

# El Estado de Derecho en la UE: Significado, desafíos y perspectivas de futuro

## The Rule of Law in the EU: Significance, Challenges and Future Prospects

Rafael Arenas García<sup>1</sup>

Universitat Autònoma de Barcelona (España)

Recibido: 15-09-20

Aceptado: 07-10-20

---

### Resumen

Este trabajo examina el papel que juega el Estado de Derecho en la UE, destacando que no solamente es un principio que debe regir la actuación de las instituciones de la UE, sino también las de los estados miembros. Esto explica que el Tribunal de Luxemburgo haya entrado a conocer de las consecuencias para el derecho de la UE de las vulneraciones al Estado de Derecho en los estados miembros. Ahora bien, la necesaria articulación entre las competencias de las autoridades y tribunales nacionales y las autoridades de la UE y, en especial, el Tribunal de Luxemburgo, precisan que exista suficiente confianza mutua entre todas ellas.

---

<sup>1</sup> (rafael.arenas@uab.es) Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo. Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Autónoma de Barcelona. En los últimos cinco años ha publicado extensamente sobre el Brexit (“Brexit y Derecho de sociedades”, *Anuario Español de Derecho Inernacional Privado*, 2017, vol. XVII, pp. 155-180, entre otros trabajos); aspectos internacionales del Derecho de sociedades (“El legislador europeo y el DIPr de sociedades en la UE”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017, vol. 69, núm. 1, pp. 49-73, entre otros); Derecho internacional de familia (“Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en materia de persona y familia”, *Personas y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 21-50, entre otros trabajos) y articulación de ordenamiento jurídicos complejos (“Orden público y gobernanza multinivel”, *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Madrid, Reus/De Conflictu Legum, 2020, pp. 85-112). Es autor único de tres monografías: *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996; *Registro Mercantil y Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000; y *Crisis matrimoniales internacionales*, Santiago de Compostela, Universidades de Santiago de Compostela, 2004. El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación “Secesión, democracia y derechos humanos: la función del Derecho internacional y europeo ante el proceso catalán”, IP: Dra. Helena Torroja Mateu. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Referencia: PID2019-106956RB-I00 (2020-2023).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8596-6645>.

También se examina la legitimidad democrática del derecho producido en la UE, teniendo en cuenta el carácter híbrido de la UE, en la que existen mecanismos de cooperación intergubernamental a la vez que instituciones que representan de manera directa a los ciudadanos europeos.

**Palabras-clave:** Unión Europea, Estado de Derecho, legitimidad democrática, confianza mutua.

## Abstract

This paper examines the role of the Rule of Law in the EU, highlighting that the Rule of Law should be respected not only by the EU institutions but also in the member states. This explains that the Luxembourg Court has decided about how the infringements of the Rule of Law within the member states affect the EU legal order. However, the former implies that the EU Court of Justice and the national courts, all of them, have competence in disputes relating with the implementation of the Rule of Law in the member states. Without a significant level of mutual trust, this situation could cause conflicts between national and EU authorities.

The democratic legitimacy of the law issued by the EU is also considered, taking into account the hybrid nature of the EU, in which we can find intergovernmental cooperation mechanisms as well as institutions that directly represent European citizens.

**Key-words:** European Union, Rule of Law, Democratic Legitimacy, Mutual Trust.

## 1. Introducción

1. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE)<sup>2</sup> señala que la “Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”. De esta forma, el Estado de Derecho se inserta en el núcleo mismo de aquello que identifica a la UE: dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, respeto a los derechos humanos y Estado de Derecho. Se trata, tal como indica el propio artículo 2 del TUE de principios comunes a los estados miembros y que la UE hace propios. De esta forma se garantiza una continuidad esencial entre los

---

<sup>2</sup> Versión consolidada a 1 de marzo de 2020 publicada en *DO*, núm. C 202, de 7 de junio de 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02016M/TXT-20200301>, consultada el 10 de septiembre de 2020.

estados y la UE, una continuidad que resulta imprescindible para el equilibrio de la construcción europea en su conjunto.

2. Aquí examinaremos el papel que juega el Estado de Derecho en estos principios esenciales y cómo despliega efectos tanto en relación a los estados miembros como en lo que se refiere a las instituciones de la UE; los desafíos a los que se enfrenta actualmente y qué medidas pueden adoptarse a fin de garantizar que este principio esencial de la UE (y no solo de la UE) resuelva los desafíos a los que se enfrenta en la actualidad.

Tras este epígrafe introductorio nos detendremos mínimamente en la configuración del concepto “Estado de Derecho” y cómo ha sido acogido en la construcción europea, así como la descripción general de su función tanto en relación a los estados miembros como al funcionamiento de las instituciones. A continuación, se considerarán los mecanismos de los que se dispone en la actualidad para garantizar el respeto al Estado de Derecho dentro de los estados miembros de la UE. Tras la consideración de esta dimensión pasaremos a ver cómo afecta este principio a las instituciones de la UE, deteniéndonos en dos dimensiones diferentes: la legitimidad del legislador europeo y el papel del sistema judicial europeo y, en particular, del Tribunal de Luxemburgo. En este apartado será necesario considerar la relativamente reciente decisión del Tribunal Constitucional alemán de mayo de 2020 donde se cuestionó de manera abierta la legitimidad de ciertas decisiones del Tribunal de Justicia de la UE<sup>3</sup>. Finalmente, se realizarán algunas consideraciones finales a modo de conclusión.

## **2. Estado de Derecho y construcción europea**

3. El concepto “Estado de Derecho” no es unívoco. Se relaciona, aunque no se confunde, con el principio de legalidad, y en los diferentes sistemas jurídicos puede presentar matices que podrían llegar a ser relevantes. Así, por ejemplo, en un sentido amplio, “Estado de Derecho” sería una expresión tautológica, puesto que toda forma de poder pretende legitimarse en algún tipo de Derecho, bien sea positivo, natural o divino. De esta forma, todo estado o, lo que sería lo mismo, toda forma organizada de poder público, sería un Estado de Derecho<sup>4</sup>. Ahora bien,

---

<sup>3</sup> Decisión del Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 5 de mayo de 2020, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505\\_2bvr085915en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html) (consultada el 10 de septiembre de 2020). *Vid.* también la nota de prensa en relación a esta decisión emitida por el Tribunal de Justicia de la UE el 8 de mayo de 2020, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058en.pdf> (consultada el 10 de septiembre de 2020)

<sup>4</sup> *Vid.* esta aproximación en E. García de Enterría y T.-R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 4ª ed. 1986, p. 409.

en el contexto europeo es claro que hay que ir un poco más allá, de tal manera que no cualquier configuración jurídica del estado sería suficiente para justificar la utilización de la expresión, sino que ese ordenamiento jurídico y la relación que tiene con el ejercicio del poder público tienen que tener algún tipo especial de configuración. En concreto, ha de vincularse al sometimiento del poder público a reglas generales conocidas por todos, de manera que se evite la arbitrariedad y la seguridad jurídica esté garantizada. Esta es también la aproximación desde las Naciones Unidas, donde se mantiene que el estado de derecho se define como “un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”<sup>5</sup>.

4. Como puede apreciarse, son varios los elementos que deben ser considerados. En primer lugar, que existan normas públicas que vinculan a todos, incluido el propio estado; que existen sistemas independientes de aplicación de dichas leyes y que su contenido sea compatible con los principios internacionales en materia de derechos humanos. Esta es también la conclusión a la que llega el informe de la Comisión de Venecia sobre el Estado de Derecho adoptado en su sesión plenaria de 25 y 26 de marzo de 2011<sup>6</sup> donde, tras examinar diferentes definiciones y tratamientos del concepto de “*rule of law*” (la expresión inglesa que sería equivalente a “Estado de Derecho”) se concluye que los elementos que lo caracterizan son la existencia de leyes conocidas por todos, la certeza jurídica, la prohibición de la arbitrariedad, el acceso a la justicia impartida por tribunales imparciales, lo que incluye la revisión judicial de las decisiones administrativas, el respeto a los derechos humanos y la no discriminación e igualdad ante la ley.

Vemos, pues, que el Estado de Derecho tiene como elemento nuclear, el sometimiento a la ley, especialmente -podríamos añadir- por parte de los poderes públicos. De esta manera, “Estado de Derecho” se aproximaría en su significado práctico, a “principio de legalidad”, entendido esencialmente como sometimiento de los poderes del estado a la ley<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Vid. el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, 3 de agosto de 2004, S/2004/616, p. 5, <https://undocs.org/es/S/2004/616>, consultado el 11 de septiembre de 2020.

<sup>6</sup> Estudio n° 512/2009, CDL-AD(2011)003rev, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e) (consultado el 11 de septiembre de 2020), esp. p. 10.

<sup>7</sup> Vid. I. de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed. 1988, p. 129, donde apunta que el concepto “Estado de Derecho” es más amplio que principio de legalidad; pero refiriéndose ambas

5. Esta es también la aproximación que se sigue en la UE, donde la identificación del Estado de Derecho con el imperio de la ley se traduce, además, en la necesidad de que los tribunales dispongan de los instrumentos necesarios para que se haga realidad la tutela judicial que se deriva para los justiciables de la existencia de un sistema jurídico que se impone a las arbitrariedades en que pudiera incurrir el poder público<sup>8</sup>. Esto exige, a su vez, la independencia judicial, de tal manera que sin dicha independencia no puede hablarse de Estado de Derecho<sup>9</sup>, ya que el control judicial del cumplimiento

---

expresiones (y otras, como “imperio de la ley”) a la titánica tarea del constitucionalismo europeo durante los últimos dos siglos encaminada a someter los poderes públicos a ley.

