobre determinados Fondos UE— no son públicas, ya que esto impide que en la práctica se lleve a cabo cualquier tipo de control respecto de la adecuación a derecho de las medidas adoptadas con base a los instrumentos jurídicos. Sin embargo, esta problemática no debe ser objeto de un análisis aislado, sino que hemos de incardinarla en el marco de un *endurecimiento* de la gobernanza económica europea[814], así como de una justificación tecnocrática –cada vez más pronunciada— del Derecho[815]. Así, el condicionamiento de fondos como vía para solucionar las deficiencias sistémicas del Estado de Derecho en algunos de los miembros de la Unión Europea, por mucho que pueda ser efectivo desde una perspectiva funcionalista, implica un retroceso considerable en tanto se estaría reduciendo la identidad política del proyecto de integración europea, basada en los valores de respeto de la *dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos*, a una mero problema técnico de gestión presupuestaria en sus integrantes. Una vuelta a la dimensión más economicista que tuvo en sus orígenes y a la que tantas líneas –críticas— le ha dedicado la doctrina.

Es evidente que la Unión Europea desea sobrevivir a los embates del iliberalismo, ya que la respuesta más reciente de sus distintas instituciones se configura como un claro ejemplo de *autoconservación*. Al mismo tiempo, es innegable que de la manera en la que está configurada en la actualidad no tiene los instrumentos necesarios para ganar el *pulso* contra los líderes de los regímenes iliberales. Por tanto, el problema radica en el cauce de supervivencia que la Unión Europea decida utilizar, así como en la pregunta de si estamos dispuestos a que esta subsista con independencia del precio que haya que pagar para ello. No sería la primera –ni la última— ocasión en la que el *héroe* que protagoniza un drama acaba convertido en el *villano* de esa misma obra a causa del camino que elige transitar, pese a la pureza de los fines que pretendía alcanzar.

[814] Como observamos en el trabajo de Menéndez (2012: 87) al hilo de la respuesta de las instituciones europeas a la crisis económica, cuando señala que se ha producido una mutación de la *gobernanza blanda* en *gobernanza dura*, que «combina las normas de acción social *indeterminadas* propias de la gobernanza, y la técnica social de la sanción como medio de fomentar el cumplimiento con los estándares normativos, y que este híbrido plantea un serio desafío al ideal de integración social mediante el Derecho, en la medida en la que la Comisión resulta investida de un poder altamente discrecional, no sujeto a un marco normativo genuinamente jurídico».

[815] En esta línea, Gibbs (2016: 33) indica que la tecnocracia privilegia las decisiones instrumentales para solucionar los problemas políticos, sociales y económicos, y que, en el ámbito de la Unión Europea, con ello se logra traducir todas las cuestiones, incluidas aquellas que implican el significado de la UE como comunidad política, en problemas de control tecnocrático.

La Unión Europea debe elegir la senda del Estado de Derecho para alcanzar por fin la constitucionalización europea. Para ello ha de adquirir consciencia plena de la situación caótica que podría generar si obtiene de forma ilegítima más poderes y, como resultado, aceptar el sometimiento a los mismos estándares jurídicos que intenta hacer valer ante la postura iliberal de algunos Estados miembros. Podemos morir por la fiebre tratando de luchar contra la infección, pero también podemos seguir las prescripciones de los expertos y así mantenernos con vida. A pesar de que en ambos escenarios los regímenes iliberales en el seno de la Unión Europea acabarían desapareciendo, las razones serían diferentes: en el primer caso lo que se desvanecería es la integración europea y, por lo tanto, ya no se podrían considerar regímenes iliberales en el seno en la UE; mientras que, en el último, que conseguiría eliminar la infección sin provocar la muerte del anfitrión que le da cobijo, supondría una victoria del liberalismo y la democracia constitucional sobre el iliberalismo y, a su vez, una profundización, también democrática, en la integración europea.

En segundo lugar, se ha producido una mutación del concepto de Estado de Derecho manejado por las instituciones de la Unión Europea. De la aproximación formal inicial relacionada con el principio de mera legalidad y seguridad jurídica, pasando por un viraje posterior hacia una concepción material con la adhesión de los derechos fundamentales, primero por vía jurisprudencial y luego normativamente, con la aprobación de la CDFUE; hasta el momento actual, en el que se ha adoptado una nueva tipología de la perspectiva material del Estado de Derecho, que destaca por su naturaleza eminentemente *estructural*. Con ello no queremos decir que la Unión Europea no proteja los derechos fundamentales, pues somos conscientes de que el otorgamiento de fuerza jurídica vinculante a la CDFUE ha implicado un gran avance en la protección de los mismos en el marco de la integración y del Derecho de la Unión. No obstante, esto sí que supone adquirir consciencia de que en tanto adoptan una concepción del Estado *estructural* de Derecho, el objetivo principal de las instituciones europeas no va a ser proteger los derechos fundamentales subjetivos de todos y cada uno de los ciudadanos, sino, por el contrario, asegurar la efectividad del ordenamiento jurídico europeo. Por lo tanto, podemos ver que el sistema de protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión tiene una naturaleza instrumental, como cauce –por muy loable que este sea— para la consecución de otro fin. Este tipo de aproximación ha de ser encuadrado, a su vez, en la tendencia actual a la *objetivación* del control de constitucionalidad de las normas, como ha ocurrido en el caso de España a

través de la reforma del recurso de amparo[816], y en los problemas dimanantes de la misma para la efectiva garantía de los derechos fundamentales subjetivos[817].

Recurriendo a un concepto clásico de la teoría jurídica de la integración europea, consideramos que se erige, de esta manera, un *Estado de Derecho a varias velocidades*, en el que se avanza en mayor o menor medida en relación con la naturaleza estructural que se pueda extraer de cada uno de los derechos fundamentales recogidos en la Carta, utilizando para ello el apoyo de los Tratados para sortear los límites de su aplicabilidad[818], o declarando el carácter absoluto de los mismos[819]. En aquellos ámbitos en los que no se ha producido este avance entraría en escena el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ha ocurrido respecto del sistema de las órdenes de detención europea, para otorgar protección de naturaleza individual a los derechos de los ciudadanos de los Estados parte, colmando las lagunas causadas por la aproximación objetivista del Tribunal de Justicia. Sin embargo, hemos de poner en duda hasta qué punto sería recomendable que la Unión, para resguardar la efectividad de su ordenamiento jurídico, recurra a una *externalización* de la protección de los derechos fundamentales en su dimensión individual, tanto por los posibles conflictos jurisdiccionales entre el Tribunal de Luxemburgo y el de Estrasburgo, como por la eventualidad de que se produzca una pérdida de legitimidad del primero ante los ojos de la ciudadanía que pretende construir. A su vez, hemos de tener presente que desde una perspectiva integral del Estado de Derecho sí que resulta recomendable que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos intervenga de la manera que hemos expuesto, en tanto supone introducir un elemento de limitación del poder, aunque esté situado en el exterior del sistema jurídico de la Unión Europea. Al respecto, no podemos olvidar que el propio TUE establece en el artículo 6.2 que «la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», pese a que el intento fue frustrado por los defectos señalados en el Dictamen 2/13.

Otro peligro que se deriva de la mutación estructuralista del Estado de Derecho se corresponde con la posibilidad de que acabe abriendo la puerta a la *tiranía de los valores*

[816] Mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

[817] Sobre esta problemática podemos consultar el trabajo de Díaz Revorio (2009).

[818] Como ha ocurrido respecto de la utilización del artículo 19.1.II TUE, que resulta aplicable en los *ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión*, para salvar la incapacidad de aplicar el artículo 47 CDFUE, que vincula a los *Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*.

[819] Esto es lo que ha ocurrido respecto de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes contenida en el artículo 4 CDFUE.

sobre la que en su día nos advertía Carl Schmitt (1961). A este respecto son reveladoras las palabras de Roeben (2020: 60), cuando repara en que los poderes adquiridos por el Tribunal de Justicia gracias a la reinterpretación del 19.1.II TUE descansan en la premisa de que la Unión Europea es un *actor de justicia*, pero no serían de utilidad –a los efectos de la tutela judicial efectiva— si fuera un *actor de injusticia*. Sin embargo, consideramos que esta conclusión ha de ser llevada más allá, y, por lo tanto, la auténtica preocupación respecto de los poderes adquiridos por el Tribunal de Justicia –y, con carácter general, todas las instituciones de la Unión Europea, como ocurre con el Reglamento 2020/2092— no sería su falta de utilidad. Las verdaderas inquietudes deben provenir del hecho de que, aunque en el momento actual expansión de las competencias de las instituciones de la UE parezcan justificadas para preservar los valores comunes europeos frente al iliberalismo, nada nos asegura que en el futuro pueden convertirse en un instrumento a través del cual se traten de imponer otros estándares jurídicos que sean considerados apropiados, y esto, al mismo tiempo, supondría la *desvalorización* de todo aquello que resulte ajeno al canon establecido por los poderes supraestatales.

La culminación de dicho proceso supondría el cenit de la *desconstitucionalización* de los Estados miembros en favor de la arquitectura supraestatal de la Unión Europea[820], que vería robustecidos sus elementos de constitucionalidad. Como consecuencia de ello, perderían fuerza los conceptos de soberanía e identidad nacionales[821] y, al mismo tiempo, se desdibujarían los límites –y posibilidades— de la reforma constitucional nacional[822], como ocurriría si se diera el caso de un avance progresivo del principio de no regresión, pues los estándares europeos actuarían como un límite de carácter material y, por tanto, solo tendrían cabida aquellas modificaciones que fuesen en la misma dirección que estos. Pero los efectos no se acabarían en la *desconstitucionalización*, sino que tendría lugar un proceso que denominaremos *contraconstitucionalización*, consistente en la reforma tácita de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros sin que la modificación se vea reflejada en sus respectivos textos constitucionales, por ejemplo, a través de las

[820] Sobre este fenómeno se ha pronunciado De Vega (1985: 165), respecto de las reformas tácitas de la Constitución en el ámbito interno, así como de Cabo Martín (2014: 115-116), respecto de la desvirtuación del entramado jurídico e institucional propio de los Estados miembros como resultado de la imposición de las políticas de la Unión Europea, y, en el mismo sentido, Camisón Yagüe (2017: 176).

[821] Para la construcción de este argumento hemos utilizado los trabajos de Kelsen (1982: 340-342), Lenaerts (1990: 231), Pech y Platon (2018), Bustos Gisbert (2022b: 610), Azpitarte Sánchez (2022: 11) e Iglesias Sánchez (2022: 512).

[822] Como bien nos advertía Bon (2014: 180), respecto de la doble función del concepto de identidad nacional en el ámbito de la Unión Europea.

sentencias del Tribunal de Justicia. Nos resistiremos a hablar de mutación constitucional, debido a que en el Capítulo II dejamos claro que solo podían ser consideradas como tales aquellas modificaciones informales que tienen cabida en el texto constitucional sin que sea necesaria una interpretación forzada del mismo. No se estaría dando la *desvirtuación* de la supremacía constitucional sino que, por el contrario, lo que tendría lugar sería una *deslocalización* de la misma. En ningún momento dejaría de existir una norma suprema, pero esta pasaría a radicar en el plano supraestatal y no en los distintos ámbitos estatales. Por el momento, la deslocalización de la supremacía constitucional únicamente ha tenido lugar con carácter parcial, respecto de aquellos ámbitos en los que los Estados miembros han cedido soberanía mediante la ratificación de los Tratados constitutivos.

En tercer lugar y como consecuencia de esto último, en la actualidad nos hallamos ante el concepto de *constitucionalismo compuesto* o *multinivel –Verfassungsverbund—* que fue acuñado por Pernice (2015) y supone una relación complementaria, no jerárquica, entre las constituciones de los Estados miembros y la constitución de la Unión Europea. Aunque el mismo ha sido aceptado por algunas de las voces autorizadas de la doctrina[823], tampoco faltan las críticas en las contribuciones de otros autores de reconocido prestigio: Maestro Buelga (2004: 140) entiende que, aunque se pretenda superar la contradicción entre sendas esferas de poder, la dinámica europea le otorga centralidad a la supraestatal y, por lo tanto, la tesis fundamental del constitucionalismo multinivel es el de la *unicidad*; De Cabo Martín (2007: 200) se refiere a la omisión –demasiado habitual— del nivel global o mundial –que es hegemónico— a la hora de hablar del constitucionalismo multinivel; Rodomonte (2019: 306) apunta que esta doctrina devalúa los textos normativos estatales, exalta excesivamente la tarea de los tribunales, y «acaba por mortificar a las instancias decisionales democráticas, sustrayendo también así espacio a la soberanía popular»; e incluso el propio autor que acuñó esta teoría ha puesto de manifiesto las críticas que ha suscitado en el marco de la doctrina del constitucionalismo alemán (Pernice, 2015: 547), refiriéndose a los trabajos de M. Jestaedt y R. Barents, que no son capaces de entender cómo se puede hablar de unidad cuando existen dos ordenamientos jurídicos separados que claman su autonomía al mismo tiempo, por lo que lo califican como un oxímoron[824].

[823] Hemos tomado como referencia los trabajos realizados por Von Bogdandy y Schill (2011: 1420), Bustos Gisbert (2005) y Cruz Villalón (2017a: 87), subrayando que este último prefiere traducirlo como «comunión constitucional».

[824] Pernice cita en primer lugar la obra de Jestaedt, M. (2004).'Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation', en R.

A pesar de que reconocemos la valía de estas críticas, seguimos apostando por el concepto de constitucionalismo multinivel y, por ello, las usaremos para perfilarlo mejor, comenzando por señalar, en línea con nuestra exposición precedente, que no existen dos sistemas constitucionales –completos— que se superponen, sino que lo que ocurre es que el constitucionalismo nacional convive con los elementos de constitucionalidad europeos. Si bien es cierto que resulta paradójico que existan dos ordenamientos constitucionales[825] que se *auto perciben* de manera simultánea como autónomos, su coexistencia es posible por la misma razón que indicamos respecto del principio de confianza mutua. La premisa, por parte de las instituciones supraestatales, de que los Estados miembros van a respetar el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, y la presunción, en este caso por parte de los Estados miembros, de que las instituciones supraestatales van a respetar la atribución de competencias y su identidad nacional a la hora de ejercer aquellas, es lo que permite que funcione de manera armónica el proyecto de integración. Sin embargo, igual que vimos con la *ruptura de la cuarta pared* provocada por los regímenes iliberales, esto también puede ocurrir en situaciones menos dramáticas, como son las resistencias de algunos tribunales constitucionales a la hora de aceptar de manera absoluta la primacía[826], o los intentos actuales de las instituciones europeas de interpretar de una forma expansiva las competencias atribuidas por los Tratados con la creación de nuevos instrumentos para la protección de los valores del artículo 2 TUE.

A las dos esferas de poder les conviene tener una actitud cooperativa frente a la otra, puesto que la relación que las une es de dependencia recíproca, en tanto la UE no puede funcionar adecuadamente sin la aquiescencia y la colaboración de los Estados miembros, y estos, al carecer de *masa crítica* en cuanto a su autonomía política y –sobre todo— económica, no serían capaces de *sobrevivir* en el mundo globalizado[827]. Sin embargo, como nos advierte Menéndez (2023: 69), es lógico que el aumento de la propensión al conflicto entre ambas tenga una relación de proporcionalidad directa con la adquisición

Krause et al. (eds.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für W. Blomeyer*. Berlín: Duncker & Humblot. Tras ello, hace referencia a la contribución posterior de Barents, R. (2012). The Fallacy of European Multilevel Constitutionalism, en M. Avbelj y J. Komárek, (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Nueva York: Hart Publishing.

[825] En el caso de la Unión Europea, pese a la puntualización que acabamos de realizar, utilizaremos esta expresión para reflejar la postura de sus instituciones y, en especial, del Tribunal de Justicia.

[826] Las sagas judiciales de Alemania, Polonia y Rumanía han sido analizadas por Menéndez (2023), que utilizan la identidad nacional –como apuntamos, en sentido constitucional— como un límite al ejercicio de las competencias de la Unión Europea (Weber, 2011: 16-17).

[827] Para realizar esta afirmación utilizamos como fundamento los trabajos de Häberle (1993: 112), Ruiz-Rico Ruiz (2002: 108), o Von Bogdandy y Schill (2011: 1425).

de elementos materiales de constitucionalidad por parte de la Unión Europea[828], ya que el incremento paulatino de las evidencias sobre la existencia de un sistema constitucional supraestatal (*sic*) es el que ha hecho saltar las alarmas, por las suspicacias derivadas del proceso de *desconstitucionalización* que hemos expuesto más arriba. Como resultado, sería necesario descartar la concepción cooperativa de estas dos esferas de soberanía y adoptar lo que Poiares Maduro (2003: 15-16) califica como «soberanías en competencia», insertadas en el marco de la construcción teórica a la que dicho autor denomina como «Derecho contrapuntual»[829].

Nos queda por analizar si la *ruptura de la cuarta pared* en este ámbito acarrea solo afecciones negativas o, por el contrario, también se pueden extraer resultados positivos. Más allá de las problemáticas en cuanto a la dificultad de mantener las presunciones que permiten el funcionamiento ordinario de la Unión Europea, entendemos que la existencia de controles por parte de los Estados miembros es positiva. Al igual que hemos señalado respecto del TEDH, supone un refuerzo de los mecanismos de limitación del poder de las instituciones europeas y, por lo tanto, ha de ser considerado como un verdadero avance. Por mucho que en ocasiones los Estados miembros frenen los avances de la integración, no podemos olvidar que es en los últimos donde reside la legitimidad democrática original que permitió que surgiera la Unión Europea; que el constitucionalismo, o es democrático, o no es constitucionalismo; que los avances requieren el respeto de los cauces jurídicos, tanto en apariencia como en sustancia, para gozar de legitimidad; y, como consecuencia, que un fin legítimo no justifica la elección de cualquier medio para alcanzarlo.

De la misma manera en que los Estados miembros limitan sus opciones políticas como resultado de su pertenencia a la Unión Europea, la bidireccionalidad por la que se caracteriza –y que requiere para su funcionamiento— el ordenamiento jurídico europeo[830] provoca que también la Unión Europea vea acotadas sus posibilidades de acción política, a causa del mecanismo de control inherente al principio de atribución de competencias. Y esto último no debe verse como un factor consustancialmente negativo, sino que ha de observarse como un elemento de limitación del poder que nos va a permitir evaluar la

[828] Sumado a la pérdida de homogeneidad en la percepción política y la orientación cultural a causa de las sucesivas ampliaciones (Weiler, 1995: 58).

[829] Derivado de la utilización del *contrapunto* en el ámbito de la música, que es definido por la Real Academia Española –primera acepción— como la «*concordancia armoniosa de voces contrapuestas*».

[830] Lenaerts (1990: 262) representa muy bien esta situación al determinar que en la Unión Europea los Estados miembros juegan un doble papel como *participantes* en el proceso de adopción de decisiones y como *antípodas* al ordenamiento jurídico europeo.

actuación de las instituciones europeas, lo que resulta, como expusimos en el Capítulo II, coherente con los fines del Estado de Derecho, ahora respecto de la propia integración, permitiendo que podamos hablar de una verdadera *Unión de Derecho*.

Los controles que provienen de la justicia constitucional de los Estados miembros son de utilidad para sujetar los posibles excesos de las instituciones europeas, por lo que no sería recomendable aproximarse a ellos solo como un freno absoluto a la integración, sino también como un mecanismo que puede evitar una aceleración desenfrenada que se traduzca en una colisión frontal con los Estados miembros y en el paulatino fracaso del proyecto continental.

Sin embargo, la reacción del Tribunal de Justicia ante el surgimiento de regímenes iliberales en su seno no ha sido lo comedida que recomendaríamos, sino que ha optado por crear un nuevo concepto de *identidad europea* propia de la Unión e independiente de las identidades nacionales de los Estados miembros, a pesar de que sus raíces se hundan en las tradiciones constitucionales que son comunes a los últimos. Este tipo de estrategia podría ser incardinada en el marco la homogeneización –que se encontraba en oposición a la aceptación del pluralismo jurídico y político— de naturaleza vertical y descendente, esto es, impuesta desde las instancias supraestatales de la Unión Europea; pero matizada, a causa de la imposibilidad de desligar por completo la identidad europea del conjunto de las identidades nacionales, sin perjuicio de que –como hemos apuntado anteriormente— esta síntesis tenga lugar a través de un juicio evaluativo y, por tanto, no responda con total exactitud al conjunto de las realidades estatales.

En cuarto lugar, vamos a referirnos a un cambio en la dinámica general de la UE. Parece que nos encontramos ante el surgimiento de un verdadero momento constitucional a través de lo que denominaremos *neomesianismo pragmatista*.

Ya hemos determinado que el *mesianismo* consiste en la justificación de la acción y de su fuerza movilizadora en el ideal perseguido. Por tanto, hablamos de *neomesianismo* en la medida en que la *Tierra Prometida* que actuaba como pretexto para la expansión de las competencias de las instituciones europeas hoy en día ya no es eficaz[831], y, por ende,

[831] Tal y como pone de manifiesto Weiler (2012b: 39), el colapso del mesianismo se produjo por el éxito del proyecto de integración europea, en el momento en el que la oposición entre Francia y Alemania dejó de estar presente en la memoria colectiva. Como apuntaba en su día Leibholz (1962: 14), el sacrificio de la soberanía de los pueblos en el altar de la paz se produjo por el miedo a una Tercera Guerra Mundial,

para continuar dilatando los poderes supraestatales han tenido que hallar un nuevo *mesías*. Acudimos al calificativo *pragmatista* para calificar esta versión renovada del mesianismo porque su naturaleza también se ha matizado, pues no solo se ha producido un cambio en la identificación del enemigo, que ha pasado de radicar en los autoritarismos evidentes a la versión sofisticada de los mismos a través del fenómeno conocido como iliberalismo; sino que el objetivo principal ya no es antibelicista, sino eminentemente economicista, y, a diferencia del mesianismo original, que eligió un camino hasta entonces intransitado, actualmente la Unión Europea trata de reforzar la persecución de sus fines a través de la eficacia de los medios que acostumbra a utilizar. Se produce, por lo tanto, una perversión recíproca del mesianismo y el funcionalismo, que tratamos de reflejar en el *pragmatismo*, en tanto esta corriente de pensamiento *pone el criterio de verdad en su eficacia*[832].

El *neomesianismo pragmatista* supondría la justificación de la acción expansiva de las instituciones europeas a partir de la *bondad* de los fines que persigue, utilizando como argumento complementario la eficacia –demostrada— de los medios empleados para ello. Esta construcción estaría apartando el foco de atención de la pregunta verdaderamente importante, es decir, si la subsistencia de la Unión Europea está teniendo lugar a través de una extralimitación de las competencias que le han otorgado los Estados miembros a través de los Tratados constitutivos.

El clima de crispación provocado por los regímenes iliberales en el seno de la UE, sumado a este fenómeno, ha conseguido originar un caldo de cultivo idóneo para justificar la ampliación de las competencias de las instituciones europeas como si se tratara de un acto de *legítima defensa*. No obstante, hemos de tener presente que los requisitos exigidos para que se pueda eximir la responsabilidad a través de esta figura son: agresión ilegítima, proporcionalidad en el medio que se emplea y falta de provocación por parte del defensor. La ilegitimidad de la agresión iliberal no admite dudas, puesto que tratan de erosionar los valores fundamentales de la Unión Europea. La proporcionalidad de los cauces elegidos, pese a que se pueda vulnerar el principio de atribución de competencias, podría ocultarse a través del refinamiento al que nos referimos, pues no llevarían a cabo la extralimitación

pero al mismo tiempo nos advierte que esta ofrenda solo es factible si la misma no es percibida como una imposición de un sistema ideológico extraño.

