

El principio de confianza mutua en la unión europea y su evolución a raíz del surgimiento de regímenes iliberales

Juan Francisco
Barroso Márquez

Doctor por la Universitat de València

SUMARIO

- I. Introducción: tres no son multitud
- II. La confianza mutua
- III. El Estado de Derecho
- IV. El *iliberalismo*
- V. Conclusiones: El cambio de paradigma

FICHA DE LA TESIS

- **Fecha y lugar de defensa:** 18 de noviembre de 2024 (Universitat de València)
- **Miembros del tribunal:** Rafael Bustos Gisbert (Universidad Complutense de Madrid), María Josefa Ridauro Martínez (Universitat de València) y Sabrina Ragone (Università di Bologna)
- **Dirección:** Roberto Viciano Pastor y Gabriel Moreno González
- **Mención internacional:** Sí
- **Libro ya publicado:**

Juan Francisco Barroso Márquez, *Mecanismos de garantía de los valores europeos: La sedimentación del constitucionalismo a través del Estado de Derecho* (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=1001165>).

Juan Francisco Barroso Márquez, *El iliberalismo tras la máscara: la perversión de la democracia constitucional* (XXII Premio Manuel Giménez Abad – *ex aequo*).

NOTA BIOGRÁFICA:

Juan Francisco Barroso Márquez obtuvo el grado de Doctor *Cum Laude* por la Universitat de València en 2024 y es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Extremadura desde el año 2021. Es graduado en Derecho por la Universidad de Extremadura y cuenta con un máster en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Universidad Internacional Menéndez Pelayo, y un máster de Abogacía en la Universidad de Extremadura. Ha realizado estancias de investigación en la Università di Bologna (2022) y la Universidade de Évora (2023). Sus principales líneas de investigación son el Estado de Derecho, los regímenes iliberales, el principio de confianza mutua, y los principios de organización territorial del Estado, en especial, el de solidaridad.

ESTADO DE LA CUESTIÓN DEL TEMA TRATADO:

Los tres ejes que componen la presente tesis doctoral –el principio de confianza mutua, el Estado de Derecho y los regímenes autoritarios– han protagonizado los análisis jurídicos desde sus inicios. Todos ellos han vivido un gran resurgir a raíz del fenómeno conocido como iliberalismo, que consiste en la superación de los rasgos tradicionales de los regímenes autoritarios a través de un proceso de sofisticación, consistente en la emulación de los caracteres que son propios del constitucionalismo democrático. Son muchas las monografías y los artículos que tratan los tres factores de manera separada, pero no han sido interrelacionados, por lo que este trabajo pretende servir como el punto de partida para analizar de manera conjunta el cambio de paradigma que se ha producido.

PALABRAS CLAVE:

Estado de Derecho, iliberalismo, principio de confianza mutua.

KEYWORDS:

Rule of Law, illiberalism, principle of mutual trust

I. INTRODUCCIÓN: TRES NO SON MULTITUD

Por las conversaciones que he mantenido con las personas con las que he tenido el placer de coincidir en los últimos años he podido comprobar que el doctorado, al menos en el ámbito del Derecho constitucional, llega casi siempre a nuestras vidas a modo de casualidad y, sobre todo, sin saber muy bien lo que nos espera.

Muchas veces la idea de comenzar nace por iniciativa propia, como resultado de las inquietudes que nos van surgiendo a lo largo de las clases y las lecturas relativas a esta asignatura. No obstante, en mi caso los inicios en la investigación tienen necesariamente nombre y apellidos, pues José Ángel Camisón Yagüe, entonces profesor en la Universidad de Extremadura y actualmente catedrático en la Universidad de Alicante, fue quien me abrió las puertas del área de Derecho constitucional con la sinceridad necesaria de quien te invita a embarcarte en la aventura de comenzar una carrera en el mundo de la investigación.

Tras los inicios, puedo decir que me siento muy afortunado por haber coincidido con muchos compañeros y compañeras que han enriquecido mi punto de vista, tanto profesional como personalmente. Y es que nuestra academia, en definitiva, no podría -ni debería- prosperar si olvidásemos que tanto los que la crean como los que están destinados a recibir su fruto son personas.