<sup>8</sup> Vid. la Sentencia del TJ (Gran Sala) de 19 de julio de 2016, As. C-455/14P, *Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, Misión de Policía de la Unión Europea (MPUE) en Bosnia y Herzegovina*, ECLI:EU:C:2016:569, núm. 41: “la existencia misma de un control jurisdiccional efectivo para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del Derecho de la Unión es inherente a la existencia del Estado de Derecho”. En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, la Sentencia del Tribunal General (Sala Novena ampliada) de 25 de octubre de 2018, As. T-286/15, *KF c. Centro de Satélites de la Unión Europea (CSUE)*, ECLI:EU:T:2018:718. *Vid.* también la Sentencia del TJ (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, As. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses y Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, núm. 32: “El artículo 19 TUE, que se refiere con mayor concreción al valor del 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”. *Vid.* en el mismo sentido la Sentencia del TJ (Gran Sala) de 25 de julio de 2018, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586, núm.50; la Sentencia del TJ (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, As. C-192/18, *Comisión Europea c. República de Polonia*, ECLI:EU:C:2019:924, núm. 98; y la Sentencia del TJ (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, As. C-619/18, *Comisión Europea c. República de Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531, núm. 47: “En este contexto, el artículo 19 TUE, que se refiere con mayor concreción al valor del Estado de Derecho proclamado en el artículo 2 TUE, confía a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia la tarea de garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial que ese ordenamiento jurídico confiera a los justiciables”. En el mismo sentido, *vid.* el Auto del TJ (Gran Sala) de 8 de abril de 2020, As. C-791/19R, *Comisión Europea apoyada por Reino de Bélgica, Reino de Dinamarca, Reino de los Países Bajos, República de Finlandia, Reino de Suecia c. República de Polonia*, ECLI:EU:C:2020:277, núm. 32. *Vid.* también la Sentencia del TJ (Gran Sala) de 28 de marzo de 2017, As. C-72/15, *The Queen a instancias de PJSC Rosneft Oil Company, anteriormente Rosneft Oil Company OJSC y Her Majesty's Treasury Secretary of State for Business, Innovation and Skills y The Financial Conduct Authority*, ECLI:EU:C:2017:236, núm. 73: “Por lo demás, el artículo 47 de la Carta, que constituye una reafirmación del principio de tutela judicial efectiva, exige en su párrafo primero que toda personas cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tenga derecho a la tutela judicial efectiva, respetando las condiciones establecidas en dicho artículo. Es preciso recordar que la existencia misma de un control jurisdiccional efectivo para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del Derecho de la Unión es inherente a la existencia de un Estados de Derecho”.

<sup>9</sup> *Vid.* Auto del Presidente del TJ de 15 de noviembre de 2018, As. C-619/18, *Comisión Europea c. República de Polonia*, ECLI:EU:C:2018:910, núm. 21: “Pues bien, procede recordar que la independencia judicial está integrada en el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes a los Estados miembros, enumerados en el artículo 2 TUE, en particular, el valor del Estado de Derecho”. En el mismo sentido, *vid.* el Auto del TJ (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2018, As. C-619/18 R, *Comisión Europea c. República de Polonia*, ECLI:EU:C:2018:1021, núm. 68 y Sentencia del TJ (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, As. C-585/18, 624/18 y 625/18, *A.K. y Krajowa Rada Sądownictwa; y CP DO y Sąd Najwyższy*, con intervención de *Prokurator Generalny*, ECLI:EU:C:2019:982, núm. 120. *Vid.* también STJ (Sala Tercera) de 9 de julio de 2020, As. C-272/19,

del Derecho de la UE es inherente a la existencia de un Estado de Derecho<sup>10</sup>. El resto de elementos identificadores del Estado de Derecho a los que hemos hecho referencia hasta ahora han sido también recogidos expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Así, el Estado de Derecho se identifica con la primacía del Derecho<sup>11</sup> se incluyen en el concepto de “Estado de Derecho” el principio de legalidad, la seguridad jurídica, la prohibición de la arbitrariedad, independencia e imparcialidad del poder judicial, garantía de la tutela judicial efectiva, respeto a los derechos fundamentales e igualdad ante la ley<sup>12</sup>. No acaban ahí las posibilidades de delimitación del concepto, puesto que la tentación de extender las exigencias del Estado de Derecho a contenidos cada vez más amplios está siempre presente, aunque sea a costa de debilitar su fuerza. Se distinguiría así entre una visión más reducida o más amplia del Estado de Derecho<sup>13</sup>; pero aquí no entraremos en ello, quedándonos con aquellos elementos del Estado de Derecho que han sido recogidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a los que nos acabamos de referir.

---

*VQ y Lend Hessen*, ECLI:EU:C: 2020:535, núm. 45: “A este respecto, procede recordar que la independencia de los jueces de los Estados miembros reviste una importancia fundamental para el ordenamiento jurídico de la Unión Europea por diversos motivos. Se deriva, ante todo, del principio del Estado de Derecho, que forma parte de los valores sobre los que, según el artículo 2 TUE, se funda la Unión y que son comunes a los Estados miembros, así como del artículo 19 TUE, que se refiere con mayor concreción a ese valor y atribuye el cometido de garantizar el control judicial en ese ordenamiento jurídico también a los tribunales nacionales”.

<sup>10</sup> Sentencia del TJ (Sala Segunda) de 25 de junio de 2020, As. C-14/19P, *Centro de Satélites de la Unión Europea (CSUE), KF, Consejo de la Unión Europea*, ECLI:EU:C:2020:492, núm. 58.

<sup>11</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) de 30 de enero de 2019, As. T-290/17, *Edward Stavitskiy c. Consejo de la Unión Europea*, ECLI:EU:T:2019:37, núm. 67.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal General (Sala Novena ampliada) de 15 de septiembre de 2016, As. T-348/14, *Oleksandr Viktorovych Yanukovych c. Consejo de la Unión Europea*, ECLI:EU:T:2016:508, núm. 99: “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como el trabajo del Consejo de Europa, a través de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, proporcionan una lista no exhaustiva de los principios y normas que pueden inscribirse dentro del concepto de Estado de Derecho. Entre ellos, se encuentran los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, la tutela judicial efectiva, incluido el respeto de los derechos fundamentales, y la igualdad ante la ley”. En el mismo sentido *vid.* el núm. 98 de la Sentencia del Tribunal General (Sala Novena ampliada) de 15 de septiembre de 2016, As. T-346/14, *Viktor Fedorovych Yanukovych c. Consejo de la Unión Europea*, ECLI:EU:T:2016:497; y el núm. 85 de la Sentencia del Tribunal General (Sala Novena ampliada) de 15 de septiembre de 2016, As. T-340/14, *Andriy Klyuyev c. Consejo de la Unión Europea*, ECLI:EU:T:2016:496; y el núm. 68 de la Sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) de 30 de enero de 2019 citada en la n. anterior. *Vid.* también A. Magen, “Cracks in the Foundations: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU”, *Journal of Common Market Studies*, 2016, pp. 1-12, DOI:10.1111/jcmes.12400, consultado el 12 de septiembre de 2020, pp. 4-5.

<sup>13</sup> *Vid.* A. von Bogdandy y M. Ionnidis, “Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been, what can be done?”, *CMLR* (2014, vol. 51, núm. 1) pp. 59-96, pp. 62-63; P.J. Martín Rodríguez, “El Estado de derecho y el sistema jurídico de la Unión Europea”, [https://www.upf.edu/documents/6764143/93632110/Cap%C3%ADtulo\\_Pablo\\_Mart%C3%ADn.docx.crdownload.pdf/14dbd5f4-4b00-01d6-119c-5c25f97bb95fm](https://www.upf.edu/documents/6764143/93632110/Cap%C3%ADtulo_Pablo_Mart%C3%ADn.docx.crdownload.pdf/14dbd5f4-4b00-01d6-119c-5c25f97bb95fm), consultado el 12 de septiembre de 2020, p. 5.

6. No es extraño, por otra parte, que la UE haya mostrado una actitud tan clara y decidida por configurar el Estado de Derecho como uno de sus elementos nucleares. La UE surge pocos años después del fin de la II Guerra Mundial, cuando estaba muy presente la confrontación entre las democracias parlamentarias y los sistemas totalitarios que habían llegado al poder en Alemania e Italia. Tras la terrible experiencia vivida por Europa en el período de entreguerras que llevó a los horrores de la segunda Gran Guerra, existía acuerdo en que los principios esenciales de la democracia, tal como era entendida en Francia, el Reino Unido, Bélgica u Holanda; esto es, en lo que se ha venido a conocer como democracias occidentales, eran esenciales para el mantenimiento de la paz y de la convivencia, por lo que deberían ser también estructurales en la construcción europea. Así se hace expreso en el Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949<sup>14</sup> por el que se crea el Consejo de Europa, una organización que tiene por objeto la cooperación entre los países europeos y que hace patente que los valores democráticos y, entre ellos el Estado de Derecho<sup>15</sup>, son esenciales para la cooperación en Europa. La obligación de todos los miembros del Consejo de Europa de respetar el Estado de Derecho se recoge en el art. 3 del Tratado, siendo este respeto una condición para poder acceder a la condición de miembro del Consejo de Europa (art. 4 del Tratado). El contenido económico de la integración económica en lo que ahora es la UE hizo innecesario hasta los años 90 del siglo XX la incorporación en el derecho originario de la referencia al necesario respeto al Estado de Derecho; aunque sí que existía ya en los textos fundacionales la referencia a la necesidad de garantizar la eficacia del Derecho mediante la creación de un Tribunal de Justicia dentro de las instituciones comunes<sup>16</sup>. Tal como ya hemos examinado<sup>17</sup>, el Tribunal de Luxemburgo vincula esta función de aseguramiento del cumplimiento del derecho dentro

<sup>14</sup> Puede consultarse aquí: <https://www.coe.int/en/web/conventions/recent-changes-for-treaties/-/conventions/rms/0900001680935bd0>, consultado el 12 de septiembre de 2020. El instrumento de adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa se publicó en el *BOE* de 1-III-1978

<sup>15</sup> “Rule of law” en la versión inglesa del Tratado y “*prééminence du droit*” en la versión francesa (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680935bd1>, consultada el 12 de septiembre de 2020). En la versión publicada en el *BOE* se tradujo por “imperio del Derecho”. La expresión, sin embargo, puede traducirse por “Estado de Derecho”, así, por ejemplo, el informe, ya citado (*supra* n. núm. 6) de la Comisión de Venecia sobre el Estado de Derecho (<http://www.eods.eu/library/VC.Report%20on%20the%20rule%20of%20law%20spanish.pdf>, consultado el 12 de septiembre de 2020), se denomina “*Rapport sur la prééminence du droit*” en francés ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-f), consultado el 12 de septiembre de 2020) y “*Report on the rule of law*” en inglés (*vid. supra* n. núm. 6).