[832] La segunda acepción del término en la Real Academia Española define el término *pragmatismo* como aquel «movimiento iniciado en los Estados Unidos por C. S. Peirce y W. James a fines del siglo XIX, que busca las consecuencias prácticas del pensamiento y pone el criterio de verdad en su eficacia y valor para la vida».

de manera evidente, sino soterradamente y, por tanto, podría no ser objeto de anulación. Sin embargo, consideramos que resulta imposible concluir que no existe una provocación previa por parte de los poderes supraestatales, representada en los fenómenos explicados, como la *desconstitucionalización* o la *contraconstitucionalización*, así como los defectos de las condicionalidades preadhesión y –en general— de los trasplantes constitucionales, a los que nos referimos en el Capítulo II. Como consecuencia de todo lo que hemos dicho, la relación entre instituciones europeas y regímenes iliberales no ha de concebirse solo como un ataque de los últimos hacia las primeras, sino más bien como una pugna entre dos modelos de organización del poder.

Si la Unión Europea desea continuar siendo el *héroe* de la historia de la integración, debe comportarse como si lo fuera. En caso de que las instituciones europeas decidan usar medios ajenos al marco competencial previsto en los Tratados –tal y como ya ha ocurrido en varias ocasiones[833]— acabarían por colocarse en el mismo plano que los iliberales y, por lo tanto, pasarían de ser las *víctimas* de esta historia a emplear una actitud *victimista* para esconder que en la práctica están utilizando los mismos instrumentos que los *villanos* a los que pretendían combatir. Utilizar de una forma interesada el ordenamiento jurídico –e incluso vulnerarlo— para alcanzar un fin, por muy loable y justificado que sea y esté, provoca que la Unión Europea acabe en el mismo saco que los autoritarismos sofisticados, perdiendo su legitimidad a los ojos del constitucionalismo y, si despiertan a esta realidad, de los ciudadanos de los Estados miembros.

A pesar de las críticas que la actuación de las instituciones europeas pueda suscitar en el plano teórico, resulta innegable que *de facto*, agregada al contexto contemporáneo, acaba por desencadenar un verdadero *momento constitucional europeo*, debido a que se han dado las circunstancias necesarias como para que la población acepte –o al menos así lo han entendido las instituciones de la UE— la instauración del modelo constitucional[834], por razones de necesidad. Sin embargo, hemos de advertir la paradoja que es connatural a los momentos constitucionales, como hizo en su momento De Cabo Martín (2003: 23):

[833] Los tres ejemplos más llamativos serían la introducción de los derechos fundamentales por la vía jurisprudencial en el inicio del proceso de integración, las huidas del marco comunitario como respuesta a la inidoneidad de la arquitectura constitucional para hacer frente a la crisis económica, y, en la actualidad, la extensión de los cauces de garantía de los valores fundamentales de la Unión Europea del artículo 2 TUE.

[834] Tomando como referencia la teoría de los momentos constitucionales de Ackerman (1991; 1998), que los divide en cuatro pasos: la declaración por parte de uno de los poderes de que posee un mandato del pueblo para llevar a cabo una reforma constitucional; la propuesta para realizar dicha reforma; la oposición por parte de los demás poderes del sistema; y la decisión de la población al aceptar la modificación.

Los procesos y períodos constituyentes son la expresión de crisis profundas. Y ese tiempo de crisis es, en principio, el menos adecuado para que surja una Norma que precisamente por sus contenidos, trascendencia y —como se veía […]— vocación de permanencia, exigiría, unas condiciones de reflexión y objetividad bien lejos de las que se dan en la época en la que nacen; y sin embargo y contradictoriamente, ese Tiempo es el propiamente «constitucional», en el sentido de que es el único en el que las Constituciones surgen como necesidad.

En la actualidad, el riesgo inherente al *momento constitucional europeo* consiste en que la urgencia con la que se ha planteado la necesidad de solucionar la amenaza iliberal, supuestamente justificadora de la elección de medios *ultra vires*, acabe por convertirse en el sometimiento de los *Leviathanes* estatales para liberar a un monstruo más peligroso, tal y como ha representado con maestría Requejo Pagés (2016: 145-146), un *Erisictón*[835]*,* «para cuyo apetito insaciable no basta alimento alguno, ni siquiera el de su propia carne». Con ello, a pesar de que estaríamos limitando los excesos del poder en el ámbito estatal, al mismo tiempo estaríamos abriendo la puerta a la transformación de la Unión Europea en un verdadero *Supraestado*, y nos situaríamos en el mismo punto que fue señalado por Thibaudeau en los debates de la Convención francesa ante la propuesta de Sieyès relativa a la conveniencia de crear un Tribunal Constitucional, cuando señaló la mitología india, en la que es un elefante el que sostiene al mundo y, a su vez, este se apoya en una tortuga, pero nadie es capaz de dar una respuesta cuando se pregunta quién sujeta a esta última[836]. El auténtico riesgo que supone la extralimitación y –en última instancia— consolidación en cuanto a la ampliación de las competencias de la Unión Europea radica, precisamente, en la creación de una estructura de poder que carezca de un elemento de control efectivo ante posibles vulneraciones de los intereses de los Estados miembros y –sobre todo— de la necesaria legitimidad constitucional.

No podemos olvidar que toda estructura de poder es susceptible de corromperse, y, en consecuencia, resultaría extremadamente peligroso suprimir los cauces de resistencia que están en manos de los Estados miembros, pues en el momento actual constituyen un

[835] Según la mitología Griega, Erisictón fue castigado con un hambre insaciable por profanar uno de los santuarios dedicados a la diosa Deméter, y tal era su voracidad que, tras vender todas sus pertenencias y acabar con la fortuna de su progenitor que se encargó de alimentarlo, acabó por devorarse a sí mismo, tal y como se desprende de la obra de Calímaco, *Himno a Deméter*.

[836] Para un análisis más detallado de los debates, podemos acudir a la monografía de Blanco Valdés (2010: 108-110).

pilar basilar de la limitación de los poderes de la Unión Europea. Si estos son laminados, nos encontraríamos totalmente indefensos frente a una hipotética –pero no imposible[837]— transformación del proyecto de integración europeo en un *actor de injusticia*. Por tanto, consideramos que es preferible que la Unión Europea siga encontrando como freno a los Estados miembros, y no que esta se deshaga de los últimos y, junto a los nuevos poderes, adquiera también la posibilidad de abusar de ellos.

En quinto lugar, nos referiremos a la posibilidad de que este fenómeno desemboque en un proceso de federalización y las implicaciones –positivas y negativas— que tendría. Aunque el federalismo puede ser definido restrictivamente por una parte de la doctrina[838], muchos otros autores han calificado la integración europea como un sistema federal[839]. Por nuestra parte, entendemos que lo más correcto sería adoptar una postura intermedia, reconociendo que la integración europea ya supone una suerte de *federalismo funcional*, derivado de la introducción en las estructuras y el funcionamiento de la Unión Europea de los principios e instrumentos que caracterizan al federalismo[840], de forma similar a lo que dijimos respecto caracterización del constitucionalismo europeo no porque tenga una Constitución *stricto sensu*, sino porque ha adquirido *elementos de constitucionalidad*[841]. Por tanto, en línea con el dinamismo que distingue al proyecto de integración europea[842], no nos hallamos ante un estadio consolidado, sino que se trata más bien de un proceso de aprehensión de *elementos de federalismo* por parte de las instituciones europeas.

El proceso que tiene como objetivo la federalización europea no se identifica con una naturaleza constante, lineal y estable, sino que, por el contrario, ha dependido de los distintos avatares políticos que se han sucedido a lo largo del tiempo y, paradójicamente,

---

[837] Entendemos que la naturaleza irreversible de las transiciones y las consolidaciones democráticas ha de ser superada, como podemos extraer de la exposición contenida en el Capítulo III.

[838] Como es el caso de Schmitt (1996: 348), pues considera que para que exista una Federación debe modificarse el total del status político de cada uno de los miembros para conseguir un fin común.

[839] Entre otros, Lenaerts (1990: 208), Solozábal Echavarría (2003: 58) o Weiler (2005: 18).

[840] Como bien puso de manifiesto Ruiz-Rico Ruiz (2002: 119) sobre la base de un trabajo previo de Carreras Serra (1999).

[841] Tomamos la expresión de la exposición realizada con maestría por De Cabo Martín (2014: 112), al determinar que «si bien la vinculación histórica entre Estado y Constitución es una evidencia así como también que su exigencia fue y —aunque con transformaciones— sigue siendo necesaria, nada impide que, aunque no sea trasladable de manera estricta el concepto formal de Constitución estatal por existir elementos específicamente ligados al Estado, sí cabe la aplicación de una serie de componentes o de lo que puede llamarse *elementos de constitucionalidad* que, por el grado de desarrollo y potencialidad alcanzados, pueden considerarse ya *principios* aplicables a espacios, organizaciones o relaciones sociales, sin que el tipo de organización o el territorio sean límites a su aplicación y vigencia aunque adquieran caracteres diferenciados y sin que suponga la disolución o desnaturalización de lo que la Constitución significa».

[842] En este sentido, Weiler (1986: 343) apunta que la mejor forma de entender el supranacionalismo es como un tipo de proceso dialéctico de acción y reacción entre las diferentes fuerzas que le dan forma.

algunos de los avances más importantes de la integración supraestatal han provocado que se detenga la senda hacia el federalismo[843]. En esta misma línea, podemos distinguir dos comprensiones de la integración: «como un *minus* frente a la unificación, si se espera y se desea alcanzar en el futuro, al final, la completa unidad política»; o como un *«aliud»*, esto es, como una «alternativa a la unificación política, cuando se espera que el desarrollo en común se detenga antes de llegar a la unificación política y que la comunidad de integración encuentre un lugar en el ancho espectro de las relaciones interestatales» (Wahl, 2006: 112). En el momento actual, como resultado del caldo de cultivo que hemos expuesto en las páginas precedentes, parece que ha vuelto a tomar impulso esta dinámica de federalización, en tanto la expansión de las competencias de las instituciones europeas, para controlar la conformidad material de los ordenamientos jurídicos nacionales con el estándar establecido en el ámbito supraestatal, supone la imposición –al menos *de iure*— de la primacía del constitucionalismo europeo (sic) sobre las opciones constitucionales de los Estados miembros, sin perjuicio de que puedan darse –*de facto*— resistencias por parte de los poderes nacionales y, especialmente, los Tribunales Constitucionales.

Como resultado de todo lo anterior, si bien en la actualidad no podemos decir que la Unión Europea sea una federación, sí que podemos hallar, cada vez con más magnitud, *elementos de federalismo* en el marco de la arquitectura jurídico-institucional europea[844]. De la misma forma en que proponíamos *revisitar* el concepto de Estado de Derecho para adaptarlo a las especificidades del ámbito supraestatal y, por ende, proponíamos utilizar la expresión de *Unión de Derecho* como aquel ideal al que habría de tender la integración; consideramos que hemos de adoptar una aproximación similar respecto del federalismo, por lo que sugerimos utilizar el término *unionismo* para referirnos al modelo relacional de la integración supraestatal, esto es, a la manera en que se organizan las relaciones entre los distintos actores que participan en esta última, tanto de carácter vertical entre la Unión y los Estados miembros –bilateral o multilateralmente— como de carácter horizontal, cuando nos referimos a la interacción de los Estados miembros que la conforman.

El *unionismo* puede acabar desembocando en un modelo federalista a través de la transmutación de la integración europea en un *Supraestado*. Sin embargo, esta posibilidad

[843] Tal y como ocurrió con la instauración del principio de confianza mutua en el marco del ELSJ, según hemos podido comprobar a lo largo de nuestra investigación, o en el caso de la integración monetaria (Viciano Pastor, 2006: 210).

[844] Sobre las posibilidades de que la Unión Europea pueda acabar convirtiéndose en una estructura de tipo federal podemos consultar el trabajo de González Cadenas (2020).

no debe condicionar los análisis actuales del *constitucionalismo* europeo y, por lo tanto, hemos de atenernos al contexto contemporáneo en el que, pese a que la aprehensión de los elementos de federalismo por parte de la Unión Europea sea cada vez más acusada, aún no tiene *masa crítica* suficiente como para ser considerada una auténtica federación. La principal razón que nos lleva a realizar esta última afirmación se encuentra en el hecho de que el *carácter compuesto* de los *elementos de constitucionalidad europeos* –ya que estos se superponen con los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros— que singularizan al ordenamiento jurídico de la Unión provoca que los Estados miembros conserven aún un papel decisivo en este *unionismo*, que carece de una legitimidad directa constituyente ante la ausencia de un *demos* unitario –o, al menos, con vocación de unidad— que aún no ha sido formado. Tanto los regímenes iliberales, como la reacción de algunos de los tribunales constitucionales, nos demuestran que los poderes estatales aún pueden plantarse frente a la Unión en caso de que se produzca una expansión *contra constitutionem* de las competencias de las instituciones europeas[845].

En sexto y último lugar, consideramos que la exposición previa nos sirve como una muestra de los límites de la influencia del Derecho Constitucional frente a la política[846], sobre todo en las circunstancias excepcionales, por lo que consideramos que es necesario adoptar una actitud *modesta* a la hora de analizar la influencia del constitucionalismo en los regímenes autoritarios, por mucho que estos últimos se hayan decidido –a través del proceso de sofisticación que recogimos— a respetar los estándares formales del primero. Ante la multiplicidad de vías de que disponen los regímenes iliberales para pervertir el espíritu de las normas propias del constitucionalismo (Landau, 2013: 230), consideramos que no podemos echar la culpa en exclusiva a los defectos de *ingeniería constitucional*[847], sino que también hemos de exigir responsabilidad –igual o mayor— a los poderes que no

[845] Tal y como nos advertía Wahl (2006: 116), a diferencia de los Estados federales tradicionales, en el caso de la Unión Europea la sustancia política no se encuentra en la gran unidad, sino en las unidades pequeñas que la componen, los Estados miembros.

[846] Para realizar esta afirmación utilizamos como fundamento los trabajos de Hesse (1992: 22-25), cuando afirma que la fuerza de obligar de las Constituciones escritas únicamente puede ser constatada por la conciencia jurídica y que el Derecho Constitucional no puede ser desvinculado de la conducta humana; Lösing (2002: 297), cuando nos advierte que el Estado de Derecho depende de la realización de los derechos y no solo de su proclamación formal, por lo que es necesaria una cultura jurídica; Pérez Royo (1987: 36), al establecer que el ordenamiento jurídico «solo puede encauzar, pero no determinar, el contenido del poder político estatal»; Weiler (2012b: 35), cuando concluye que el Estado de Derecho en las democracias liberales no está basado en la coerción, sino en una cultura política que internaliza la obediencia a la ley; y, respecto de la inidoneidad de las Constituciones para hacer frente a regímenes iliberales una vez se han consolidado, Scheppele (2018: 583), Sadurski (2019b: 7), o Kosar, Baros y Dufek (2019: 460).

[847] Utilizando la expresión de Sartori (1999: 79), que concibe las constituciones como un cauce para la ordenación del comportamiento en el que se contienen incentivos, recompensas y factores disuasorios.

han sabido cuidar los valores materiales recogidos en el texto de la Constitución durante los momentos de tranquilidad, y que, en definitiva, han provocado que este último pierda –*de facto*— su normatividad en los tiempos de crisis constitucional.

La solución a esta problemática, por mucho que su dificultad resulte incuestionable, radicaría en una educación de la ciudadanía en los valores del constitucionalismo, ya que con ello sería posible que obtuviera una perspectiva crítica. No podemos ignorar el hecho de que las funciones en los distintos poderes públicos son desempeñadas por ciudadanos, y de que el desempeño de estos últimos va a depender de la educación que han recibido, no una vez que acceden al cargo, sino durante toda su experiencia previa; y, por lo tanto, sería utópico pensar que es plausible mantener el constitucionalismo sin educar a aquellos que eventualmente van a defenderlo –de los embates del autoritarismo y el iliberalismo— en las bondades de los instrumentos de limitación del poder y en los riesgos inherentes a la existencia de poderes descontrolados[848]. Pese a que realicemos esta afirmación sobre la base de la doctrina existente en el ámbito estatal, teniendo en cuenta la exposición que la precede consideramos que la misma resulta extensible al ámbito supraestatal.

Como consecuencia, cuando tratamos extraer conclusiones sobre los determinantes de la ineficacia de un instrumento jurídico o, con carácter general, de un sistema jurídico, no podemos permanecer apegados al texto de las normas, sino que hemos de levantar la mirada hacia otras disciplinas, como son la Historia, la Ciencia Política o la Sociología, para ser capaces de obtener una perspectiva realista del contexto en que tiene lugar esta incapacidad de la *normatividad* para crear *normalidad*, esto es, para influir en la realidad. A través de ello, seremos capaces de realizar una diagnosis precisa del tipo de situación que debemos afrontar y, por ende, de realizar propuestas adaptadas a la naturaleza de esta, en función de si la inidoneidad de una norma para influir sobre el plano de la realidad se deriva de una falta de perfección técnica, en cuyo caso bastaría con retocar su literalidad; si trae causa de un estancamiento del ordenamiento jurídico y de su falta de adaptabilidad a las realidades del mundo contemporáneo, por ejemplo, como resultado de la rigidez que suele caracterizar a los procedimientos de reforma constitucional; o si está provocada de manera intencional por los poderes públicos, pues en este caso la solución suele escapar –al menos con carácter exclusivo— del mundo del Derecho.

[848] A este respecto resulta de interés *La democracia humanista* de Moreno González (2020).

Sería una imprudencia considerar que la implantación de los valores europeos –y, concretamente, del Estado de Derecho— se configura como un proceso unidireccional, ya que su éxito no depende solo de los esfuerzos que puedan llevar a cabo las instituciones europeas para convencer a los Estados miembros sobre la conveniencia de respetarlos e, incluso, en algunos casos, imponerles su cumplimiento, como ha ocurrido en los procesos de adhesión de los últimos años. El cumplimiento material de los valores fundamentales va a depender en gran medida de la recepción de los mismos por los Estados miembros y por la ciudadanía existente en los mismos, pues no vale de nada tener unas vías de garantía técnicamente perfectas sin una adecuada cultura jurídica y de la legalidad y, por lo tanto, es necesario realizar campañas para sensibilizar a la ciudadanía en los valores europeos[849] –inherentes al constitucionalismo occidental y democrático— para que así los *órganos*, que en su origen son impersonales, se conviertan en *instituciones*, al ser imbuidas de los valores –y costumbres correspondientes— que subyacen a la tarea que estos desempeñan (Selznick: 1957).

El objeto de nuestra investigación es formar una base teórica para guiar la actuación de la Unión Europea, intentando que la misma conserve su legitimidad al defender sus valores fundamentales. Por tanto, debe concebirse como la advertencia de un europeísta convencido cuya preocupación se deriva de la utilización del *neomesianismo pragmático* para justificar, en la bondad de los fines perseguidos y la eficacia de la experiencia previa, la utilización de medios que puedan acabar provocando la desintegración europea.

Si queremos avanzar en la integración debemos ser conscientes de los riesgos que conlleva la profundización en la supraestatalización, ya que todo cambio tiene un precio, es decir, nunca se gana sin perder algo a cambio. Si propugnamos la conveniencia de otorgar unas mayores competencias de control a la Unión Europea en el sentido señalado, ha de ser con plena consciencia de los peligros inherentes a esta operación y, por tanto, los distintos Estados miembros deberían estar dispuestos a renunciar a una porción mucho más vasta de su –cada vez más reducida— esfera de soberanía, y en esta ocasión no solo para que la misma sea compartida entre los Estados que la integran, sino como una cesión en exclusiva a las instituciones supraestatales.

[849] En este sentido, podemos citar el trabajo de (Bisarya y Buler, 2017: 123-127), que nos advertían que una evaluación sobre la efectividad del sistema de limitación del poder no puede estar restringida al ámbito institucional, sino que debe estar concebida en términos realistas y contar con la distribución del poder entre los distintos grupos sociales, bloques ideológicos, clases, comunidades e intereses. Respecto de la importancia del factor subjetivo, podemos acudir a Jakab (2019: 185).

CONCLUSIONES Y RESULTADOS

El desarrollo de nuestra investigación doctoral nos ha permitido refutar la paradoja que Zenón de Elea utilizaba para tratar de negar el movimiento. Y no solo hemos podido comprobar la mutabilidad de los tres elementos de nuestro análisis de manera individual, sino que también ha servido para confirmar la naturaleza multifactorial de la integración, al observar la influencia que cada una de las tres variables ha ejercido sobre el desarrollo de las demás. El concepto de Estado de Derecho surgió, como mecanismo de limitación del poder a través del ordenamiento jurídico, para tratar de aplacar los abusos del mismo en los recién creados Estados nacionales; el autoritarismo tradicional ha evolucionado a causa del perfeccionamiento de los instrumentos de control del poder, desembocando en los *regímenes iliberales*, que buscan respetar –formalmente— la apariencia de legalidad; como reacción, las instituciones jurídicas se han mostrado ineficaces para hacer frente a los ataques soterrados al Estado de Derecho, de modo que también se ha extendido el fenómeno de refinamiento a estas; y, en este contexto, el principio de confianza mutua, que resulta una *conditio sine qua non* para el funcionamiento adecuado de la integración, ha sido transformado a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para dar cabida a las consecuencias derivadas de la interrelación de los otros factores.

Ninguno de estos tres elementos puede ser entendido de manera adecuada si no se hace referencia a la transformación de los demás y, por lo tanto, consideramos más que justificadas las metodologías histórica y comparada que exponíamos en la introducción, aderezadas con la perspectiva crítica del constitucionalismo, que nos va a permitir acceder a la teleología de las normas y, así, ir más allá del tenor literal de los cambios acaecidos.

Tras exponer cuál ha sido la dinámica general que ha seguido la interrelación de los elementos de análisis que hemos elegido como eje para nuestra investigación doctoral, trataremos de sintetizar las principales conclusiones que se derivan de cada uno de ellos. Teniendo en cuenta que los fundamentos teóricos que las sustentan ya han sido recogidos en los capítulos anteriores, consideramos que es apropiado dotarlas de una forma sumaria, por lo que daremos unas pinceladas de los principales puntos tratados y, sobre esta base, iremos perfilando desde una perspectiva integral –que tenga en cuenta todos los factores, sin dejar de prestar atención a la interrelación de los mismos— conclusiones concisas.

El concepto de Estado de Derecho ha estado presente en la integración supraestatal desde sus orígenes, ya sea a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –iniciada en *Les Verts*— o mediante su posterior formalización en el tenor literal de los Tratados. En un principio se encontraba más cerca de las concepciones formales que hemos visto, poniendo el foco de su atención en los principios de legalidad y de seguridad jurídica, y, con la asimilación de la fuerza vinculante –con las precauciones del artículo 51.1— de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la que es propia de los Tratados, pareció transitar hacia una concepción más material, pero lo hizo desde una perspectiva más bien objetiva, orientada a lo que denominamos la dimensión estructural o sistémica de los derechos fundamentales. Esta última afirmación ha podido ser corroborada gracias a la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia en relación con los instrumentos derivados del principio de reconocimiento mutuo y, por su especial sensibilidad política, especialmente respecto del sistema de las órdenes de detención europea.