Entre los que han dado forma a mi carrera investigadora no puedo resistirme a nombrar a mis directores, Gabriel Moreno González y Roberto Viciano Pastor, por ayudarme a conseguir mis objetivos y animarme siempre a aspirar más alto; a mis compañeras del área de constitucional, Silvia Soriano y Ana Torrecillas, pues el trabajo no tendría sentido sin su presencia en mi día a día; a mi tutora, Sabrina Ragone, que me acogió en la Università di Bologna y me demostró que ser una investigadora brillante no está reñido con ser una excelente persona; y a todos los amigos -no solo compañeros- que he podido hacer en estos años, entre los que no me resisto a citar a Alicia González, Miguel Ángel Sevilla, Pedro García, Mar Sánchez y Yolanda López, porque el futuro incierto que nos aguarda se sobrelleva mucho mejor si se tiene a la vista un reencuentro con vosotros.

La presente tesis doctoral ha sido el fruto de un sinuoso camino de investigación, que ha concluido en la intersección de tres temas que bien podrían merecer una investigación separada. El primero en llegar a mi vida fue el Estado de Derecho, a través de los mecanismos de defensa de los valores de la Unión Europea, que comencé analizando con mi trabajo fin de grado, y que desde los inicios despertó en mí unas ansias de conocimiento que hasta entonces no había experimentado.

Tras unos meses profundizando, adquirí consciencia de que los análisis sobre el concepto de Estado de Derecho resultarían incompletos sin tener como correlato el autoritarismo y su evolución como la principal causa del desarrollo del mismo, por lo que también comenzaron a interesarme las nuevas tendencias autoritarias

y, en concreto, el iliberalismo, que podría ser incardinado en la categoría de los autoritarismos sofisticados.

Finalmente, para evitar que este trabajo tuviera un tono exclusivamente teórico, decidí incluir un análisis relativo a la evolución del principio de confianza mutua a raíz del surgimiento de los regímenes iliberales en el seno de la Unión Europea, haciendo énfasis en el sistema de las órdenes de detención europeas -ODE- para demostrar las implicaciones que este cambio de paradigma ha tenido en el marco de una integración europea que está basada -al menos teóricamente- en la presunción -*iuris tantum*- del cumplimiento de su ordenamiento jurídico y, en especial, de los derechos fundamentales, por parte de los Estados miembros.

En cuanto a la metodología empleada para la investigación, hemos empleado la combinación de tres aproximaciones, por lo que es una metodología compuesta, como la intersección entre el *constitucionalismo crítico* y el *iuscomparativismo*, así como un prisma *dinámico* en el análisis de los desarrollos histórico-políticos. El prisma *crítico* exige desterrar esa presunción de neutralidad que generalmente acompaña al Derecho, lo que permite cuestionar la adecuación del ordenamiento jurídico a los fines perseguidos por el modelo de Estado en cuestión y formular propuestas de reforma, más allá de los análisis que son meramente descriptivos. Hemos elegido el *constitucionalismo* como el marco teórico de la investigación, a pesar de que la Unión Europea sea una integración supraestatal, debido a que la estructura de esta no se corresponde con el concepto formal de Constitución pero sí presenta una serie de *elementos de constitucionalidad*, respecto de los cuales sí que va a ser posible aplicar la metodología y los presupuestos propios del constitucionalismo.

El *iuscomparativismo* se encuentra presente en dos planos diferentes: primero, en un sentido tradicional, en tanto se han analizado los ordenamientos jurídicos de dos de los Estados miembros, Hungría y Polonia; y, segundo, en un sentido más novedoso, de configuración europea, en tanto la integración está compuesta por muchos Estados miembros con sus especificidades jurídicas. Por lo tanto, no basta con realizar un estudio comparativo al uso, sino que se torna necesario emplear una metodología más compleja, adaptada a las necesidades doctrinales inherentes a las categorías jurídicas propias de la Unión Europea. En tal sentido, proponemos la utilización de un prisma teleológico para poner el foco de nuestra atención en la finalidad propia de cada una de las instituciones jurídicas que analicemos, ya que a partir de aquí podemos adaptar y, en su caso, diseñar, instituciones jurídicas que respondan más adecuadamente a las necesidades de la arquitectura supraestatal.

