

## PARTE II: DERECHO PÚBLICO EN EUROPA

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas. ¿Cómo proteger los frenos y contrapesos en los Estados miembros de la Unión Europea?\*

*Armin von Bogdandy*

En este capítulo se estudian las reacciones europeas ante la desintegración de los frenos y contrapesos en los Estados miembros de la Unión Europea (UE), como el caso paradigmático de un problema europeo más amplio: las *deficiencias sistémicas*. Al respecto, se examina en primer lugar el marco normativo con sus diversas opciones institucionales y sus múltiples principios y argumentos constitucionales. A continuación, se definen las *deficiencias sistémicas* como una forma específica de ilegalidad y conflicto intersistémico. En la tercera parte se elabora un marco jurídico para coordinar la gama de instrumentos existentes para hacer frente a las *deficiencias sistémicas* y evaluar las medidas correspondientes adoptadas por la UE. La *competencia*, el *procedimiento*, los *estándares* y el *control* constituyen los bloques de construcción esenciales que deberían ayudar a Europa a hablar con una voz común y basada en principios. El artículo muestra

---

\* Traducido del inglés por David Geng. Me gustaría agradecer a Frank Hoffmeister, así como a la *Dienstagrunde*, en particular a Michael Ioannidis, Laura Hering, Giacomo Ruge, Matthias Schmidt y Dimitri Spieker por su valiosa crítica y apoyo. Una versión anterior en alemán se ha publicado en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Para esta versión en español agradezco los comentarios de Mariela Morales Antoniazzi y Zulima Sánchez Sánchez.

cómo se pueden trazar líneas rojas que respeten el pluralismo constitucional, y cómo la legitimidad de cualquier acción se ve reforzada al ser compartida entre muchas instituciones. Estas ideas también podrían ser pertinentes para otros casos de deficiencias sistémicas.

## 1. DOCTRINA JURÍDICA EN AGUAS TURBULENTAS

En 2007, los países firmantes del Tratado de Lisboa elevaron a la categoría de *valores* europeos los antiguos *principios fundamentales* del Tratado de la Unión Europea, dejando salir del mundo “meramente” jurídico los conceptos de dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y protección de los derechos humanos. Se han postulado como orientaciones normativas ampliamente compartidas y profundamente arraigadas, formando así los verdaderos fundamentos de la casa común europea. Este paso probablemente tenía por objetivo alumbrar una nueva fuente de legitimidad y estabilidad.<sup>1</sup>

Hoy, sin embargo, sustenta una percepción de crisis profunda: al parecer, los débiles o controvertidos valores fundamentales fácilmente pueden sacudir la casa entera. La unión de los valores es quizás tan inestable como la propia Unión, siendo múltiples los desafíos a los que se enfrentan sus valores, como la desatención generalizada del derecho europeo de las personas refugiadas,<sup>2</sup> el trato inhumano de las personas detenidas,<sup>3</sup> las instituciones corruptas o débiles,<sup>4</sup> o el socavamiento del sistema interno de frenos y contrapesos. Este último punto representa el centro del estudio,

---

<sup>1</sup> Mandry, *Europa als Wertegemeinschaft. Eine theologisch-ethische Studie zum politischen Selbstverständnis der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 269, p. 55 y ss.

<sup>2</sup> Comentarios editoriales, “The Rule of Law in the Union, the Rule of Union Law and the Rule of Law by the Union: Three interrelated problems”, *CML Rev.*, vol. 53, 2016, pp. 597-606, en p. 597.

<sup>3</sup> TJUE, Asunto C-404/15, *Aranyosi y Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198.

<sup>4</sup> Bogdandy e Ioannidis, “Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done”, *CML Rev.*, vol. 51, 2014, pp. 59-96.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

con el fin de desarrollar un marco jurídico común para dar una respuesta común europea. Ello permitiría reunir las posibles acciones bajo una panoplia de instrumentos con una postura común y única, de principios y, por tanto, dotada de mayor autoridad.<sup>5</sup>

En la actualidad, la atención se enfoca principalmente en las medidas tomadas por los Estados miembros que interfieren con las instituciones independientes y, por tanto, según preocupaciones generalizadas, las debilitan de manera crítica.<sup>6</sup> El propio sistema de frenos y contrapesos internos se ve perjudicado, y con él los mecanismos de cambio democrático. El caso más destacado es la modificación en la organización del poder judicial polaco desde 2015,<sup>7</sup> aunque los desarrollos polacos no son aislados y se pueden observar acontecimientos similares en otros Estados miembros de la UE, en particular en Hungría.<sup>8</sup> Si bien los debates suelen centrarse en el valor del Estado de derecho, también están en juego el respeto de los derechos humanos y la democracia.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Sobre esta necesidad véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Refuerzo del Estado de derecho en la Unión. Propuesta de actuación, COM/2019/343 final, pp. 16 y 19.

<sup>6</sup> Para un análisis detallado, poniendo mucha responsabilidad en el Occidente, Kosar, Baros, Dufek, “The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism”, *EuConst*, vol. 15, 2019, pp. 427-461.

<sup>7</sup> Véase la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia, COM (2017) 835 final, párrs. 6 y ss.; Sadurski, *Poland’s Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 303.

<sup>8</sup> Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el art. 7, apdo. 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, 2017/2131(INL); Halmai, “Illiberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective”, en Kadelbach (coord.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, Nomos, 2018, pp. 85-104, en p. 85.

<sup>9</sup> Sobre la relación ‘co-constitutiva’ de la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales, véase Habermas, *Faktizität und Geltung*, Berlín, Suhrkamp, 1992, p. 667, en p. 109 y ss. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de

En este sentido, cabe destacar que la ciencia política caracteriza tales medidas cómo autoritarias, es decir, no democráticas.<sup>10</sup>

Estas características presentan las deficiencias sistémicas más críticas hasta el momento, porque colocan al constitucionalismo europeo frente a una decisión difícil:<sup>11</sup> la determinación de si sus valores *rechazan* o *abarcan* “democracias iliberales”. Ello en razón de que los valores consagrados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) están acuñados por las tradiciones constitucionales de *todos* los Estados miembros.<sup>12</sup> Si la Unión Europea y sus Estados miembros no se diferencian de las “democracias iliberales”, es decir, los ordenamientos constitucionales con muy pocos controles operativos y equilibrios de fuerzas frente a una mayoría gobernante bajo un líder poderoso, pasarán a formar parte del pluralismo constitucional europeo e incluso moldearán los valores europeos, presagiando el fin de la actual autocomprensión de la Unión. Lo que hoy todavía puede ser calificado como una deficiencia sistémica tendría que ser aceptado como la normalidad del mañana. Probablemente al percibir tal peligro, las instituciones claves europeas se han dedicado a defender los valores.<sup>13</sup> De hecho, la Comisión parece ahora estar comprometida a tomar medidas siempre,<sup>14</sup> lo que implica tam-

---

la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de derecho en los Estados miembros, COM (2018) 324 final, cdo. 3.

<sup>10</sup> Merkel, “Vergleich politischer Systeme: Demokratien und Autokratien”, en Schmidt, Wolf y Wurster (coords.), *Studienbuch Politikwissenschaft*, Wiesbaden, Springer, 2013, pp. 207-237, en p. 223 y ss.

<sup>11</sup> Martín y Perez de Nanclares, “La Unión europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de derecho”, *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 43, 2019, pp. 121-159, en p. 126 y ss.

<sup>12</sup> Voßkuhle, *The idea of the European community of values*, Colonia, Verlag der Buchhandlung Klaus Bittner, 2018, p. 110; Levits, “Die Europäische Union als Wertegemeinschaft”, en Jaeger, Thomas (coord.), *Europa 4.0*, Vienna, Jan Sramek Verlag KG, 2018, p. 252; Calliess, “The Transnationalization of Values by European Law”, *GLJ*, núm. 10, 2009, pp. 1367-1378.

<sup>13</sup> Véase el reciente resumen de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Reforzar en consecuencia el Estado de derecho en la Unión, *Situación y posibles próximas etapas*, COM/2019/163 final.