Los líderes autoritarios han podido aprender –a su favor— de los errores del pasado, y han optado por utilizar la apariencia formal del Estado de Derecho como herramienta para ocultar sus verdaderas intenciones, esto es, la concentración del poder en sus manos. Han pervertido instituciones clave del constitucionalismo como la justicia constitucional, capturándola para transformarla en un instrumento que le otorgue legitimidad al régimen; la reforma constitucional, para encubrir una auténtica usurpación del poder constituyente; o los principios democrático y de legalidad, para aplastar derechos de las minorías a través de reformas legislativas, sobre la base de una supuesta voluntad del pueblo; y todo ello, como resultado, nos ha mostrado la inidoneidad de los instrumentos de control del poder propios de las dimensiones tradicionales del Estado de Derecho a la hora de hacer frente a las vulneraciones subrepticias de sus *componentes canónicos*[850]. Esto ha traído causa, principalmente, de la adopción mayoritaria del constitucionalismo en su acepción formal, que supone reducir el significado de las constituciones al mero hecho de que tal título se le haya otorgado a un documento, pero sin atender a elementos imprescindibles desde la perspectiva material o, según proponemos en la presente tesis, integral de este concepto, como la necesidad de que encuentre su fundamento en la legitimación democrática o de

[850] Sobre la *asunción de componentes* y la utilización de *cánones doctrinales* del Estado de Derecho, podemos citar el interesante trabajo de Burgess (2020), cuando menciona el empleo incuestionado de ciertas construcciones teóricas –sobre todo de voces clásicas autorizadas— por parte de la doctrina contemporánea, que en el caso británico serían, sin carácter excluyente, Thomas Hobbes, David Hume, Albert Venn Dicey, Lon Luvois Fuller, Ronald Dworkin, Joseph Raz, Max Radin, Tom Bingham y Jeremy Waldron.

que contenga mecanismos de limitación del poder con un grado suficiente de efectividad y un catálogo de derechos y libertades que sean garantizados con carácter general.

Esto último ha provocado la necesidad de que se produzca un cambio de enfoque en los mismos, encarnado en la introducción de la perspectiva integradora y sistemática, que no solo toma en consideración el texto de las normas, sino que también contempla los efectos derivados de su interrelación con el resto de normas del ordenamiento jurídico y con el contexto –político, social e histórico— en el que las mismas se incardinan. Así, nos resultaría posible identificar la teleología de las instituciones jurídicas y, a su través, defender su verdadero espíritu frente a los ataques sofisticados del iliberalismo.

Los avances que se han producido gracias a la protección de las Constituciones han provocado un efecto secundario que podemos calificar como *constitucionalismo mágico*, siguiendo la estela del *realismo mágico* surgido en el mundo de la literatura, consistente en la asunción de que la normatividad constitucional se convertirá en normalidad fáctica, irremediablemente, por la fuerza inherente a las Constituciones. Actualmente los Estados no solo desean tener una norma fundamental que los rija para conseguir la aceptación del panorama internacional, sino que en muchas ocasiones este afán se deriva de la confianza que depositan en la aprobación de la Constitución, que consideran el fin de sus problemas, como ocurre, por ejemplo, con la aprobación de extensas declaraciones de derechos en el ámbito del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

A este respecto entendemos que merece ser citado literalmente el razonamiento de Jeremy Waldron (2011: 25), cuando afirma que:

> *La presunción de que los poderes legislativos han de estar constreñidos por la ley en lugar de ser concebidos como fuentes últimas de esta, a menudo implica una extraña especie de mitología constitucional. […] Pero no veo ninguna razón para asociar el Estado de Derecho con una mitología de este tipo o para incorporar en el mismo cualquier negación de que el Derecho es humano en su origen y que, a menudo, es el producto de una deliberada manufactura. Incluso los positivistas (como he argumentado) dan una explicación inadecuada del mismo, al concebir el Estado de Derecho como el imperio del Derecho positivo; pero es un ideal humano para instituciones humanas, no una magia que de alguna manera nos absuelve del gobierno de los hombres*[851].

[851] Traducción propia de la versión original en inglés.

El hecho de que en un sistema político se inserten instituciones jurídicas perfectas desde el punto de vista de la técnica no asegura que el primero se adapte a las últimas, sino que, por el contrario, resulta mucho más probable que las mismas sean ignoradas en la práctica con carácter general, dando lugar a la tipología de la *Constitución* nominal elaborada por Loewenstein (1979: 218). Se daría un paso más en el caso de que los líderes políticos no creasen la norma fundamental desde la inocencia y la confianza en su éxito, sino como un instrumento –intencionado— para la consolidación del poder en sus manos, que encaja mejor en la tipología de la *Constitución* semántica (Loewenstein, 1979: 218), ya que en estos supuestos aparentemente se estarían utilizando las instituciones jurídicas, pero, en la práctica, el resultado supone una perversión de los fines perseguidos por estas, como hemos podido comprobar a lo largo del Capítulo III.

Sin embargo, acudir al otro extremo tampoco sería aconsejable desde la perspectiva del constitucionalismo, puesto que el realismo jurídico en estado puro supondría recurrir exclusivamente a la utilización de las normas para determinar su existencia y, por lo tanto, nos llevaría a la conclusión de que todas aquellas que en la práctica no sean respetadas no existen como normas jurídicas. Consideramos que lo más adecuado sería adoptar una postura intermedia, entre los extremos de *constitucionalismo mágico* y *realismo jurídico*, que permita una aproximación *valorativa* de las normas jurídicas en función del contexto, pero sin excluirlas por su mera infrautilización. Por el momento, la postura doctrinal que más se asemeja a la afirmación que acabamos de realizar es el *constitucionalismo crítico*, teorizado por De Cabo Martín (2014), al que nos referimos en el apartado metodológico, pues será el que nos permita enjuiciar el Derecho constitucional a través del marco teórico del propio Derecho constitucional como teoría con alto valor axiológico; pero sin olvidar que para evitar que la misma sea instrumentalizada por el argumentario de los regímenes iliberales y autoritarios será necesario entenderla desde una perspectiva democrática.

En esta línea, consideramos que es altamente ilustrativa la expresión que acuñamos, relativa a la *ruptura de la cuarta pared* en el ámbito del proyecto de integración europea. Encierra parte de esa mitología constitucional, en este caso consistente en la creencia de que los Estados miembros comparten una serie de valores comunes y que, por lo tanto, puede confiarse en que todos ellos van a cumplir por norma general las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión Europea. Hemos sido capaces de ratificar *gracias* al iliberalismo que ninguna de estas dos presunciones es aconsejable en el marco de la UE, la primera porque el alto número de Estados miembros –junto al distinto bagaje histórico,

sobre todo por parte de los más orientales— ha confirmado que no hay ningún valor que pueda considerarse universal, sin olvidar que la ultraderecha también está ascendiendo en algunos de los miembros fundadores del proyecto europeo, como es el caso de Italia, Francia o los Países Bajos. Y la segunda porque, si bien las instituciones europeas parecen haberse blindado *de iure* a través de la introducción del principio de primacía, este último descansa *de facto* en la actitud cooperativa por parte de los diferentes Estados miembros a los que va dirigido el Derecho de la Unión Europea y del que este –en origen— parte. Esta falta de poder coercitivo en el marco del ordenamiento jurídico europeo constituye el principal obstáculo para el proceso de constitucionalización supraestatal, ya que sin un aparato coactivo robusto sería imposible garantizar la supremacía de los Tratados.

Aquí nos encontramos con una dificultad añadida, debido a que los instrumentos de limitación del poder que hemos analizado en esta tesis no forman parte –*stricto sensu*— del sistema jurídico en el que se están produciendo las deficiencias del Estado de Derecho, sin perjuicio de que el Derecho de la Unión Europea haya sido aceptado con la ratificación de los Tratados y con la afirmación del principio de primacía por el Tribunal de Justicia. No se trataría de mecanismos de control *intrasistema*, sino que los mismos provendrían de una organización supraestatal y, por esta razón, deben calificarse como *extrasistema*, e incluso pueden llegar a ser concebidas como *intersistemas*, en la medida en que el resto de los Estados miembros pueden controlar la actuación de uno en concreto a través de la arquitectura institucional supraestatal. De esta manera, quedaría superada la distinción de Loewenstein (1979: 232-233) entre las técnicas de control *intraórganos* e *interórganos*, pues entra en juego la posibilidad de que sean actores externos al sistema los que influyan de manera formal en uno de los Estados miembros. Las técnicas a las que hacía referencia Loewenstein serían incluidas dentro de nuestros mecanismos de control *intrasistema*, y, a pesar de a que hayamos centrado nuestro trabajo en los cauces de control *extrasistema*, ello no quiere decir que los primeros no sigan existiendo en las relaciones que se producen entre las instituciones europeas y en el seno de las mismas.

Por lo tanto, cuando nos planteamos la posibilidad de crear instrumentos jurídicos para que las instituciones europeas sean capaces de frenar los avances del iliberalismo, no podemos realizar las propuestas doctrinales utilizando una aproximación unilateral, sino que también habremos de prestar atención a las resistencias que pueden encontrar en los Estados miembros, ya que los poderes nacionales no aceptarán –ni deben hacerlo— una expansión *contra Tratado* de las competencias de las instituciones europeas.

Asimismo, a causa de que en el marco de las concepciones del Estado de Derecho nos hayamos posicionado a favor de una aproximación *integral*, es decir, que contemple las dimensiones formal y material no de manera separada, sino como un conjunto global, y de que nos hayamos decidido por la concepción del constitucionalismo como principio, no solo como método; resultaría hipócrita aplicar esta construcción teórica únicamente a los poderes de los Estados miembros, pero no a los poderes de la integración supraestatal, sin perjuicio de que se deban realizar matizaciones para salvar las dificultades adaptativas de los conceptos que estamos utilizando, tal y como hemos expuesto en el Capítulo II.

Desde los fundamentos del constitucionalismo democrático, no podríamos aceptar la construcción de una nueva realidad constitucional europea –a través de los fenómenos de la *desconstitucionalización* y la *contraconstitucionalización* que hemos desarrollado en el Capítulo V— que se lleve a cabo al margen de las voluntades populares estatales. No solo serían preocupantes las especificidades de la arquitectura institucional de la UE, sino también el rol protagónico recibido por las instituciones europeas más alejadas de la legitimación democrática originaria y popular, principalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según se desprende de la exposición contenida en el Capítulo IV.

Desde la perspectiva integral del Estado de Derecho, tampoco podríamos tolerar la existencia de un doble rasero, esto es, de una divergencia respecto de los estándares que son exigibles a los Estados miembros, por un lado, y a las instituciones supraestatales, por otro. Si pretendemos que la Unión Europea goce de una legitimidad suficiente como para garantizar su estabilidad a largo plazo en la defensa de los valores fundamentales, ella misma ha de respetar los principios derivados del Estado de Derecho y, en especial, el principio de legalidad, que en el caso de la Unión, como apuntamos en el Capítulo II, está representado por el texto de los Tratados y, por lo tanto, habría de identificarse con el principio de atribución de competencias. De lo contrario, estaríamos aceptando que las instituciones europeas defiendan sus valores a través de los mismos instrumentos con los que los regímenes iliberales los están vulnerando, y, como advertía Weiler (2016: 326), «quienes viven en casas de cristal deben extremar la cautela a la hora de tirar piedras», pues los que desde fuera son capaces de observar los defectos del interior de este edificio pueden –y deben— cuestionar la validez del juicio valorativo realizado por aquellos.

Al mismo tiempo, no podemos dejar de mencionar las externalidades connaturales a una expansión descontrolada de las competencias de las instituciones supraestatales.

Partiendo de la exposición sobre el Estado de Derecho que incluimos en el Capítulo II y, más concretamente, de la necesidad de incluir cauces de control *intra– e interpoderes*[852], como uno de los elementos imprescindibles para evitar los abusos congénitos del poder, resultaría insostenible menoscabar las posibilidades de control de los Estados miembros, pues supondría laminar el principal instrumento de limitación del poder con el que cuenta en la actualidad el *constitucionalismo* europeo, más allá de los mecanismos existentes en el seno de las propias instituciones –*intrapoderes*— y entre las mismas –*interpoderes*—, dentro de la categoría de las técnicas de control *intrasistema*. Esta constituiría la otra cara de las técnicas de control *extrasistema* que veíamos respecto de los Estados miembros[853], por lo que hemos de concluir a este respecto que no se trata de una relación unidireccional, sino que es –y debe ser— multidireccional.

Privar a los Estados miembros de las competencias de control sobre la actuación de las instituciones europeas supondría eliminar definitivamente los *Leviathanes estatales*, ya que estos serían engullidos con voracidad por el *Erisictón europeo*[854]. Como resultado, los problemas inherentes a los excesos del poder estatal acabarían por desaparecer, pero, al mismo tiempo, surgirían otros nuevos, en este caso intrínsecos al poder supraestatal, mas con la complicación añadida de que en este caso no habría una esfera superior que pudiera controlar los posibles excesos, y, en consecuencia, el hambre de poder del nuevo *engendro supraestatal* encontraría menos resistencias de las que en sus orígenes hallaron los Estados nacionales, principalmente porque en Europa no existe un auténtico *demos* y, por ende, en este ámbito son más endebles los fundamentos y cauces de control por parte de los actores de la sociedad civil. Así, disminuirían las posibilidades de que un abuso de poder en el ámbito europeo fuera perseguido y, tras ello, solucionado. Esto, a su vez, aumentaría los riesgos de que el *héroe* del presente drama acabe convertido en el *villano*, pero ya no solo por los cauces elegidos para perseguir los fines que *a priori* eran loables, sino también con carácter potencial por la naturaleza adquirida a través de sus acciones, totalmente inmune a los controles extrasistema y, como resultado, mucho más indefensa

[852] No vamos a referirnos a ninguno de estos mecanismos de manera específica, pues, como vimos, la elección de unos u otros va a depender en gran medida de las características que presente cada sistema. Así, es recomendable utilizar una perspectiva más *humilde* o *modesta* hacia las instituciones endógenas y, por ende, apartarse de las aproximaciones *condescendientes* basadas en el conocido *Washington consensus*, huyendo de las propuestas que consideran que una institución, por el prestigio del sistema del que proviene, servirá en cualquier otro ordenamiento jurídico en el que sea trasplantado.

[853] A las que deberíamos sumar también las posibilidades de control en manos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[854] Siguiendo la analogía de Requejo Pagés (2016: 145-146).

ante la hipotética –pero no imposible, como puede deducirse del patrón evolutivo de los resultados de las elecciones al Parlamento Europeo— hegemonía de grupos políticos cuyo objetivo sea la concentración del poder, con desprecio por los valores y principios propios del constitucionalismo social y democrático de Derecho. A través de lo anterior no pretendemos realizar una oposición total a la constitucionalización de la estructura de la Unión Europea, sino más bien una *crítica constructiva*, una suerte de advertencia con la que ponemos de manifiesto la necesidad de imponer límites a los nuevos poderes que se derivarían de este proceso, así como de que estos no solo sean de naturaleza jurídica, ya que los controles horizontales –*interpoderes*— tienen una eficacia limitada en el seno de la democracia de partidos, sino que también se introduzcan nuevos controles populares de naturaleza vertical y se refuercen los ya existentes.

De la misma forma en que el Estado de partidos ha provocado una desvirtuación de la democracia hasta límites insospechados, realizar una deslocalización de la supremacía constitucional de los Estados miembros hacia la estructura supraestatal, sin una bendición constituyente unitaria, llevaría aparejado, no solo deficiencias desde el punto de vista de la legitimidad democrática, sino también una mayor debilidad del sistema ante el ascenso de los autoritarismos sofisticados, en este caso dentro de la Unión Europea en su conjunto.

El mismo instrumento que los Estados miembros idearon para suplir las carencias que su soberanía –otrora considerada absoluta— padecía en el mundo globalizado puede acabar por cobrar vida propia y despegar sus raíces de los Estados, como hemos podido apreciar en el caso de la creación de un concepto de identidad propio de la Unión Europea, provocando que esta soberanía acabe de escapar de las manos estatales y de los marcos nacionales de legitimación. Podemos usar el primer principio de la termodinámica y, sobre esta base, el de conservación de la energía, que determina que *la energía no se crea ni se destruye, sino que se transforma*, y aplicar sus enseñanzas al ámbito del Derecho constitucional, para acabar concluyendo que *la soberanía no se crea ni se destruye, sino que solo cambia de manos*, por lo que tendría lugar el proceso de *deslocalización* al que nos referíamos en el capítulo anterior respecto de la supremacía constitucional.

Sin embargo, no debemos soslayar que también hay riesgos en la opción contraria, esto es, en caso de que las instituciones europeas *no despertasen de la magia del teatro*. En este escenario las consecuencias estarían más cercanas a una pérdida de autoridad por parte de la Unión Europea, desembocando en un cuestionamiento de la fuerza vinculante de su ordenamiento jurídico y de la virtualidad del principio de primacía del Derecho UE.

Si bien esta sería la opción más cómoda para los regímenes iliberales que pretenden crear un entorno basado en valores contrarios, también hemos de poner sobre la mesa que existe la posibilidad de que los Estados miembros que quieran defender los valores del artículo 2 TUE, y que quieran avanzar en la integración, acaben *huyendo del marco comunitario*: mediante una respuesta similar al *Haider Affair*, caracterizada por acciones diplomáticas individualizadas por parte de los demás Estados miembros; a través de una interpretación extensiva de las cooperaciones reforzadas previstas en el artículo 20 TUE, para conseguir una armonización legislativa de tipo parcial; e incluso por medio del artículo 259 TFUE, relativo a la legitimación activa de los Estados miembros en el recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

Todas estas opciones acabarían desvirtuando los cimientos en los que se basa en la actualidad la Unión Europea. En el primer supuesto, las respuestas diplomáticas ajenas a la estructura supraestatal supondrían la introducción del principio de reciprocidad en las relaciones entre los Estados miembros, que como dijo el propio Tribunal de Justicia es ajeno a la estructura de la Unión y al método comunitario. En el segundo caso la extensión de las cooperaciones reforzadas provocaría una integración excesivamente asimétrica y daría paso a una *Europa a varias velocidades* también en el ámbito de los derechos; pero, en este caso, la distancia entre los primeros y los últimos –en términos de una mayor o menor integración— resultaría del todo insostenible desde la perspectiva del principio de igualdad en general, tanto respecto del trato entre los Estados miembros –art. 4.2 TUE— como del trato de los ciudadanos europeos, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 TUE. En el tercer caso, se fomentaría un ambiente de sospecha entre los Estados miembros que, siguiendo lo que explicamos a lo largo de esta tesis, resultaría del todo incompatible con el elemento de constitucionalidad –desde una perspectiva tanto jurídica como funcional— que constituye el principio de confianza mutua en el seno de la integración europea.

Este camino se correspondería con una vuelta al intergubernamentalismo, esto es, al mayor peso de los Estados miembros provocado por un descenso del protagonismo de las instituciones europeas. Pese a que esta senda no sería perjudicial *per se*, sí que podría conducir a la situación contraria a la que mencionábamos en el caso de la extralimitación de las competencias de las instituciones europeas. Ante una falta de *coraje político* de las últimas los Estados miembros podrían acabar recuperando parcelas de soberanía cedidas, *abortando el engendro supraestatal para liberar nuevamente a los monstruos estatales*, aprovechando estos últimos, paradójicamente, los restos institucionales del primero. Así,

mediante la disminución de los poderes de las instituciones europeas surgiría una esfera de inmunidad de los poderes estatales, que adquirirían consciencia de que las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico supraestatal no pueden garantizarse eficazmente por medios coactivos y, por lo tanto, con la *ruptura de la cuarta pared* que mencionamos, que los valores solo vinculan a aquellos Estados miembros que hayan decidido comulgar con ellos de forma voluntaria. Continuar sosteniendo la integración sobre el principio de confianza mutua se convertiría en una misión casi imposible en esta situación y, por tanto, nos veríamos abocados a una transformación *regresiva* de la estructura supraestatal.

De la misma forma en que nos decidimos a formular una suerte de *oda a las crisis* (Ragone y Barroso, 2022), porque entendemos que esconden una oportunidad de avanzar, también hemos de ser conscientes de los peligros que las mismas esconden. Tal y como nos advertía De Cabo Martín (2003: 23), los momentos de crisis incorporan una paradoja, como momento fácticamente idóneo para el ejercicio del poder constituyente y, a su vez, teóricamente inidóneo para un ejercicio reflexivo de este último. Por estas razones, cuando formulemos propuestas *de lege ferenda* no solo habríamos de prestar atención a los resultados inmediatos que se deriven de las mismas, que suelen ser los protagonistas, sino que también deberíamos tomar en consideración las posibles externalidades que se originen a su través, como efectos colaterales directos de la utilización de la propuesta o derivados de la interrelación de la misma con los demás elementos del sistema, ya que –como reza la expresión popular— *el diablo está en los detalles*.

Si aplicamos este razonamiento a la respuesta dada por las instituciones europeas ante el surgimiento y la consolidación de los regímenes iliberales, no solo habríamos de tener en cuenta la efectividad de los instrumentos creados y/o modificados a tal efecto, sino que también deberíamos contemplar los posibles efectos de la transformación tanto en el presente, respecto de otros ámbitos a los que pueda ser extensible, como en el futuro, en relación con la posibilidad de una mayor profundización y, por lo tanto, la aplicación de estos instrumentos a Estados miembros para los que en principio no estaban pensados. Encontramos un ejemplo de este tipo de situaciones en el caso del principio de primacía: *a priori*, su introducción suponía un avance por las ventajas esenciales del Derecho UE, sobre todo en el ámbito económico, pero también en materia de derechos fundamentales; pero, en la práctica, su conservación ha acabado provocando en algunas situaciones un desplazamiento de los estándares nacionales de derechos fundamentales más favorables, como ocurrió en el asunto *Melloni*.

Puede que la cruzada actual de las instituciones europeas contra el iliberalismo sea loable desde un punto de vista jurídico, en tanto están protegiendo los valores europeos de aquellos Estados miembros en los que el iliberalismo *gobierna a través del Derecho*. Asimismo, puede que para alcanzar este objetivo se acabe aceptando una vulneración del principio de atribución de competencias de las instituciones europeas, priorizando el fin sobre los medios. Pero, a su vez, también puede ocurrir que en el futuro los instrumentos creados a tal efecto se utilicen para hacer frente a vulneraciones que no sean tan evidentes y que, por tanto, puedan generar un verdadero conflicto con los Estados miembros que en un principio permitieron su adopción, dando paso a una verdadera *tiranía de los valores*.