En cuanto a la utilización de una perspectiva histórica de naturaleza dinámica, consideramos que la elección de un prisma estático sería del todo inviable, pues permitiría examinar *fotogramas* concretos, pero impediría hallar el *movimiento* de los conceptos jurídicos, esto es, la dinámica evolutiva experimentada por los mismos a través de las diferentes etapas por las que han transitado, teniendo en

cuenta, a su vez, que el devenir histórico no es un producto impersonal, sino que en el mismo juega un rol protagonista la actuación de numerosos actores.

Asimismo, hemos de prestar atención al hecho de que los conceptos analizados no son de carácter unidimensional, sino que, al contrario, son multidimensionales o multifactoriales, y esto supone añadir una mayor complejidad a ese dinamismo histórico al que hacíamos referencia. Como consecuencia, habremos de analizar los efectos de cada uno de los elementos que estudiemos no de manera aislada, sino entrelazados con las posibles derivaciones que puedan darse en los demás.

Por ello adelantábamos que *tres no siempre son multitud*, sino que, en este caso, la pluralidad de protagonistas nos permite enriquecer la perspectiva doctrinal de cada uno de sus componentes de nuestro análisis.

II. LA CONFIANZA MUTUA

En el marco de la tesis doctoral utilizamos una expresión que representa el papel que ha jugado el principio de confianza mutua, y es que el mismo no surge *por*, sino *para* la integración europea, en tanto la falta de armonización legislativa era -y, en muchos casos, continúa siendo- un obstáculo insalvable a no ser que se insertase como contrapartida la presunción de cumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico supraestatal.

Como resultado, debemos entenderlo como un elemento que, pese a que se ha convertido en uno de los pilares fundamentales de la arquitectura supraestatal, no puede ser concebido como una *vaca sagrada*. Para mantener la confianza es necesario implantar mecanismos de supervisión que garanticen el cumplimiento, y los mismos no han de ser vistos como una excepción al clima de presunción, sino como el requisito indispensable para que este sea sostenible a largo plazo.

En sus orígenes el principio de confianza mutua y, como la extensión del mismo, el principio de reconocimiento mutuo, fueron introducidos para permitir que pese a la falta de armonización se pudieran realizar los intercambios comerciales a la luz de la célebre libertad de circulación de bienes y, posteriormente, de servicios y personas en el marco de la unión aduanera.

Visto el éxito de su aplicación en el ámbito más económico, la confianza mutua se extendió a la cooperación judicial, en lo que actualmente se conoce como el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). En materia penal fue aprobada 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 (2002/584/JAI), que contiene un 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 europea. El objetivo de este instrumento, tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia en la sentencia *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05), y como desarrolló más adelante a partir del asunto *Aranyosi y Căldăraru* (C-404/15 y C-659/15 PPU), 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» (para. 75).

Este mecanismo confirma que el principio de confianza mutua no opera de manera automática sino que, por el contrario, está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos y, por tanto, la autoridad judicial receptora puede negarse a ejecutarla, ya que 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 se recogen los motivos para la no ejecución *facultativa* de las mismas.

No podemos olvidar 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» (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2023, *Puig Gordi y otros*, C-158/21, para. 74). 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 (CDFUE) 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.

Uno de los avances más significativos tuvo lugar gracias a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Aranyosi y Căldăraru* (sentencia de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15 PPU). En ambos supuestos nos encontramos ante la detención de personas en Alemania que, previa solicitud de los órganos jurisdiccionales respectivos, fueron objeto de una orden de detención europea. Los Estados miembros que las emitieron fueron Hungría y Rumanía, ambos caracterizados por el deficiente nivel de las condiciones de detención en sus centros penitenciarios. Por ello, se plantearon sendas cuestiones prejudiciales y el Tribunal de Justicia resolvió los asuntos con la creación de lo que se conoce como *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, teniendo 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, 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.

Esta primera fase constituye un requisito *sine qua non* para que la autoridad judicial nacional transite hacia la segunda fase del *doble juicio*. En la misma «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», utilizando como fundamento «elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados (Aranyosi y Căldăraru, paras. 88 y 89). Por lo tanto, tras constatar que el contexto general del Estado miembro emisor de la orden de detención europea resulta desfavorable para la adecuada protección de los derechos fundamentales de la persona que es objeto de esta (la primera fase), «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» (*Ibid.*, para. 92).