<sup>14</sup> COM/2019/343 final, *op. cit.* (n. 5), p. 16.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

bién un considerable desarrollo constitucional, a saber, dar la posibilidad al constitucionalismo europeo de reforzar su perfil e incluso evolucionar hacia una democracia militante.<sup>15</sup>

El marco jurídico de las acciones europeas contra las medidas que socavan los frenos y contrapesos nacionales está lejos de ser un pasatiempo doctrinal.<sup>16</sup> En primer lugar, se exige una coordinación distinta, porque para sustentar y defender los valores de la Unión se necesita una reacción clara y unívoca que gane autoridad de los numerosos actores europeos. En segundo lugar, la legalidad y la legitimidad de las acciones europeas pertinentes se encuentran en un terreno incierto y muy discutido. El propio servicio jurídico del Consejo considera inadmisibile uno de los instrumentos de la Comisión Europea.<sup>17</sup> Algunas voces, entre ellas el Parlamento Europeo, estiman que las acciones europeas son demasiado unilaterales.<sup>18</sup> Otras acusan a la Unión de aplicar un doble estándar, pues ni ella misma cumple con los valores que está exigiendo a sus miembros.<sup>19</sup> Por eso algunos sostienen que la Comisión Europea generalmente puede calificarse como “inadecuada” para ser la guardiana de la democracia liberal.<sup>20</sup> Los

---

<sup>15</sup> Hoffmeister, “Die Werteunion: Anspruch und Wirklichkeit”, en Ludwigs, Markus y Schmahl, Stefanie (coords.), *Die EU zwischen Niedergang und Neugründung - Wege aus der Polykrise*, Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 21-54.

<sup>16</sup> Sobre el debate Bonelli, “From a Community of law to a Union of values”, *EuConst*, vol. 13, 2017, pp. 793-816.

<sup>17</sup> Consejo, Servicio Jurídico, Comunicación de la Comisión sobre un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de derecho: compatibilidad con los Tratados, 10296/14.

<sup>18</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre la necesidad de un mecanismo global para la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales, 2018/2886(RSP), considerando (K); Franzius, “Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn”, *Die Öffentliche Verwaltung*, vol. 71, 2018, pp. 381-389, en pp. 382 y 386.

<sup>19</sup> Weiler, “Epilogue: living in a glass house: Europe, democracy and the rule of law”, en Closa, y Kochenov (coords.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 313- 326.

<sup>20</sup> Schorkopf, “Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?”, *EuR*, núm. 52, 2016, p. 159; Janse, “Is the European Commission a credible

representantes de Polonia han declarado que las acciones europeas contra su modificación de la judicatura son ilegítimas, y quizás incluso nulas y sin efecto.<sup>21</sup> Como respuesta, se han iniciado procedimientos contra los jueces polacos que tratan de defender su independencia mediante el procedimiento de decisión prejudicial.<sup>22</sup>

Por otro lado, las disputas sobre valores europeos se vuelven particularmente intensas con gran facilidad.<sup>23</sup> El embajador polaco en Berlín dijo que Polonia respetará todos los valores europeos, pero que “[...] el problema es su interpretación, y que Bruselas está demasiado influenciada por la ideología. Por una ideología liberal de izquierda”.<sup>24</sup> En términos similares, Viktor Orbán explicó su rechazo a la nominación de Frans Timmermans como presidente de la Comisión: “[...] es un guerrero ideológico que no acepta la diversidad, que no tolera las opiniones que difieren de las suyas y de la democracia liberal, y que quiere imponer su propia concepción a todos los Estados miembros de la UE”.<sup>25</sup>

---

guardian of the values?: A revisionist account of the Copenhagen political criteria during the Big Bang enlargement”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, 2019, pp. 43-65, en p. 43.

<sup>21</sup> Véase la declaración del primer ministro polaco, Mateusz Morawiecki, citado por Steinbeis, “The Deed, not the Doer”, *Verfassungsblog*, 2018, <https://verfassungsblog.de/the-deed-not-the-doer/>; el vicepresidente del Tribunal Constitucional de Polonia ha anunciado que consideraría ilegítimo cualquier fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra Polonia, véase Muszyński, “Polski Trybunał w unijnej rzeczywistości”, *Rzeczpospolita*, 22 de marzo de 2018, [www.rp.pl/Opinie/303229983-Polski-Trybunał-w-unijnej-rzeczywistosci---Mariusz-Muszynski-o-mocy-wyrokow-TSUE-w-Polsce.html](http://www.rp.pl/Opinie/303229983-Polski-Trybunał-w-unijnej-rzeczywistosci---Mariusz-Muszynski-o-mocy-wyrokow-TSUE-w-Polsce.html).

<sup>22</sup> Véase THEMIS, Posición de la Asociación de Jueces, “Themis”, en relación con las medidas disciplinarias contra los autores de las cuestiones prejudiciales, 15 de diciembre de 2018, <http://themis-sedziowie.eu/materials-in-english/position-of-the-association-of-judges-themis-in-connection-with-the-disciplinary-actions-against-the-authors-of-the-questions-referred-for-preliminary-rulings/>.

<sup>23</sup> Weber, *Wissenschaft als Beruf*, 2a. ed., Múnich, Duncker & Humblot, 1921, p. 37, en p. 27; Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, 3a. ed. corregida, Epílogo de Christoph Schönberger, Berlín, Duncker & Humblot, 2011, p. 48 y ss.

<sup>24</sup> Citado según Voßkuhle, *op. cit.* (n. 12), p. 17.

<sup>25</sup> Comunicado de prensa, “They want to make Soros’s man the President of the Commission”, 2 de julio de 2019, [www.kormany.hu/en/the-prime](http://www.kormany.hu/en/the-prime)

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

Esta escalada es más relevante debido a que los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros están estrechamente conectados y dependen en gran medida unos de otros,<sup>26</sup> como ha demostrado recientemente el *Brexit*. En este clima, la doctrina jurídica puede contribuir a apaciguar y racionalizar estas disputas.<sup>27</sup>

En este contexto, en este capítulo se examinará en primer lugar el marco normativo con sus diversas opciones institucionales y sus múltiples principios y argumentos constitucionales (2). Tras ello se desplegarán las características compartidas de las acciones de *deficiencia sistémica* y el conflicto específico que producen (3). A continuación, en la tercera parte se presentará la panoplia de instrumentos (4.1) y se desarrollará un marco jurídico para su coordinación, así como para la evaluación de cualquier medida que toma la Unión. Siendo los componentes básicos la *competencia*, el *procedimiento*, los *estándares* y el *control* (4.2 a 4.5). Al mismo tiempo, la contribución se opone a un exceso normativo que puede encontrarse en algunos documentos de la Comisión.<sup>28</sup>

## 2. ANÁLISIS PRELIMINAR

### 2.1. Premisa y opciones básicas

Al pertenecer al espacio jurídico europeo, todas las instituciones públicas están obligadas a respetar sus valores fundamentales. Los ordenamientos jurídicos que constituyen este espacio se han comprometido mutuamente a un núcleo constitucional

---

*minister/news/they-want-to-make-soros-s-man-the-president-of-the-commissio.*

<sup>26</sup> Esto es sabiduría común, véase Röben, “Constitutionalism of Inverse Hierarchy: The Case of the European Union”, Jean Monnet Working Paper 8/03, 2003; Maduro, “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action”, en Walker (coord.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 501-537.

<sup>27</sup> Bernstorff, “International legal scholarship as a cooling medium in international law and politics”, *European Journal of International Law*, vol. 24, 2014, pp. 977-990.

<sup>28</sup> Véase, en particular, COM/2019/163 final, *op. cit.* (n. 13), p. 1.



## ARMIN VON BOGDANDY

---

común.<sup>29</sup> Esto se expresa con mayor claridad en los artículos 2, 7 y 49 del TUE, pero también en los derechos constitucionales nacionales se encuentran requisitos similares.<sup>30</sup> Estos se complementan con el derecho internacional en la materia, especialmente con el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, así como con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Dado el pluralismo constitucional europeo, estos requisitos no pueden ser idénticos; sin embargo, al no considerar la posible aportación de los Estados miembros “iliberales”, sí coinciden en gran parte.<sup>31</sup>

Al mismo tiempo, no está claro si las instituciones públicas deben defender estos valores fundamentales desde fuera y cómo deben hacerlo. El artículo 7 del TUE, que estipula mecanismos específicos, es también discrecional: la Unión “puede”, pero no está obligada a defender los valores europeos frente a sus Estados miembros.<sup>32</sup> En el mismo sentido, el resto de instrumentos deja un amplio margen<sup>33</sup> Por ello, cualquier posicionamiento de los principios pertinentes requiere considerar las diversas opciones.

Desde la perspectiva del derecho de la Unión, una primera opción es evitar cualquier conflicto, y no hacer nada. Asimismo, la Unión Europea podría —con optimismo liberal— confiar en los poderes de autocorrección del constitucionalismo liberal o dejar el asunto en manos de los instrumentos establecidos por

---

<sup>29</sup> En detalle véase Bogdandy, “Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, 2014, pp. 980-1007.

<sup>30</sup> Para un buen ejemplo, véase *The Minister for Justice and Equality vs. Celmer*, 2018, IEHC 119.