<sup>16</sup> *Vid.* el art. 34 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=ES>, consultado el 12 de septiembre de 2020): “*La Cour assure le respect du droit dans l’interprétation et l’application du présent Traité et des règlements d’exécution*”; art. 164 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=ES>, consultado el 12 de septiembre de 2020): “*La Cour de Justice assure le respect du droit dans l’interprétation et l’application du présent Traité*”.

<sup>17</sup> *Supra* notas núms. 8 y 9.

de la UE con la configuración esencial del Estado de Derecho. En cualquier caso, el acceso a las Comunidades Europeas se reservó a aquellos estados que cumplieran con los requisitos para ser miembros del Consejo de Europa, por lo que a través de esta vía se excluía que pudieran acceder a la integración europea aquellos países que no compartieran el respeto y garantía de los principios democráticos básicos; entre ellos el Estado de Derecho.

7. El Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992<sup>18</sup> ya incluye en su preámbulo la referencia explícita al respeto a la libertad, democracia, derechos humanos y Estado de Derecho<sup>19</sup>, una referencia que, como hemos visto, se mantiene y amplía en el texto vigente, convirtiéndose de manera directa en uno de los elementos identificadores de la UE. Se consagra así lo que recogía ya el Tratado de Londres de 1949 y que no es más que la ratificación del compromiso de las instituciones europeas con los elementos esenciales del sistema político común a los diferentes países europeos y que no es otro que la democracia parlamentaria; siendo el Estado de Derecho un elemento consustancial a dicho proyecto político.

8. Así pues, existe una razón de principio profunda que justifica el carácter esencial del Estado de Derecho en la construcción europea; pero a esto aún se añade otra razón, derivada de la primera, pero de una naturaleza, si se quiere, aún más pragmática. La pertenencia a la UE implica la cooperación entre los estados miembros; una cooperación que no es posible sin la existencia de confianza mutua entre las autoridades de los distintos países que ha de descansar en la existencia de principios comunes básicos en lo que se refiere a la organización política y jurídica. Sin esa confianza el funcionamiento de la UE se resiente de manera grave<sup>20</sup>.

Podrían ponerse muchos ejemplos de lo anterior, pero me limitaré a uno que, creo, es suficientemente claro. La existencia de la UE presupone un espacio en el que la libre circulación de personas es una realidad; esta libre circulación excluye la existencia de controles fronterizos entre los diferentes países de la UE<sup>21</sup>. Dada la ausencia de estos controles, es relativamente sencillo que quienes pretenden huir de la justicia en uno de los estados miembros consigan eludirla desplazándose a otro estado miembro. Es por esto que esta libre circulación va acompañada de la existencia de instrumentos que permiten

<sup>18</sup> DO, núm. C 191, de 29 de julio de 1992, BOE, 13-I-1994.

<sup>19</sup> “CONFIRMANDO su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho”.

<sup>20</sup> Vid. A. Magen, *loc. cit.*, p. 1.

<sup>21</sup> Evidentemente, lo que aquí se indica es una presentación muy esquemática. Para un desarrollo más detallado me remito a R. Arenas García, “Extrajería (I): Principios generales, fuentes de regulación y libre circulación de personas”, [en M<sup>o</sup>.C. Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2013, t-II], pp. 393-465.

la colaboración judicial y policial, señaladamente, la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros<sup>22</sup>. A través de este mecanismo, las autoridades del país al que se haya desplazado el que es perseguido por la justicia deberá entregarlo a las autoridades judiciales que lo reclaman en otro estado miembro. Los controles son mínimos y se asume que salvo circunstancias excepcionales ha de procederse a la entrega del reclamado. Obviamente, esta entrega se enfrentaría a dificultades si las autoridades del estado en el que se encuentra la persona que es requerida en otro estado miembro sospecharan que en el otro estado miembro no se garantizaría el respeto a los derechos fundamentales, incluido el derecho a un proceso justo de acuerdo con los estándares que se derivan de las exigencias derivadas del Estado de Derecho. Cuando se plantean dudas sobre estos extremos la cooperación se resiente. En este sentido, es significativa la Sentencia del TJ (Gran Sala) de 25 de julio de 2018<sup>23</sup>, en la que el Tribunal de Luxemburgo se pronunció sobre la cuestión planteada por la *High Court* de Irlanda, que tenía dudas sobre si debía procederse a la entrega de una persona reclamada por las autoridades polacas al estar abierto un procedimiento en relación a Polonia por no garantizar este país el acceso a un juez independiente e imparcial<sup>24</sup>. Por una parte, sin estos valores compartidos entre todos los estados miembros, resultaría imposible que el espacio de integración que es la UE funcionara de manera correcta y, por otra parte, la existencia de esta comunidad de principios y valores facilita la eficacia extraterritorial de decisiones y la cooperación entre las autoridades; hasta el punto de que es posible que las autoridades de un estado descansen en los controles ejercidos por las autoridades de otros estados sin que se haga precisa una verificación exhaustiva en cada estado de la no vulneración de los derechos fundamentales de los individuos; lo que hace compatible la eficacia automática en un estado miembro de decisiones adoptadas en otro estado miembro con las obligaciones derivadas del Convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales<sup>25</sup>. Volveremos sobre esta idea un poco más adelante.

---

<sup>22</sup> DO, núm. L 190, de 18 de julio de 2002.

<sup>23</sup> STJ (Gran Sala) de 25 de julio de 2018, As. C-216/18 PPU, LM, ECLI:EU:2018:586.

<sup>24</sup> *Vid.* el núm. 58 de la Sentencia: “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 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”.

<sup>25</sup> BOE, 10-X-1979. Sobre esto me remito a R. Arenas García, “Orden público y gobernanza multinivel”, [en M<sup>a</sup>.P. García Rubio/J.J. Moreso (dirs.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Madrid, Reus/De Conflictu Legum, 2020], pp. 85-112.

Es por lo anterior, que la garantía del Estado de Derecho es un elemento esencial en la UE. Tal como habíamos avanzado, en el siguiente epígrafe examinaremos cómo se proyecta este requisito sobre los estados miembros para, posteriormente, detenernos en la forma en que dicha exigencia de garantía afecta a las instituciones europeas.

### 3. Estado de Derecho y Estados miembros

9. Tal y como se había avanzado, el respeto al Estado de Derecho es un valor fundamental de la UE, de acuerdo con su artículo 2, que, además, señala que este valor, junto con el resto de los señalados en el precepto “son valores comunes a los Estados miembros”. Esto es, se afirma que ese respeto al Estado de Derecho es también un elemento esencial en todos y cada uno de los miembros de la UE; de tal manera que la pertenencia a la misma no implica una exigencia de garantía del Estado de Derecho, sino que, al revés, no es posible la entrada en la UE sin que el Estado candidato respete y garantice el Estado de Derecho. Así se hace expreso en el art. 49 del TUE. La exigencia de la garantía del Estado de Derecho en los países candidatos ya había sido recogida formalmente en los conocidos como “Criterios de Copenhague” aprobados por el Consejo Europeo celebrado en esa ciudad danesa en junio de 1993<sup>26</sup>, y dirigidos explícitamente a regular las condiciones de acceso de los países de Europa Central y Oriental<sup>27</sup>. Ahora bien, tal como ya se ha adelantado, la exigencia de respeto al Estado de Derecho se daba ya desde 1949 en lo que se refiere a la participación en el Consejo de Europa, asumiéndose con naturalidad que los estados miembros de las entonces Comunidades Europeas lo eran también del Consejo de Europa<sup>28</sup>. De esta forma, en la fase de negociación de la adhesión a la UE deberá verificarse que el candidato es un país en el que el Estado de Derecho, en el sentido que hemos descrito en el epígrafe precedente, es una realidad.

10. Ahora bien, el requisito del respeto al Estado de Derecho no solamente ha de darse en el momento de la adhesión, sino que es una exigencia permanente a todos los miembros de la UE. Tal como se ha explicado, sin ese respeto al

---

<sup>26</sup> Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Copenhague, 21-22 de junio de 1993, SN 180/1/93 REV 1, <https://www.consilium.europa.eu/media/21221/72925.pdf>, consultado el 13 de septiembre de 2020.

<sup>27</sup> Conclusión núm. 7, p. 13.

<sup>28</sup> Véase, por ejemplo, como ya en el Tratado de París por el que se creó la CECA (*supra* n. núm. 16), se incluye un protocolo sobre las relaciones con el Consejo de Europa en el que, entre otras cosas, se indica que en la medida de lo posible los miembros de la Asamblea de la CECA sean designados entre quienes son representantes en la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (art. 4 del Protocolo sobre las relaciones con el Consejo de Europa).

Estado de Derecho, los mecanismos de cooperación entre las autoridades de los diferentes estados miembros se resentirían de manera significativa. Ahora bien, no es imposible que un estado en el que inicialmente hubiera un respeto exquisito al Estado de Derecho acabara derivando hacia un sistema en el que los principios democráticos no son respetados<sup>29</sup>. Deben, por tanto, existir mecanismos que permitan abordar este problema sobrevenido: la amenaza o quiebra del Estado de Derecho en algún estado miembro de la UE. A esto responde la previsión del art. 7 del TUE.