La necesidad de que concurren ambas fases y de que sin la primera no sea posible entrar a valorar de manera concreta la vulneración de los derechos fundamentales, radica en el hecho de que el sistema confía en la posibilidad de *autorreparación* de los sistemas, esto es, en la capacidad de que este tipo de vulneraciones puntuales sean solucionadas a través de los cauces previstos en los correspondientes ordenamientos jurídicos nacionales.

Únicamente cuando existan deficiencias sistémicas será posible entrar a valorar si estas, en el caso concreto, se van a traducir en una vulneración de los derechos fundamentales que no pueda ser corregida utilizando los cauces procesales de dicho Estado miembro.

No obstante, hemos de tener en cuenta que cuando la autoridad judicial encargada de ejecutar una ODE constata «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» (*Ibid.*, para. 98), ya que ha de garantizarse el funcionamiento del sistema en el caso de que se reparen las deficiencias.

III. EL ESTADO DE DERECHO

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 conexión, de ser exportada a otros sistemas jurídicos, ya sean estatales o supraestatales.

Nuestro objetivo es arrojar algo de luz en relación con este concepto y, por ello, nos hemos centrado en la delimitación del mismo, considerando su evolución y las problemáticas doctrinales que se dan al intentar teorizar sobre él; hemos tratado las dificultades que se desprenden cuando se pretende adaptar a una estructura ajena a aquella para la que nació, con el proceso de transposición del contexto estatal al supraestatal; hemos desarrollado la interpretación dada por las instituciones de la Unión Europea y, en especial, el Tribunal de Justicia; y, por último, hemos enfocado nuestra atención en el vínculo que existe entre el concepto de Estado de Derecho y el principio de confianza mutua, respecto del cual hemos concluido que se trata de una relación de naturaleza *simbiótica*, pues ambos elementos se necesitan mutuamente para sobrevivir.

A partir de un análisis histórico y más allá de las tradicionales distinciones entre las concepciones formal y material del Estado de Derecho, tratamos de hallar la teleología de este concepto, cuyo objetivo sería la limitación del poder a través del Derecho, pero el recorrido temporal nos ha permitido adquirir consciencia de que los instrumentos utilizados para tal fin han ido variando a lo largo del tiempo. Por ello, aunque la doctrina normalmente identifica una serie de elementos como imprescindibles para que podamos hablar de Estado de Derecho, en la práctica la configuración del ordenamiento jurídico puede variar en función del contexto histórico, político y social de cada Estado, sin perjuicio de que en la actualidad ciertos elementos sí sean recomendables, como ocurre con la desconcentración de poderes, con un mayor o menor refinamiento y con una u otra concreción.

El concepto dogmático del Estado de Derecho, cuyo fin es la limitación del poder, puede servir como base de los análisis teóricos, pero en la práctica para evaluar si las instituciones de 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. A su vez, sería imposible llevar a cabo este último análisis sin contar previamente con un concepto y abstracto -y de carácter dogmático- del Estado de Derecho, por lo que ambas concepciones -la teórica general y la tangible que resulta específica de cada Estado- tienen una relación muy íntima.

Incluimos un repaso de las adjetivaciones que el concepto de Estado de Derecho ha recibido a lo largo del tiempo: liberal, social, democrático y constitucional; y hacemos hincapié en que la combinación de dos o más de estas se produce no como una mera yuxtaposición de los elementos que las caracterizan, sino que, más bien, requiere una relativización que haga posible la convivencia a través de la recíproca adaptación de finalidades que de otra manera podrían llegar a ser opuestas, como ocurre con los adjetivos liberal -en su dimensión original de carácter eminentemente económico- y social. Asimismo, hemos de apuntar que la adjetivación liberal no se corresponde con la significación original que adquirió, en tanto la misma nació como la absoluta libertad económica para la burguesía, pero sin tener en cuenta sus posibles efectos de desigualdad socioeconómica, mientras que hoy en día el *liberalismo* se identifica con otros planteamientos en los que se pretende alcanzar la *igualdad en la libertad*, y no la mera libertad.