Esto resulta especialmente preocupante si tenemos en cuenta los defectos que han caracterizado a la aproximación de las instituciones europeas a los Estados candidatos, principalmente por dos razones: porque las condicionalidades preadhesión tenían unos rasgos reminiscentes del *Washington consensus* y, por ello, se encontraban alejadas de la actitud abierta hacia el pluralismo jurídico que, como hemos podido comprobar, resulta, en su justa medida, la postura más adecuada para afrontar los trasplantes constitucionales; y porque la evaluación de su cumplimiento tenía una naturaleza eminentemente formal, pues consistía en un control de los elementos formales de las instituciones jurídicas cuya implantación se exigía, pero sin prestar atención a las dinámicas informales y materiales que deben acompañarlas para que estas sobrevivan una vez decae la presión internacional. Por tanto, pasaron inadvertidos muchos defectos que en apariencia no eran preocupantes, pero que en la práctica han condicionado la eficacia de los trasplantes realizados.

Hemos estudiado, adicionalmente, el principio de confianza mutua y, por conexión, el principio de reconocimiento mutuo. Debemos hacer hincapié en la necesidad de que la concepción dominante, como un fin en sí mismo, sea sustituida por una aproximación de naturaleza más bien instrumental, en tanto seamos capaces de adquirir conciencia de que fue incorporados a la estructura supraestatal de forma provisional para salvar la falta de armonización legislativa en determinados ámbitos considerados esenciales. Por ello, deberíamos rechazar firmemente cualquier tipo de concepción *ontológica* del principio y, por el contrario, aceptar únicamente aquellas que gocen de una naturaleza *deontológica*, en tanto el principio de confianza mutua no es consustancial a la naturaleza de la Unión, sino que se ha incorporado para hacerla posible en el estado de cosas de aquel momento, pudiendo ser modificado en el futuro ante un cambio de circunstancias.

No podemos aproximarnos al principio de confianza mutua como si se tratara de una presunción cuasi absoluta, dando por sentado su existencia en el marco supraestatal, sino que debemos hacerlo desde la aceptación de que es un *mal necesario* para alcanzar el objetivo de la integración y que, por tanto, en el momento en que exista una suficiente profundización en la integración europea, o bien en aquellos momentos en que los valores fundamentales de la Unión estén en peligro, como ocurre hoy en día, este principio puede –y debe— ser reformulado para adaptarse a las necesidades contemporáneas. Y esto es, precisamente, lo que ha ocurrido como resultado de la sinergia que se ha producido entre la respuesta de las instituciones políticas y de la instancia judicial de la Unión Europea en el ámbito de las órdenes de detención, pues se ha matizado el significado y el alcance de los principios de confianza y de reconocimiento mutuos a este respecto. Para tal fin, utilizan las dimensiones tanto estructural como subjetiva de los derechos fundamentales, pero es innegable que la primera ha tenido un mayor protagonismo, en tanto la existencia de deficiencias sistémicas –del Estado de Derecho, concretado a través de los principios de tutela judicial efectiva y de independencia judicial— es la que ha provocado un mayor número de sentencias que incluyen una relativización del principio de confianza mutua.

A través de la presente tesis doctoral hemos tratado de demostrar la idea que apuntábamos en el Capítulo II, relativa a la necesidad de que se produzca una adaptación de los términos manejados tradicionalmente por la doctrina constitucionalista –estatal— al realizar análisis de la estructura supraestatal con la metodología y desde la perspectiva que son propias del Derecho constitucional, y hemos recogido una serie de conclusiones profundas a partir de la metodología del *constitucionalismo crítico-comparado-dinámico*.

En el primer capítulo pudimos desvelar que el principio de confianza mutua, pese a que es calificado habitualmente como una base constitucional de la integración europea, en realidad se configura como un elemento instrumental y contingente y que, por tanto, puede ser prescindible –en un futuro— siempre que se den determinadas circunstancias, tanto porque se alcance un grado de armonización más elevado, como porque la realidad de la actitud de los Estados miembros demuestre que es imposible mantener la presunción de que van a cumplir con las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico europeo. Esta última posibilidad ha sido ilustrada por la vulneración de los valores fundamentales en algunos Estados miembros, en el marco del sistema de órdenes de detención europea, con la elaboración jurisprudencial del doble test de *Aranyosi y Căldăraru* y, más adelante, con la denegación –sobre la base del mismo— de varias órdenes de detención que fueron

emitidas por los órganos jurisdiccionales de los Estados afectados por estas deficiencias. Se demuestra así que la confianza mutua es una premisa dotada de robustez elevadísima, en tanto es esencial para el funcionamiento adecuado de la integración, pero no absoluta, ya que puede ser desvirtuada en *circunstancias excepcionales*.

En el segundo capítulo centramos la atención en el concepto de Estado de Derecho como uno de nuestros marcos teóricos esenciales. Determinamos que lo más adecuado es definirlo a partir de una perspectiva teleológica, ya que nos permite sortear los obstáculos consustanciales al relativismo temporal y geográfico, sin perjuicio de que tras determinar cuál es la verdadera finalidad de este concepto sea posible –y altamente recomendable— analizar cuáles son los elementos idóneos del sistema concreto que estemos analizando. Comprobamos que, por la íntima ligazón que une a este concepto con la estructura estatal, resulta casi imposible trasplantar sus *elementos canónicos* a la arquitectura supraestatal; demostramos así la conveniencia de realizar un análisis teleológico previamente, pues sí que es posible adaptar el espíritu del Estado de Derecho a las particularidades de la última; y, por ello, nos referimos a los beneficios de utilizar otra expresión, la *Unión de Derecho*, para que podamos diferenciar la aplicación de la teleología del concepto –general— en las dos esferas –estatal y supraestatal— de poder en las que pretende actuar como límite. A continuación, reflejamos las dificultades que existen al intentar compatibilizar todos los estándares de Estado de Derecho a los que nos hemos referido, y la ventaja que supone a este respecto contar como punto de conexión entre todos ellos con un concepto doctrinal *abstraído* de los modelos específicos. En cuanto a la relación del Estado de Derecho con el principio de confianza mutua, determinamos que esta tiene una naturaleza *simbiótica*, ya que ambos se necesitan mutuamente para *coevolucionar*.

Cuando tratamos el surgimiento de los regímenes iliberales en el capítulo tercero, como una sofisticación de los autoritarismos tradicionales, pudimos comprobar cómo las concepciones formales del constitucionalismo y el Estado de Derecho quedan indefensas ante los ataques soterrados, esto es, cuando se utilizan elementos típicos de ambos para pervertir su auténtica esencia. Aunque en la doctrina encontramos construcciones teóricas de un alto valor, entre las que destacamos el *abusive constitutionalism* de Landau (2013), a su vez afirmamos que no es recomendable asociar adjetivos calificativos de este tipo a conceptos como el constitucionalismo, pues la mera idea de utilizar el constitucionalismo para abusar de las posibilidades previstas por la norma fundamental resulta inadmisible, y por ello hemos apostado por hablar de *abuso del constitucionalismo*, poniendo el acento

la naturaleza intencional de la instrumentalización de los cauces del constitucionalismo por parte de los regímenes iliberales para generar una apariencia de legitimidad. Además, establecimos que la categoría de regímenes híbridos, pese a que refleja adecuadamente la convivencia de elementos contradictorios en un mismo sistema, no solo ha de concebirse como un punto de transición entre la democracia liberal plena y el autoritarismo absoluto, sino que también puede existir con sustantividad propia, esto es, como un fin en sí mismo; y que por su gran amplitud ha de ser concretada cuando analicemos sistemas concretos. Decidimos utilizar el término *iliberalismo sinérgico convergente* después de estudiar los modelos de iliberalismo presentes en el seno de la Unión Europea, en la medida en que aprovechan los efectos derivados de la interrelación de las distintas reformas introducidas y utilizan como escudo frente a la utilización de los mecanismos de garantía de los valores por parte de las instituciones europeas la existencia simultánea de varios iliberalismos.

En el marco del surgimiento de los regímenes iliberales realizamos una crítica a las contribuciones doctrinales que plantean este fenómeno como un ataque a la democracia liberal constitucional. Por el contrario, consideramos que el mismo debe ser contemplado como un resultado directo de las imperfecciones de este último modelo de organización, que hemos podido ilustrar a través de los trasplantes constitucionales que se *impusieron* a los Estados candidatos en el marco de la gran adhesión hacia el este, debido a que estos fueron exigidos sobre la base del conocido *Washington consensus* y su cumplimiento fue evaluado únicamente desde una perspectiva formal. Como consecuencia, la doctrina del constitucionalismo liberal democrático ha de asumir su parte de culpa y, desde la *crítica*, construir una dogmática mejorada.

A través de un análisis combinado de los Capítulos II y III hemos podido identificar un auténtico cambio de paradigma, que calificamos como la *ruptura de la cuarta pared*, en tanto la confianza mutua mantiene una relación simbiótica con el Estado de Derecho. La existencia de regímenes iliberales en algunos Estados miembros de la Unión Europea, cuya intención manifiesta es el quebrantamiento de los valores fundamentales de esta, dificulta sobremanera el mantenimiento de la presunción de que los Estados van a cumplir las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico europeo y, en especial, la CDFUE. Por lo tanto, hemos concluido que el iliberalismo ha *despertado de la magia del teatro* a los actores institucionales de la estructura supraestatal y, como resultado, se ha producido una transformación en la respuesta dada por estos a raíz de los últimos acontecimientos, como hemos comprobado en el marco del Capítulo IV.

Las instituciones europeas han adquirido consciencia de que la vía dialógica no es efectiva cuando en el otro extremo de la comunicación se encuentra un régimen iliberal, pero no solo porque este último no atienda a razones, sino porque lo más probable es que aparente hacerlo –a través de prácticas como los cumplimientos simbólicos o creativos— para sortear las posibles sanciones, mientras *de facto* consigue mantener el resultado que se pretendía evitar. Como consecuencia, se ha producido un viraje en el marco de lo que hemos calificado como *neomesianismo pragmatista*, para intentar devolver a la senda del constitucionalismo a aquellos Estados miembros en los que gobiernan partidos iliberales, mediante la reorientación de los mecanismos existentes –como ha ocurrido en el caso del recurso de incumplimiento, en el que se ha incorporado una aproximación integral— y la creación de instrumentos nuevos –el Nuevo Marco para reforzar el Estado de Derecho y el Reglamento de condicionamiento *mediato* de fondos al cumplimiento de este valor—, utilizando el fin perseguido y la eficacia de los medios elegidos para alcanzarlo como una excusa para justificar la vulneración –también soterrada— de las competencias atribuidas por los Tratados. Al respecto, determinamos que la utilización de la misma aproximación integral que el Tribunal de Justicia ha utilizado para identificar las deficiencias sistémicas en los Estados miembros debería haber desencadenado –a través del análisis del contexto y de la finalidad perseguida por dicha norma— la anulación del Reglamento 2020/2092, pero parece que el máximo intérprete de la letra de los Tratados ha decidido aceptar que el mismo se configura como un instrumento de protección presupuestaria, recurriendo, como ya hizo respecto de los recursos de incumplimiento y las cuestiones prejudiciales, a una estrategia de *integración soterrada*.

En el quinto capítulo hemos recogido las implicaciones del cambio de paradigma respecto del constitucionalismo. Nos hemos referido a fenómenos preocupantes como la *desconstitucionalización*, que consiste en la reducción paulatina de la esfera de soberanía –en términos de materialización de las opciones permitidas por la norma fundamental— de los Estados miembros; la *contraconstitucionalización*, que va más allá y no solo hace que la política nacional no pueda decidir sobre ciertos ámbitos, sino que además provoca que se adopten decisiones contrarias a lo que establecen formalmente sus Constituciones; o la *deslocalización* de la supremacía normativa, en tanto no desaparece esta última, sino que se produce un cambio de sede con el flujo del ámbito estatal a la esfera supraestatal. Sin perjuicio de que todos estos fenómenos requieran la aquiescencia y la cooperación de los poderes nacionales para consolidarse, entendemos que estos hacen surgir la necesidad

de revisar desde un prisma crítico muchas de las categorías tradicionales –y esenciales— del constitucionalismo que hasta el momento había permanecido inmutables, para dar fe de la naturaleza compuesta que el mismo ha adquirido como resultado de la integración. En esta misma dirección, determinamos que por la –cada vez más acusada— adquisición de *elementos de federalismo* por parte de la Unión Europea, pero sin que –por ahora— pueda llegar a ser un sistema federal *stricto sensu*, por las dificultades de adaptación a las que ya nos hemos referido; sería recomendable que utilizásemos el término *unionismo*, pues así reflejaríamos las especificidades que caracterizan a las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, así como entre estos, en el marco de la estructura supraestatal, y serviría para diferenciarlo de los federalismos existentes en el contexto estatal.

Para concluir, consideramos que hemos podido demostrar nuestra hipótesis inicial. El surgimiento de regímenes iliberales en el seno de la Unión Europea ha provocado una transformación del principio de confianza mutua y, con carácter general, de los elementos de constitucionalidad de la arquitectura supraestatal. Las mismas presunciones que en un principio permitieron que la integración europea avanzara pese a la falta de armonización, actualmente se han convertido –como resultado del surgimiento de regímenes iliberales— en un auténtico freno a su perfeccionamiento, en tanto la confianza en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acervo comunitario, por parte de los Estados miembros, impide que se planteen instrumentos eficaces para afrontar las vulneraciones manifiestas de los valores fundamentales por parte de estos últimos.

Las instituciones europeas y, mediatamente, los gobiernos de los Estados miembros, se hallan ante una encrucijada con dos opciones principales: pueden decidir mantener la concepción *estructural* del principio de confianza mutua, considerado un fin en sí mismo, a costa de renunciar a la efectiva garantía del ordenamiento jurídico europeo frente a las vulneraciones intencionadas en el ámbito nacional; o, por el contrario, pueden aprovechar la *ruptura de la cuarta pared* provocada por la irrupción de los regímenes iliberales para *despertar de la magia del teatro* y adoptar una concepción *instrumental* de este principio, lo que nos permitiría excepcionar con mayor facilidad la presunción de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea –y, en especial, de los derechos y libertades fundamentales que están recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— cuando existan pruebas irrefutables –y objetivas, tanto cuantitativas como cualitativas— de que un incumplimiento es de naturaleza intencional y tiene naturaleza sistémica.

CONCLUSIONS AND FINDINGS

The development of our doctoral research has allowed us to refute the paradox that Zeno of Elea used to try to deny movement. And not only have we been able to verify the mutability of the three elements of our analysis individually, but we have also confirmed the multifactorial nature of integration, by observing the influence that each of the three variables has exerted on the development of the others. The concept of the rule of law emerged as a mechanism for limiting power through law in an attempt to placate abuses of power in the newly created nation states; traditional authoritarianism has evolved as the instruments for controlling power have been enhanced, leading to illiberal regimes that seek to respect –formally— the appearance of legality; in reaction, legal institutions have proved ineffective in dealing with the underhand attacks on the rule of law, so that the phenomenon of refinement has also spread to them; and, in this context, the principle of mutual trust, which is a *conditio sine qua non* for the proper functioning of integration, has been transformed through the jurisprudence of the Court of Justice to accommodate the consequences of the interrelation of the other factors.

None of these three elements can be properly understood without reference to the transformation of the others and, therefore, we consider the historical and comparative methodologies that we set out in the introduction to be more than justified, seasoned with the critical perspective of constitutionalism, which will allow us to access the teleology of the norms and thus go beyond the letter of the changes that have taken place.

After having explained the general dynamics followed by the interrelation of the elements of analysis that we have chosen as the axis for our doctoral research, we will try to synthesise the main conclusions derived from each one of them. Bearing in mind that the theoretical foundations underpinning them have already been set out in the previous chapters, we consider it appropriate to summarise them, and so we will give a brief outline of the main points addressed and, on this basis, we will outline concise conclusions from a comprehensive perspective, taking into account all the factors, while paying attention to their interrelationship.

The concept of the rule of law has been present in the supra-state integration since its origins, whether through the case law of the Court of Justice –initiated in *Les Verts*— or through its subsequent formalisation in the letter of the Treaties. Initially, it was closer to the formal conceptions we have seen, focusing its attention on the principles of legality and legal certainty, and, with the assimilation of the binding force –with the precautions of Article 51.1— of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to that of the Treaties, it seemed to move towards a more material conception, but it did so from a more objective perspective, oriented towards what we have called structural or systemic dimension of fundamental rights. This last statement has been corroborated by the most recent case law of the Court of Justice in relation to the instruments derived from the principle of mutual recognition and, because of its particular political sensitivity, especially with regard to the system of European arrest warrants.

Authoritarian leaders have been able to learn –to their advantage— from the mistakes of the past, and have chosen to use the formal appearance of the rule of law as a tool to hide their true intentions, the concentration of power in their hands. They have perverted key institutions of constitutionalism such as constitutional justice, capturing it in order to transform it into an instrument that gives legitimacy to the regime; constitutional reform, to cover up a genuine usurpation of constituent power; the principles of democracy and legality, used to crush the rights of minorities through legislative reforms, on the basis of an alleged will of the people; and all of this, as a result, has shown us the inadequacy of the instruments of control of power proper to the traditional dimensions of the rule of law when it comes to dealing with surreptitious violations of its *canonical components*[855]. This has mainly resulted from the usual adoption of constitutionalism in its formal sense, which implies reducing the meaning of constitutions to the mere fact that such a title has been granted to a certain document, but without taking into account its essential elements from the material or, as we propose in this thesis, integral perspective of this concept, such as the need for it to be based on democratic legitimisation or to contain mechanisms for limiting power with a sufficient degree of effectiveness and a catalogue of rights and freedoms that are generally guaranteed.

[855] On the *assumption of components* and the use of *doctrinal canons* of the rule of law, we can cite the great work of Burgess (2020), when he mentions the unquestioned use of certain theoretical constructs –above all authoritative classical voices— by contemporary doctrine, which in the British case would be, without excluding, Thomas Hobbes, David Hume, Albert Venn Dicey, Lon Luvois Fuller, Ronald Dworkin, Joseph Raz, Max Radin, Tom Bingham and Jeremy Waldron.

The latter has led to the need for a change of focus, embodied in the introduction of the integrative and systematic perspective, which not only takes into consideration the letter of the rules, but also considers the effects derived from their interrelation with the rest of the rules of the legal system and with the context –political, social and historical— in which they are embedded. Thus, it would be possible for us to identify the teleology of legal institutions and, through them, to defend their true spirit against the sophisticated attacks of illiberalism.

The progress that has been made thanks to the protection of Constitutions has led to a secondary effect that can be described as *magical constitutionalism*, following in the wake of the *magical realism* in the world of literature, consisting of the assumption that constitutional norms will –irremediably— become factual normality due to the inherent force of Constitutions. Nowadays, states not only wish to have a constitutional norm to govern them in order to gain acceptance on the international scene, but on many occasions this desire arises from the trust they place in the approval of the Constitution, which they consider to be the end of their problems, as is the case, for example, with the approval of extensive declarations of rights within the new Latin American constitutionalism.

In this respect we believe that Jeremy Waldron's (2011: 25) reasoning deserves to be quoted verbatim, when he states that:

> *In a similar way, the suggestion that legislatures need to be constrained by law rather than regarded as ultimate sources of law often involves a strange sort of constitutional mythology. […] But I see no reason to associate the Rule of Law with any such mythology or to embody in it any denial that law is human in origin and often the product of deliberate manufacture. Even if positivists (as I have argued) give an inadequate account of it, the Rule of Law is, in the end, the rule of positive law; it is a human ideal for human institutions, not a magic that somehow absolves us from human rule.*

The fact that technically perfect legal institutions are inserted into a political system does not ensure that the former will be adapted to the latter, but, on the contrary, it is much more likely that they will be generally ignored in practice, giving rise to Loewenstein's typology of nominal constitutions (1979: 218). A further step would be taken in the event that political leaders do not create the fundamental law out of innocence and confidence in its success, but as an intended instrument for the consolidation of power in their hands,

which fits better with the typology of semantic constitutions (Loewenstein, 1979: 218), since in these cases legal institutions would apparently be used, but in practice the result would be a perversion of the ends pursued by them, as we have seen in Chapter III.

However, going to the other extreme would not be advisable from the perspective of constitutionalism either, since pure legal realism would mean resorting exclusively to the use of norms to determine their existence and, therefore, would lead us to conclude that those that are not respected in practice do not exist as legal norms. The most appropriate approach would be to adopt an intermediate position, between *magical constitutionalism* and *legal realism*, which allows for a valuative approach to legal norms according to the context, but without excluding them because of their under-utilisation. For the time being, the doctrinal construction that most closely resembles the statement we have just made is *critical constitutionalism*, theorised by De Cabo Martín (2014), to which we have refered in the methodology, as it will allow us to judge constitutional law through the theoretical framework of constitutional law itself as a theory with high axiological value; but without forgetting that to prevent it from being instrumentalised by the argumentation of illiberal and authoritarian regimes, it will be necessary to understand it from a democratic angle.

In this vein, we consider the expression we have coined, concerning the *breaking of the fourth wall* in the field of the European integration project, to be highly illustrative. It encapsulates part of that constitutional mythology, in this case consisting of the belief that the Member States share a set of common values and that they can therefore be trusted to comply as a general rule with the obligations deriving from European Union law. We have been able to ratify, *thanks* to illiberalism, that neither of these two assumptions is recommended within the EU, the first because the high number of member states –together with the different historical backgrounds, especially on the part of the easternmost ones— has confirmed that no value can be considered universal, not forgetting that the ultra-right is also on the rise in some of the founding members of the European project, such as Italy, France or the Netherlands. The second is that, although the European institutions appear to have *de jure* shielded themselves through the introduction of the principle of primacy, the latter rests *de facto* on the cooperative attitude of the different member states to which European Union law is addressed and from which it stems in origin. This lack of coercive power within the framework of the European legal order constitutes the main obstacle to the process of supra-state constitutionalisation, since without a robust coercive apparatus it would be impossible to guarantee the supremacy of the Treaties.

We encounter an added difficulty, due to the fact that the instruments for limiting power analysed in this thesis do not form part –*stricto sensu*— of the legal system in which the deficiencies of the rule of law are taking place, notwithstanding that European Union law has been accepted through the ratification of the Treaties and the later affirmation of the principle of primacy by the Court of Justice. These would not be *intra-system* control mechanisms, because they come from a supra-state organisation and, for this reason, should be classified as *extra-system*, and can even be conceived as *inter-system*, insofar as the rest of the Member States can control each other's actions through the supra-state institutional architecture. In this way, Loewenstein's (1979: 232-233) distinction between *intra-organ* and *inter-organ* control techniques would be overcome, as the possibility of actors outside the system formally influencing one of the member states comes into play. The techniques referred to by Loewenstein would be included within our *intra-system* control mechanisms, and although we have focused our work on *extra-system* controls, this does not mean that the former do not still exist in the relations that take place between and within the European institutions.

Therefore, when we consider the possibility of creating new legal instruments for the European institutions to be able to curb the advances of illiberalism, we cannot make doctrinal proposals using a unilateral approach, but we will rather have to pay attention to the resistance they may encounter in the Member States, since national powers will not –and should not— accept a *counter-treaty* expansion of the competences of the European institutions.

Moreover, because within the framework of the conceptions of the rule of law we have positioned ourselves in favour of an integral approach –one that considers the formal and material dimensions not separately, but as a global whole— and that we have decided in favour of the conception of constitutionalism as a principle, not only as a procedure; it would be hypocritical to apply this theoretical construction only to the powers of the Member States, but not to the powers of supra-state integration, notwithstanding the need for nuances to be made to overcome the adaptive difficulties of the concepts we are using, as we have explained in Chapter II.