De acuerdo con este precepto, es posible, incluso, llegar a suspender determinados derechos de un estado miembro cuando se constata una violación grave y persistente por parte de un estado miembro de los valores recogidos en el art. 2 del TUE. El proceso puede concretarse en dos supuestos diferentes. Así, de acuerdo con el art. 7.1 del TUE, el Consejo puede constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave de dichos valores recogidos en el art. 2 del TUE. Si el riesgo se convierte en una violación grave y persistente de los mencionados valores, y según lo previsto en el art. 7.2 del TUE, el Consejo Europeo puede constatar dicha vulneración. Una vez realizada dicha constatación, el Consejo puede suspender determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados.

11. Los mecanismos previstos en el art. 7 del TUE suponen la participación de distintas instituciones (Consejo Europeo, Consejo, Parlamento y Comisión). A continuación examinaremos con algo más de detalle en qué consisten estos mecanismos y cómo operan.

Tal como se ha indicado, el primero de ellos supone la constatación de la existencia de un riesgo de violación grave de los principios del art. 2. Quien ha de proceder a dicha constatación es el Consejo, quien adoptará esta decisión por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo. Esto es, se requiere que el Parlamento Europeo constate la existencia de ese riesgo y que luego el Consejo, integrado por un representante de nivel ministerial de cada uno de los estados miembros, adopte la decisión de proceder a dicha constatación. Dado que el número de miembros del Consejo es en la actualidad de 27; una vez excluido el estado afectado por la medida, esa mayoría de cuatro quintos sobre 26 estados supone que voten a favor 21 estados<sup>30</sup>. En lo que se refiere al Parlamento Europeo, la adopción de la decisión (al igual que el resto de decisiones previstas en el art. 7 del TUE) deberá adoptarse por mayoría de dos tercios de los votos emitidos que represente la mayoría de los miembros del Parlamento<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> En este sentido resulta ilustrativo el libro de S. Levitsky y Z. Ziblatt, *Cómo mueren las democracias* (trad. De G. Deza Guil), Barcelona, Ariel, 2018.

<sup>30</sup> La votación en estos supuestos está regulada en el art. 354 del TFUE.

<sup>31</sup> *Id.* art. 354.3 del TFUE.

El proceso de constatación ha de iniciarse mediante una propuesta motivada de, o bien un tercio de los estados miembros (excluido el afectado por la medida, lo que no cambia que ese tercio suponga 9 estados en la actualidad), del Parlamento Europeo o de la Comisión y en el curso del procedimiento, el Consejo oirá al Estado miembro, a quien podrá dirigir recomendaciones.

Esto es lo que se refiere a los casos en los que lo que se identifica es un riesgo claro de violación grave de los valores contemplados en el artículo 2. Cuando ese riesgo se convierte en una violación real el proceso de declaración de dicha violación es diferente, encontrándose recogido en el art. 7.2 del TUE.

Aquí quien debe constatar la violación ya no es el Consejo, sino el Consejo Europeo<sup>32</sup>, debiendo adoptar su decisión por unanimidad (excluido el estado objeto del procedimiento, obviamente, tal como establece el art. 354 del TFUE). La decisión ha de contar con la aprobación previa del Parlamento Europeo y ha de tomarse a propuesta de un tercio de los estados miembros o de la Comisión. En el curso del procedimiento el estado afectado podrá presentar sus observaciones.

12. La constatación de la violación de los principios recogidos en el art. 2 del TUE no pone fin, sin embargo, al procedimiento; ya que, una vez constatada dicha violación por parte del Consejo Europeo, el asunto vuelve al Consejo, quien ahora podrá decidir por mayoría cualificada que se suspendan para el estado afectado determinados derechos derivados de los Tratados. Aquí la decisión ha de adoptarse, tal como establece el art. 7.3 del TUE, por mayoría cualificada. Esta mayoría cualificada viene definida por lo previsto en los arts. 354 y 238.3.b) del TFUE. Según estos preceptos esta mayoría cualificada en el Consejo exige que voten a favor el 72% de los miembros del Consejo que representen a estados miembros participantes y que reúnan como mínimo el 65% de la población de dichos estados. De acuerdo con esto, por tanto, en la votación debería excluirse al estado afectado y calcular el 72% sobre el resto. Es decir, en la actualidad 19 estados (72% de 26), siempre que la población de los estados que se pronuncien a favor de la adopción de la medida suponga un 65% de la población total de los estados participantes (esto es, la población de la UE excluida la del estado afectado por la medida). De esta manera, se configura una minoría de bloqueo que se concreta en 8 estados o un número menor de estados que representen un 35% de la población de los estados que participan en la votación.

---

<sup>32</sup> Aunque sea en nota a pie de página, y teniendo en cuenta el carácter multidisciplinar de la publicación, hemos de recordar que mientras el Consejo está integrado por un representante por estado miembro de nivel ministerial (art. 16.2 del TUE), mientras que el Consejo Europeo está integrado por los jefes de estado o de gobierno de los estados miembros más el Presidente del Consejo Europeo y el presidente de la Comisión. También participa en sus trabajos el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (art. 15.2 del TUE).

13. Por desgracia, como no estamos ante un supuesto teórico, sino que los mecanismos del art. 7 del TUE ya se han puesto en marcha en relación a un estado miembro, Polonia, es posible calcular sobre ese ejemplo las minorías de bloqueo que podrían darse en este caso.

Así, en lo que se refiere a la constatación de la existencia de un riesgo claro de violación grave, para construir esa minoría de bloqueo son necesarios 6 estados (excluido el afectado), pues es necesario el voto afirmativo 21 estados para que la constatación sea declarada.

Si pasamos a la declaración ya no del riesgo, sino de la vulneración de los principios recogidos en el art. 2 del TUE, basta con que un solo estado, aparte del afectado, se oponga para que el Consejo Europeo no pueda aprobar la mencionada declaración. Ahora bien, si esta declaración sale adelante las medidas de suspensión de derechos del estado que puede adoptar el Consejo por mayoría cualificada pueden salir adelante siempre que no se opongan ocho estados miembros o un número menor que represente el 35% de la población de los estados que participan en la población. Si el estado afectado es Polonia, la población del resto de estados de la UE es de 408 millones de personas, con lo que el 35% de bloqueo es una población de 142,8 millones de personas. Existen distintas posibilidades de configurar dicha minoría de bloqueo. Así, bastaría que Alemania y otro de los dos países “grandes” de la UE (Francia e Italia) votaran en contra para que no pudiera adoptarse la medida. Ahora bien, si ninguno de los tres países más grandes de la UE (Alemania, Francia e Italia) se opone a la medida, es imposible construir una minoría de bloqueo con una combinación cualquiera de otros siete países. La única posibilidad de bloqueo es la suma de ocho estados (aquí ya con independencia de su población).

En cualquier caso, el paso realmente difícil es la declaración previa del Consejo Europeo pues, como hemos visto, se requiere la unanimidad para proceder a la misma; una unanimidad que es difícil que se de sobre todo si tenemos en cuenta que ahora mismo el escrutinio no se centra solamente en Polonia, sino también en Hungría, por lo que bastaría que Hungría se opusiera a la declaración en relación a Polonia, y Polonia en relación a Hungría para que no pudiera darse el siguiente paso, que es el de suspender algunos derechos del país en el que se produce la vulneración grave y persistente de los valores contemplados en artículo 2 del TUE.

Esta situación, por tanto, nos enfrenta a un riesgo cierto para la construcción europea, ya que si la situación de quiebra grave y persistente de los valores del artículo 2 del TUE se da en varios estados a la vez en la práctica los mecanismos de los apartados 2 y 3 del art. 7 del TUE no resultarán operativos. Una reforma de los mismos es, sin embargo, imposible, puesto que el TUE solamente puede reformarse con el acuerdo unánime de los estados miembros.

14. Lo anterior, sin embargo, no implica que no existan mecanismos para abordar los riesgos o la quiebra del Estado de Derecho en los estados miembros. Se trata de mecanismos que pueden tener importancia desde una perspectiva política y también jurídica. Lo examinaremos a continuación.

En primer lugar, los mecanismos del artículo 7 pueden ponerse en marcha sin necesidad de que haya un acuerdo unánime de los estados miembros. De hecho, tal como ya se ha adelantado, el mecanismo está abierto en relación a Polonia. La Comisión Europea inició el procedimiento previsto en el art. 7.1 del TUE mediante una 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<sup>33</sup>; pero esa propuesta no surge de la nada; sino que antes y después de la misma nos encontramos con resoluciones del Parlamento Europeo en relación a la situación en Polonia y también en Hungría<sup>34</sup>, así como también recomendaciones de la Comisión<sup>35</sup>. En el caso de ambos países la lista de infracciones o riesgos a los valores contemplados en el art. 2 del TUE es, por desgracia, larga; pero conviene llamar la atención sobre que lo que ha motivado el inicio del procedimiento del artículo 7.1 del TUE es, precisamente, el riesgo en que se ha puesto la independencia judicial, uno de los elementos esenciales, como hemos visto, del Estado de Derecho<sup>36</sup>.

Es claro que las resoluciones del Parlamento, las recomendaciones de la Comisión y el diálogo que a partir de ellas puede establecerse con las autoridades del estado en el que se advierten riesgos para los principios democráticos y los valores recogidos en el art. 2 del TUE son relevantes desde un punto de vista político y que, por tanto, tienen capacidad, junto con otros factores, para encauzar la situación de riesgo creada y, en su caso, de vulneración de los valores esenciales de la UE. Ahora bien, solamente tendrán consecuencias directas para el estado en caso de que la violación sea constatada por el Consejo Europeo lo que requiere, tal como hemos visto, la unanimidad del resto de estados.

15. Existen, sin embargo, otros mecanismos que permiten asignar consecuencias a las violaciones de los principios esenciales de la UE, incluido el respeto al Estado de Derecho, en las que puedan incurrir los estados miembros.