<sup>31</sup> Conclusiones del abogado general Cruz Villalón en TJUE, Asunto C-62/14, *Gauweiler y otros*, ECLI:EU:C:2015:7, apdo. 61.

<sup>32</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea - Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión, COM (2003) 606 final, p. 6; Ruffert, “Art. 7 EUV”, en Calliess y Ruffert (coords.), *EUV/AEUV*, 5a. ed., 2016, pp. 166-174, párr. 8.

<sup>33</sup> No obstante, también puede haber constelaciones en las que existe el deber de actuar, Huber, “Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis”, *Der Staat*, vol. 56, 2017, pp. 389-414, en p. 389.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

el Consejo de Europa (decisiones del TEDH, dictámenes de la Comisión de Venecia, resoluciones del Consejo de Ministros o de la Asamblea Parlamentaria), reconociendo así la función especial del Consejo en cuanto a las cuestiones de derecho constitucional de los Estados miembros;<sup>34</sup> sin embargo, estas instituciones manejan instrumentos bastante débiles. Otra opción es la acción de los propios Estados miembros, ya sea colectivamente, como en el caso de las sanciones contra Austria<sup>35</sup> o, individualmente, por ejemplo, mediante la denegación de la cooperación judicial al Estado miembro en cuestión o mediante la aplicación del artículo 259 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).<sup>36</sup> No obstante, tales acciones tienen el potencial de resucitar viejos fantasmas de conflictos bilaterales<sup>37</sup> y recordando el caso de Austria, tampoco han tenido mucho éxito. Entonces si la Unión decide actuar y quiere evitar la discusión altamente conflictiva sobre los valores, podría adherirse al ámbito “ordinario” establecido por el derecho de la Unión. Fue en este sentido como la Comisión actuó contra Hungría: llevó, sin mucho éxito, el desempoderamiento del poder judicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como una discriminación inadmisibles de los jueces por motivos de edad en virtud de la Directiva 2000/78 contra la discriminación.<sup>38</sup> Por tanto, todo parece apuntar hacia una defensa abierta de los valores de la UE por parte de sus instituciones, utilizando, entre otras cosas, el artículo 7 del TUE, el

---

<sup>34</sup> Tuori, “From Copenhagen to Venice”, en Closa y Kochenov (coords.), *op. cit.* (n. 19), pp. 225-246, en p. 237.

<sup>35</sup> Sobre esta temática Ahtisaari, Frowein, Oreja, *Report on the commitment of the Austrian Government to the common European values, adopted in Paris on 8 September 2000*, párr. 116; Lachmayer, “Questioning the Basic Values—Austria and Jörg Haider”, en Jabak y Kochenov (coords.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 436-455.

<sup>36</sup> Kochenov, “Biting intergouvernementalism: The case for the reinvention of Article 259 TFEU to make it a viable Rule of Law enforcement tool”, *HJRL*, vol. 7, 2015, pp. 153-174, en p. 153.

<sup>37</sup> Müller, “Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?”, *ELJ*, vol. 21, 2015, pp. 141-160, en p. 145.

<sup>38</sup> TJUE, Asunto C-286/12 *Comisión v. Hungría*, ECLI:EU:C:2012:687, apdo. 24 y ss.; crítico Halmai, “The Early Retirement Age of the Hungarian Judges”, en Nicola y Davies (coords.), *EU Law Stories*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 471.

Marco del Estado de derecho de la Comisión o los procedimientos judiciales.<sup>39</sup>

## 2.2. Razones a favor de la defensa

Al considerar la defensa de los referidos valores, las instituciones de la UE deben tener una idea nítida de los fundamentos constitucionales aplicables que sugieren tanto la acción como la cautela. Entre los fundamentos jurídicos que abogan por la defensa de los valores de la Unión, tres parecen tener una relevancia particular: la autocomprensión europea como comunidad de valores, la ciudadanía de la Unión y el principio de confianza mutua.<sup>40</sup>

Una primera razón para que la Unión defienda sus valores resulta de la concepción misma de su autocomprensión, estipulada en los Tratados Fundacionales, como un proyecto de paz liberal-democrático. Según el artículo 2 del TUE, la Unión se ha “fundado” sobre el respeto de estos valores, que no solo se aplica a las instituciones supranacionales de la Unión, sino también a sus Estados miembros. El mismo artículo expresa las normas para *cualquier* acción pública en el espacio jurídico europeo. Además, el respeto y la promoción de estos valores son los requisitos fundamentales para la adhesión, como se estipula en el artículo 49 del TUE. El término “valor” subraya el carácter de estos principios como fundamento normativo supremo y definitivo.<sup>41</sup> En el artículo 2 del TUE, todos los Estados miembros declaran quiénes son y qué representan; articulan la lógica subyacente de su práctica institucional y las convicciones morales de su ciudadanía, en resumen, posiciona la autocomprensión de la Unión como una auténtica comunidad de valores.

---

<sup>39</sup> En detalle, véase punto 4.1.

<sup>40</sup> Sobre los fundamentos jurídicos de la intervención Closa, Kochenov, Weiler, “Reinforcing Rule Of Law Oversight In The European Union”, *EU Working Paper RSCAS 2014/25*, 2014, pp. 5-7; Hillion, “Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means”, en Closa y Kochenov (coords.), *op. cit.* (n. 19), pp. 59-81, en pp. 60-64.

<sup>41</sup> Luhmann, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, C.F. Müller, 1993, p. 32, en p. 19. *Cfr.*, también Habermas, *op. cit.* (n. 9), p. 311 y ss.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

A la luz de las pruebas fehacientes de que diversas medidas de los Estados miembros violan los valores europeos, un silencio de esta región hablaría por sí solo. Pondría en cuestión a esta misma comunidad: su base axiológica común aparecería como una ilusión infundada o como un fundamento que incluye sistemas constitucionales con muy pocos controles operativos sobre el ejecutivo. En ambos casos, la autocomprensión cultivada hasta ahora difícilmente resultaría sostenible. La Unión se enfrentaría a una grave crisis de identidad.

En respuesta a ese desafío, la Comisión y el TJUE están dando peso al artículo 2 del TUE, que hoy en día representa mucho más que la “iconografía constitucional”.<sup>42</sup> Con el Dictamen 2/13,<sup>43</sup> *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*,<sup>44</sup> *Achmea*,<sup>45</sup> *L.M.*,<sup>46</sup> y *Wightman*,<sup>47</sup> el TJUE ha complementado la lógica funcional anteriormente dominante del derecho de la Unión con una axiológica. Hoy en día, los “valores” ocupan un lugar tan destacado como la “aplicación uniforme” y el efecto útil en la jurisprudencia constitucional del TJUE. Reconociendo a la Unión Europea como una auténtica “Unión de valores”, el Tribunal posiciona sus propios fundamentos frente a los desafíos sin precedentes de algunos Estados miembros. Estas decisiones constituyen un verdadero paso al frente hacia una “Unión de valores” y están a la par de la jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal en los casos *van Gend en Loos* y *Costa/ENEL*. Este giro podría convertirse en el desarrollo característico de la presidencia de Koen Lenaerts.

Otro fundamento legal resulta del propio mandato de la Unión de proteger a todas las personas en el espacio jurídico eu-

---

<sup>42</sup> Para tomar prestada una expresión, J.H.H. Weiler, “On the power of the Word: Europe’s constitutional iconography”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 173-190.

<sup>43</sup> TJUE, Dictamen 2/13, *Adhesión de la UE al CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454, apdo. 168.

<sup>44</sup> TJUE, Asunto C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, apdos. 30-32.

<sup>45</sup> TJUE, Asunto C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, apdo. 34.

<sup>46</sup> TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2018:586, apdos. 35, 48 y 50.

<sup>47</sup> TJUE, Asunto C-621/18, *Wightman*, EU:C:2018:999, apdos. 62-63.

## ARMIN VON BOGDANDY

---

ropeo. Esto incluye apoyar a la ciudadanía polaca contra su propio gobierno, defendiendo la esencia de sus derechos como está consagrada en el artículo 2 del TUE.<sup>48</sup> La medida de la Unión contra Polonia es importante no solo a nivel normativo, sino también a nivel cognitivo<sup>49</sup> ya que desmiente la suposición de que toda la ciudadanía polaca está del lado de la mayoría gobernante. De hecho, gran parte lucha por la democracia liberal en su país. Al hacerlo, se refieren a menudo a su condición de ciudadanos y ciudadanas de la Unión, como lo demuestra la bandera europea que acompaña las manifestaciones críticas con el gobierno. Para la ciudadanía de la Unión, este podría ser un momento histórico al adquirir un peso político real.