Because of the foundations of democratic constitutionalism, we cannot accept the construction of a new European constitutional reality –through the mentioned phenomena of *deconstitutionalisation* and *counter-constitutionalisation*— if it is carried out apart from

the states' popular will. Not only the specificities of the EU's institutional architecture are worrying, but also the leading role played by the European institutions that are furthest removed from the original and popular democratic legitimation, principally the Court of Justice of the European Union, as can be seen in the exposition contained in Chapter IV.

From the integral perspective of the rule of law, we cannot tolerate the existence of double standards, i.e. a divergence in the standards required of Member States on the one hand, and of supra-state institutions on the other. If we want the European Union to enjoy sufficient legitimacy to maintain long-term stability in the defence of fundamental values, it must itself respect the principles of the rule of law and, in particular, the principle of legality, which in the case of the Union –as we noted in Chapter II— is represented by the Treaties and should therefore be identified with the principle of conferred powers. Otherwise, we would be accepting a defence of the European values, by EU institutions, through the same instruments with which illiberal regimes violate them. As Weiler warned, 'those living in the glass houses should be careful when throwing stones', because those who from outside are able to observe the defects of the building can –and must— question the validity of their evaluative judgement (2016: 326).

We cannot fail to mention the externalities connatural to an uncontrolled expansion of the competences of supra-state institutions. Based on our discussion of the rule of law in Chapter II and, specifically, on the need to include *intra- and inter-power* controls[856], as one of the essential requirements to avoid congenital abuses of power, it would be untenable to undermine Member States' possibilities, as it would mean curtailing the main instrument for limiting power currently available to European *constitutionalism*, beyond the existing mechanisms within the institutions themselves –*intra-powers*— and between the institutions themselves –*inter-powers*—, within the category of *intra-system* control techniques. This would constitute the other side of the techniques of *extra-system* control that we saw with respect to the Member States[857], and we must therefore conclude in this respect that it is not a unidirectional relationship, but that it is –and must be— multidirectional.

[856] We will not refer to any of these mechanisms specifically because, as we have seen, the choice of one or the other will depend to a large extent on the characteristics of each system. Thus, it is advisable to use a more *humble* or *modest* perspective towards endogenous institutions and, therefore, to move away from *condescending* approaches based on the well-known *Washington consensus*, avoiding proposals that consider that an institution, due to the prestige of the system from which it originates, will be useful in any other legal system to which it is transplanted.

[857] To which we should also add the possibilities of control of the European Court of Human Rights.

Depriving the Member States of powers of control over the actions of the European institutions would mean definitively eliminating the *state Leviathans*, since they would be voraciously gobbled up by *European Erysichthon*[858]. As a result, the problems inherent to the excesses of state power would eventually disappear, but, at the same time, new ones would emerge, in this case intrinsic to supra-state power, but with the added complication that in this case there would be no higher sphere that could control possible excesses, and, consequently, the hunger for power of the new *supra-state monstrosity* would meet with less resistance than the nation states originally did, mainly because there is no real *demos* in Europe, and the foundations and channels of control by civil society actors are therefore weaker in this area. This would reduce the chances that an abuse of power at the European level would be prosecuted and subsequently remedied and, in turn, increase the risks of the *hero* of the present story becoming the *villain*, not only because of the channels chosen to pursue the *a priori* laudable ends, but also potentially because of the nature acquired through his actions, totally immune to extra-systemic controls and, as a result, much more defenceless in the face of a hypothetical situation –but not impossible, as can be deduced from the evolutionary pattern of the results of the elections to the European Parliament— hegemony of political groups whose objective is the concentration of power, disregarding the values and principles of social and democratic constitutionalism under the rule of law. We do not intend to make a total opposition to the constitutionalisation of the structure of the European Union, but rather a *constructive criticism* to highlight the need to impose limits to the new powers that would derive from this process, and that these should not only be of a legal nature, since horizontal controls –*inter-powers*— have limited effects within *party-democracy*, but also that new popular controls of a vertical nature should be introduced and existing ones strengthened.

In the same way that *party-state* has led to a unsuspected distortion of democracy, relocating constitutional supremacy from the member states to the supra-state structure, without a unitary constituent blessing, would lead not only to shortcomings in terms of democratic legitimacy, but also to a further weakening of the system in the face of the rise of sophisticated authoritarianisms, in this case within the European Union as a whole.

The same instrument used by the Member States to make up for the shortcomings that their sovereignty –once considered absolute— suffered in the globalised world may

[858] Following Requejo Pagés's analogy (2016: 145-146).

end up taking on a life of its own and detach its roots from the States, as we have seen in the case of the creation of a concept of *European identity*, causing this sovereignty to escape from the hands of the State and national frameworks of legitimisation. We can use the first principle of thermodynamics and, on this basis, the principle of the conservation of energy, which determines that *energy is neither created nor destroyed but transformed*, and extend it to the field of constitutional law, to end up concluding that *sovereignty is neither created nor destroyed, but only changes hands*, so that the process of *delocalisation* referred to with respect to constitutional supremacy would take place.

However, it should not be overlooked that there are also risks in the opposite option, that is, in the event that European institutions do not *wake up from the magic of theatre*. In this scenario the consequences would be closer to a loss of authority on the part of the European Union, leading to a questioning of the binding force of its legal order and the virtuality of the principle of the primacy of EU law. This would be the most comfortable option for illiberal regimes that seek to create an environment based on contrary values. We must also consider that there is a possibility that Member States that want to defend the values of Article 2 TEU, and that want to advance integration, will end up *escaping* the Community framework: through a response similar to the *Haider Affair*, characterised by individualised diplomatic actions by the other Member States; through an extensive interpretation of the enhanced cooperation provided for in Article 20 TEU, in order to achieve partial legislative harmonisation; and even through Article 259 TFEU, concerning the standing of Member States to bring actions for failure to fulfil obligations before the Court of Justice.

All of these options would end up undermining the European Union's foundations. In the first case, diplomatic responses outside the supra-state structure would mean the introduction of the principle of reciprocity in relations between Member States, which, as the Court of Justice itself said, is alien to the structure of the *acquis communautaire*. In the second case, the extension of enhanced cooperation would lead to an excessively asymmetrical integration and would lead to a *multi-speed Europe* in the field of rights; but, in this case, the distance between the former and the latter –in terms of greater or lesser integration— would be completely untenable from the perspective of the principle of equality in general, both with regard to treatment between Member States –4.2 TEU— and to treatment of European citizens, in accordance with the provisions of Article 9 TEU. In the third case, it would foster an atmosphere of suspicion between Member States which,

as explained throughout this thesis, would be totally incompatible with the element of constitutionality –from both a legal and a functional perspective— that constitutes the principle of mutual trust within European integration.

This path would mean returning to intergovernmentalism, that is, to a greater weight of the Member States and a decline in the prominence of the European institutions. Although this path would not be detrimental *per se*, it could lead to the opposite situation to the one we mentioned in the case of the overstepping of the competences of the European institutions. Faced with a lack of *political courage* on the part of the latter, member states could end up recovering ceded sovereignty, *aborting the supra-state monstrosity in order to liberate the state monsters once again*, the latter, paradoxically, taking advantage of the former's institutional remains. Thus, by diminishing the powers of the European institutions, a sphere of immunity would emerge for the state powers, which would become aware that the limitations imposed by the supra-state legal order cannot be effectively guaranteed by coercive means and, therefore, with the mentioned *breaking of the fourth wall*, that values only bind those member states that have decided to voluntarily accept them. Continue to sustain integration on the principle of mutual trust would become an almost impossible mission in this situation and would therefore lead to a regressive transformation of the supra-state structure.

Just as we formulated a sort of *ode to crises* (Ragone and Barroso, 2022), because we understand that they hide an opportunity to move forward, we must also be aware of the dangers they envail. As De Cabo Martín (2003: 23) warned us, moments of crisis incorporate a paradox, as a moment which is factually ideal for the exercise of constituent power and, at the same time, theoretically inidoneous for a reflexive exercise of the latter. When formulating *lege ferenda* proposals, we should not only pay attention to the results immediately derived from them, which are usually the protagonists, but also take into consideration its possible externalities, as collateral effects of the use of the proposal or derived from its interrelation with the other elements of the system, since –as the popular expression goes— *the devil is in the details*.

If we apply this reasoning to the response given by European institutions to the emergence and consolidation of illiberal regimes, we should not only take into account the effectiveness of the instruments created and/or modified for this purpose, but also consider the possible effects of the transformation both in the present, with respect to

other areas to which it could be extended, and in the future, in relation to the possibility of further deepening and, therefore, the application of these instruments to Member States for which they were not originally intended. We find an example of this type of situation in the case of the principle of primacy: *a priori*, its introduction represented an advance in terms of the essential benefits of EU law, above all in the economic sphere, but also in the area of fundamental rights; yet in practice, its retention has ended up leading in some situations to a displacement of more favorable national standards of fundamental rights as occurred in the *Melloni* case.

European institutions' current crusade against illiberalism may be laudable from a legal point of view, insofar as they are protecting the European values of those member states where illiberalism *rules through the law*, as well as in order to achieve its objective, a violation of the principle of the attribution of competences of the European institutions may be accepted, prioritising the end over the means. But it may also happen in the future that the instruments created for this purpose are used to deal with violations that are not so obvious and that may therefore generate a real conflict with the member states that originally allowed them to be adopted, giving way to a real *tyranny of values*.

This is particularly worrying if we take into account the shortcomings that have characterised the approach of the European institutions to the candidate states, mainly for two reasons: pre-accession conditionalities had *Washington consensus reminiscent* features and, therefore, were far removed from the open attitude towards legal pluralism which, as we have seen, is, in its proper measure, the most appropriate stance for dealing with constitutional transplants; and because the evaluation of their compliance was eminently formal in nature, consisting of a control of the formal elements of the legal institutions whose implementation was demanded, but without paying attention to the informal and material dynamics that must accompany them to survive once international pressure ends. As a result, many defects went unnoticed which on the surface were not of concern, but which in practice have conditioned the effectiveness of the transplants performed.

We have also studied the principle of mutual trust and, by connection, the principle of mutual recognition. We must emphasise the need for the dominant conception –as an end in itself— to be replaced by an approach of a rather instrumental nature, as long as we are able to become aware that it was incorporated into the supra-state structure on a provisional basis to bridge the lack of legislative harmonisation in certain essential areas.

We should therefore firmly reject any *ontological* conception of the principle and, on the contrary, accept only those of a *deontological* nature, insofar as the principle of mutual trust is not consubstantial with the nature of the Union, but has been incorporated to make it possible in the state of affairs at the time, and can be modified in the future in the face of changed circumstances.

We cannot approach the principle of mutual trust as a quasi-absolute presumption, taking its existence in the supra-state framework for granted, but we must do so from the acceptance that it is a *necessary evil* to achieve the objective of integration and that, therefore, when there is an European integration deep enough, or when the fundamental values of the Union are at risk, as is the case today, this principle can –and must— be reformulated to adapt to contemporary needs. And this is precisely what has happened as a result of the synergy that has developed between the response of the political institutions and the judicial instance of the European Union in the area of European arrest warrants, as the meaning and scope of the principles of mutual trust and mutual recognition have been nuanced in this respect. They use both the structural and subjective dimensions of fundamental rights, but it is undeniable that the former has played a greater role, insofar as the existence of systemic deficiencies –of the Rule of Law, concretised through the principles of effective judicial protection and judicial independence— is what has led to a greater number of rulings that include a relativisation of the principle of mutual trust.

Through the present doctoral thesis we have tried to demonstrate the idea pointed out in Chapter II, regarding the need for an adaptation of the terms traditionally used by the constitutional –state— doctrine when carrying out analyses of the supra-state structure with the methodology and from the perspective of constitutional law, and we have drawn a series of profound conclusions based on a multifactorial methodology consisting of *critical-comparative-dynamic constitutionalism*.

In the first chapter we were able to reveal that the principle of mutual trust, although it is usually described as a constitutional basis of European integration, is in reality an instrumental and contingent element and that it may therefore be eventually dispensable whenever certain circumstances arise, because of a higher degree of harmonisation, or because the reality of the Member States' attitude shows that it is impossible to maintain the presumption that they will comply with the obligations arising from European Law. The latter possibility has been illustrated by the violation of fundamental values in some

Member States, within the European arrest warrant system, with the development of the double *Aranyosi and Căldăraru* test in case law and, later on, the refusal of several arrest warrants issued by the courts of the Member States concerned by these shortcomings. This shows that mutual trust is an extremely robust premise, insofar as it is essential for the proper functioning of integration, but it is not absolute, as it can be undermined in *exceptional circumstances*.

In the second chapter we have focused on the concept of the rule of law as one of our essential theoretical frameworks. We determined that it is most appropriate to define it from a teleological perspective, as it allows us to avoid obstacles inherent to temporal and geographical relativism, without prejudice to the fact that after determining the true purpose of this concept, it is possible –and highly recommendable— to analyse which are the ideal elements of each specific system. We have found that, because of the intimate link between this concept and the state structure, it is almost impossible to transplant its *canonical elements* to the supra-state architecture; we thus demonstrate the advisability of carrying out a teleological analysis beforehand, since it is possible to adapt the spirit of the rule of law to the particularities of the latter; and, therefore, we refer to the benefits of using another expression, *Union of Law*, so that we can differentiate the application of the teleology of the general concept in the two spheres –state and supra-state— of power in which it is intended to act as a limit. In what follows, we reflected on the difficulties that exist in attempting to make compatible all the standards of the rule of law to which we have referred, and the advantage in this respect of having an *abstract* doctrinal concept separate from the specific models as a point of connection between all of them. As for the relationship between the rule of law and the principle of mutual trust, we determined that this has a *symbiotic* nature, since both need each other in order to *co-evolve*.

When we discussed the illiberal regimes in chapter three, as a sophisticated species of traditional authoritarianisms, we were able to verify how the formal conceptions of constitutionalism and the rule of law are defenceless in the face of covert attacks, that is, when their typical elements are used to pervert their true essence. Although in the doctrine we find theoretical constructions of great value, among which we highlight Landau's *abusive constitutionalism* (2013), at the same time we affirmed that it is not advisable to associate this kind of adjectives with concepts such as constitutionalism. The mere idea of using constitutionalism to abuse the possibilities provided by the fundamental norm is inadmissible, and we have therefore opted to coin the term *abuse of constitutionalism*, to

emphasise the intentional nature of illiberal regimes' instrumentalisation of the channels of constitutionalism in order to generate an appearance of legitimacy. Furthermore, we have established that the category of *hybrid regimes*, while adequately reflecting the coexistence of contradictory elements in the same system, should not only be conceived of as a transition point between full liberal democracy and absolute authoritarianism, but can also exist with its own substantivity, that is, as an end in itself; and that because of its great breadth it needs to be specified when analysing specific systems. We decided to use the term *convergent synergetic illiberalism* after studying the models of illiberalism that exist within the European Union, insofar as they take advantage of the interrelation of the different reforms introduced and they use the simultaneous existence of several illiberal regimes as a shield against the use of European values' enforcement mechanisms.

In the context of the emergence of illiberal regimes, we have criticised the doctrinal contributions that see this phenomenon as an attack on constitutional liberal democracy. On the contrary, we believe that it should be seen as a direct result of the imperfections of the latter model of organisation, which have been illustrated through the constitutional transplants *imposed* on the candidate states in the context of the great eastward accession, because they were demanded on the basis of the well-known *Washington consensus* and their compliance was evaluated solely from a formal perspective. As a result, the doctrine of liberal democratic constitutionalism must take its share of the blame and, on the basis of *criticism*, construct an improved theory.

By jointly analysing Chapters II and III we were able to identify a paradigm shift, which we describe as the *breaking of the fourth wall*, as mutual trust maintains a *symbiotic* relationship with the rule of law. The existence of illiberal regimes in some member states whose manifest intention is to undermine the fundamental values of the European Union, makes it very difficult to maintain the presumption of its compliance with the obligations arising from the European legal order and, in particular, the CFREU. We have therefore concluded that illiberalism has *awakened* the institutional actors of the supra-state structure *from the magic of the theatre* and, as a result, there has been a transformation in their response to recent events, as we have seen within Chapter IV.

European institutions have become aware that the dialogic path is not effective when at the other end of the communication spectrum is an illiberal regime, not only because the latter does not listen to reason, but also because it is more likely to appear to

do so –through practices such as symbolic or creative compliance— in order to circumvent possible sanctions, while *de facto* managing to maintain the main result intended to avoid. As a consequence, there has been a shift in the framework of what we have described as *pragmatist neo-Mesianism*, in an attempt to bring those Member States in which illiberal parties are in power back onto the path of constitutionalism, by reorienting mechanisms –as has occurred in the case of the remedy of non-compliance, in which a comprehensive approach has been incorporated— and creating new instruments –the New Framework for Strengthening the Rule of Law and the Regulation on the *conditionality* of funds to the fulfilment of this value— using the end pursued and the effectiveness of the means chosen to achieve it as an excuse to justify the –also hidden— breach of the competences attributed by the Treaties. We determine that the use of the same comprehensive approach that the Court of Justice has used to identify the systemic deficiencies in Member States should have triggered –through the analysis of the context and the purpose pursued by this rule— the annulment of Regulation 2020/2092, but it seems that the Court of Justice has decided to accept that its nature as an instrument of budgetary protection, resorting, as it did with respect to infringement procedures and preliminary rulings, to a strategy of *hidden integration*.

In chapter V, we have collected the implications of the paradigm shift with respect to constitutionalism. We referred to worrying phenomena such as *deconstitutionalisation*, which consists of the gradual reduction of the sphere of sovereignty –in terms of the materialisation of the options allowed by the fundamental rule— of the member states; *counter-constitutionalisation*, which goes further and not only prevents national politics to decide on certain areas, but also leads to decisions being adopted contrary to what is formally established in their constitutions; or the *delocalisation of normative supremacy*, insofar as the latter does not disappear, but rather there is a change of venue with the flow from the state sphere to the supra-state sphere. Notwithstanding that all these phenomena require the acquiescence and cooperation of national powers in order to be consolidated, we understand that they give rise to the need to critically review many of the traditional –and essential— categories of constitutionalism that had hitherto remained unchanged, in order to attest to the composite nature that it has acquired as a result of integration. Due to the –still increasing— acquisition of *elements of federalism* by the European Union, but without –for the time being— being able to become a federal system *stricto sensu*, because of the difficulties of adaptation to which we have already referred; it would be

advisable to use the term *unionism*, as this would reflect the specificities that characterise the relations between the Union and the Member States, as well as between them, within the framework of the supra-state structure, and would serve to differentiate it from the federalisms existing in the state context.

Finally, we consider that we have been able to demonstrate our initial hypothesis. The emergence of illiberal regimes within the European Union has led to a transformation of the principle of mutual trust and, more generally, of the elements of constitutionality of the supra-state architecture. The same presumptions that initially allowed European integration to progress despite the lack of harmonisation have now –mainly as a result of the emergence of illiberal regimes— become a real brake on its further development, insofar as confidence in Member States' compliance with the obligations deriving from the *acquis communautaire* prevents the development of effective instruments for dealing with manifest violations of fundamental values on the part of the latter.

European institutions and, in a mediate way, governments of the member states, currently face a crossroads with two main options: maintaining the *structural* conception of the principle of mutual trust, considered an end in itself, but at the same time renouncing to the effective guarantee of the European legal order against intentional violations at the national level; or, on the contrary, taking advantage of the *breaking of the fourth wall* caused by illiberal regimes to *awake from the magic of the theatre* and adopt an *instrumental* conception of this principle, which would allow us to more easily reject the presumption of compliance with EU law –and, in particular, with rights and freedoms, and specifically, of the fundamental rights and freedoms that are enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union— when there is irrefutable –and objective both quantitative and qualitative— evidence that a breach is intentional and systemic in nature.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B. (1991). *We the People, Volume 1: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press.

Ackerman, B. (1998). *We the People, Volume 2: Transformation*. Cambridge: Hardvard University Press.

Adams, M. y Janse, R. (2019). Rule of Law Decay: Terminology, Causes, Methods, Markers and Remedies. *Hague Journal on the Rule Law*, 11, 1-8.

Agh, A. (2018). Decline of Democracy in the Ece and the Core-Periphery Divide: Rule of Law Conflicts of Poland and Hungary with the EU. *Journal of Comparative Politics*, 11(2), 30-48.

Aguilar Calahorro, A. (2021). *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ahumada Ruiz, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa*. Navarra: Thomson - Civitas.

Ahumada Ruiz, M. (2022). Jueces en el espacio de la política (presentación). *Revista de Estudios Políticos*, 198, 13-21.

Akerlof, G. A. y Shiller, R. J. (2010). *Animal spirits: how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism*. Princeton: Princeton University Press.

Albert, R. (2008). Counterconstitutionalism. *Dalhousie Law Journal*, 31(1), 1-54.

Albi, A. (2005). *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.

Álvarez Álvarez, L. (2002). Breve aproximación a la Constitución de Hungría. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 149-162.

Álvarez García, V. (2020). El coronavirus (COVID-19): Respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 6-21.

Alzaga Villaamil, O. (2013). Invitación, desde el realismo, al estudio de la construcción política de Europa. *Teoría y Realidad Constitucional*, 32, 75-97.

Anagnostaras, G. y Tsadiras, A. (2023). Resisting Surrender on Grounds of Health: Moving beyond the Systemic Deficiencies Requirement in the Area of the European Arrest Warrant? Court of Justice (Grand Chamber) 18 April 2023, Case C-699/21, E.D.L. *European Constitutional Law Review*, 19, 690-714.

Aragón Reyes, M. (1987). El control como elemento inseparable del concepto de constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 19, 15-52.

Aragón Reyes, M. (1988). La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, 9-45.

Aragón Reyes, M. (1996). Estado de Derecho y Democracia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 47, 359-366.

Armengol Ferrer, F. (2018). Condicionalidad en una Unión de Derecho: el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE). *Revista Vasca de Administración Pública*, 110-II, 49-76.

Arroyo Gil, A. y Carranza, G. G. (2020). La coerción federal en Alemania y sus precedentes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, 43-80.

Arzoz Santisteban, X. (2018). Euroorden, condiciones de reclusión y derechos fundamentales: Karlsruhe emplazada a completar Aranyosi (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 19 de diciembre de 2017). *Revista Española de Derecho Europeo*, 66, 113-145.

De Asís Roig, R. (1999). *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson.

Avbelj, M. (2016). Rule of Law and the Economic Crisis in a Pluralist European Union. *Hague Journal on the Rule of Law*, 8(2), 191-203.

Azpitarte Sánchez, M. (2005). Del Derecho Constitución Común Europeo a la Constitución Europea. ¿Cambio de paradigma en la legitimidad de la Unión? *Teoría y Realidad Constitucional*, 16, 343-373.

Azpitarte Sánchez, M. (2017). Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 413-448.

Azpitarte Sánchez, M. (2022). La defensa política de los valores constitucionales. *Revista de Derecho Constitucional* Europeo, 37.

Balaguer Callejón, F. (2018). Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 30, 1-25.

Balaguer Callejón, F. (2020). Interpretación constitucional y populismo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 33.

Balkin, J. M. (2017). Constitutional Crisis and Constitutional Rot. *Maryland Law Review*, 77(1), 147-160.