<sup>33</sup> COM/2017/0835 final, Propuesta de 20 de diciembre de 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52017PC0835>, consultado el 13 de septiembre de 2020.

<sup>34</sup> Puede verse la referencia a dichas resoluciones en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de enero de 2020, sobre las audiencias en curso en virtud del artículo 7, apartado 1, del TUE relativas a Polonia y Hungría, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0014\\_ES.html#def\\_1\\_2](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0014_ES.html#def_1_2), consultado el 13 de septiembre de 2020.

<sup>35</sup> Pueden consultarse en la Propuesta de la Comisión de 20 de diciembre de 2017, *vid. supra* n.º 33.

<sup>36</sup> Los motivos por los que se inicia el procedimiento son la falta de un control constitucional independiente y legítimo (núms. 91 y ss.) y las amenazas a la independencia del poder judicial ordinario (núms. 114 y ss. de la Exposición de Motivos y art. 2 de la Propuesta).

Esto es consecuencia de que tales violaciones pueden suponer en sí también una violación del Derecho de la UE que, en este caso, puede ser constatada por el Tribunal de Luxemburgo. Así se ha experimentado en relación a Polonia, habiendo iniciado la Comisión Europea procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la UE con el fin de que éste declare que ciertas actuaciones son vulneraciones del Derecho de la UE. El Tribunal de Luxemburgo ha confirmado esta posibilidad, siendo en este sentido significativa su Sentencia de 24 de junio de 2019<sup>37</sup>, en la que estableció que las medidas adoptadas en Polonia y que limitaban la independencia judicial suponían una vulneración de la obligación establecida en el art. 19.1.2 del TUE en el sentido de que los estados miembros establecieran las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en aquellos ámbitos que entraran en la competencia de la UE<sup>38</sup>. No puede derivarse una potestad general del Tribunal de Luxemburgo para verificar que los estados miembros respeten y garanticen los valores recogidos en el art. 2 del TUE; pero sí se abre la posibilidad de que en determinados supuestos, como el que fue objeto de la decisión del Tribunal de Luxemburgo de 24 de junio de 2019, sí sea posible esa verificación. Es más, en el razonamiento del tribunal se encuentra ínsita la vinculación genérica de respeto a tales principios y las obligaciones derivadas del Derecho de la UE; lo que nos permite especular con la posibilidad de una progresiva ampliación de la actuación del Tribunal de Justicia en lo que se refiere a la verificación del grado de cumplimiento de los estados miembros con los valores esenciales de la Unión<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> *Vid. supra* n. núm. 8.

<sup>38</sup> Art. 19.1.2 del TUE: “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”.

<sup>39</sup> No podemos extendernos aquí en esta cuestión, pero sí es necesario apuntar que en el caso que comentamos, la República de Polonia había argumentado que las medidas cuestionadas se incardinaban en el ámbito de competencia propio del Estado, sin que existiera competencia de la Unión en la materia. El Tribunal, sin embargo, recuerda la importancia que tiene el respeto a los valores esenciales de la UE para el correcto funcionamiento de la Unión. *Vid.* los núms. 42 y 43 de la Sentencia: “42. Procede recordar 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, esta se compone de Estados que se han adherido libre y voluntariamente a los valores comunes proclamados en el artículo 2 TUE, los respeten y se comprometen a promoverlos, de modo 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, tales valores (véase en este sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 2018, *Wightman* y otros, C-621/18, EU:C:2018:999, apartado 63 y jurisprudencia citada). 43. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros y, en particular, sus órganos jurisdiccionales, en el reconocimiento de esos valores en los que se fundamenta la Unión, entre ellos el Estado de Derecho, y, por tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica”. Sobre la Sentencia, *vid.* M.A. Simonelli, “Thickening up judicial Independence: the ECJ ruling in *Commission v. Poland* (C-619/18)”, *European Law Blog*, 8 de julio de 2019, <https://europeanlawblog.eu/2019/07/08/thickening-up-judicial-independence-the-ecj-ruling-in-commission-v-poland-c-619-18/>, consultado el 13 de septiembre de 2020; P. Martín Rodríguez, “Poland Before the Court of Justice: Limitless or Limited Case Law on Art. 19 TEU?”, *European Papers* (2020), vol. 5, núm. 1) [http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/poland-before-court-of-justice-limitless-or-limited-case-law-on-art-19-teu#\\_ftn1](http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/poland-before-court-of-justice-limitless-or-limited-case-law-on-art-19-teu#_ftn1), consultado el 13 de septiembre de 2020

Así pues, vemos como la exigencia de que los estados miembros respeten y garanticen los valores esenciales de la UE, entre ellos el Estado de Derecho, es esencial para el funcionamiento de la Unión y que, por tanto, ésta no puede permanecer al margen del grado de cumplimiento de estos valores esenciales en los estados miembros. Existen, sin embargo, algunas dificultades para una verificación plena de tal cumplimiento por parte de la Unión, abriéndose en la actualidad perspectivas interesantes que deberán concretarse en el futuro.

16. Para concluir este apartado no puede dejar de apuntarse que en los próximos años deberá hacerse frente a un desafío hasta ahora tan solo intuido. Se trata de examinar en qué forma el carácter complejo de varios estados europeos puede hacer más difícil la actuación respecto a las vulneraciones de los valores fundamentales de la UE, incluido el Estado de Derecho, que sean obra no de las instituciones centrales del Estado, sino de entidades subestatales. Desde una perspectiva teórica nada ha de impedir la responsabilidad del estado ante la UE por las vulneraciones que sean obra de estas entidades subestatales, ya que desde la perspectiva del derecho internacional el estado, como sujeto de derecho internacional público, responde por las actuaciones de todas las administraciones que lo integran. Ahora bien, no puede perderse de vista que las actuaciones de dichas entidades subestatales llaman menos la atención que las que son obra de las instituciones centrales del estado. Este, como digo, será un problema que deberá afrontarse en los próximos años<sup>40</sup>.

#### **4. Estado de Derecho e instituciones (1): Legitimidad democrática**

17. Tal como se indicaba en el epígrafe 2, no todo estado es un Estado de Derecho. Si bien desde una perspectiva formal cualquier organización jurídica del poder público puede ser considerada, en sentido amplio, como un Estado de Derecho, en la actualidad, y específicamente en el ámbito europeo, se exigen requisitos adicionales para que pueda hablarse de “Estado de Derecho”, entre ellos, que las normas sean públicas, que vinculen a todos, incluidos los poderes públicos, y que existan mecanismos judiciales que garanticen la eficacia del ordenamiento. En cuanto al contenido, requisito mínimo para poder hablar de Estado de Derecho es que el ordenamiento respete los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En el caso de la UE, además, este ordenamiento ha de responder a principios democráticos, y, en concreto, los propios de la democracia

---

<sup>40</sup> El proceso secesionista en Cataluña aportó algunos ejemplos de estas actuaciones contrarias a principios democráticos básicos protagonizadas por entidades subestatales, *vid.* R. Arenas García, “El proceso de secesión de Cataluña y la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 9048, de 25 de septiembre de 2017.

representativa. Así se indica expresamente en el art. 10.1 del TUE. Esto afecta tanto a las instituciones como a los estados miembros, que deberán organizarse políticamente de tal manera que los gobiernos de estos sean responsables bien ante los parlamentos nacionales bien ante los ciudadanos<sup>41</sup>. Esta exigencia de legitimidad democrática tanto de los gobiernos de los estados miembros como de las instituciones de la UE es esencial para el funcionamiento de la Unión, sin que pueda diferenciarse aquí entre la organización de los estados miembros y la organización de la UE, ya que ambos niveles están estrechamente articulados. Ello es debido a que tanto el Consejo Europeo como el Consejo, instituciones claves en la UE, están integradas por representantes de los gobiernos de los estados miembros, por lo que en absoluto puede resultar indiferente a las instituciones la forma en que se organicen políticamente los estados. Si se pretende que el derecho de la UE goce de legitimación democrática es preciso que la forma política de los estados miembros se ajuste también a principios democráticos.

Y esta legitimidad del legislador es clave para que la garantía del Estado de Derecho cumpla también una función legitimadora. Como hemos visto, el Estado de Derecho implica que el poder público actuará sometido a límites legales; esto es que su actuación será previsible y revisable ante los tribunales. Esto, en sí solo es ya positivo y ofrece un contenido mínimo legitimador; ahora bien, si ese ordenamiento jurídico cuya primacía garantiza el Estado de Derecho, carece en sí de legitimidad la afirmación de que el estado es un Estado de Derecho añadiría poco en realidad sobre el funcionamiento efectivo del ordenamiento. Para que esa función legitimadora sea plena es necesario que la creación de ese ordenamiento jurídico se ajuste a principios democráticos, lo que, a su vez, exige, por una parte, el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas y por otra parte que la ley sea fruto de un proceso democrático con participación de todos los ciudadanos con capacidad para ello en igualdad de condiciones y en un marco caracterizado por el pluralismo político y las libertades de pensamiento, opinión y expresión.

18. Es por lo anterior que toda limitación en los principios democráticos básicos en cualquier estado miembro supone una afectación a la legitimidad de las instituciones europeas. Ahora bien, aún estando plenamente garantizados en todos los estados miembros los principios democráticos a los que nos acabamos de referir, pese a ello puede verse resentida la legitimidad democrática si la creación del derecho en la Unión no traduce de forma suficiente la conexión entre la voluntad del conjunto de los ciudadanos y el resultado final alcanzado.

---

<sup>41</sup> Art. 10.2.2 del TUE: “Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos”.

Para examinar esto debemos detenernos mínimamente en la forma en que se produce el ordenamiento de la UE. Nos ocuparemos de ello a continuación.