Una tercera razón para que la Unión defienda sus valores es el principio de confianza mutua. En la sentencia *L.M. (Deficiencias del sistema judicial)*, el TJUE ha dejado claro que medidas como las polacas ponen en peligro la estructura fundamental de la Unión ya que socavan la confianza mutua, sin la cual las esferas vitales de la cooperación europea dejan de funcionar.<sup>50</sup> El principio de confianza mutua establece que todos los Estados miembros *deben confiar* en que todos los demás respetan el derecho de la Unión y, sobre todo, sus derechos fundamentales.<sup>51</sup> El *statu quo* de la integración difícilmente puede mantenerse sin la confianza mutua,<sup>52</sup> pero esta requiere la defensa de los valores en los que se

---

<sup>48</sup> Franzius, *op. cit.* (n. 18), p. 384.

<sup>49</sup> Mälksoo, “The Memory Politics of Becoming European: The East European Subalterns and the Collective Memory of Europe”, *European Journal of International Relations*, vol. 15, 2009, pp. 653-680.

<sup>50</sup> TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46), apdo. 35; En detalle, Regan, “The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2018, pp. 231-247, en p. 231.

<sup>51</sup> TJUE, Dictamen 2/13, *Adhesión de la UE al CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454, apdo. 191; Lenaerts, “La vie après l’avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust”, *CML Rev.*, vol. 54, 2017, pp. 805-840.

<sup>52</sup> TJUE, Asunto C-411/10, *N.S. y otros*, ECLI:EU:C:2011:865, apdo. 83; en detalle von Bogdandy, “Ways to frame the European Rule of Law: Rechts-gemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace”, *EuConst*, vol. 14, 2018, pp. 675-699.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

basa<sup>53</sup> por lo que es inaceptable encogerse de hombros y proclamar que “nadie es perfecto”.<sup>54</sup>

### 2.3. Razones a favor de la discreción

Al mismo tiempo, argumentos poderosos sugieren mucha discreción. Los titubeos de la Unión, en particular del Consejo Europeo, no deben ser malinterpretados como mero oportunismo.<sup>55</sup> Una de las razones se relaciona con el binomio de la democracia y la identidad nacional. Si bien el artículo 2 del TUE menciona la democracia como un valor fundamental, el artículo 4, apartado 2, protege las “identidades nacionales, inherentes a sus estructuras fundamentales, políticas y constitucionales” de los Estados miembros. Si una mayoría gobernante elegida democráticamente modifica estas estructuras políticas y constitucionales fundamentales —ámbito más “sagrado” de la soberanía nacional— hay buenas razones para suponer que la Unión u otros Estados miembros solo deben intervenir en casos extremos. No cabe duda de que el gobierno polaco ha sido elegido democráticamente y, por tanto, goza de legitimidad democrática. Además, la situación en Polonia, e incluso en Hungría, es mucho menos grave que la de Rusia o Turquía.<sup>56</sup> La comprensión de los valores de la Unión de manera exacta crearía fácilmente la necesidad de intervenir en muchos Estados miembros, lo cual apenas puede ser la intención del TUE.

En este sentido, la “hegemonía” de los valores del artículo 2 TUE podría poner en peligro el pluralismo constitucional europeo.<sup>57</sup> La diversidad de las constituciones de los Estados

---

<sup>53</sup> Véase Lenaerts *op. cit.* (n. 51).

<sup>54</sup> Esto ha sido una declaración de la presidenta electa Ursula von der Leyen, “Streit um die Rechtsstaatlichkeit – Von der Leyen will auf Staaten Mittel- und Osteuropas zugehen”, *Süddeutsche Zeitung*, 18 de julio de 2019.

<sup>55</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Kochenov y Pech, “Better Late than Never? On the European Commission’s Rule of Law Framework and its First Activation”, *JCMS*, vol. 54, 2016, pp. 1062-1074, en p. 1062.

<sup>56</sup> Weiler, *op. cit.* (n. 19), p. 314.

<sup>57</sup> Walker, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 317-359; Halberstam, “Constitutional Heterarchy: The Cen-

miembros, protegidas por el derecho de la Unión, es enorme: tribunales constitucionales fuertes, débiles o carentes, grados de autoorganización judicial notablemente diferentes y contenido y grado de protección de los derechos fundamentales considerablemente divergentes, pero también repúblicas y monarquías, sistemas parlamentarios y semipresidencialistas, parlamentos fuertes y débiles, las democracias de modelo Westminster y las constitucionales, las democracias con estructuras de partidos fuertes o débiles, con instituciones sociales fuertes o débiles, órdenes unitarios o federales, sin olvidar las tradiciones constitucionales anarcosindicalistas, católicas, cívicas, laicas, otomanas, postcoloniales, protestantes, socialistas o estatistas. Todos estos elementos juegan un papel en los diversos sistemas de frenos y contrapesos,<sup>58</sup> por lo que la diversidad europea es especialmente expresada cuando se trata de esta característica básica de todo orden constitucional. Desarrollar los valores del artículo 2 del TUE, mediante su interpretación y aplicación en casos concretos, a una especie de ADN de cómo establecer frenos y contrapesos a la autoridad pública en el espacio jurídico europeo sería incompatible con esta diversidad. Sin embargo, la Comisión parece convencida de que el valor del Estado de derecho europeo se ha condensado en normas que permiten una aplicación dura y rápida,<sup>59</sup> que se asemeja mucho a la problemática “hegemonización” de los valores fundacionales.

Otro argumento basado en principios es la consideración de no poner en peligro la Unión. Los artículos 1 y 3 del TUE encomiendan a la Unión el desarrollo de políticas que garanticen el bienestar de su ciudadanía. Cualquier intento de forzar un gobierno elegido bajo una Constitución común puede fácilmente

---

trality of Conflict in the European Union and the United States”, en Dunoff y Trachtman (coords.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 326-355.

<sup>58</sup> Utilizo el concepto de “frenos y contrapesos” en lugar de la “separación de poderes”, porque el primero es más amplio, e incluye todas las características que se acaban de mencionar, véase Ackerman, Desierto y Volosin, “Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Checks and Balances in Argentina and Philippines”, *Berkeley J. Int'l L.*, vol. 29, 2011, pp. 246-333.

<sup>59</sup> COM/2019/163 final, *op. cit.* (n. 13), en p. 1.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

resultar en conflictos explosivos, incluso pueden poner en peligro la propia Constitución.<sup>60</sup> Así lo consideran algunos autores con respecto a la escalada provocada por las acciones del Gobierno central del Estado español contra el Gobierno autonómico de Cataluña.<sup>61</sup> Y Las acciones europeas contra la actual mayoría gobernante en Polonia carecen incluso de importantes recursos que, por el contrario, sí apoyaron al Gobierno central español frente al catalán: un claro mandato democrático, una conciencia nacional desarrollada y el duro instrumento de la ejecución federal. Parece posible que una defensa europea de los valores pueda fracasar, lo que podría infligir un daño duradero a la autoridad de la Unión y demostrar la fragilidad de los fundamentos de la casa común europea. Ciertamente, la Unión no está construida para ese conflicto: desde su “momento constitucional” de superar el “asiento vacío” francés, la búsqueda de consenso ha sido clave para su funcionamiento.<sup>62</sup>

Pero también el éxito podría sumir a la Unión en serios problemas, pues si esta prevalece sobre el militante gobierno polaco, esto implicaría una enorme prueba de poder. La Unión ganaría considerablemente en estatura frente a sus Estados miembros si lograra transformar sus instrumentos, considerados hasta ahora bastante ineficaces, en una especie de ejecución federal eficaz.<sup>63</sup> Esa ganancia de poder podría considerarse *ultra vires* y causar un *backlash* de muchos Estados miembros, lo que igual podría poner en peligro a la Unión.

Resumiendo todas las razones anteriores, se recomienda una defensa vigorosa, pero limitada, en la cual las instituciones de la Unión Europea solo deban intervenir para proteger los valo-

---

<sup>60</sup> El federalismo comparativo es instructivo a este respecto, Möllers y Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2018, p. 5 y ss.

<sup>61</sup> García Morales, “Federal execution, Article 155 of the Spanish Constitution and the crisis in Catalonia”, *ZöR*, vol. 73, 2018, pp. 791-830, en p. 791.

<sup>62</sup> Van Middelaar, *Vom Kontinent zur Union. Gegenwart und Geschichte des vereinten Europa*, Berlín, Suhrkamp, 2016, pp. 41 y ss. y p. 120.

<sup>63</sup> El cumplimiento por parte de Polonia de las medidas cautelares ordenadas por el TJUE en Asunto C-619/18, *Comisión Europea contra República de Polonia*, con respecto al Tribunal Supremo, podría ser un indicio.



res de la Unión cuando los mecanismos internos están fallando y únicamente en situaciones graves. No menos importante es que, cualquier intervención tiene que ser llevada a cabo de una manera que respete claramente los valores de la propia Unión. Esto se traduce en que la acción europea se concentre en las *deficiencias sistémicas*, es decir, en una forma específica de ilegalidad y conflicto intersistémico.