Ballesteros Barros, A. M. (2022). Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina Bosphorus sobre protección equivalente. *Cuadernos de derecho transnacional*, 14 (1), 31-46.

Baquero Cruz, J. (2022). *Minima moralia*: el estado de derecho, el método comunitario y el presupuesto de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 431-445.

Bar Cendón, A. (2014). La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad. *Teoría y Realidad Constitucional*, 33, 99-140.

Bar-Siman-Tov, I. (2020). Covid-19 meets politics: the novel coronavirus as a novel challenge for legislatures. *The Theory and Practice of Legislation*, 8, 11-48.

Baraggia, A. y Bonelli, M. (2022). Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges. *German Law Journal*, 23(2), 131-156.

Baratta, A. (1977). El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual. *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, 17-18, 11-23.

Barber, N. W. (2013). Self-Defence for Institutions. *Cambridge Law Journal*, 72(3), 558-577.

Bárd, P. y Carrera, S. (2020). Showing true iliberal colours. Rule of law vs Orbán's pandemic politics. *CEPS*, 10, 1-17.

Bárd, P. y Kazai, V. Z. (2022). Enforcement of a Formal Conception of the Rule of Law as a Potential Way Forward to Address Backsliding: Hungary as a Case Study. *Hague Journal on the Rule of Law*, 14, 165-193.

Barroso Márquez, J. F. (2020a). Nuevas dinámicas en la Unión Europea: propuesta para la creación de fondos condicionados al cumplimiento del Estado de Derecho. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 28, 1-29.

Barroso Márquez, J. F. (2020b). Respuesta de Polonia al COVID-19 y el principio de legalidad: iliberalismo y elecciones presidenciales. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 36, 25-62

Barroso Márquez, J. F. (2021a). Estado de derecho e igualdad: poder ejecutivo «ilimitado» como respuesta a la crisis de la COVID-19 y vulneración de los derechos LGTBI en Hungría y Polonia. *IgualdadES,* 4, 183-214.

Barroso Márquez, J. F. (2021b). Estado de derecho, iliberalismo y poderes de emergencia: Oportunismo político en Hungría. En A. I. Dueñas Castrillo, D. Fernández Cañueto, P. Guerrero Vázquez y G. Moreno González (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia* (pp. 257-278). Madrid: Dykinson.

Barroso Márquez, J. F. (2022). Qué hacer cuando el enemigo está en casa: la polarización del discurso político en Hungría y Polonia y el condicionamiento de fondos de la UE al Estado de Derecho. En M. D'Amico et al., *Europa, Società Aperta, Vol. I, Problemi attuali e prospettive future* (pp. 193-218). Napoli: Editoriale Scientifica.

Bastida Freijedo, F. J. (1991). Elecciones y Estado democrático de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 115-134.

Batory, A. (2016). Defying the Commission: Creative Compliance and Respect for the Rule of Law in the EU. *Public Administration*, 94(3), 685-699.

Bazán, V. (2010). En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 14, 15-72.

Bazylińska-Nagler, J. (2021). Polonia ante el principio de confianza mutua en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE. *Revista de Derecho Político*, 110, 321-346.

Becerril Atienza, B. (2020). Las instituciones europeas ante la crisis del Estado de derecho en Hungría y Polonia. *Historia y Política*, 44, 113-144.

Begadze, M. (2022). Playbook of Subnational Illiberalism: Autocrats Face the Opposition-led Local Governments. *Hague Journal on the Rule of Law*, 14, 309-330.

Bellamy, R. (2007). *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Berber, F. J. (1966). Problemas de la integración europea. *Revista de estudios políticos*, 147-148, 93-106.

Berlin, I. (1968). To define populism. *Government and Opposition*, 3(2), 137-179.

Bermeo, N. (2016). On Democratic Backsliding. *Journal of Democracy*, 27, 5-19.

Bernabé, A. (2010). *Fragmentos presocráticos: de Tales a Demócrito*. Madrid: Alianza Editorial.

Bernatt, M. y Ziółkowski, M. (2019). Statutory Anti-Constitutionalism. *Washington International Law Journal*, 28(2), 487-526.

Biagini, (1982). En torno a la crisis del liberalismo. *Revista de Estudios Políticos*, 30, 143-155.

Bingham, T. (2010). *The Rule of Law*. Londres, Penguin.

Bisarya, S. y Bulmer, W. (2017). Rule of Law, Democracy and Human Rights: The Paramountcy of Moderation. En M. Adams, A. Meuwese y E. Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism* (pp. 123-158). Cambridge: Cambridge University Press.

Blanco Valdés, R. (2010). *La construcción de la libertad*. Madrid: Alianza editorial.

Blázquez Peinado, M. D. (2019). La UE ante las vulneraciones del Estado de Derecho por parte del Estado polaco: panorámica general y estado actual de la cuestión. *Revista General de Derecho Europeo*, 48, 14-57.

Blokker, P. (2014). *New Democracies in Crisis? A comparative constitutional study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*. Nueva York: Routledge.

Blokker, P. (2016). EU Democratic Oversight and Domestic Deviation from the Rule of Law. Sociological Reflections. En C. Closa y D. Kochenov (dirs.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (pp. 249-269). Cambridge: Cambridge University Press.

Blokker, P. (2017). The evolution of constitutionalism in the post-communist countries of Central and Eastern Europe. Some lessons for the post-Soviet space. En R. Petrov y P. van Elsuwege (eds.), *Post-Soviet Constitutions and Challenges of Regional Integration* (pp. 5-27). Londres: Routledge.

Blokker, P. (2019a). Populism as a constitutional project. *International Journal of Constitutional Law*, 17(2), 536-553.

Blokker, P. (2019b). Populist Counter-Constitutionalism, Conservatism, and Legal Fundamentalism. *European Constitutional Law Review*, 15, 519-543.

Blokker, P. (2020). The populist assault on the constitution. En P. Blokker y M. Anselmi (eds.), *Multiple populisms. Italy as democracy's mirror* (pp. 196-215). Nueva York: Routledge.

Bobbio, N. (2003). *Teoría General de la Política*. Madrid: Trotta.

Bobbio, N. (2008). *Liberalismo y Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.

Bodnar, A. (2010). Poland: EU driven democracy? En L. Morlino y W. Sadurski (eds.), *Democratization and the European Union: Comparing Central and Eastern European post-communist countries* (pp. 19-44). Nueva York: Routledge.

Von Bogdandy, A. (2005). Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de *lege data* y *lege ferenda*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75, 9-32.

Von Bogdandy, A. (2019). Principles and challenges of a European doctrine of systemic deficiencies. *MPIL Research Paper Series*, 14, 1-33.

Von Bogdandy, A. (2021). Towards a Tyranny of Values? Principles on Defending Checks and Balances in EU Member States. En A. Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Conor, C. Grabenwarten, M. Toborowski y M. Schmidt (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States* (pp. 73-103). Alemania: Springer.

Von Bogdandy, A. et al (2012). Reverse Solange–Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States. *Common Market Law Review*, 49(2), 489-519.

Von Bogdandy, A. et al (2021). A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law: The Importance of Red Lines. En A. Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Conor, C. Grabenwarten, M. Toborowski y M. Schmidt (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States* (pp. 385-401). Alemania: Springer.

Von Bogdandy, A., Antpöhler, C. y Ioannidis, M. (2017). Protecting EU values: Reverse *Solange* and the Rule of Law Framework. En A. Jakab y D. Kochenov (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance* (pp. 218-233). Oxford: Oxford University Press.

Von Bogdandy, A. y Ioannidis, M. (2014). La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho: qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer. *Revista de Estudios Políticos*, 165, 19-64.

Von Bogdandy, A. y Schill, S. (2011). Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, 48(5), 1417-1453.

Von Bogdandy, A. y Spieker, L. D. (2019). Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges. *European Constitutional Law Review*, 15, 391-426.

Bogdanowicz, P. y Taborowski, M. (2020). How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: the Polish Experience. *European Constitutional Law Review*, 16, 306-327.

Bon, P. (2014). La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, 167-188.

Bonelli, M. (2017). Carrots, sticks, and the rule of law: EU political conditionality before and after accession. *Ianus - Diritto e Finanza - Rivista di studi giuridici*, 15-16, 171-200.

Bonelli, M. (2021). *Intermezzo* in the Rule of Law Play: The Court of Justice's *LM* Case. En A. Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Conor, C. Grabenwarten, M. Toborowski y M. Schmidt (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States* (pp. 455-476). Alemania: Springer.

Bonelli, M. (2022). Infringement Actions 2.0: How to Protect EU Values before the Court of Justice. *European Constitutional Law Review*, 18, pp. 30-58.

Bonelli, M. y Claes, M. (2018). Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary. *European Constitutional Law Review*, 14, 622-643.

Bourne, A. K. (2022). From Militant Democracy to Normal Politics? How European Democracies Respond to Populist Parties. E*uropean Constitutional Law Review*, 18, 488-510.

Bozóki A. y Hegedüs, D. (2018). An externally constrained hybrid regime: Hungary in the European Union. *Democratization*, 25(7), 1173-1189.

Brouwer, E. (2016). Mutual Trust and Judicial Control in the Area of Freedom, Security, and Justice: An Anatomy of Trust. En E. Brouwer y D. Gerard (eds.), *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law* (pp. 59-68). EUI Working Papers.

Bugarič, B. (2015). The Rule of Law Derailed: Lessons from the Post-Communist World. *Hague Journal on the Rule of Law*, 7, 175-197.

Bugarič, B. (2016). Protecting Democracy inside the EU: On Article 7 TEU and the Hungarian Turn to Authoritarianism. En C. Closa y D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (pp. 82-102). Cambridge: Cambridge University Press.

Bugarič, B. y Kuhelj, A. (2018). Varieties of Populism in Europe: Is the Rule of Law in Danger? *Hague Journal on the Rule of Law*, 10, 21-33.

Burgess, P. (2020). The Rule of Lore in the Rule of Law: Putting the Problem of the Rule of Law in Context. *Hague Journal on the Rule of Law*, 12, 333-361.

Bustos Gisbert, R. (2005). *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.

Bustos Gisbert, R. (2017). La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 2017, 333-359.

Bustos Gisbert, R. (2021). La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE. *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 161-198.

Bustos Gisbert, R. (2022a). Política, independencia y autogobierno judicial: cuatro miradas. *Revista de Estudios Políticos*, 198, 93-120.

Bustos Gisbert, R. (2022b). Judicial Independence in European Constitutional Law. *European Constitutional Law Review*, 18, 591-620.

Caamaño, F. (2022). El casco de Hades y la independencia judicial. *Revista de Estudios Políticos*, 198, 69-91.

De Cabo Martín, C. (1979). Estado y Estado de Derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español. *Revista de Estudios Políticos*, 9, 99-120.

De Cabo Martín, C. (2003). *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*. Madrid: Trotta.

De Cabo Martín, C. (2007). El Tratado constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado social. *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 199-213.

De Cabo Martín, C. (2014). *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*. Madrid: Trotta.

Calamandrei, P. (2016). *Sin legalidad no hay libertad*. Madrid: Trotta.

Camisón Yagüe, J. A. (2017). La influencia del proceso de integración europeo en la Constitución española de 1978. *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 20, 157-181.

Campos Sánchez-Bordona, (2020). La protección de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 11-31.

Carrera, S., Guild, E. y Hernanz, N. (2013). Rule of law or rule of thumb? A New Copenhagen Mechanism for the EU. *CEPS Policy Brief*, 303, 1-6.

Carrera, S. y Mitsilegas, V. (2018). Upholding the Rule of Law by Scrutinising Judicial Independence. The Irish Court's request for a preliminary ruling on the European Arrest Warrant. *CEPS*.

Carreras Serra, F. (1999). La idea federal en la integración europea. *Revista Vasca de Administración Pública,* 53(2), 29-57.

Castillo-Ortiz, P. (2019). The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe. *European Constitutional Law Review*, 15, 48-72.

Ceballos, E. (1999). *Principios de dirección escénica*. Ciudad de México: Grupo Editorial Gaceta.

Chmielarz-Grochal, A. y Sulkowski, J. (2021). La (in)dependencia del poder judicial en Polonia. Sobre la subordinación de los jueces al poder político. *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 297-322.

Christou, T. A. (2010). Chapter One: European Union. En T. A. Christou (ed.). *European Cross Border Justice: A Case of Study of the EAW* (pp. 13-32). Gran Bretaña: The AIRE Centre.

Ciaralli, C. A. (2022). Condizionalità finanziaria, rule of law e dimensione (sovra)nazionale del conflitto. *Federalismi.it*, 16, 79-113.

Claes, M. y Bonelli, M. (2016). The Rule of Law and the Constitutionalisation of the European Union. En W. Schroeder (ed.). *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* (pp. 265-290). Oxford: Hart Publishing.

Closa, C. (1994). E pur si muove: teorías sobre la integración europea. *Revista de estudios políticos*, 85, 339-364.

Closa, C. (1995). La aplicación de la Unión Europea y sus efectos sobre el proceso de integración. *Revista de Estudios Políticos*, 90, 147-171.

Closa, C. (2016). Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law: Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations. En C. Closa y D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (pp. 15-35). Cambridge: Cambridge University Press.

Closa, C., Kochenov, D. y Weiler, J. H. H. (2014). Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union. *EUI Working Papers*, RSCAS 2014/25.

Corrales, J. (2015). Autocratic Legalism in Venezuela. *Journal of Democracy*, 26(2), 37-51.

Corrias, L. (2016). Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity. *European Constitutional Law Review*, 12, 6-26.

Corstens, Geert (2017). *Understanding the rule of Law*. Oxford: Hart Publishing.

Cortés Martín, J. M. (2016). Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 819-858.

Cortés Martín, J. M. (2018). Estado de Derecho y confianza mutua en el Espacio de Libertad, seguridad y justicia. En D. J. Liñán Nogueras y P. J. Martín Rodríguez (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea* (pp. 365-384). Madrid: Tecnos.

Cortés Martín, J. M. (2020). Sorteando los inconvenientes del artículo 7 TUE: el advenimiento del control jurisdiccional del Estado de derecho. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 473-517.

Cossio, J. R. (2007). Estado de Derecho: conceptos, funciones y límites. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 11, 51-72.

Crabit, E. y Bel, N. (2016). The EU Rule of Law Framework. En W. Schroeder (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* (pp. 197–206). Oxford: Hart Publishing.

Craig, P. (1997). Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. *Public Law*, 3, 467-487.

Craig, P. (2022). Definición y conceptualización del Estado de Derecho. La importancia de la independencia judicial. *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 165-184.

Cramér, P. y Wrange, P. (2001). The Haider Affair, Law and European Integration. *Faculty of Law, Stockholm University Research Paper*, 19, 28-60.

Crouch, C. (2004). *Postdemocrazia*. Madrid: Taurus.

Cruz Mantilla de Los Ríos, P. (2021). *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*. Aranzadi: Pamplona.

Cruz Mantilla de Los Ríos, P. (2022). Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE. *Revista de Derecho Político*, 114, 245-275.

Cruz Villalón, P. (1981). El nuevo derecho de excepción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(2), 93-128.

Cruz Villalón, P. (2017a). El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la *Comunión* Constitucional Europea, *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 85-101.

Cruz Villalón, P. (2017b). Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27, 2017, pp. 1-14.

Cruz Villalón, P. (2020a). Sobre la «especial responsabilidad» del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 363-384.

Cruz Villalón, P. (2020b). Experiencia y jurisprudencia de la coerción estatal (artículo 155 CE). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, 15-41.

Czarnota, A. (2016). Rule of Law as an Outcome of Crisis. Central-Eastern European Experiences 27 Years after the Breakthrough. *Hague Journal on the Rule of Law*, 8(2), 311-321.

Czarnota, A. (2017). The Constitutional Tribunal, *Verfassungsblog*, 03/07/2017, https://verfassungsblog.de/the-constitutional-tribunal/.

Daly, T. G. (2017). *The Alchemists. Questioning our Faith in Courts as Democracy -Builders*. Cambridge: Cambridge University Press.

Daly, T. G. (2019). Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field. *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 9-36.

Daminova, N. (2019). Rule of Law vs. Poland and Hungary – an Inconsistent Approach? *Hungarian Journal of Legal Studies*, 60(3), 236-259.

Darnstädt, T. (2005). *La trampa del consenso*. Madrid: Trotta.

Diamond, L. (2002). Thinking about hybrid regimes*, Journal of Democracy*, 13(2), 25-31.

Díaz, E. (1963). Teoría general del Estado de derecho. *Revista de Estudios Políticos*, 131, 21-48.

Díaz Crego, M. (2018). ¿Tomando la justicia cautelar en serio?: Las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 425-451.

Díaz Revorio, F. J. (2009). Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 7, 81-108.

Dicey, A. V. (1885). Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Londres: Macmillan and Co.

Dimitrovs, A. y Droste, H. (2020). Conditionality Mechanism: What's In It? *Verfassungsblog*, 30/12/2020, https://verfassungsblog.de/conditionality-mechanism-whats-in-it/.

Dobson, W. J. (2012). *The Dictator's Learning Curve*. Londres: Harvill Secker.

Drinóczi, T. y Bień-Kacała, A. (2017). Illiberal constitutionalism in Hungary and Poland: The case of judicialization of politics. En A. Bień-Kacala et. Al (eds.), *Liberal constitutionalism - between individual and collective interests* (pp. 73-108). Toruń: Nicolaus Copernicus University in Toruń.

Drinóczi, T. y Bień-Kacała, A. (2019a). Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland. *German Law Journal*, 20, 1140-1166.

Drinóczi, T. y Bień-Kacala, A. (2019b). The DNA of Illiberal Constitutionalism: Failure of Public Law Mechanisms and an Emotionally Unstable Identity - A Hungarian and Polish Insight. *Percorsi costituzionali*, 2019(2), 361-384.

Drinóczi, T. y Bień-Kacała A. (2020). COVID-19 in Hungary and Poland: extraordinary situation and illiberal constitutionalism. *The Theory and Practice of Legislation*, 8, 171-192.

Drinóczi, T. (2020). Hungarian Abuse of Constitutional Emergency Regimes – Also in the Light of the COVID-19 Crisis. *MTA Law Working Papers*, 2020/13.

Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.

Dyzenhaus, D. (2006). *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press.

Editorial (2006). Mutual Trust. *European Constitutional Law Review*, 2, 1-3.

Ellner, S. y Tinker Salas, M. (2007). *Venezuela: Hugo Chávez and the Decline of an "exceptional Democracy*. Maryland: Rowman & Littlefield.

Van Elsuwege, P. y Gremmelprez, F. (2020). Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice. *European Constitutional Law Review*, 16, 8-32.

Emmert, F. (2008). Rule of Law in Central and Eastern Europe. *Fordham International Law Journal*, 32(2), 551-586.

Esteban, J. (1977). La función transformadora en las Constituciones occidentales. En L. Sánchez Agesta (Coord.) *Constitución y economía (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)* (pp. 151-161). Madrid: EDERSA.

Faggiani, V. (2020). ¿Hacia una reforma integral o solo aparente y más involutiva del sistema europeo común de asilo? *Revista General de Derecho Europeo*, 52, 1-39.

Faraguna, P. (2017). Constitutional Identity in the EU—A Shield or a Sword? *German Law Journal*, 18(7), 1617-1640.

Ferrajoli, L. (2016). Capítulos 2 y 3. En L. Ferrajoli y M. Atienza (aut.), *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrando Badía, J. (1970). En torno a una teoría de la oposición en el sistema democrático-liberal. *Revista de estudios políticos*, 173, 19-68.

Fioravanti, M. (2009). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.

Fisicaro, M. (2022). Protection of the Rule of Law and 'Competence Creep' via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation: ECJ Judgments of 16 February 2022, Cases C-156/21, Hungary v Parliament and Council and C-157/21, Poland v Parliament and Council. *European Constitutional Law Review*, 18(2), 334-356.

Fonseca Morillo, F. J. (2003). La orden de detención y entrega europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 14, 69-95.

Forsyth, M. y Haggart, B. (2014). The False Friends Problem for Foreign Norm Transplantation in Developing Countries. *Hague Journal on the Rule of Law*, 6, 202-229.

Frierson, W. (1920). Amending the Constitution of the United States: A Reply to Mr. Marbury. *Harvard Law Review*, 33(5), 659-666.

Frosini, T. E. (2006). El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 76, 33-74.

Fuller, L. (1969). *The morality of law*. New Haven: Yale University Press.

Gajda-Roszczynialska, K. y Markiewicz, K. (2020). Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland. *Hague Journal on the Rule of Law*, 12, 451-483.

García de Enterría, E. (1984). Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10, 11-61.

García Guerrero, J. L. (2019). Capítulo primero: Constitucionalizando la globalización. En J. L. García Guerrero y M. L. Martínez Alarcón (dirs.), *Constitucionalizando la globalización* (pp. 71-136). Valencia: Tirant lo Blanch.

García Herrera, M. A. (1998). Rigidez constitucional y Estado social. En VVAA, *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho* (pp. 33-88). Madrid: Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial.

García Ortiz, A. (2021). La identidad europea como mecanismo de legitimidad democrática en la construcción de la Unión Europea. Un desafío globalizador. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 37, 139-162.

García Pelayo, M. (1983). La división de poderes y su control jurisdiccional. *Revista de Derecho Político*, 18-19, 7-16.

García Pelayo, M. (1991). *El Estado de partidos*. En *Obras Completas, volumen II*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

García Pelayo, M. (1996). *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (4ª ed.). Madrid: Alianza editorial.

García Roca, J. (2000). Del principio de la división de poderes. *Revista de Estudios Políticos*, 108, 41-75.

García Roca, J. (2017). De la revisión de las constituciones: constituciones nuevas y viejas. *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 181-222.

Gargarella, R. (2022). Independencia judicial, medios constitucionales y motivaciones personales. Una nota. *Revista de Estudios Políticos*, 198, 219-238.

Gerard, D. (2016). Mutual Trust as Constitutionalism? En E. Brouwer y D. Gerard (eds.). *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law* (pp. 69-79). EUI Working Papers.

Gibbs, A. (2016). The Economic Crisis and the Rule of Law in Europe. A Hidden Face for the Rule of Law? *Hague Journal on the Rule of Law*, 8(2), 323-326.

Ginsburg, T., y Simpser, A. (2014). Introduction. En T. Ginsburg y A. Simpser (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes* (pp. 1-19). Nueva York: Cambridge University Press.

Gliszczyńska-Grabias, A. y Sadurski, W. (2021). The Judgment That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill). 'Judgment' of the Polish Constitutional Tribunal of 22 October 2020, K1/20. *European Constitutional Law Review*, 17, 130-153.

Goldner Lang, I. (2019). The Rule of Law, the force of Law and the power of money in the EU. *Croatian Yearbook of European Law and Policy (CYELP)*, 15, 1-26.

González Cadenas. D. (2020). A United States of Europe? Mapping and designing constitution-making for Europe. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 68(2), 141-167.

González-Cuellar Serrano, N. (2019). Las euroórdenes emitidas por el Tribunal Supremo de España. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, 26, 307-317.

González Enríquez, C. (1992). Las transiciones a la democracia en Europa del Este. Un análisis comparado. *Revista de Estudios Políticos*, 78, 195-217.

González Moro, A. (2022). Plebiscitarismo y crisis del paradigma representativo. Una aproximación desde los procesos de democratización de los partidos políticos. *Revista de Derecho Público Comparado*, 31.