El derecho de la UE se divide en derecho originario y derecho derivado. El originario está formado, básicamente, por los tratados constitutivos y se trata, por tanto, de instrumentos internacionales que han debido ser ratificados por todos los estados miembros de acuerdo con sus procedimientos constitucionales. El mismo régimen siguen los tratados de adhesión de nuevos estados a la UE<sup>42</sup>. El derecho derivado, en cambio, es el producido por las instituciones de la UE según el procedimiento legislativo regulado en el TUE y en el TFUE. Este derecho, que se concreta en reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes<sup>43</sup>, que son aprobadas, normalmente, por el Parlamento Europeo y el Consejo. Esto es, en la UE el órgano legislativo no es tan solo el Parlamento, como sucede en la mayoría de los estados de nuestro entorno, sino que la legislación ha de ser aprobada también por el Consejo; de esta manera este órgano, integrado por representantes de los gobiernos de los estados miembros, es colegislador europeo, lo que es susceptible de provocar una cierta distorsión en la percepción del funcionamiento de la UE que debe ser advertida.

19. En primer lugar, puede chocar que el que es poder ejecutivo en los estados miembros sea poder legislativo en la UE. Ciertamente, es comprensible que así sea teniendo en cuenta que la UE es una organización internacional y que en su base se encuentra la cooperación entre estados y no necesariamente la construcción de un cuerpo jurídico y político europeo que desplace a los estados existentes. Es más, en la situación actual esa no es ni la situación existente ni siquiera un escenario previsible. La perspectiva de la Unión como asociación de estados implica que resulta natural que el legislador sea la reunión de representantes a nivel internacional de dichos estados, representación que asumen los gobiernos elegidos en cada uno de los estados. De hecho, en los orígenes de la UE, cuando aún era la suma de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, el Parlamento no tenía funciones legislativas, sino que éstas eran asumidas en su totalidad por el Consejo. Ha sido la progresiva integración la que ha llevado a que el Parlamento se convierta en un auténtico Parlamento, elegido por los

---

<sup>42</sup> El primer párrafo del art. 49 de TUE prevé que cualquier estado europeo que respete los valores mencionados en el art. 2 del TUE y se comprometa a promoverlos puede solicitar el ingreso en la Unión. El segundo párrafo, en relación a dicha admisión establece lo siguiente: "Las condiciones de admisión y las adaptaciones que esta admisión supone en lo relativo a los Tratados sobre los que se funda la Unión serán objeto de un acuerdo entre los Estados miembros y el Estado solicitante. Dicho acuerdo se someterá a la ratificación de todos los Estados contratantes de conformidad con sus respectivas normas constitucionales".

<sup>43</sup> Art. 288 del TFUE.

ciudadanos en cada uno de los estados miembros, y con funciones legislativas que no son plenas, pero sí reales y efectivas.

La arquitectura que resulta de eso es coherente con la naturaleza de la UE. Si el Parlamento fuera el único legislador no se reflejaría el carácter de organización internacional de la UE y el papel de los estados quedaría difuminado. Si el Consejo fuera el único legislador no se haría justicia al enorme grado de integración ya alcanzado y que justifica la existencia de una institución que representa al conjunto de los ciudadanos europeos<sup>44</sup>. La necesaria articulación de ambas es una dificultad inherente a la propia naturaleza de la UE, en la que el nivel de integración es mayor que otras organizaciones internacionales; pero sin que –obviamente– sea un estado.

20. Esta naturaleza híbrida de la UE dificulta que los ciudadanos perciban con claridad la lógica del funcionamiento de las instituciones, sufriendo con cierta frecuencia estigmatizaciones que no responden a la realidad. El carácter complejo de los procesos no es caprichoso ni artificial, sino que responde, como se acaba de indicar a la naturaleza de la UE.

Sí que es cierto que la legitimidad como legislador del Consejo no es directa, sino indirecta, lo que supone siempre una limitación. Ahora bien, con frecuencia también se obvia que el Consejo es un órgano que goza también de legitimación democrática en tanto en cuanto sus miembros han sido elegidos democráticamente –no puede ser de otra forma– en cada uno de los estados miembros–. Sucede, sin embargo, que los propios integrantes del Consejo pretendan liberar sus propias responsabilidades intentando que las exigencias de “Bruselas” parezcan serlo de un ente diferente y separado de los estados. Esta imagen no ayuda a la legitimación de la Unión; pero, como se acaba de indicar, no se corresponde a la realidad, puesto que el legislador europeo o bien es emanación directa de los ciudadanos (Parlamento Europeo) o bien indirecta (Consejo, integrado por quienes han obtenido la confianza parlamentaria en cada uno de los respectivos estados).

En el caso del Consejo, además, nos encontramos con una dificultad que se deriva, en este caso, de la naturaleza híbrida ya no de la UE, sino del propio Consejo. Éste es en su origen una reunión intergubernamental, lo que explica que sus reglas de funcionamiento sean las clásicas en este ámbito; en especial en lo que se refiere al carácter reservado de las deliberaciones, que ni son públicas ni resultan publicadas. Ahora bien, dado el carácter de colegislador del Consejo, no sería descabellado establecer una publicidad suficiente de sus deliberaciones de la misma forma que son públicas las deliberaciones de los Parlamentos. La imposibilidad –al menos de momento– de dar satisfacción simultáneamente a

---

<sup>44</sup> Art. 10.2 del TUE: “Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo”.

la naturaleza intergubernamental de las reuniones del Consejo (que llevaría a que no fueran públicos los debates) y su carácter de legislador (que conduciría a lo contrario) es un obstáculo para la legitimación de su actuación ante los ciudadanos.

El desafío en este ámbito está pues en, o bien avanzar en la construcción europea en el sentido de reforzar el papel de las instituciones que gozan de una legitimación democrática directa (Parlamento) a costa de quien tiene una legitimación tan solo indirecta (Consejo) o en reforzar la transparencia en el funcionamiento del Consejo, lo que redundaría en la dificultad de atribuirle un carácter o naturaleza diferente del que tiene.

## **5. Estado de Derecho e instituciones (2): el sistema judicial europeo y el papel del Tribunal de Luxemburgo**

21. Hemos dejado para el final el elemento nuclear del Estado de Derecho en la UE, el papel de los tribunales en la garantía de la efectividad y primacía del Derecho dentro de la Unión. En los epígrafes anteriores ya se ha examinado el papel central que tiene el derecho de acceso a tribunales independientes e imparciales para que pueda afirmarse con rigor que nos encontramos ante un Estado de Derecho. Sin tribunales independientes simplemente sería imposible garantizar ese sometimiento de todos, incluidos los poderes públicos, a la ley que es la esencia del Estado de Derecho.

En el caso de la UE, y dado que la obligación de respeto al Estado de Derecho alcanza tanto a los estados miembros como a las instituciones de la Unión, hemos de determinar en qué forma los tribunales garantizan dicho cumplimiento en los dos ámbitos; para ello hemos de tener en cuenta que el ordenamiento de la UE es un ordenamiento jurídico diferenciado del de los estados miembros pero que, como hemos ido viendo, presenta significativas conexiones con éste. Estas conexiones plantean algunas dificultades que han de ser consideradas.

22. En principio, son las organizaciones judiciales de cada estado las que velan por la primacía del derecho interno de dicho estado y habilitan recursos para el caso de incumplimiento del mismo por particulares o autoridades. En el caso del derecho de la UE es el sistema judicial europeo el que cumple esta función; ahora bien, hemos de tener presente que este sistema judicial de la UE está integrado no solamente por el Tribunal de Justicia de la UE sino también por los tribunales nacionales, que cuando aplican derecho de la UE son tribunales europeos<sup>45</sup>. De esta manera, el sistema judicial europeo se desdobra

---

<sup>45</sup> Así lo ha indicado reiteradamente la jurisprudencia, *vid.* las decisiones citadas en la n. núm.

en dos: aquellos órganos que se integran en el sistema institucional de la UE (Tribunal de Justicia de la UE) y aquellos órganos judiciales nacionales que funcionalmente han de ser considerados como instituciones de la Unión en tanto en cuanto aplican el derecho creado por ésta no como derecho ajeno, sino como derecho propio.

Esta es una primera relación entre los sistemas judiciales nacionales y de la Unión que resulta significativa; pero como veremos no será la única.

23. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia de la UE (Tribunal de Luxemburgo) asume un papel central como garante de la efectividad y primacía del derecho de la UE. Así se recoge en el art. 19 del TUE y la práctica ha mostrado desde su creación que es un elemento esencial no solamente en el mantenimiento sino también en el desarrollo del derecho europeo. No entraremos aquí en su organización interna<sup>46</sup>, sino que nos centraremos en las funciones que cumple en defensa de la eficacia del derecho de la Unión; funciones que vienen recogidas en el art. 19.3 del TUE y que se concretan en resolver los recursos interpuestos por los estados miembros, las instituciones y las personas físicas y jurídicas, así como en la interpretación del derecho de la UE a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales.

En lo que se refiere a los recursos planteados, básicamente el Tribunal de Luxemburgo decide sobre la validez de los actos de las instituciones y las normas elaboradas por éstas, y también determina en qué casos los estados vulneran el derecho de la UE<sup>47</sup>. Aquí el tribunal actúa a instancias de algunas de las instituciones de la UE o de los estados miembros. En lo que se refiere a la función prejudicial [art. 19.3.b) del TUE] el Tribunal responde las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales cuando se ven en la necesidad de aplicar derecho de la UE. Esta función prejudicial es un ejemplo claro de la forma en que las organizaciones judiciales nacionales se articulan con la organización judicial específica de la UE.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal de Luxemburgo vela porque los actos de la UE se ajusten a derecho, y también porque la normativa producida por las instituciones se ajuste al Derecho originario y se elabore de acuerdo con los procedimientos previstos. Se trata una tarea que se enmarca de manera directa en la garantía del Estado de Derecho, tal como hemos visto en los apartados precedentes.