### 3. ¿QUÉ ES LA DEFICIENCIA SISTÉMICA?

Al explorar el término “deficiencia sistémica”, este debería contribuir a mejorar el diseño de los correspondientes instrumentos jurídicos. El término ya está bien establecido en el espacio jurídico europeo<sup>64</sup> y muchas instituciones lo utilizan (o conceptos relacionados como *deficiencias estructurales*, *deficiencias generalizadas o problemas de funcionamiento*)<sup>65</sup> para identificar situaciones de tal gravedad que otros ordenamientos jurídicos debieran preocuparse por los valores en juego. Estas situaciones incluyen, aparte de las medidas que socavan el sistema interno de frenos y contrapesos, la inaplicación generalizada de la legislación europea sobre personas refugiadas, el trato inhumano de grupos de personas e instituciones débiles o corruptas.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> El término *deficiencia sistémica* no es en absoluto exclusivo de la UE. El TEDH lo utiliza para justificar su procedimiento de sentencia piloto, véase TEDH, *Glykantzí vs. Grecia*, sentencia de 30 de octubre de 2012, Req. núm. 40150/09. En el sistema de las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos puede suspender la membresía en caso de violaciones sistemáticas, Resolución adoptada por la Asamblea General el 15 de marzo de 2006 (A/RES/60/251).

<sup>65</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de derecho, COM (2014) 158 final; COM (2018) 324 final, *op. cit.* (n. 9); Reglamento (UE) 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido) (2013) OJ L180/31, art. 3.

<sup>66</sup> Esta sección se basa en Bogdandy e Ioannidis, *op. cit.* (n. 4), pp. 59, 63 y ss. Esa contribución exploró las deficiencias sistémicas de las instituciones

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

### 3.1. Una violación del derecho

La declaración de una *deficiencia sistémica* debe referirse a una *violación del derecho*. Esto, cuando se habla sobre las deficiencias sistémicas, queda oculto por el término *valor* que domina el debate europeo. Es común contrastar los valores con la ley, con la consecuencia de que el artículo 2 del TUE solo estipularía directrices normativas, pero no legales.<sup>67</sup> Por tanto, según el dualismo de los valores y la ley, una *deficiencia* no requeriría una *violación del derecho*. De hecho, la Comisión se esfuerza por distinguir entre el *derecho* y el *valor*: “La Comisión, más allá [...] de su tarea de asegurar el respeto del derecho de la Unión, es también responsable [...] de garantizar los valores comunes de la Unión”.<sup>68</sup>

Esta diferenciación no es muy convincente. Los valores del artículo 2 están establecidos en el TUE, un texto legal, no solo en la parte declaratoria, es decir, el preámbulo, sino también en la parte operativa, por tanto, están concebidos para ser vinculantes y son aplicados por las instituciones públicas en los procedimientos establecidos por la ley, como se indica en los artículos 3, 7 o 13 del mismo instrumento. La violación de estos valores puede dar lugar a sanciones, que también se estipulan en el TUE. Cualquiera que sea el concepto de la ley que se utilice:<sup>69</sup> los valores del artículo 2 TUE forman parte del derecho de la Unión.

Otros argumentos confirman esta calificación. Los valores de *democracia* y *Estado de derecho* exigen que los requisitos normativos que las instituciones públicas pueden hacer cumplir se establezcan en forma de leyes. Si no, los instrumentos para remediar las deficiencias sistémicas podrían hacer cumplir las *me-*

---

débiles y de la corrupción. En comparación con ese estudio, dicha contribución profundiza en la dimensión intersistémica, y relaciona el concepto con todos los valores del art. 2 TUE, más allá del Estado de derecho formal.

<sup>67</sup> Habermas, *op. cit.* (n. 9).

<sup>68</sup> Recomendación de la Comisión (UE) 2018/103 por lo que respecta al Estado de derecho en Polonia, complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374 (UE) 2017/146 y (UE) 2017/1520 (2017) OJ L17/50, considerando (3).

<sup>69</sup> Por ejemplo, MacCormick, “The Concept of Law and ‘The Concept of Law’”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, 1994, pp. 1-23.

*jores prácticas* políticas, morales y tecnocráticas extralegales o las ideologías de *buen gobierno* sin que esas normas tengan que pasar por los filtros legitimadores de los procedimientos democráticos con sus frenos y contrapesos. Del mismo modo, la interpretación y aplicación del artículo 2 TUE debe seguir las normas del razonamiento judicial, y no las del razonamiento moral o político.

Doctrinalmente, estos valores se califican como principios jurídicos fundamentales. El artículo 6, apartado 1, del TUE en la versión del Tratado de Ámsterdam de 1997 les ha atribuido esta naturaleza jurídica, y no hay razón para suponer que los creadores del Tratado tuvieran la intención de reducir o alterar su relevancia normativa con el Tratado de Lisboa en 2007, más bien, querían aumentar su importancia.<sup>70</sup> Por consiguiente, la declaración de una deficiencia sistémica requiere una violación de la ley. En este sentido el TJUE, cuya tarea es preservar el *derecho* (art. 19, apdo. 1 TUE), utiliza estos valores en sus sentencias.<sup>71</sup>

Ciertamente, el *riesgo* de una violación es a veces suficiente. El artículo 7 permite actuar a la Comisión en caso de un “riesgo claro” y, de acuerdo con el Marco del Estado de derecho, para que pueda emitir una recomendación sobre el Estado de derecho “en caso de que estime que hay pruebas objetivas de amenaza sistémica y de que las autoridades de dicho Estado miembro no han adoptado las medidas adecuadas para ponerle remedio”.<sup>72</sup> Esto parece legítimo. Ninguna Constitución condena a sus instituciones a la pasividad ante el peligro inminente, como en el caso de las tendencias autoritarias.

### 3.2. El grado de gravedad que califica lo “sistémico”

Una *deficiencia sistémica* no es causada por cualquier violación de un derecho. El término denota sólo situaciones *graves*. De hecho, el artículo 7, apartado 1, del TUE se refiere a una “violación grave”, y el apartado 2 del mismo artículo a una “violación grave

---

<sup>70</sup> Mandry, *op. cit.* (n. 1), p. 55 y ss.

<sup>71</sup> Véase *infra*, punto 4.2.3.

<sup>72</sup> COM (2014) 158 final, *op. cit.* (n. 65), p. 8.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

y persistente”. Este elevado umbral del derecho primario se debe a las consideraciones desarrolladas anteriormente bajo el punto 2.3 y, por tanto, es pertinente para todas las acciones que defienden los valores. De hecho, la sentencia del caso *L.M.* sobre el cese de la cooperación judicial está relacionada con las calificaciones de la Comisión en virtud del artículo 7, apartado, 1 del TUE.<sup>73</sup> El marco del Estado de derecho también requiere “casos en los que los mecanismos establecidos a nivel nacional para garantizar el Estado de derecho dejan de funcionar eficazmente”.<sup>74</sup> Esto excluye las violaciones aisladas de los derechos fundamentales o los errores individuales de la justicia.<sup>75</sup>

Para identificar estas situaciones, se utilizan varias expresiones: *generalizada*,<sup>76</sup> *estructural*,<sup>77</sup> o *esencial*,<sup>78</sup> sin embargo, el término más frecuente, que parece abordar mejor esas situaciones y distinguirlas de las violaciones “normales”, es *sistémico*. Una violación “normal” de la ley se caracteriza por el hecho de que puede ser procesada como una cuestión de rutina que no pondría en duda los fundamentos de un orden jurídico.<sup>79</sup> Todas las situaciones denominadas deficientes de manera *sistémica*, *estructural* o *generalizada* comparten el aspecto de ser percibidas más allá de esta esfera normal. Esto no significa que equivaldrían a un estado de emergencia, es decir, golpes de Estado, rebeliones armadas o el inminente colapso del orden público. No obstante, las deficiencias sistémicas se perciben como crisis, es decir, como desafíos a un orden existente sin un remedio seguro. Estas crisis tampoco tienen por qué repercutir necesariamente en todo el ordenamiento jurídico, sino que pueden limitarse a esferas concretas, como la cooperación en materia de derecho penal o de personas refugiadas.

---

<sup>73</sup> TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46).

<sup>74</sup> COM (2014) 158 final, *op. cit.* (n. 65), p. 5.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 6 y ss.

<sup>76</sup> COM (2018) 324 final, *op. cit.* (n. 9), art. 2.