Especificamos que el concepto *democracia* puede ser entendido como *método*, cuando se incluyen en él los distintos procesos que le otorgan al sistema su apariencia democrática, como pueden ser la celebración de procesos electorales o la tramitación de las normas siguiendo los cauces parlamentarios previstos en la norma fundamental; pero también como *principio*, incluyendo, adicionalmente, una serie de contenidos sustantivos o axiológicos que se enfocan -principal, pero no exclusivamente- en la defensa de las minorías de los posibles abusos de la mera regla de la mayoría y en la consecución de igualdad -real y social- para todos. Más allá de la coincidencia de los fines del Estado *democrático* de Derecho, en su vertiente como principio, con los propios del Estado *social* de Derecho, debemos precisar que lo ideal es adoptar una aproximación integral del concepto de democracia, en la que se tengan en cuenta tanto los aspectos más formales como los elementos de carácter sustantivo.

En relación con la adjetivación *constitucional* del Estado de Derecho, concluimos que no tienen las mismas consecuencias la concepción *formal* de constitución, que únicamente exige que esta norma se autoproclame como suprema pero sin entrar a valorar si *de facto* esta regula las relaciones de poder en dicho sistema; y la concepción *material* o *sustantiva* de constitución, respecto de la cual también es preciso que se cumplan ciertas exigencias de carácter axiológico o valorativo y, como consecuencia, encierra en sí la necesidad de realizar un juicio evaluativo -y no meramente descriptivo- para concluir si una determinada norma es o no una constitución. Apostamos por la segunda consideración y, como resultado, 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.

Hemos apostado por una aproximación teleológica hacia el Estado de Derecho, pero no solo debemos considerar la teleología propia dicho concepto, sino que también hemos de atender a su componente sociológico, ya que las instituciones y normas jurídicas no solo aterrizan en el tiempo y el espacio, sino que, además,

son recibidas por personas que pueden aceptarlas -en mayor o menor grado- o rechazarlas. La concepción sociológica será complementaria respecto de las demás -formal, material y teleológica- y dotará así de una mayor complejidad y resistencia al concepto, dando como fruto un Estado de Derecho mucho mejor equipado para afrontar los ejercicios del poder a través de cauces informales o no institucionales.

En cuanto a las dificultades en la adaptación del concepto de Estado de Derecho a la estructura supraestatal de la Unión Europea, tratamos cuatro problemáticas: las dificultades derivadas de los cauces elegidos para su elaboración del nuevo concepto europeo; las 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; los óbices relacionados con la terminología empleada; y los conflictos que surgen de manera inevitable por la convivencia de diferentes estándares de Estado de Derecho en un mismo espacio.

Adicionalmente, hemos incluido la interpretación que hasta el surgimiento de los regímenes iliberales había realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la práctica, no ha sido elaborada una concepción supraestatal -propia- del Estado de Derecho, sino que se ha mantenido la concepción estatal, tal y como es comúnmente entendida por los Estados miembros, a través de las conocidas *tradiciones constitucionales comunes*. En cuanto a los principios que integran el Estado de Derecho de la Unión Europea, hemos de utilizar como fundamento la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, donde se hace referencia a los principios de separación de poderes, igualdad ante la ley, seguridad jurídica, legalidad e interdicción de la arbitrariedad del poder ejecutivo y el derecho a juicio justo ante un tribunal independiente y establecido por ley. No obstante, nos hemos centrado en el primero de ellos y en los subcomponentes que lo integran, pues es a través de estos como el Tribunal de Justicia lo ha desarrollado jurisprudencialmente, como ocurre con la exigencia de independencia judicial, que ha sido clave en los asuntos más recientes en relación con el iliberalismo de Hungría y Polonia. En este contexto nos hemos referido también a la *paradoja de Copenhague*, que se refiere a la inexistencia de mecanismos de garantía y control del cumplimiento de los valores fundamentales de la Unión Europea -recogidos en el art. 2 TUE- a partir del momento en que se produce la adhesión.

Por último, indicamos la relación simbiótica que mantienen el Estado de Derecho y el principio de confianza mutua. Como punto de partida se pone de manifiesto que la función principal del Derecho es generar confianza para permitir una vida social ordenada en un grado suficiente y, sobre esta premisa, afirmamos que la supremacía de las normas constitucionales es posible gracias a la ficción jurídica de creer -o fingir creer- que el Derecho es el soberano y que ni siquiera la razón política puede imponerse a lo que dispongan las normas jurídicas.

En el ámbito de la integración europea, cuya consecuencia fundamental consiste en que los Estados miembros renuncian parcialmente a la soberanía, concluimos

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. Al mismo tiempo la confianza mutua solo puede generarse si existe cierto grado de homogeneidad entre dichos Estados.