---

8 *supra*. Sobre el juez nacional como juez europeo *vid.* A. Barav, “La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire”, *L’Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, París, Dalloz, 1991, pp. 93-103; D. Ruíz-Jarabo Colomer, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Civitas, 1993.

<sup>46</sup> *Vid.* art. 19 del TUE. El Tribunal de Justicia de la UE está integrado por dos tribunales: el Tribunal de Justicia y el Tribunal General. Además, pueden crearse tribunales especializados.

<sup>47</sup> El Tribunal también conoce de recursos de personal al servicio de la UE o de personas que contratan con las instituciones, pero no nos detendremos aquí en ello.

24. La verificación del respeto al Estado de Derecho en cada estado miembro en relación a su derecho de origen interno es, como hemos visto, tarea de las organizaciones judiciales nacionales; pero el Tribunal de Luxemburgo también ha reclamado tener un papel en esta verificación, tal como vimos en el apartado 3. De acuerdo con lo que veíamos entonces, dado que es obligación de los estados miembros, derivada del derecho de la UE, que el Estado de Derecho sea una realidad en su territorio, las vulneraciones a dicho estado de Derecho podrían suponer también vulneraciones al derecho de la UE sobre las que podría pronunciarse el Tribunal de Luxemburgo. Es lo que ha sucedido en el caso de Polonia, tal como hemos visto. De seguirse por este camino, resultaría que el Tribunal de Luxemburgo se convertiría en un garante adicional al respeto de los principios democráticos fundamentales, incluido el respeto a los derechos humanos; lo que exigiría articular el papel del Tribunal de Justicia no solamente con las jurisdicciones nacionales, sino también con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>48</sup>. Ahora bien, no es previsible que el Tribunal de Luxemburgo asuma esta función de vigilancia general del cumplimiento de las exigencias del Estado de Derecho en los estados miembros, sino tan solo cuando exista una afectación al cumplimiento y eficacia del Derecho de la UE, negándose a entrar cuando la afectación del Derecho de la UE sea solo indirecta<sup>49</sup>. Se mantendrán así ámbitos diferenciados entre el control que corresponde a los tribunales nacionales, al Tribunal de Justicia y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos; aunque con zonas de intersección en las que será necesario precisar el papel que ha de jugar cada una de las jurisdicciones implicadas.

25. Antes de entrar en ello, sin embargo, es preciso examinar el problema desde otra perspectiva: al igual que el Tribunal de Luxemburgo puede, en determinados supuestos, verificar si la actuación de las autoridades de los

<sup>48</sup> El conocido como Tribunal de Estrasburgo, creado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. El Instrumento de Ratificación por parte de España fue publicado en el *BOE*, 10-X-1979, *vid.* <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/spa&c>, consultado el 14 de septiembre de 2020). Puede recurrirse al Tribunal para que éste determine si se ha producido una vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de las autoridades de uno de los Estados miembros. Esta declaración, sin embargo, no tiene efectos directos en los estados miembros, sino que tales efectos serán los que determine el Derecho de tales estados. Es decir, la vulneración del Convenio tendrá consecuencias de derecho internacional, pero en el ámbito doméstico será el derecho interno del estado el que determine la eficacia de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. *Vid.* L.M. Cruz, “La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *REDI* (2010, vol. LXII, núm. 1) pp. 89-117, esp. pp. 89-92.

<sup>49</sup> *Vid.* Sentencia del TJ (Gran Sala) de 31 de enero de 2020, As. C-457/18, *República de Eslovenia c. República de Croacia*, ECLI:EU:C:2020:65, núm. 104: “De lo anterior resulta que las infracciones del Derecho de la Unión alegadas tienen carácter accesorio respecto del supuesto incumplimiento por parte de la República de Croacia de las obligaciones derivadas de un acuerdo internacional bilateral del que la Unión no es parte y cuyo objeto no forma parte del ámbito de competencias de la Unión”.

estados miembros se ajusta a las exigencias del derecho de la UE, también las autoridades nacionales disponen de un cierto margen para verificar si las actuaciones de las autoridades nacionales, en cumplimiento del derecho de la UE o en su papel de instituciones europeas, se ajusta a las exigencias del derecho de origen interno o el derecho de origen internacional que vincula al estado de dichas autoridades. Recordemos que algunas instituciones de la UE están integradas por representantes de instituciones de los estados miembros. Así, el Consejo Europeo y el Consejo; aunque no solo éstas. En tanto en cuanto el Gobierno (u otra institución de un estado miembro) actúa como institución europea se mantiene igualmente vinculada a las obligaciones de su propio derecho interno, lo que podría permitir que los tribunales de dicho país verificaran si la actuación de esas autoridades en el marco europeo se ajusta a las exigencias del derecho interno del estado de la autoridad.

Ejemplo claro de lo anterior es la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de mayo de 2020<sup>50</sup> en relación a la actuación del Banco Central de Alemania (*Bundesbank*) en los programas de adquisición de deuda del Banco Central Europeo. El tribunal alemán entiende que el *Bundesbank* debe ajustar su comportamiento a las exigencias constitucionales alemanas, lo que impedía participar en dichos programas de adquisición salvo que se dieran determinadas condiciones y eso incluso en un caso en el que previamente el Tribunal de Luxemburgo había dictaminado que los programas de adquisición de deuda objeto de debate sí se ajustaban a la legislación europea. La opinión del Tribunal Constitucional alemán fue la de que esas actuaciones no se ajustaban a las exigencias del derecho alemán y -lo que será especialmente relevante- no se encontraban amparadas por el derecho de la UE. Como puede apreciarse, hay una diferencia de criterio entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Constitucional alemán sobre un punto que es relevante tanto para el Derecho europeo como para el Derecho nacional. La posición del Tribunal Constitucional, al reafirmar su competencia para verificar la constitucionalidad de la actuación de las entidades alemanas, incluso cuando operan en el marco institucional europeo, implica una clara superposición sobre el papel de control que ejerce el Tribunal de Luxemburgo. En este sentido la sentencia de 5 de mayo de 2020 ofrece un ejemplo casi sangrante de la potencialidad conflictiva de dicha superposición.

Esta posibilidad de control de los tribunales nacionales, desde la perspectiva del derecho de origen interno, también en aquellos supuestos en los que se ha de aplicar derecho de la UE tiene un gran interés para el tema que nos ocupa: la garantía del Estado de Derecho en la UE. Lo veremos inmediatamente.

---

<sup>50</sup> *Vid. supra* n. núm. 3.

26. El supuesto más relevante de conflicto posible se manifiesta en aquellos casos en los que el cumplimiento del Derecho de la UE puede implicar la vulneración de la normativa interna o internacional en vigor en el estado miembro de que se trate relativa a la protección de los derechos fundamentales. Si se da esa contradicción los órganos jurisdiccionales de los diferentes estados aún conservarían la potestad de justificar la inaplicación del derecho de la UE para evitar la vulneración de la normativa sobre derechos fundamentales. Los tribunales constitucionales alemán e italiano ya pusieron de relieve en los años 70 del siglo XX que se reservaban la facultad de verificar la adecuación del derecho de la UE con las exigencias constitucionales en materia de derechos fundamentales<sup>51</sup>.

Como puede apreciarse, la existencia de un punto de indudable relevancia para los derechos internos de los estados y, en concreto, para su ordenamiento constitucional, como es la protección de los derechos fundamentales, entre los que se encuentran elementos esenciales para el Estado de Derecho como es el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso justo, exige una adecuada coordinación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción específicamente europea. Una coordinación que tiene que basarse en la confianza y eludir la determinación directa de quién goza de prevalencia en caso de discrepancia.

27. El control de los derechos fundamentales es, precisamente, un buen ejemplo de esta actitud de colaboración basada en la coordinación. Así, como se ha indicado, los tribunales constitucionales nacionales han indicado que siguen gozando de capacidad para controlar la adecuación del derecho de la UE a las exigencias derivadas de la normativa en materia de protección de derechos fundamentales; pero el Tribunal de Luxemburgo también ha incorporado esta normativa en materia de protección de derechos humanos a los parámetros de control utilizados<sup>52</sup>, lo que ha llevado a que los tribunales nacionales descansen en el control que ejerce el Tribunal de Luxemburgo<sup>53</sup>. Se trata de una lógica de confianza que es clave en un espacio integrado por varios niveles de decisión como es el europeo. Ya habíamos hecho referencia a la exigencia –derivada del derecho de la UE– de que las autoridades de cada uno de los estados miembros reconocieran las decisiones adoptadas por las de otros estados miembros y cooperaran con ellas<sup>54</sup>. Esta confianza, sin embargo, podría llevar a que las autoridades que dan eficacia en su propio estado a una resolución adoptada en

<sup>51</sup> Vid. P. Andrés Sáenz de Santa María/J.A. González Vega/B. Fernández Pérez, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999, pp. 491-492.

<sup>52</sup> Sentencia del TJ de 14 de mayo de 1974, As. C- 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroshandlung c. Comisión de las Comunidades Europeas*, ECLI:EU:C:1974:51.

<sup>53</sup> Cf. P. Andrés Sáenz de Santa María/J.A. González Vega/B. Fernández Pérez, *op. cit.*, p. 492.

<sup>54</sup> Vid. *supra* núm. 8.

otro estado en vulneración de exigencias derivadas de la normativa en materia de derechos fundamentales, incurrieran ellas mismas en dicha vulneración. Dotar de eficacia a una decisión ilegal podría ser también una ilegalidad. De esta manera, una vigilancia rigurosa en cada estado miembro de las actuaciones realizadas en otros estados convertiría en ineficaz la integración europea. La relajación en ese control, sin embargo, podría implicar una vulneración de la normativa en materia de derechos fundamentales. La confianza entre instituciones ofrece una salida a este problema, una confianza que ha sido ratificada por el Tribunal de Estrasburgo, quien admite que los controles no sean exhaustivos en estos supuestos de reconocimiento y cooperación internacional cuando las autoridades que cooperan se integran en un espacio que en su conjunto respeta las exigencias de protección de los derechos fundamentales<sup>55</sup>.