<sup>77</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los avances de Bulgaria en el marco del Mecanismo de Cooperación y Verificación, COM (2012) 411 final, p. 6.

<sup>78</sup> TJUE, Asunto C-455/15 PPU, *P y Q*, ECLI:EU:C:2015:763, apdo. 39.

<sup>79</sup> Bogdandy e Ioannidis, *op. cit.* (n. 4), p. 298 y ss.

## ARMIN VON BOGDANDY

---

En el lenguaje cotidiano, según su significado biológico, *sistémico* significa que *todo el organismo está afectado*. Siendo los antónimos *aislado*, *único* o *local*. En consecuencia, el término jurídico suele designar fenómenos de ilegalidad que se producen con regularidad, que están muy extendidos o arraigados, o que han sido ordenados por altas autoridades como expresión de una postura política. Los fenómenos de este tipo no aparecen como casos aislados, sino más bien como *características* de un sistema. La Comisión se refiere a una “práctica u omisión generalizada o recurrente, o a una medida”<sup>80</sup> y excluye las violaciones aisladas de los derechos fundamentales y los errores judiciales del ámbito de aplicación del Marco del Estado de derecho.<sup>81</sup> De manera similar, la TJUE utiliza *sistémico* y *generalizado* como sinónimos;<sup>82</sup> si bien, un fenómeno aislado, como la ruptura de una prohibición con un solo caso de tortura, puede indicar una deficiencia sistémica, sobre todo cuando no se encuentra con una reacción institucional adecuada. Estos casos también sugieren fallos del sistema.

### 3.3. La dimensión intersistémica

La consideración de la interrelación de los ordenamientos jurídicos en el espacio jurídico europeo hace avanzar la comprensión de lo que significa la *deficiencia sistémica*. De hecho, el concepto obtiene su significado específico de ahí. En el espacio jurídico europeo, la noción *sistémica* es utilizada principalmente por un ordenamiento jurídico para hacer una declaración sobre *otro*. Suele articular que este ha cambiado significativamente para peor, hasta el punto de que se cuestiona la interrelación y la cooperación. Aquí, como en otros contextos, se denomina *deficiencia sistémica* a un sistema cuando este produce un problema para el funcionamiento de otro.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> COM (2018) 324 final, *op. cit.* (n. 9), art. 2.

<sup>81</sup> COM (2014) 158 final, *op. cit.* (n. 65), p. 6 y ss.

<sup>82</sup> TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46); Asunto C-404/15, *Aranyosi y Căldăraru*, *op. cit.* (n. 3), apdos. 89, 93 y 104.

<sup>83</sup> Kleinow, *Systemrelevante Finanzinstitute. Systemrisiko und Regulierung im europäischen Kontext*, Wiesbaden, Springer, 2016, p. 19 y ss.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

Un buen ejemplo de ello es el Reglamento (UE) 1092/2010 relativo a la supervisión macroprudencial de la Unión Europea y la creación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS).<sup>84</sup> En su artículo 2(c) se define riesgo sistémico como un “riesgo de perturbación del sistema financiero que puede tener repercusiones negativas graves sobre el mercado interior y la economía real”. Otro ejemplo se encuentra en la Propuesta sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de derecho en los Estados miembros. Allí se define como una práctica u omisión extendida o recurrente, o una medida adoptada por un Estado miembro que viole el Estado de derecho y afecte o pueda afectar al principio de buena gestión financiera o a la protección de los intereses financieros de la UE.<sup>85</sup>

En el mismo sentido, se observa una deficiencia sistémica con respecto al Estado de derecho en la corrupción generalizada en un Estado miembro que pone en tela de juicio la aplicación del derecho de la Unión, hasta el punto de que éste deja de estabilizar las expectativas normativas y, por consiguiente, no cumple su propia función.<sup>86</sup> Como la Unión es una unión de leyes, tales características ponen en duda toda la empresa. La unión de leyes se enfrenta a un problema similar cuando los tribunales nacionales ya no ejecutan un control efectivo sobre el gobierno. A nivel horizontal, existe una deficiencia sistémica si la entrega de una persona a otro Estado miembro da lugar a un grave conflicto con los derechos fundamentales en virtud de la constitución del Estado que la entrega.<sup>87</sup>

Hablar de una deficiencia sistémica supone un grave reproche y, por tanto, tiende a empeorar. Esta escalada debida a las acciones de deficiencia sistémica es tanto más relevante cuanto

---

<sup>84</sup> Eling y Pankoke, “Systemic Risk in the Insurance Sector – What Do We Know?”, *Working Papers on Risk Management and Insurance*, No. 124, 2014.

<sup>85</sup> Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de derecho en los Estados miembros, Enmienda, Propuesta de reglamento, 17, art. 2, párr. 1, punto b (disponible solo en inglés).

<sup>86</sup> En detalle, von Bogdandy e Ioannidis, *op. cit.* (n. 4), p. 287 y ss.

<sup>87</sup> *Cfr.*, Referencias bibliográficas de la n. 30.

que los diversos ordenamientos jurídicos están estrechamente conectados. En efecto, toda acción europea se desarrolla de manera transversal a la cultura política y jurídica general del espacio jurídico europeo, que busca el consenso. Por ende, los regímenes jurídicos de los instrumentos pertinentes deben atender a ello con procedimientos y requisitos previos que sean adecuados.

#### 4. UN RÉGIMEN LEGAL PARA LOS INSTRUMENTOS DE DEFICIENCIA

##### 4.1. La caja de herramientas

Se podrían utilizar muchos instrumentos para subsanar las deficiencias sistémicas de un Estado miembro cuando sus mecanismos internos están fallando.<sup>88</sup> Estos instrumentos tienen una característica crucial en común: no pueden —ni combinados ni por sí solos— “arreglar” o “resolver” las deficiencias sistémicas, lo que se desprende claramente de sus características ya mencionadas. Articular cualquier expectativa de este tipo implica una concepción errónea de los problemas en cuestión. Por otra parte, esa postura apoyaría a los autores y beneficiarios de las deficiencias sistémicas, ya que cualquier acción europea se concebiría presumiblemente como un fracaso, lo que desalentaría dicha acción *prima facie*. Frente a estas opiniones, cabe destacar que las funciones básicas de los instrumentos, en particular cuando se enfrentan al debilitamiento de los frenos y contrapesos, son mantener una comprensión liberal de los valores europeos y, como dijo Pál Sonnevend, contribuir “a crear una situación en la que la autocorrección a través de procesos domésticos todavía es posible”,<sup>89</sup> en particular apoyando a las fuerzas nacionales que

---

<sup>88</sup> Esta contribución se centra en este último. En las medidas para evitar llegar a tal estado, como la profundización de la cultura cívica, véase COM/2019/163 final, *op. cit.* (n. 13), p. 7 y ss.

<sup>89</sup> Sonnevend, “Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis: Lessons from the Hungarian Case”, en von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor, Morales Antoniazzi y Piovesan (coords.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 123, 144 y ss.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

defienden esta autocorrección.<sup>90</sup> Defender con éxito a los europeos es, sin duda, una tarea que requiere no pocos esfuerzos.

En este difícil contexto, parece seguro suponer que las acciones coordinadas son más prometedoras, mientras que las no coordinadas podrían causar efectos contraproducentes. Lamentablemente, la coordinación no resulta fácil, puesto que los distintos instrumentos son de naturaleza jurídica diversa (política, administrativa y judicial, vinculante y no vinculante), pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes y son aplicados por instituciones distintas, a veces incluso competidoras, como un tribunal constitucional nacional y el TJUE; sin embargo, la coordinación es clave y una reacción clara y unívoca de las numerosas voces europeas es esencial para mantener y defender los valores de la Unión.

En este aspecto, los instrumentos del derecho de la Unión están en el centro de atención.<sup>91</sup> Entre los instrumentos de las instituciones políticas, las medidas adoptadas en virtud del artículo 7 del TUE, el Marco del Estado de Derecho de la Comisión y el diálogo sobre el Estado de derecho del Consejo ocupan un lugar preeminente.<sup>92</sup> También el Cuadro de indicadores de la justicia de la Comisión para 2018 se ha convertido en un instrumento de supervisión,<sup>93</sup> al igual que el Informe de País de

---

<sup>90</sup> La comparación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es reveladora a este respecto, véase von Bogdandy, “The Transformative Mandate of the Inter-American Court of Human Rights”, MPIL Research Paper núm. 2019-16, p. 13 y ss., véase también Hoffmeister, *op. cit.* (n. 15).

<sup>91</sup> Para una visión general, véase Closa, Kochenov, Weiler, *op. cit.* (n. 40), así como los informes presentados en Closa y Kochenov (coords.), *op. cit.* (n. 19); Jakab y Kochenov (coords.), *Protecting European Values*, Oxford University Press, 2017.