Si bien hay consenso en cuanto a la estrecha relación que existe entre ambos elementos, no ocurre lo mismo respecto de la naturaleza de dicha vinculación: mientras algunos autores entienden que es unidireccional, tanto en un sentido como en el otro, consideramos por nuestra parte que la misma es bidireccional, cualquier avance -o retroceso- que se dé respecto del Estado de Derecho o de la confianza mutua tendrá como consecuencia el desarrollo -o empeoramiento- del otro, y, por ende, hemos escogido el término *simbiótico* para referirnos a esta relación, en tanto sendos elementos, si bien distintos, establecen una asociación que los beneficia y que, a su vez, tiende hacia la coevolución.

En cuanto al sistema configurado 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. Una vez hemos concluido que entre el Estado de Derecho y el principio de confianza mutua hay un vínculo de naturaleza simbiótica, resulta evidente que para su correcto funcionamiento 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 Unión Europea y, en especial, de los derechos fundamentales.

La confianza parece estar quebrándose ante el surgimiento de los denominados *regímenes iliberales* en algunos de los Estados miembros y, por este motivo, hemos analizado en el siguiente capítulo la formación y las implicaciones que se derivan de este fenómeno.

IV. EL ILIBERALISMO

La tercera variable de nuestro análisis se corresponde con el surgimiento de los denominados *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 fundamentales de la CDFUE- por parte de los Estados miembros.

Para poder alcanzar una visión suficientemente profunda de este fenómeno que la doctrina habitualmente denomina *iliberalismo*, hemos dividido nuestro análisis en cuatro fases: primero, la caracterización general de los regímenes iliberales, incidiendo en las distintas terminologías empleadas por la literatura existente; tras ello, trataremos los motivos que pueden haber alentado el surgimiento de este tipo de modelos en el seno de la Unión Europea y, además, incluiremos un estudio de caso de los regímenes iliberales de Hungría y Polonia; acto seguido, confeccionaremos lo que hemos calificado como un *análisis crítico comparado*,

pues a través del mismo sintetizamos los caracteres comunes a ambos sistemas y elaboramos una suerte de pauta de comportamiento de los *iliberatismos* que sirva para identificar en el futuro el surgimiento de este tipo de regímenes; y, en cuarto lugar, expondremos las principales implicaciones del *iliberatismo* europeo sobre el principio de confianza mutua.

Comenzamos con una teorización general sobre distintos conceptos: el *poder*, como elemento dinámico y tendente a la concentración en un número cada vez más reducido de personas o de grupos, que escapa siempre a las limitaciones impuestas por el Estado de Derecho; los *autoritarismos tradicionales*, que están caracterizados por utilizar violencia extrema para alcanzar y consolidar el poder; los *autoritarismos de segunda generación*, que aprendieron sobre la necesidad de tener una apariencia de legalidad para alcanzar el poder; y los *autoritarismos sofisticados*, una vez han adquirido consciencia de que no solo es recomendable respetar la legalidad en su proceso de obtención del poder, sino que, además, deben respetar la misma -por lo menos en apariencia- a la hora de ejercerlo.

La forma en la 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.

El término *iliberatismo* 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 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 sobre los peligros que presenta el *iliberatismo*, cuya legitimidad y fortaleza derivan del hecho de que es razonablemente democrático, pero en la práctica su intención es la de desprestigiar la democracia misma, y, por lo tanto, afirmó tajantemente 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».

Más allá del *iliberatismo* 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. Hemos categorizado las distintas posturas de la doctrina en cinco grupos en función del punto de partida elegido: en primer lugar, aquellos que adjetivan la democracia; en segundo lugar, quienes realizan una adjetivación del constitucionalismo; en tercer lugar, los que se enfocan en el término autoritarismo y lo adjetivan; en cuarto lugar, quienes 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.

Los regímenes iliberales surgen democráticamente y, aunque en el plano formal siguen cumpliendo con la legalidad y/o constitucionalidad del sistema, un análisis sistémico -en el que se tengan en cuenta el contenido individual de las reformas y 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.