28. Así pues, lo que se observa es que en un espacio en el que conviven distintos ordenamientos y distintos sistemas judiciales (nacionales, de la UE y también el que se vincula al Convenio de Roma de 1950 y al Tribunal de Estrasburgo) la articulación de todos ellos precisa un ejercicio profundo de confianza en el que cada uno de estos ámbitos asuma la existencia de los otros, lo que obliga a renunciar también en parte al control autónomo de los mismos. Ahora bien, esto solamente es posible si todos los ámbitos que se relacionan comparten elementos jurídicos de argumentación que hagan inteligible el diálogo entre todos ellos. Si la propia concepción del derecho que se utiliza en cada uno de esos ámbitos es irreconciliable con la que se siguen en otro de los ámbitos de relación el desastre está asegurado.

Este es un tema sobre el que quizás se insiste menos de lo necesario. El razonamiento jurídico es un elemento clave en el propio sistema jurídico<sup>56</sup>, pero no está formalizado ni en normas ni en sentencias; es un presupuesto de todo el ordenamiento que depende de la cultura jurídica y de la práctica no solamente de los tribunales, sino de todos los operadores jurídicos y también de la doctrina. De hecho, es un elemento que solamente es percibido cuando existen discrepancias graves entre los operadores jurídicos, al igual que el aire que tan solo cuando se convierte en viento llama nuestra atención.

---

<sup>55</sup> *Vid.* Sentencia del TEDH (Sección Quinta) de 6 de diciembre de 2012, *Michaud v. France*, núm. 12323/11), núm. 102: “The Court reiterates that absolving the Contracting States completely from their Convention responsibility where they were simply complying with their obligations as members of an international organisations to which they had transferred a part of their sovereignty would be incompatible with the purpose and object of the Convention: the guarantees of the Convention could be limited or excluded at will, thereby depriving it of its peremptory character and undermining the practical and effective nature of its safeguards. In other words, the States remain responsible under the Convention for the measures they take to comply with their international legal obligations, even when those obligations stem from their membership of an international organisation to which they have transferred part of their sovereignty”

<sup>56</sup> Destaca la importancia de esta perspectiva R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. De M. Atienza e I. Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 19.

29. En el momento actual, sin embargo, nos encontramos precisamente en una situación en la que la situación ha dejado de ser pacífica. Hemos visto que la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020<sup>57</sup> verifica la adecuación de la actuación de las autoridades alemanas a las exigencias constitucionales alemanas, incluso en un supuesto en el que dichas autoridades (aquí el *Bundesbank*) actúa en el marco de las instituciones europeas (Banco Central Europeo). Habíamos indicado también que el Tribunal Constitucional alemán entiende que la actuación no está cubierta por el Derecho de la UE por no estar justificada la proporcionalidad de la medida y habíamos apuntado también que existía una decisión del Tribunal de Luxemburgo que entendía que la actuación debatida sí respondía al principio de proporcionalidad. Esto es, existe una discrepancia entre la interpretación del derecho de la UE que realiza el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Constitucional Federal alemán. Dejamos ahí el tema y lo retomamos en este punto, porque lo realmente trascendente de la decisión alemana es que, siendo consciente el Tribunal Constitucional alemán de que el intérprete supremo del derecho de la UE es el Tribunal de Luxemburgo, pese a ello considera que las decisiones de este tribunal no son obligatorias cuando son arbitrarias desde una perspectiva objetiva<sup>58</sup>. Esto es, el Tribunal Constitucional alemán se considera legitimado para determinar si las decisiones adoptadas por el Tribunal de Luxemburgo son arbitrarias. Ciertamente, este es un escenario nuevo y que es incompatible con la confianza que debería existir entre las distintas organizaciones judiciales que operan en Europa pues, como hemos visto, por su propia naturaleza, la construcción europea solamente puede operar si se basa en esa confianza entre las diferentes autoridades implicadas.

30. Pensemos ahora en cómo puede afectar esta decisión del Tribunal Constitucional alemán a la posibilidad de que el Tribunal de Luxemburgo entre a verificar el cumplimiento en los estados miembros de las exigencias del Estado de Derecho. Si las decisiones que dictara el Tribunal de Justicia de la UE en este sentido fueran inaplicadas en los estados afectados con el argumento de que se trata de decisiones arbitrarias los avances en la garantía del Estado de Derecho que hemos visto en los últimos años retrocederían de una manera drástica.

Es por lo anterior que se hace más necesario que nunca la reflexión sobre la argumentación jurídica, de tal manera que la explicación, incluso exhaustiva,

<sup>57</sup> *Supra* n. núm. 3.

<sup>58</sup> *Vid.* el núm. 118 de la Sentencia: “Where an *ultra vires* review or an identity review raises questions regarding the validity or interpretation of a measure taken by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union, the Federal Constitutional Court, in principle, bases its review on the understanding and the assessment of such a measure as put forward by the CJEU. However, this no longer applies where the interpretation of the Treaties is simply not comprehensible and thus objectively arbitrary (see paras. 112 and 113)”.

de las líneas de razonamiento seguidas se convierte en imprescindible. Solo a través de este ejercicio puede recuperarse la confianza entre las distintas instancias que han de velar por la garantía del Estado de Derecho en la UE y en sus estados miembros.

## **6. Conclusión**

31. El Estado de Derecho es un elemento esencial tanto de la UE como de los estados miembros. Sin la garantía del Estado de Derecho no puede operar la confianza mutua que es base de la cooperación entre los distintos estados miembro de la Unión y ésta no podría cumplir sus objetivos. Se hace, pues, necesario, determinar en qué forma se garantiza el Estado de Derecho tanto en la UE como en sus estados miembros, con implicación de las autoridades europeas y nacionales.

El artículo 7 del TUE habilita mecanismos excepcionales que permiten actuar en los casos de vulneraciones graves de los principios democráticos en los estados miembros, ahora bien, es difícil que estos mecanismos puedan concluir con la suspensión de los derechos de los estados. Esto no impide, sin embargo, que el Tribunal de Luxemburgo pueda declarar que ciertas vulneraciones del Estado de Derecho son también infracciones de las obligaciones derivadas del Derecho de la UE.

32. El Estado de Derecho, en tanto que imperio de la ley, precisa que la ley goce de suficiente legitimidad. En el caso de la UE el proceso legislativo tiene ciertas peculiaridades derivadas del mantenimiento del carácter intergubernamental de elaboración de las leyes. En tanto en cuanto no es el Parlamento Europeo el único legislador, sino que actúa junto con el Consejo, integrado por representantes de los gobiernos de los estados miembros, hay dificultades para que se asuma la indudable legitimidad democrática del Derecho producido por la UE.

El control judicial de la eficacia de la ley, clave para la eficacia del Estado de Derecho, precisa en la UE de la articulación de las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia de la UE, sin olvidar el papel que puede jugar el Tribunal de Estrasburgo. La articulación entre estos actores no puede realizarse sin la existencia de una confianza mutua entre las instituciones que precisa que se comparta un lenguaje jurídico común, unos mismos criterios sobre la argumentación jurídica.

## Referencias bibliográficas:

- Informe del Secretario General de las Naciones Unidas “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, 3 de agosto de 2004, S/2004/616,
- Estudio de la Comisión de Venecia nº 512/2009, CDL-AD(2011)003rev sobre “El Estado de Derecho”
- R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. De M. Atienza e I. Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989
- P. Andrés Sáenz de Santa María/J.A. González Vega/B. Fernández Pérez, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999
- R. Arenas García, “Extrajería (I): Principios generales, fuentes de regulación y libre circulación de personas”, [en M<sup>a</sup>.C. Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2013, t-II], pp. 393-465
- R. Arenas García, “Orden público y gobernanza multinivel”, [en M<sup>a</sup>.P. García Rubio/J.J. Moreso (dirs.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Madrid, Reus/De Conflictu Legum, 2020], pp. 85-112
- R. Arenas García, “El proceso de secesión de Cataluña y la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 9048, de 25 de septiembre de 2017
- A. Barav, “La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire”, *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 93-103
- A. von Bogdandy y M. Ionnidis, “Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been, what can be done?”, *CMLR* (2014, vol. 51, núm. 1) pp. 59-96
- L.M. Cruz, “La reparación a las víctimas en el Convenio. Europeo de Derechos Humanos”, *REDI* (2010, vol. LXII, núm. 1) pp. 89-117
- E. García de Enterría y T.-R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 4<sup>a</sup> ed. 1986
- S. Levitsky y Z. Ziblat, *Cómo mueren las democracias* (trad. De G. Deza Guil), Barcelona, Ariel, 2018
- P.J. Martín Rodríguez, “El Estado de derecho y el sistema jurídico de la Unión Europea”, [https://www.upf.edu/documents/6764143/93632110/Cap%C3%ADtulo\\_Pablo\\_Mart%C3%ADn.docx.crdownload.pdf/14dbd5f4-4b00-01d6-119c-5c25f97bb95fm](https://www.upf.edu/documents/6764143/93632110/Cap%C3%ADtulo_Pablo_Mart%C3%ADn.docx.crdownload.pdf/14dbd5f4-4b00-01d6-119c-5c25f97bb95fm)
- P. Martín Rodríguez, “Poland Before the Court of Justice: Limitless or Limited Case La won Art. 19 TEU?”, *European Papers* (2020, vol. 5, núm. 1)
- I. de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2<sup>a</sup> ed. 1988
- D. Ruíz-Jarabo Colomer, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Civitas, 1993.

M.A. Simonelli, “Thickening up judicial Independence: the ECJ ruling in Commission v. Poland (C-619/18)”, *European Law Blog*, 8 de julio de 2019, <https://europeanlawblog.eu/2019/07/08/thickening-up-judicial-independence-the-ecj-ruling-in-commission-v-poland-c-619-18/>