<sup>92</sup> Conclusiones del Consejo de la UE y los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre garantizar el respeto del Estado de Derecho (16134/14).

<sup>93</sup> *Cfr.*, recientemente, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cuadro de indicadores de la Justicia en la UE de 2018, COM (2018) 364 final, p. 4 y ss. Sobre el Cuadro de indicadores de la justicia en la UE de 2018, Jakab y Lorincz, “International Indices as Models for the Rule of Law Scoreboard of the European Union: Methodological Issues”, MPIL Research Paper No. 2017-21.



la Comisión sobre Polonia en el marco del Semestre Europeo.<sup>94</sup> Respecto a algunos Estados miembros, la Unión dispone de instrumentos adicionales, por ejemplo, el Mecanismo de cooperación y verificación para Bulgaria y Rumanía en sus Tratados de Adhesión tiene por objeto “observar el desarrollo de los sistemas administrativos y judiciales eficaces que ambos países necesitan para cumplir sus obligaciones como miembros de la UE y garantizar la correcta aplicación de las normas, políticas y programas de la UE”,<sup>95</sup> y también el Tratado de Adhesión de Croacia contiene un instrumento similar.<sup>96</sup> Por otro lado, se están planeando más instrumentos, por ejemplo, la Comisión quiere supeditar la financiación al respeto de los valores de la UE<sup>97</sup> y lanzar un “Fondo de Justicia, Derechos y Valores de la UE” con una asignación presupuestaria global de 947 millones de euros.<sup>98</sup> En el marco del

---

<sup>94</sup> UE documento de trabajo, "Country Report Poland 2018 accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank and the Eurogroup: 2018 European Semester: Assessment of progress on structural reforms, prevention and correction of macroeconomic imbalances, and results of in-depth reviews under Regulation" (EU) No 1176/2011, SWD (2018) 219 final, pp. 3 y 29 (disponible solo en inglés).

<sup>95</sup> *Cfr.*, los informes correspondientes de la Comisión, más recientemente el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados por Bulgaria en el ámbito del Mecanismo de Cooperación y Verificación, COM (2018) 850 final; Vachudova, “Why Improve EU Oversight of Rule of Law”, en Closa y Kochenov (coords.), *op. cit.* (n. 19), pp. 270-289.

<sup>96</sup> Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (2012) OJ L112/21, art. 36. En detalle, Łazowski, “European Union do not Worry, Croatia is Behind you: A Commentary on the Seventh Accession Treaty”, 8 *Croatian Yearbook of European Law* (2012), pp. 1-40, en pp. 33-36.

<sup>97</sup> COM (2018) 324 final, *op. cit.* (n. 9), art. 2. Acerca de este tema, véase también Halmi, “The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality”, *HJRL*, vol. 11, 2019, pp. 171-188.

<sup>98</sup> Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Un presupuesto moderno para una Unión que proteja, empodere y vele por la seguridad El marco financiero plurianual para el período 2021-2027, COM (2018) 321 final, p. 48.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

Parlamento Europeo se discute sobre la sanción de los partidos políticos radicales,<sup>99</sup> e instrumentos disciplinarios dentro de las alianzas políticas europeas.<sup>100</sup> También el Banco Central Europeo se está posicionando para defender los valores europeos.<sup>101</sup> Algunos de los puntos discutidos también consideran la expulsión de un Estado miembro divergente.<sup>102</sup>

En el ámbito judicial se puede recurrir al TJUE para que decida a través de los procedimientos de infracción y de decisión prejudicial; ambos pueden dar lugar a severas sanciones financieras. Recientemente, el Tribunal ha llegado a reivindicar la facultad de anular una medida nacional si amenaza la viabilidad de una política común profundamente integrada, en este caso la unión monetaria.<sup>103</sup> Además, el TJUE puede apoyar las acciones de las instituciones políticas, siendo un ejemplo importante de ello el papel que atribuye a las autorizaciones concedidas en la propuesta de la Comisión de instituir un procedimiento en virtud del artículo 7 del TUE.<sup>104</sup> Por consiguien-

---

<sup>99</sup> Reglamento (UE, Euratom) 2018/673 por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) No 1141/2014 sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas (2018) OJ L114I/1, considerando (12), arts. 3 y 10.

<sup>100</sup> Art. 9, Partido Popular Europeo Estatutos, por ejemplo, permite la exclusión de partidos políticos tanto individuales como de Estados Miembros, pero no define un motivo de exclusión. Disposiciones similares figuran en el artículo 16, Partido de la Alianza de los Liberales y Demócratas por Europa.

<sup>101</sup> BCE, "Commission's Communication on further strengthening the Rule of Law within the Union A central bank perspective", 2019, p. 6 y ss., [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.other190731\\_commission\\_rule\\_of\\_law~7bb04806d3.en.pdf?05617bc240e68e259ce0c132c37302bb](http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.other190731_commission_rule_of_law~7bb04806d3.en.pdf?05617bc240e68e259ce0c132c37302bb).

<sup>102</sup> Acerca de este tema véase Blagoev, "Expulsion of a Member State from the EU after Lisbon: Political Threat or Legal Reality?", *Tilburg Law Review*, vol. 16, 2011, 191-237, en p. 191; Krzan, "PLEXIT? – Poland, the rule of law and the (pre-)Article 7 procedure", en Hofmeister (coord.), *The End of the Ever Closer Union*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 143-168; véase también Müller, *op. cit.* (n. 37), en p. 150.

<sup>103</sup> TJUE, Asuntos acumulados C-202/18 y C-238/18, *Rimšēvičs/BCE contra Letonia*, ECLI:EU:C:2019:139, párrs. 69 y ss.

<sup>104</sup> TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46), párrs. 69 y ss.

te, las pruebas contenidas en esta propuesta son significativas incluso cuando es poco probable que el Consejo y el Consejo Europeo actúen.

Además de la Unión, los propios Estados miembros pueden defender los valores europeos. Los instrumentos de derecho internacional van desde las medidas “no amistosas” hasta los mecanismos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,<sup>105</sup> pasando por la opción extrema de una eventual intervención humanitaria.<sup>106</sup> Los gobiernos de los Estados miembros están facultados para coordinar estos instrumentos internacionales, como ocurrió con Austria, en 2000. También podrían considerar, y amenazar, con avanzar en la integración entre ellos, excluyendo a los países que no se ajustan a los valores,<sup>107</sup> pues los tribunales de los Estados miembros disponen de los instrumentos pertinentes. Una vez que los valores europeos se vuelven justiciables, pueden aplicarlos contra las medidas “iliberales”, tanto en su país<sup>108</sup> como en el extranjero.<sup>109</sup>

En cualquier caso, en todos los ámbitos señalados, la coordinación de la Unión es clave para evitar una cacofonía de voces. Además, todos los instrumentos deben ser interpretados de la manera más legítima y eficaz posible. En este sentido, la presente contribución estudia las cuestiones comunes de competencia (4.2), procedimiento (4.3), estándar de los valores materiales (4.4) y control (4.5).

---

<sup>105</sup> Acerca de este tema, véase Binder, *Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 770.

<sup>106</sup> Asociación de Derecho Internacional, *Final Report on Aggression and the Use of Force*, 2018, [www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport\\_UseOfForce.pdf](http://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_UseOfForce.pdf), p. 20 y ss.

<sup>107</sup> Franzius, *op. cit.* (n. 18), en p. 388.

<sup>108</sup> Véase von Bogdandy y Spieker, “Countering the Judicial Silencing of Critics. Article 2 TEU Values, *Reverse Solange*, and the Responsibilities of National Judges”, *EuConst*, vol. 15, 2019, pp. 391-426; para un ejemplo reciente, véase la referencia de la Corte Suprema de Polonia en los Asuntos acumulados C-585, 624 y 625/18, *Krajowa Rada Sądownictwa*.

<sup>109</sup> Véase en particular Canor, “My brother’s keeper? Horizontal *solange*: ‘An ever closer distrust among the peoples of Europe’”, *CML Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 383-421.

## 4.2. Competencia

Cualquier calificación como *sistémicamente deficiente* es propensa a la escalada con consecuencias graves, por tanto, debe estar en manos de instituciones que puedan asumir esa responsabilidad y controlar los conflictos. Legalmente, esto se traduce en una cuestión de competencia, entendida de manera amplia que incluye cuestiones de prelación, admisibilidad y justiciabilidad.