Gowder, P. (2016). *The Rule of Law in the Real World*. Cambridge: Cambridge University Press.

Grabowska-Moroz, B. (2022). The Systemic Implications of the Supranational Legal Order for the Practice of the Rule of Law. *Hague Journal on the Rule of Law*, 14, 331-347.

Gradskova, Y., Kondakov, A. y Shevtsova, M. (2020). Post-socialist Revolutions of Intimacy: An Introduction. *Sexuality and Culture*, 24, 359-370.

Graver (2018). Judicial Independence Under Authoritarian Rule: An Institutional Approach to the Legal Tradition of the West. *Hague Journal on the Rule of Law*, 10, 317-339.

Greene, A. (2020). *Permanent States of Emergency and the Rule of Law. Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford: Hart Publishing.

Di Gregorio, A. (2019). Hungarian constitutional developments and measures to protect the rule of law in Europe. *DPCE online*, 39(2), 1465-1481.

De Gregorio Merino, A. (2022). El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 71, 11-26.

Griffith, J. A. G. (1979). The Political Constitution. *Modern Law Review*, 42, 1-21.

Grote, R. (2012). Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit. *Pensamiento Constitucional*, 8, 127-176.

Grzeszczak, R. (2005). Comments on Niels Petersen (The Democracy Concept of the European Union: Coherent Constitutional Principle or Prosaic Declaration of Intent?). *German Law Journal*, 6(11), 1507-1525.

Grzeszczak, R. y Terret, S. (2018). The EU's role in policing the rule of law: reflections on recent Polish experience. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 69(3), 347-366.

Guamán Hernández, A., y Conesa de Lara, J. (2016). *El CETA al descubierto: las consecuencias del tratado entre la UE y Canadá sobre los derechos sociales*. Albacete: Bomarzo.

Guzmán Zapater, M. (2001). Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 10, 405-438.

Häberle, P. (1993). Derecho Constitucional Común Europeo. *Revista de Estudios Políticos*, 79, 7-46.

Häberle, P. (2004). La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 14, 153-176.

Halmai, G. (1998). The reform of constitutional law in Hungary after the Transition. *Legal Studies*, 18(2), 188-196.

Halmai, G. (2016). Judicial review of constitutional Amendments and new constitutions in comparative perspective. *Wake Forest Law Review*, 13(38), 101-135.

Halmai, G. (2018a). Illiberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective. En S. Kadelbach, *Verfassungskrisen in der Europäischen Union* (pp. 85-104). Alemania: Nomos.

Halmai, G. (2018b). The Application of European Constitutional Values in EU Member States. The Case of the Fundamental Law of Hungary. *European Journal of Law Reform*, 20, 10-34.

Halmai, G. (2019a). Illiberalism in East-Central Europe. *EUI Working Papers*, LAW 2019/05.

Halmai, G. (2019b). The possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality. *Hague Journal on the Rule of Law*, 11(1), 171-188.

Halmai, G. (2021). From 'illiberal democracy' to autocracy: how Covid-19 helped to destroy the remnants of democracy in Hungary. En J. Urbanik y A. Bodnar (eds.), Periménodas tous varvárous; law in a time of constitutional crisis: studies offered to Mirosław Wyrzykowski (pp. 227-239). Varsovia: C. H. Beck.

Halmai, G., Mészáros, G. y Scheppele, K. L. (2020). From Emergency to Disaster. How Hungary's Second Pandemic Emergency will Further Destroy the Rule of Law. *Verfassungsblog*, 30/05/2020, https://verfassungsblog.de/from-emergency-to-disaster/.

Hart, H. L. A. (1990). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hegedüs, D. (2019). What role for EU institutions in confronting Europe's democracy and rule of law crisis? *The German Marshall Fund of the United States – Policy Paper*, 4, 1-17.

Héritier, A. (2015). Covert integration in the European Union. En J. Richardson y S. Mazey (eds.), *European Union. Power and policy making* (pp. 351-369). Nueva York: Routledge.

Héritier, A. (2017). Covert integration of core state powers. Renegociating incomplete contracts. En P. Bursens, C. De Landtsheer, L. Braeckmans y B. Seggaert (eds.), *Complex Political Decision-Making* (pp. 15-30). Londres: Routledge.

Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Hillion, C. (2016). Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means. En C. Closa y D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (pp. 59-81). Cambridge: Cambridge University Press.

Hirsch Ballin, E. (2009). Towards Reinforcing Mutual Trust: Adding Evaluation of the Quality of National Legal Systems to EU Criminal Justice Quality. En M. Dane y A. Klip (eds.), *An Additional Evaluation Mechanism in the Field of EU Judicial Cooperation in Criminal Matters to Strengthen Mutual Trust*. Tilburg: Celsus legal publishers.

Hirschmann, A. O. (1970). *Exit, voice and loyalty. Responses to decline infirms, organizations and states*. Cambridge: Harvard University Press.

Holmes, S. (1999). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia* (pp. 217-262). México: Fondo de Cultura Económica.

De Hoyos Sancho, M. (2005). El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿Asimilación automática o corresponsabilidad? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 22, 807-842.

Hsü, D. L. (1999). *Mutación de la Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.

Huq, A. (2018). Legal or Political Checks on Apex Criminality: An Essay on Constitutional Design. *U.C.L.A. Law Review*, 65, 1506-1531.

Huq, A., y Ginsburg, T. (2018a). How to Lose a Constitutional Democracy. *U.C.L.A. Law Review*, 65, 78-169.

Huq, A., y Ginsburg, T. (2018b). *How to save a constitutional democracy*. Chicago: University of Chicago Press.

Iglesias Sánchez, S. (2010). La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del tercer pilar. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 35, 169-192.

Iglesias Sánchez, (2022). La independencia judicial como principio constitucional en la UE: los límites del control por el Tribunal de Justicia de la UE. *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 487-516.

Issacharoff, S. (2015). *Fragile Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press.

Jack, B. (2013). Article 260(2) TFEU: An Effective Judicial Procedure for the Enforcement of Judgments? *European Law Journal*, 19(3), 404-421.

Jakab, A. (2006). Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentation before European Integration and Since. *European Constitutional Law Review*, 2, 375-397.

Jakab, A. (2016). The EU Charter of Fundamental Rights as the Most Promising Way of Enforcing the Rule of Law against EU Member States. En C. Closa y D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (pp. 187-205). Cambridge: Cambridge University Press.

Jakab, A. (2019). El fracaso en Hungría del fortalecimiento institucional constitucional: los elementos institucionales formales como precondiciones y como consecuencias de la eficacia formal de las normas jurídicas. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 161-191.

James, T. S. y Alihodzic, S. (2020). When Is It Democratic to Postpone an Election? Elections During Natural Disasters, COVID-19, and Emergency Situations. *Election Law Journal*, 19(3), 344-362.

Jaraczewski, J. (2022). Unexpected Complications: The impact of the Russian invasion of Ukraine on the rule of law crisis in the EU, *Verfassungsblog*, 23/12/2022, https://verfassungsblog.de/unexpected-complications-the-impact-of-the-russian-invasion-of-ukraine-on-the-rule-of-law-crisis-in-the-eu/.

Jasna, Š., Bond, I. y Dolan, C. (2017). Can EU funds promote the rule of law in Europe. *Centre for European Reform*, 1-14.

Jellinek, W. (1961). Alemania como Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública*, 6, 347-352.

Jiménez Campo, J. (1980). Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, 7, 81-103.

Jiménez García, F. (2007). Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 28, 777-817.

Judt, T. (2013). *¿Una gran ilusión? Un ensayo sobre Europa*. Madrid: Taurus.

Kahn (2016). Una nueva perspectiva para el constitucionalismo comparado: El análisis cultural del estado de derecho occidental. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 29(1), 227-256.

Kaniowski, A. (1999). Lustration and Decommunisation: Ethical and Theoretical Debates. En M. Krygier y A. Czarnota (eds.). *The Rule of Law after Communism* (pp. 212-242). Nueva York: Routledge.

Kant, I. (1998). *Sobre la paz perpetua* (6ª ed.). Madrid: Tecnos.

Karl, T. L. (1990). Dilemmas of Democratization in Latin America. *Comparative Politics,* 23, 1-23.

Karl, T. L. (1995). The Hybrid Regimes of Central America. *Journal of Democracy*, 6(3), 72-86.

Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM.

Khvorostiankina, A. (2018). Europeanization Through EU External Agreements and the Issue of "Constitutional Identity": The Case of the EU-Armenia CEPA. *Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal*, 4, 15-52.

Klimek, L. (2015). *European Arrest Warrant*. Heidelberg: Springer.

Klopocka, M. (2006-2007). El Tribunal Constitucional de la República de Polonia: organización y funcionamiento. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 10, 167-178.

Kochenov, D. (2015). Biting Intergovernmentalism: The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool. *Hague Journal on the Rule of Law*, 7, 153-174.

Kochenov, D. (2016). The Missing EU Rule of Law? En C. Closa y D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (pp. 290-312). Cambridge: Cambridge University Press.

Kochenov, D. (2017). The EU and the Rule of Law – Naïveté or a Grand Design? En M. Adams, A. Meuwese, y E. H. Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism* (pp. 419-445). Cambridge: Cambridge University Press.

Kochenov, D. (2019). Elephants in the Room: The European Commission's 2019 Communication on the Rule of Law. *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 423-438.

Kochenov, D. y Pech, L. (2015). Monitoring and Enforcement of Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality. *European Constitutional Law Review*, 11, 512-540.

Kochenov, D. y Pech, L. (2016). Better Late than Never? On the Commission's Rule of Law Framework and its First Activation. *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, 08/2016.

Kölling, M. (2018). El Marco Financiero Plurianual 2021-2027 desde una perspectiva española: ¿un presupuesto moderno de una Unión que proteja, empodere y vele por la seguridad? *Real Instituto el Cano, ARI 87/2018 - 9/7/2018*.

Kölling, M. (2022). La condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿Una protección del Estado de Derecho o una garantía para los intereses financieros de la UE? *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 37, 1-19.

Konstadinides, T. (2011). Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 13, 195-218.

Konstadinides, T. (2017). *The Rule of Law in the European Union: The Internal Dimension*. Oxford: Hart Publishing.

Kosar, D., Baros, J. y Dufek, P. (2019). The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism. *European Constitutional Law Review*, 15, 427-461.

Krajewski, M. (2018). Associação Sindical dos Juízes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma. *European Papers*, 3(1), 395-407.

Kramer, X. E. (2011). Cross-border Enforcement in the EU: Mutual Trust versus Fair Trial? Towards Principles of European Civil Procedure. *International Journal of Procedural Law*, 2011(2), 202-230.

Kraus, G. (1952). Transformaciones de la democracia. R*evista de Estudios Políticos*, 63, 15-35.

Kriele, M. (1980). *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma.

Krygier, M. (2006). The Rule of Law: An Abuser's Guide. En A. Sajó (ed.), *Abuse. The Dark Side of Fundamental Rights* (129-161). Utrecht: Eleven International Publishing Co.

Krygier, M. (2012). Rule of Law (Chapter 10). En M. Rosenfeld y A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 233-249). Oxford: Oxford University Press.

Kryigier, M. (2018). Tempering Power. En M. Adams, A. Meuwese y E. H. Ballin (eds.). *Constitutionalism and the Rule of Law. Bridgingn Idealism and Realism* (pp. 34-59). Cambridge: Cambridge University Press.

Krygier, M. (2019). The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist 'Transitions', Populism, and the Rule of Law. *European Constitutional Law Review*, 15, 544-573.

Krzywoń, A. (2015). La Constitución ante el pasado: reflexiones en torno a la transición democrática de Polonia después de 1989. En M. Carbonell y O. Cruz (dirs.), *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández, Vol. II* (pp. 257-276). México: UNAM.

Krzywoń, A. (2018). La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): como cuestionar el sistema del equilibrio constitucional en dos años. *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, 359-379.

Krzywoń, A. (2020a). La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 85-117.

Krzywoń, A. (2020b). Polonia: cuando la pandemia se encuentra con el iliberalismo constitucional. *Revista Catalana de Dret Públic*, Número especial, 246-255.

Krzywoń, A. (2022). El iliberalismo constitucional ha llegado para quedarse. Las experiencias centroeuropeas. *Revista de Derecho Político*, 113, 165-191.

Łacny, J. (2021). The Rule of Law Conditionality Under Regulation No 2092/2020 — Is it all About the Money? *Hague Journal on the Rule of Law*, 13, 79-105.

Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *U. C. Davis Law Review*, 47, 189-260.

Landau, D. (2018). Populist Constitutions. *The University of Chicago Law Review*, 85(2), 521-544.

Lasa López, A. (2014). La ruptura de la constitución material del estado social: la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma. *Revista de Estudios Políticos*, 90, 213-248.

Law, D. S., y Versteeg, M. (2014). Constitutional Variation Among Strains of Authoritarianism. En T. Ginsburg y A. Simpser (eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes* (pp. 165-196). Nueva York: Cambridge University Press.

Leibholz, G. (1962). La soberanía de los Estados y la integración europea. *Revista de estudios políticos*, 124, 5-26.

Leibholz, G. (1964). El legislador como amenaza para la libertad en el moderno Estado democrático de partidos. *Revista de estudios políticos*, 137, 5-18.

Leloup, M., Kochenov, D. y Dimitrov, A. (2021). Opening the Door to Solving the "Copenhagen Dilemma"? All Eyes on Repubblika v Il-Prim Ministru. *European Law Review*, 46(5), 692-703.

Lenaerts, K. (1990). Constitutionalism and the Many Faces of Federalism. *The American Journal of Comparative Law*, 38(2), 205-263.

Lenaerts, K. (2015). The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice. *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3, 525-551.

Lenaerts, K. (2017). La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust. *Common Market Law Review*, 54(3), 805-840.

Lenaerts, K. (2019). Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue. *Yearbook of European Law*, Núm. 38, 3-17

Lenaerts, K. (2022). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 351-368.

Letki, (2002). Lustration and Decommunisation in East-Central Europe. *Europe-Asia Studies*, 54(4), 529-552.

Levitsky, S. y Way, L. A. (2002). Elections Without Democracy. The Rise of Competitive Authoritarianism. *Journal of Democracy,* 13, 51-65.

Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018). *How Democracies Die*. Nueva York: Broadway Books.

Linz, J. (1989). *La quiebra de las democracias*. Madrid: Alianza Universidad.

Linz, J. (2000). *Totalitarian and Authoritarian Regimes*. Colorado: Lynne Rienner.

Linz, J. y Stepan, A. (1996). Toward Consolidated Democracies. *Journal of Democracy*, 7(2), 14-33.

Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.

López Aguilar, J. F. (2019). De nuevo (y todavía) Polonia: Rule of Law y Art. 7 TUE en el Parlamento Europeo y en el Tribunal de Justicia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 137-176.

Łoś, M. y Zybertowicz, A. (1999). Is Revolution a Solution? State Crime in Communist and Post-Communist Poland (1980-1995). En M. Krygier y A. Czarnota (eds.), *The Rule of Law after Communism* (pp. 261-300). Nueva York: Routledge.

Lösing, N. (2002). Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 273-298.

Lucas Verdú, P. (1975). *La lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.

Macpherson, C. B. (1982). *La democracia liberal y su época*. Madrid: Alianza Editorial.

Mader, O. (2019). Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law. *Hague J Rule Law*, 11, 133-170.

Maestro Buelga, G. (2004). Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado Constitucional de la Unión Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 15, 133-158.

Mancano, L. (2022). Judicial cooperation, detention conditions and equivalent protection. Another chapter in the EU-ECHR relationship: Bivolaru and Moldovan v. France. *Revista General de Derecho Europeo*, 56, 207-231.

Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D. (2020). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea (10.ª ed.)*. Madrid: Tecnos.

Marbury, W. (1919). The Limitations upon the Amending Power. *Harvard Law Review*, 33(2), 223-235.

Martín Rodríguez, P. (2016). La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Caldararu. *Revista de derecho Comunitario Europeo*, 55, 859-900.

Martín y Pérez de Nanclares, J. (2011). Reflexiones a propósito de algunos riesgos para el adecuado cumplimiento del Derecho de la Unión Europea: sobre las repercusiones de la expulsión de gitanos de Francia, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 92, 11-40.

Martín y Pérez de Nanclares, J. (2019). La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 121-159.

Martínez Alarcón, M. L. (2004). *La independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Martínez Alarcón, M. L. (2018). *La política europea de protección internacional. Sistema europeo común de asilo*. Madrid: Aranzadi Thomson Reuters.

Martínez Alarcón, M. L. (2023). Estado de Derecho, República de Polonia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Constitucional*, 39, 74-119.

Martínez Alarcón, M. L. (2024). El Tribunal de Justicia no reconoce a la sala de control extraordinario y de asuntos públicos del Tribunal Supremo de Polonia como interlocutor válido en la cuestión prejudicial. STJ GS 21 diciembre 2023: as, C– 718/21: Krajowa Rada Sądownictwa. *La Ley Unión Europea*, 124.

Matczak, M. (2020). The Clash of Powers in Poland's Rule of Law Crisis: Tools of Attack and Self-Defense. *Hague Journal on the Rule of Law*, 12(3), 421-450.

Mattei, U. (2003). A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10(1), 383-448.

May, C. (2018). Market Exchange and the Rule of Law: Confidence in Predictability. *Hague Journal on the Rule of Law*, 10, 365-388.

Mayoral, J. A. (2017). In the CJEU Judges Trust: A New Approach in the Judicial Construction of Europe. *Journal of Common Market Studies*, 55(3), 551-568.

Mcauliffe, P. (2010). Transitional Justice and the Rule of Law: The Perfect Couple or Awkward Bedfellows? *Hague Journal on the Rule of Law*, 2, 127-154.

Menéndez, A. J. (2010). La Unión Europea entre el constitucionalismo democrático y la gobernanza. *Revista de Estudios Políticos*, 149, 47-85.

Menéndez, A. J. (2012). La mutación constitucional de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 96, 41-98.

Menéndez, A. J. (2023). ¿Rebelión a bordo? A vueltas (de nuevo) con las relaciones entre ordenamientos en el espacio jurídico europeo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 129, 47-77.

Milani, G. (2019). How Democratic are Illiberal Democracies? Parliament and Parliamentarism in the Hungarian Constitutional Retrogression. *Federalismi.it*, 19, 2-20.

Milione, C. (2017). La interpretación del Art. 47 CDFUE como expresión de la labor hermenéutica del Tribunal de Luxemburgo en la construcción de un estándar europeo de protección de los derechos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 655-674.

Mitsilegas, V. (2012). The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual. *Yearbook of European Law*, 31(1), 319-372.

Mitsilegas, V. (2016). Conceptualising Mutual Trust in European Criminal Law. The Evolving Relationship Between Legal Pluralism and Rights-Based Justice in the European Union. En E. Brouwer y D. Gerard (eds.), *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law* (pp. 23-36). EUI Working Papers.

Mohay, Á, y Tóth, N. (2017). Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E)(2) of the Fundamental Law. *American Journal of International Law*, 111(2), 468-475.

Mokrá, L., Juchniewicz, P. y Modrzejewski, A. (2019). Rule of Law in Poland – Integration or Fragmentation of Common Values? *European Journal of Transformation Studies*, 7(2), 177-188.

Moliterno, J. y Čuroš, P. (2022). Ataques recientes a la independencia judicial: lo vulgar, lo sistémico y lo insidioso. *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 117-164.

Moraru, M. (2016). 'Mutual Trust' from the Perspective of National Courts: A Test in Creative Legal Thinking. En E. Brouwer y D. Gerard (eds.). *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law* (pp. 37-58). EUI Working Papers.

Moraru, M., y Bercea, R. (2022). The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, Asociaţia 'Forumul Judecătorilor din România, and their follow-up at the national level. *European Constitutional Law Review*, 18, 82-113.

Moreno González, G. (2017). El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de las obligaciones. *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 20, 117-156.

Moreno González, G. (2019a). *Estabilidad presupuestaria y constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Moreno González, G. (2019b). Más allá de la Regla de Oro: las otras restricciones constitucionales al poder fiscal y presupuestario, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 205-227.

Moreno González, G. (2020). *La democracia humanista*. Sevilla: Athenaica.

Moreno González, G. (2022). La internacionalización de la constitución económica nacional: La problemática recepción del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza. *Revista española de derecho constitucional*, 126, 89-118.

Moreno González, G. (2023). Democracia constitucional e integración económica: hacia una unión europea social. En A. M. Romito (coord.) y M. J. García García (dir.), *Democracia europea y mercado único: 30 años del tratado de Maastricht* (pp. 235-262). Navarra: Aranzadi.

Moreno González, G. (2024). La responsabilidad líquida de los poderes públicos en un marco constitucional multinivel. En I. Gutiérrez Gutiérrez (coord..), *Premisas del Derecho Constitucional* (pp. 125-155). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.

Morlino, L. (2009). Are there hybrid regimes? Or are they just an optical illusion? *European Political Science Review*, 1(2), 273-296.

Morgades Gil, S. (2015). El sistema de Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de la pérdida de la confianza mutua. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 51, 549-768.

Morgenbesser, L. (2020). *The Rise of Sophisticated Authoritarianism in Southeast Asia*. Cambridge: Cambridge University Press.

Mounk, Y. (2018). *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*. Barcelona: Paidós.

Moustafa, T. (2007). *The Struggle for Constitutional Power in Egypt.* Nueva York: Cambridge University Press.

Mudde, C. (2004). The Populist Zeitgeist. *Government and Opposition*, 39(4), 541-563.

Müller, J. W. (2014). The EU as a Militant Democracy, or: are there Limits to Constitutional Mutations within EU Member States? *Revista de Estudios Políticos*, 165, 141-162.

Müller, J. W. (2016). *What Is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Müller, J.-W. (2016). Protecting the Rule of Law (and Democracy!) in the EU. The Idea of a Copenhagen Commission. En C. Closa y D. Kochenov (eds.). *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (pp. 206-224). Cambridge: Cambridge University Press.

Nardulli, P. F., Peyton, B. y Bajjalieh, J. (2013). Conceptualizing and Measuring Rule of Law Constructs, 1850–2010. *Journal of Law and Courts*, 1(1), 139-192.

Neundorf, A., Gerschewski, J., y Olar, R.-G. (2020). How Do Inclusionary and Exclusionary Autocracies Affect Ordinary People? *Comparative Political Studies*, 53(12), 1890-1925.

Nicolosi, S. F. (2015). The contribution of the Court of Justice to the codification of the founding values of the European Union. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 51, 613-643.

O'Donnell, G. (1973). *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism*. Berkeley: Institute of International Studies University of California.

O'Donnell, G. (1994). Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, 5(1), 55-69.

O'Donnell, G. (2004). The Quality of Democracy: Why the Rule of Law Matters. *Journal of Democracy*, 15(4), 32-46.

Öberg, J. (2020). Trust in the Law? Mutual Recognition as a Justification to Domestic Criminal Procedure. *European Constitutional Law Review*, 16, 33-62.

Offe, C. (2016). *Europe Entrapped*. Cambridge: Polity Press.

Ollero, C. (1952). Evolución político-constitucional de Polonia y Constitución del 22 de julio de 1952. *Revista de estudios políticos*, 65, 151-172.