Sin embargo, debemos concretar las características de los regímenes iliberales en cada supuesto, ya que a través del análisis crítico comparado entre Hungría y Polonia hemos podido comprobar que los cauces empleados varían en función del contexto en el que nace y se desarrolla el *iliberalismo*. Incluso entre Estados miembros de la Unión Europea, que supuestamente tienen cierta homogeneidad, existen diferencias fundamentales en cuanto a los medios utilizados para llevar a cabo el viraje iliberal, derivadas del contexto existente en cada uno de ellos.

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 alcanzar la reforma. Como resultado, a pesar de que el objetivo perseguido por ambos sea el mismo, sus estrategias han sido distintas.

A diferencia de ocurrido 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 las *leyes cardinales*- como en el plano institucional, que ha tenido lugar a través de la captura de los distintos órganos para así colmarlos con los simpatizantes del régimen, logrando de esta manera que los dirigentes del régimen iliberal no abandonen jamás el poder.

Aunque el régimen iliberal polaco no ha conseguido realizar una reforma formal de la Constitución, sí 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.

La concepción tradicional del principio de confianza mutua supone la presunción cualificada de que los Estados miembros cumplen con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y, en especial, los derechos fundamentales de la CDFUE. No obstante, dicha presunción tiene visos de efectividad si los actores en juego -tanto los Estados miembros como las instituciones de la Unión Europea- se

comportan conforme a las reglas del juego, esto es, si con carácter general –y verdaderamente– cumplen con las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión Europea; sin perjuicio de que puedan darse desviaciones puntuales que pueden ser corregidas sin problema por el propio ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, darían fe de la efectividad del Estado de Derecho.

V. CONCLUSIONES: EL CAMBIO DE PARADIGMA

Al poner en común los tres ejes sobre los que ha girado nuestra investigación, podemos comprobar que se ha producido un verdadero cambio de paradigma.

Cada uno de ellos se interrelaciona tanto de manera directa como indirecta con los demás, provocando así un crecimiento exponencial de estas consecuencias: el surgimiento de los regímenes iliberales supone una quiebra en la confianza, pero esto es así porque los mecanismos de defensa de los valores europeos y, en especial, del Estado de Derecho, no resultan eficaces; si la defensa de estos valores fuera eficaz, el *iliberalismo* no pasaría de un incumplimiento puntual que, además, demostraría la efectividad de los mecanismos de garantía del sistema y serviría para reforzar la confianza; y los regímenes iliberales se han valido del principio de confianza mutua para evitar una mayor fiscalización en su actuación, así como del carácter eminentemente político de los instrumentos de garantía y defensa de los valores europeos para evitar verdaderas sanciones a pesar de la erosión de la democracia constitucional que se está produciendo en los mismos.

Ante esta situación, la Unión Europea y sus instituciones se han visto obligadas a llevar a cabo un proceso de sofisticación similar al que comentábamos respecto de los regímenes autoritarios.

En cuanto a los instrumentos que hemos analizado se encuentran los siguientes: el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea; los Mecanismos de Cooperación y Verificación; la fase precontenciosa del procedimiento de incumplimiento (arts. 258 a 260 TFUE); el Nuevo Marco de la UE para Reforzar el Estado de Derecho; los Diálogos e Informes sobre el Estado de Derecho; el Macrocondicionamiento de fondos y, en especial, 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; y el microcondicionamiento de fondos. Asimismo, hemos añadido un último subepígrafe dedicado a las propuestas doctrinales planteadas en la materia, así como hemos analizado los pros y contras de la evaluación del Estado de Derecho a través de elementos como los índices o las *checklists*.

Pero también hemos estudiado los cauces jurisdiccionales, poniendo el foco de atención en aquellos más pertinentes respecto del principio de confianza mutua, como el procedimiento de incumplimiento, desarrollados en los arts. 258 a 260 TFUE, las cuestiones prejudiciales establecidas en el art. 267 TFUE y el recurso

de anulación, contenido en el art. 263 TFUE, con la especialidad del art. 269 TFUE en relación con el procedimiento del art. 7 TUE.

En cuanto a 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 forma directa como de manera indirecta, dividimos nuestro análisis en elementos para facilitar la comprensión de los argumentos: 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 (con el inicio en el asunto ASJP, C-64/16); 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 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.

Si recuperamos el repaso cronológico incorporado y tenemos en cuenta el cariz de las intervenciones expuestas, podemos afirmar 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.

Se han creado nuevos instrumentos de defensa de los valores del artículo 2 TUE -como el Nuevo Marco para Reforzar el Estado de Derecho o el Reglamento de condicionamiento de fondos- y se han reconfigurado los ya existentes -como el artículo 7 TUE o los cauces jurisdiccionales, principalmente el mecanismo de remisión prejudicial y el procedimiento por incumplimiento- para dar respuesta a la necesidad de defender el Estado de Derecho. No obstante, hemos analizado la reacción de la Unión Europea desde una perspectiva crítica, esto es, desde el convencimiento de que el Estado de Derecho no puede protegerse mediante su vulneración, por lo que hemos evaluado estas nuevas iniciativas, principalmente, desde el punto de vista del principio de atribución de competencias y de la visión sistémica que el Tribunal de Justicia ha introducido en el marco de la evaluación de las deficiencias de corte iliberal.

Esta sofisticación en la respuesta de las instituciones europeas ha producido a modo de efecto colateral una transformación del principio de confianza mutua y, en concreto, del 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 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 en su conjunto y del sistema de recursos en relación con la protección de la dimensión subjetiva y, en tanto atañe a la arquitectura jurídica del sistema, optaremos por denominarla *estructural*.

En nuestra investigación es la dimensión estructural la que tiene protagonismo, en tanto el peligro asociado a los regímenes iliberales no reside en las posibles vulneraciones individuales -subjetivas- de los derechos fundamentales, sino en la erosión del sistema de pesos y contrapesos inherente al constitucionalismo, hasta el punto de que la concentración del poder es tal que, en supuestos clave, no existe ningún obstáculo a la actuación de los poderes constituidos y, por ende, se elimina *de facto* la supremacía normativa de la constitución.

La traducción de este contexto al sistema de las euroórdenes se corresponde con el desarrollo del doble juicio que fue introducido por el Tribunal de Justicia en el asunto *Aranyosi y Căldăraru* (C-404/15 y C-659/15 PPU), a través de otros más recientes como el caso de *Puig Gordi*, en el que se ha determinado que es necesario que se lleven a cabo las dos fases pese a la existencia de deficiencias sistémicas en el Estado de Derecho -y siempre que no se dé la constatación de las mismas a través del artículo 7.2 TUE- «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 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» (para. 114).

El Tribunal de Justicia se ha visto obligado a matizar las posibles externalidades de este doble juicio para evitar que los Estados miembros que experimentan una deriva iliberal se conviertan en un *paraíso criminal* en el cual todas las ODE sean rechazadas de manera automática. Así, además de las deficiencias sistémicas, considera que es necesario que en el supuesto concreto -subjetivamente- se

produzca el riesgo de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la persona afectada por la ODE, para conseguir que el funcionamiento del sistema de las euroórdenes únicamente se paralice en aquellos extremos en los que la sensibilidad política del asunto ponga en entredicho el respeto a los derechos de la persona objeto de la ODE de ser entregada a las autoridades judiciales de los Estados iliberales emisores.

Faltaría por ver si la declaración de vulneración del Estado de Derecho a través del Reglamento 2020/2092 -que según lo dispuesto en su articulado se limita a los efectos de dicho instrumento- puede ser utilizado como un fundamento más para la negativa a la ejecución de las euroórdenes emitidas por las autoridades judiciales de los Estados afectados por el mismo, como ha ocurrido en el caso de las resoluciones elaboradas en el marco del artículo 7.1 TUE, los documentos de la Comisión de Venecia o las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al respeto del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

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.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2022). «La defensa política de los valores constitucionales». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 37.

BARBER, N. W. (2013). «Self-Defence for Institutions». *Cambridge Law Journal*, 72(3), 558-577.

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.

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.

DOBSON, W. J. (2012). *The Dictator's Learning Curve*. Londres: Harvill Secker.

Gowder, P. (2016). *The Rule of Law in the Real World*. Cambridge: Cambridge University 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.

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.

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.

MORGENBESSER, L. (2020). *The Rise of Sophisticated Authoritarianism in Southeast Asia*. Cambridge: Cambridge University Press.

SADURSKI, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford University Press.

SCHEPPELE, K. L. (2013). «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.

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.

ZAKARIA, F. (1997). «The Rise of Illiberal Democracy». *Foreign Affairs*, 76(2).