Ordóñez Solís, D. (2003). El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea. *Revista de Estudios Políticos*, 119, 447-483

Örkény, A. y Scheppele, K. L. (2016). Rules of Law: The Complexity of Legality in Hungary. En M. Krygier y A. Czarnota (eds.), *The Rule of Law after Communism* (pp. 55-76). Nueva York: Routledge.

Ottaway, M. (2013). *Democracy Challenged: The Rise of Semi-Authoritarianism*. Washington: Carnegie Endowment.

de Otto, I. (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel.

Palombella, G. (2018). Illiberal, Democratic and Non-Arbitrary? Epicentre and Circumstances of a Rule of Law Crisis. *Hague Journal on the Rule of Law*, 10, 5-19.

Palombella, G. (2020). The Abuse of the Rule of Law. *Hague Journal on the Rule of Law*, 12(2), 387-397.

Panyi, S y Hinshaw, D. (2020). Hungarian Parliament Ends Controversial State of Emergency; Prime Minister Viktor Orban's government can reimpose some emergency powers, however. *The Wall Street Journal*, 16 de junio de 2020.

Pavone, T. (2020). Putting European Constitutionalism in its Place: The Spatial Foundations of the Judicial Construction of Europe. *European Constitutional Law Review*, 16, 669-690.

Pech, L. (2009). The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union. *Jean Monnet Working Paper*, 04/09.

Pech, L. (2021). Protecting Polish judges from Poland's Disciplinary "Star Chamber": Commission v. Poland (Interim proceedings). *Common Market Law Review*, 58(1), 137-162. Pech, L. (2022).

Pech, L. y Platon, S. (2018). Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case. *Common Market Law Review*, 55(6), 1827-1854.

Pech, L., Wachowiec, P. y Mazur, D. (2021). Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action. *Hague Journal on the Rule of Law*, 13, 1-42.

Pech, L., Wójcik, A., y Wachowiec, P. (2023). *The case for activating the Rule of Law conditionality regulation in respect of Poland*. Bruselas: The Greens/EFA in the European Parliament.

Peerenboom, R. (2005). Human Rights and Rule of Law: What's the Relationship? *Georgetown Journal of International Law*, 36, 809-945.

Pegoraro, L. y Rinella, A. (2017). Introducción metodológica. En D. López Garrido, M. F. Massó Garrote y L. Pegoraro, *Derecho Constitucional Comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pérez Bernárdez, C. (2016). La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco. *Revista General de Derecho Europeo*, 40, 48-95.

Pérez Bernárdez, C. (2018). La Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) en los mecanismos protectores del Estado de Derecho del artículo 7 y pre-7 del TUE. En D. J. Liñán Nogueras y P. J. Martín Rodríguez (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea* (pp. 385-424). Madrid: Tecnos.

Pérez Calvo, A. (2004). El lugar del Estado en la integración europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 15, 107-131.

Pérez Royo, J. (1987). *La reforma de la Constitución*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.

Pernice, I. (2015). Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe. *European Constitutional Law Review*, 11, 541-562.

Petersen, N. (2005). The Democracy Concept of the European Union: Coherent Constitutional Principle or Prosaic Declaration of Intent? *German Law Journal*, 6(11), 1507-1525.

Petrov, J. (2020). The COVID-19 emergency in the age of executive aggrandizement: what role for legislative and judicial checks? *The Theory and Practice of Legislation*, 8, 71-92.

Pfersmann, O. (2013). Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 99, 17-60.

Pierré-Caps, S. (2000). La constitución demótica o las mutaciones de la constitución en el umbral del siglo XXI, *Teoría y Realidad Constitucional*, 5, 143-160.

Pinelli, C. (2011). The Populist Challenge to Constitutional Democracy. *European Constitutional Law Review*, 7, 5-16.

Pisani, M. (2004). Il "processo penale europeo": problema e prospettive. *Rivista di diritto processuale*, 3, 653-678.

Ploeckl, F. (2010). Borders, market access and urban growth; the case of Saxon towns and the Zollverein. *Documents de treball Institut D'Economia de Barcelona*, 42.

Poiares Maduro, M. (2002). *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Oxford: Hart Publishing.

Poiares Maduro, M. (2003). Las formas del poder constitucional de la Unión Europea. *Revista de Estudios Políticos*, 119, 11-55.

Prokop, K. (2011). *Polish Constitutional Law*. Białystok: Temida 2.

Rácz, A. (2020). A New Risk to the EU from Coronavirus. Viktor Orbán's Hungary. *German Council on Foreign Relations*, 10, 1-3.

Ragone, S. (2013). El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada. *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 385-406.

Ragone, S. (2021). EUROPEAN COMPARATIVE LAW: Reasons for «Enhanced Comparison» and Role of the CJEU. *Revista de Derecho Político*, 112, 297-235.

Ragone, S., y Barroso Márquez, J. F. (2022). El giro «reactivo» de la identidad europea: condicionamiento de fondos y confianza mutua. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 37, 103-133.

Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.

Raz, J. (1977). The Rule of Law and its Virtue. *Law Quarterly Review*, 93, 195-211.

Raz, J. (2019). The Law's Own Virtue. *Oxford Journal of Legal Studies*, 39(1), 1-15.

Requejo Pagés, J. L. (2016). *El sueño constitucional*. Oviedo: KRK Ediciones.

Requejo Pagés, J. L. (2022). Primacía de la Unión y soberanía nacional. Consideraciones sobre una posible solución normativa de un conflicto de principio. En J. Urías Martínez y F. Álvarez-Ossorio Micheo (coords.), *Cultura constitucional en Europa: encuentro hispalense en torno a la obra del profesor Pedro Cruz* (pp. 255-273). Sevilla: Editorial de la Universidad de Sevilla.

Reyns, C. (2021). Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism? *European Constitutional Law Review*, 17, 26-52.

Rizcallah, C. (2019). Le principe de confiance mutuelle: une utopie malheureuse? *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 118, 297-322.

Rizcallah, C. y Davio, V. (2021). The Requirement that Tribunals be Established by Law: A Valuable Principle Safeguarding the Rule of Law and the Separation of Powers in a Context of Trust. *European Constitutional Law Review*, 17, 581-606.

Rodomonte, M. G. (2019). ¿Populismos y soberanismos versus Unión Europea? Reflexiones sobre la crisis de la democracia y la crisis del proceso de integración europea. *Revista de Derecho Político*, 106, 287-318.

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2018). Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los estados miembros. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 933-971.

Rodríguez Yagüe, C. (2018). ¿Pueden ser las condiciones de reclusión en España un obstáculo para la ejecución de una orden de detención y entrega? A propósito del 'procés' catalán. *Revista General de Derecho Penal*, 29, 1-64.

Rodríguez Yagüe, C. (2020). La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida. *Revista Penal*, 45, 109-140.

Roeben, V. (2020). Judicial Protection as the Meta-norm in the EU Judicial Architecture. *Hague Journal on the Rule of Law*, 12(1), 29-62.

Rosenblatt, H. (2018). *The lost history of liberalism: From Ancient Rome to the twenty-first century*. Nueva Jersey: Princeton University Press.

Rosenfeld, M. (2001). The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Cardozo Law School (Working Paper Series)*, 36, 1-70.

Ruipérez Alamillo, J. (2012). De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la teoría del Estado y de la Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 89-138.

Ruiz-Rico Ruiz, G. (2002). El proceso de «europeización» del Derecho constitucional: Un nuevo reto metodológico para el siglo XXI. *Revista de Estudios Políticos*, 117, 103-123.

Ruiz Yamuza, F.-G. (2018). La doble incriminación en el sistema de la euroorden o de la necesidad de una exégesis realista del principio de reconocimiento mutuo. Apuntes en relación con el asunto Puigdemont. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 1059-1090.

Sabán Godoy, A. (1997). La aplicación del principio de imparcialidad en la jurisdicción contencioso-administrativa. *Jueces para la democracia*, 29, 72-80.

Sadurski, W. (2016). Transitional Constitutionalism Versus the Rule of Law? *Hague Journal on the Rule of Law*, 8(2), 337-355.

Sadurski, W. (2019a). *Poland's Constitutional Breakdow*n. Oxford: Oxford University Press.

Sadurski, W. (2019b). On the Relative Irrelevance of Constitutional Design: Lessons from Poland. *The University of Sydney Law School. Legal Studies Research Paper Series*, 19/34.

Sadurski, W. (2019c). Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler. *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 63-84.

Sajó, A. (2019). The Rule of Law as Legal Despotism: Concerned Remarks on the Use of "Rule of Law" in Illiberal Democracies. *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 371-376.

Salazar Ugarte, P. (2011). Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 289-310.

Salvador Martínez, M. (2008). Derecho Constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización. *Teoría y Realidad Constitucional*, 21, 375-395.

Sánchez Frías, A. (2020). Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 167-187.

Santaolalla, F. (2001). Consideraciones sobre la normatividad y superioridad de la Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, 7, 187-216.

Sanz Rubiales, I. (2000). El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 7, 91-122.

Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2004). *Poder judicial e integración europea*. Navarra: Thomson Civitas.

Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2008). European Union: The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence. *International Journal of Constitutional Law*, 6(1), 171-183.

Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2012). The Silent Lamb and the Deaf Wolves. En M. Avbelj y J. Komárek (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (pp. 285-317). Oxford: Hart Publishing.

Sarmiento Ramírez-Escudero, D., y Arnaldo Orts, E. (2022). La independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Estudios Políticos*, 198, 121-151.

Sartori, G. (1999). La ingeniería constitucional y sus límites. *Teoría y Realidad Constitucional*, 3, 79-87.

Schedler, A. (2002). Elections Without Democracy: The Menu of Manipulation. *Journal of Democracy*, 13(2), 36-50.

Scheppele, K L. (2013a). The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 26(4), 559-562.

Scheppele, K. L. (2013b). Unconstitutional Constituent Power. En R. Smith y R. Beeman (eds.), *Modern Constitutions* (pp. 154-206). Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Scheppele, K. L. (2013c). EU Commission v. Hungary: The Case for the "Systemic Infringement Action", *Verfassungsblog*, 22/11/2013, https://verfassungsblog.de/eu-commission-v-hungary-the-case-for-the-systemic-infringement-action/.

Scheppele, K. L. (2015). Understanding Hungary's Constitutional Revolution. En A. von Bogdandy y P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area* (pp. 111-124). Oxford and Portland: Hart.

Scheppele, K. (2016a). Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions. En C. Closa & D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (pp. 105-132). Cambridge: Cambridge University Press.

Scheppele, K. L. (2016b). EU Can Still Block Hungary's Veto on Polish Sanctions. *politico.eu*, 11/01/2016, https://www.politico.eu/article/eu-can-still-block-hungarys-orban-veto-on-polish-pis-sanctions/.

Scheppele, K. L. (2017). The Social Life of Constitutions. En P. Blokker y C. Thornhill (eds.), *Sociological Constitutionalism* (pp. 35-66). Cambridge: Cambridge University Press.

Scheppele, K. L. (2018a). Autocratic legalism. *University of Chicago Law Review*, 85, 545-583.

Scheppele, K. L. (2018b). Constitutional Coups in EU Law. En M. Adams, A. Meuwese y E. Hirsch Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law. Bringing Idealism and Realism* (pp. 446-478). Cambridge: Cambridge University Press.

Scheppele, K. L. (2019). The opportunism of populists and the defense of constitutional liberalism. *German Law Journal*, 20, 314-331.

Scheppele, K. L. (2020). Unconstitutional Constituent Power. En M. Smith y R. Beeman (eds.), *Modern Constitutions* (pp. 154-206). Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Scheppele, K. L., Kochenov, D. y Grabowska-Moroz, B. (2020). EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union. *Yearbook of European Law*, Núm. 39(1), 3–121.

Scheppele, K. L., Mészáros, G. y Bárd, P. (2022). In Hungary, the Law Changes Every Day but It Doesn't Get Better, *Verffasungsblog*, 28/11/2022, https://verfassungsblog.de/in-hungary-the-law-changes-every-day-but-it-doesnt-get-better/.

Scheppele, K. L., y Morijn, J. (2023). Frozen. How the EU is Blocking Funds to Hungary and Poland Using a Multitude of Conditionalities, *Verfassungsblog*, 04/04/2023, https://verfassungsblog.de/frozen/.

Schmitt, C. (1954). Coloquio sobre el poder y sobre el acceso al poderoso. *Revista de Estudios Políticos*, 78, pp. 3-20.

Schmitt, C. (1961). La tiranía de los valores. *Revista de estudios políticos*, 115, 65-82.

Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.

Schmitt, C. (1999). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial.

Schroeder, W. (2016). The European Union and the Rule of Law—State of Affairs and Ways of Strengthening. En W. Schroeder (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* (pp. 3–34). Oxford: Hart Publishing.

Schusterschitz, G. (2016). The EU and rule of law: the unavoidable question of who controls it? En W. Schroeder (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* (pp. 243-254). Oxford: Hart Publishing.

Selznick, P. (1957). *Leadership in Administration. A Sociological Interpretation*. Illinois: Row, Peterson and Company.

Selznick, P. (1999). Legal Cultures and the Rule of Law. En M. Krygier y A. Czarnota (eds.), *The Rule of Law after Communism* (pp. 21-37). Nueva York: Routledge.

Serowaniec, M. y Witkowski, Z. (2020). Can legislative standards be subject to 'quarantine'? The functioning of the Tablet Sejm in Poland in the COVID-19 era. *The Theory and Practice of Legislation*, 8, 155-170.

Shinar, A. (2021). Democratic Backsliding, Subsidized Speech, and the New Majoritarian Entrenchment. *The American Journal off Comparative Law*, 20, 13-24.

Siera Mucientes, S. (2006). Constitución de Polonia. *Revista de las Cortes Generales*, 67, 397-486.

Sieira Mucientes, S. (2018). Los estados excepcionales. *Revista de las Cortes Generales*, 104, 361-393.

Sillen, J. (2019). The concept of 'internal judicial independence' in the case law of the European Court of Human Rights. *European Constitutional Law Review*, 15(1), 104-133.

Da Silva, E. M. (2005). O Estado democrático de direito. *Revista de informação legislativa*, 167, 213-229.

Šišková, N. (2019). The EU Concept of the Rule of Law and the Procedures de lege data and de lege ferenda for its Protection. *International and Comparative Law Review*, 19(2), 116-130.

van Sliedregt, E. (2007). The European Arrest Warrant: Between Trust, Democracy and the Rule of Law. *European Constitutional Law Review*, 3, 244-252.

Smith, A. (2011). *La riqueza de las naciones*. Madrid: Alianza Editorial.

Snell, J. (2016). The Single Market: does Mutual Trust Suffice? En E. Brouwer y D. Gerard (eds.). *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law* (pp. 11-14). EUI Working Papers.

Solozábal Echavarría, J. J. (1981). Sobre el principio de la separación de poderes. *Revista de Estudios Políticos*, 24, 215-234.

Solozábal Echavarría, J. J. (1995). Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea. *Revista de Estudios Políticos*, 90, 45-67.

Solozábal Echavarría, J. J. (2003). Constitución y orden constitucional en la Unión Europea. *Revista de Estudios Políticos*, 119, 57-79.

Sós, V. (2016). The Paradigm of Constitutionalism. The Hungarian Experience. En M. Krygier y A. Czarnota (eds.), *The Rule of Law after Communism* (pp. 131-148). Nueva York: Routledge.

Spadaro, A. (2009). Costituzionalismo versus populismo. (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee*)*. En G. Brunelli, A. Pugiotto y P. Veronesi (eds.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, Vol. V*. Napoles: Jovene Editore.

Spano, R. (2021). El Estado de Derecho como estrella polar de la Convención Europea de Derechos Humanos: El Tribunal de Estrasburgo y la independencia del poder judicial. *Revista de Derecho Político*, 112, 265-296.

Stanley, B. (2019). A New Populist Divide? Correspondences of Supply and Demand in the 2015 Polish Parliamentary Elections. *East European Politics and Societies*, 33(1), 17-43.

Steible, B. (2021). Tribunal de Justicia de la Unión, Tribunales nacionales y salvaguardia del Estado de Derecho en la UE. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 35, 241-263.

Stein, E. (1981). Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution. *American Journal of International Law,* 75(1), 1-27.

Storskrubb, E. (2016). Mutual Trust and the Limits of Abolishing *Exequatur* in Civil Justice. En E. Brouwer y D. Gerard (eds.). *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law* (pp. 15-22). EUI Working Papers.

Szmolka Vida, I. (2010). Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de los regímenes políticos. *Revista de Estudios Políticos*, 147, 103-135.

Szoboszlai, G. (1995). Transición política y reformas constitucionales. El ejemplo de Hungría. *Revista de Derecho Político*, 40, 115-139.

Tajadura Tejada, J. (2002). La crisis de la Constitución en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Político*, 53, 241-269.

Tamanaha, B. Z. (2004). *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

Tamanaha, B. Z. (2011). The Rule of Law and Legal Pluralism in Development. *Hague Journal on the Rule of Law*, 3, 1-17.

Toggenburg, G. N. y Grimheden, J. (2016). Managing the Rule of Law in a Heterogeneous Context: A Fundamental Rights Perspective on Ways Forward. En W. Schroeder (ed.). *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* (pp. 221–240). Oxford: Hart Publishing.

Torrecillas Martínez, A. (2020). *La crisis del Estado de Derecho en la Unión Europea: el caso polaco*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Tóth, G. A. (2018). Illiberal Rule of Law? Changing Features of Hungarian Constitutionalism. En M. Adams, A. Meuwese y E. Hirsch Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law. Bringing Idealism and Realism* (pp. 386-415). Cambridge: Cambridge University Press.

Tóth, G. A. (2019). Constitutional Markers of Authoritarianism. *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 37-61.

Tridimas, T. (2006). *The General Principles of EU Law (2ª ed)*. Oxford: Oxford University Press.

Tridimas, T. (2011). Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction. *International Journal of Constitutional Law*, 9(3-4), 737-756.

Tuori, K. (2016). From Copenhagen to Venice. En C. Closa y D. Kochenov (eds.). *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (pp. 225-246). Cambridge: Cambridge University Press.

Tushnet, M. (2004). Constitutional Hardball. *John Marshall Law Review*, 37, 523-553.

Tushnet, M. (2015). Authoritarian Constitutionalism. *Cornell Law Review*, 100(2), 391-462.

Tushnet, M. (2019). Varieties of populism. *German Law Journal*, 20, 382-389.

Úbeda de Torres, A. (2009). La evolución de la *condicionalidad* política en el seno de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 32, 49-88.

Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (2020). Tutela judicial efectiva y Estado de Derecho en la UE y su incidencia en la administración de justicia de los Estados miembros. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 309-341.

Uitz, R. (2019a). The Perils of Defending the Rule of Law Through Dialogue. *European Constitutional Law Review*, 15(1), 1-16.

Uitz, R. (2019b). The Rule of Law at Risk: What is Next? *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 473-478.

Unger, R. M. (1976). *Law in Modern Society*. Nueva York: The Free Press.

Urbaneja Cillán, J. (2021). El régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿un mecanismo efectivo de garantía del Estado de Derecho en los Estados miembros de la Unión Europea? *Revista Española de Derecho Europeo*, 78-79, 139-169.

Valvidares Suárez, M. (2002). El constitucionalismo polaco: pasado y presente. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 183-195.

Vanossi, J. R. (2009). La ineluctable relación de interdependencia de la "seguridad jurídica" con el "Estado de Derecho". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 13, 467-476.

Varol, O. (2015). Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, 100, 1673-1742.

Vecchio, F. (2010). Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 14, 183-195.

De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.

De Vergottini, G. (2006). Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización. *Teoría y Realidad Constitucional*, 18, 131-145.

Viciano Pastor, R. (1997). El futuro de la Unión Europea: ¿déficit democrático o déficit constitucional? En E. Linde Paniagua (coord.), *Los retos de la Unión Europea ante el siglo XXI* (pp. 33-56). Madrid, UNED.

Viciano Pastor, R. (2000). La reforma del proceso de toma de decisiones comunitario en el Tratado de Ámsterdam. En R. Viciano Pastor (ed.), *La reforma institucional de la Unión Europea y el Tratado de Ámsterdam* (pp. 195-229). Valencia: Tirant lo Blanch.

Viciano Pastor, R. (2001). El largo camino hacia una Constitución europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 1, 91-104.

Viciano Pastor, R. (2006). La integración europea tras el rechazo ciudadano a la Constitución Europea. En AAVV *Integración y Desarrollo* (pp. 209-222). La Paz: Instituto internacional de integración.

Viciano Pastor, R. (2009). Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 67/68, 91-99.

Viciano Pastor, R. y Moreno González, G. (2018). Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes Constitucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 165-198.

Vita, V. (2017). Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, 116-148.

Waldron, J. (2011). The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Nomos*, 50, 3-31.

Wahl, R. (2006). ¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de teoría del Estado? *Teoría y Realidad Constitucional*, 18, 105-129.

Weber, A. (2008). El Principio de Estado de Derecho como Principio Constitucional Común Europeo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 27-59.

Weber, A. (2011). A la busca del jurista europeo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93, 11-23.

Weiler, J. H. H. (1986). Supranationalism Revisited – a Retrospective: The European Communities after 30 Years. En W. Maihofer (ed.), *Noi si mura. Selected Working Papers of the European University Institute* (pp. 341-396).

Weiler, J. H. H. (1995). *Europa, fin de siglo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Weiler, J. H. H. (2005). In defence of the status quo: Europe's constitutional Sonderweg. En J. H. H. Weiler y M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State* (pp. 7-23). Cambridge: Cambridge University Press.

Weiler, J. H. H. (2012a). Europe in Crisis - On 'Political Messianism', 'Legitimacy' and the 'Rule of Law'. *Singapore Journal of Legal Studies*, 248-268.

Weiler, J. H. H. (2012b). Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 96, 13-40.

Weiler, J. H. H. (2021). Not on Bread Alone Doth Man Liveth (Deut. 8:3; Mat 4:4): Some Iconoclastic Views on Populism, Democracy, the Rule of Law and the Polish Circumstance. En A. Bogdandy et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States* (pp. 3-13). Alemania: Springer.

Weinman, M. y Vormann, B. (2021). From a Politics of No Alternative to a Politics of Fear: Illiberalism and Its Variants. En B. Vormann y M. D. Weinman (eds.), *The Emergence of Illiberalism. Understanding a Global Phenomenon* (pp. 3-26). Nueva York: Routledge.

Wendel, M. (2019). Mutual Trust, Essence and Federalism – Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM. *European Constitutional Law Review*, 15, 17-47.

Wennerås, P. (2017). Making effective use of Article 260 TFEU. En A. Jakab y D. Kochenov (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance* (pp. 79-98). Oxford: Oxford University Press.

Wolff, S. (2013). The Rule of Law in the Area of Freedom, Security and Justice: Monitoring at Home What the European Union Preaches Abroad. *Hague Journal on the Rule of Law*, 5, 119-131.

Zakaria, F. (1997). The Rise of Illiberal Democracy. *Foreign Affairs*, 76(2).

Zanghellini, A. (2016). The foundations of the Rule of Law. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 8(2), 213-240.

Zgut, E. (2022). Informal Exercise of Power: Undermining Democracy Under the EU's Radar in Hungary and Poland. *Hague Journal on the Rule of Law*, 14, 287-308.

Zlinszky, J. y Nèmeth, A. (1991). Características generales de la nueva Constitución húngara y del primer año de funcionamiento del Tribunal Constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 251-264.