### 4.2.1. El papel del artículo 7 del TUE

El artículo 7 del TUE desempeña un papel fundamental en este sentido, ya que podría impedir otras reacciones a deficiencias sistémicas en virtud del artículo 2 del mismo instrumento. De este modo la defensa de los valores estaría completamente bajo el control de los gobiernos de los Estados miembros, junto a las instituciones de la Unión. Por un lado, la responsabilidad sería muy clara pero, por el otro, los requisitos extremadamente elevados del citado artículo podrían dejar los valores de la UE sin defensa. Por ello, no es solo esta consideración consecuencialista, sino también son las consideraciones doctrinales las que militan en contra de interpretar el artículo 7 como un mecanismo exclusivo.

Una primera cuestión es si el artículo 7 TUE establece una *competencia exclusiva de la UE* que impida la adopción de medidas pertinentes por los Estados miembros. El artículo 3 del TFUE no menciona al artículo 7 del TUE y el artículo 4 del TFUE, que enumera los principales ámbitos de responsabilidades compartidas, tampoco lo hace. No obstante, enumera los espacios de libertad, seguridad y justicia, por tanto, se podría argumentar que las medidas del derecho de la Unión tienen prelación sobre la defensa de los Estados miembros. Además, a este argumento se une el artículo 344 del TFUE.<sup>110</sup>

La jurisprudencia del TJUE parecía apuntar a la prelación, especialmente en casos como el de *Melloni*, que excluía la aplicación

---

<sup>110</sup> Sobre la interpretación extensiva de esta cláusula, véase TJUE, Asunto C-459/03, *Comisión/Irlanda (Mox Plant)*, ECLI:EU:C:2006:345, párrs. 123 y ss.

unilateral de los principios constitucionales de un Estado miembro contra otro;<sup>111</sup> sin embargo, desde que el Tribunal Constitucional Federal alemán subrayó su competencia para proteger la identidad constitucional de la Ley Fundamental alemana también contra las medidas adoptadas por otros Estados miembros en su decisión de 15 de diciembre de 2015 (*Identitätskontrolle I*),<sup>112</sup> el TJUE reconoció que el derecho de la Unión deja margen para la defensa nacional de los principios fundamentales compartidos por la UE y sus Estados miembros.<sup>113</sup> Dado que los valores consagrados en el artículo 2 del TUE y las identidades constitucionales de los Estados miembros se solapan ampliamente,<sup>114</sup> los tribunales de estos no están impedidos para defender estos valores europeos compartidos. Esto corresponde a la lógica del espacio jurídico europeo de no monopolizar una cuestión central como la defensa de los valores en una institución o en un nivel. La considerable necesidad de coordinación debe ser atendida junto a otros medios.<sup>115</sup>

La segunda cuestión es si el artículo 7 del TUE prohíbe las medidas *adoptadas por otras instituciones de la Unión*. Este no contiene una declaración explícita sobre si otras instituciones de la Unión pueden defender los valores europeos utilizando otros instrumentos y, por tanto, se aplican las normas generales. Está bien establecido que un procedimiento específico destinado a tratar un determinado problema no excluye la elaboración de otros instrumentos,<sup>116</sup> una doctrina básica a partir de la sentencia *Van Gend en Loos*.<sup>117</sup> En consecuencia, es admisible, en principio, desarrollar nuevos instrumentos<sup>118</sup> como el Marco del Estado de

---

<sup>111</sup> TJUE, Asunto C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

<sup>112</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG), sentencia de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14, *Identitätskontrolle I*.

<sup>113</sup> Al menos en el ámbito de los derechos fundamentales, TJUE, Asunto C-404/15, *Aranyosi y Căldăraru*, *op. cit.* (n. 3).

<sup>114</sup> *Cfr.*, Conclusiones del abogado general Cruz Villalón en TJUE, Asunto C-62/14, *op. cit.* (n. 31).

<sup>115</sup> Sobre este tema, véase puntos 4.3 y 4.4.

<sup>116</sup> Bast, *Grundbegriffe der Handlungsformen der Eu*, Springer, 2006, pp. 60-63.

<sup>117</sup> TJUE, Asunto C-26/62, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, ECLI:EU:C:1963:1, apdo. 26.

<sup>118</sup> Bast, *op. cit.* (n. 116), pp. 42-67.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

derecho de la Comisión, o utilizar el presupuesto para defender los valores europeos.<sup>119</sup>

A pesar de todo, el ya referido artículo 7 sí desempeña un papel. Su redacción, su alcance general, la inclusión del Consejo Europeo y su procedimiento extremadamente exigente indican que estipula la forma más *intensa* de defensa de los valores por parte de la Unión. En consecuencia, carece de toda competencia para desarrollar instrumentos más fuertes. La expulsión de un Estado miembro o la destitución de su Gobierno, instrumento que el Gobierno español utilizó contra el Gobierno catalán, están fuera de los límites.<sup>120</sup> Todos los instrumentos que complementen los del artículo 7 del TUE en la defensa de los valores del artículo 2 deben ser menos severos.<sup>121</sup>

### 4.2.2. Instrumentos de derecho secundario

Hasta ahora, la acción en virtud del artículo 7 del TUE está paralizada en el Consejo y el Consejo Europeo, por lo cual se plantea una pregunta: ¿otras instituciones pueden defender los valores a través de nuevos instrumentos? Como se ha demostrado, este artículo no prohíbe otros instrumentos. Pero cualquier nuevo instrumento necesita una base jurídica adecuada. Este requisito proviene de la necesidad de legitimar cualquier acción de las autoridades públicas, incluyendo medidas “suaves”.<sup>122</sup> La calificación como *sistémicamente deficiente* en el marco de una medida “suave”, como puede ser una calificación correspondiente en el Cuadro de in-

---

<sup>119</sup> Véase Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de derecho en los Estados miembros, COM(2018) 324 final; Martín y Perez de Nanclares, *op. cit.* (n. 11), p. 143 y ss.; Brauneck, “Gefährdung des EU-Haushalts durch rechtsstaatliche Mängel in den Mitgliedstaaten?”, *EuR*, vol. 54, 2019, pp. 37-59.

<sup>120</sup> Recientemente en España, en virtud del artículo 155 de la Constitución española. Acerca de este tema, García Morales, *op. cit.* (n. 61).

<sup>121</sup> En este sentido, también TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46); véase también *supra*, punto 4.4.

<sup>122</sup> Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart, 2004, p. 478 y ss.

dicadores de la justicia en la UE,<sup>123</sup> o una recomendación de la Comisión, afecta a la situación interna de una mayoría gobernante y a la reputación de un Estado en las relaciones europeas e internacionales.<sup>124</sup> Por esta razón, estas medidas que de facto dañan la reputación de un Estado, no pueden permanecer en un vacío legal, sino que deberán estar fundamentadas en una base jurídica apropiada, tal como lo han confirmado las reacciones al Marco de Estado de Derecho de la Comisión.<sup>125</sup> El TJUE incluso ha declarado inválidas las Comunicaciones de la Comisión por falta de competencia.<sup>126</sup> El requerimiento del Tribunal de una base legal es particularmente llamativo en el procedimiento de OMT, cuyo origen fue el mero anuncio de un nuevo instrumento para la compra de bonos por parte del presidente del BCE, Mario Draghi.<sup>127</sup>

La admisibilidad del Marco del Estado de Derecho de la Comisión deriva del derecho de la Comisión a formular propuestas en virtud del artículo 7 del TUE, así como de su función general de guardiana de los tratados, de conformidad con el artículo 17, apartado 1. Sobre esta base, la Comisión también puede examinar si los Estados miembros respetan los valores del artículo 2 TUE. La competencia para formular las recomendaciones correspondientes se desprende del artículo 292 apdo. 4 TFUE.<sup>128</sup>

---

<sup>123</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Indicadores de Justicia de la UE 2015, COM(2015) 116 final.

<sup>124</sup> En detalle, Goldmann, *Internationale öffentliche Gewalt: Handlungsformen internationaler Institutionen im Zeitalter der Globalisierung*, Heidelberg, Springer, 2015, p. 7 y ss., 337 y ss.

<sup>125</sup> Véase el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo, *op. cit.* (n. 17).

<sup>126</sup> TJUE, Asunto C-57/95, *Francia/Comisión*, ECLI:EU:C:1997:164; TJUE, Asunto C-233/02, *República Francesa contra Comisión*, ECLI:EU:C:2004:173, apdo. 40; Conclusiones del Abogado General Michal Bobek en TJUE, Asunto C-16/16 P, *Bélgica/Comisión*, ECLI:EU:C:2017:959.

<sup>127</sup> Conclusiones del abogado general Cruz Villalón en TJUE, Asunto C-62/14, *op. cit.* (n. 31).

<sup>128</sup> Giegerich, “Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU: Zum ‘neuen Rechtsstaatsmechanismus’ der Europäischen Kommission”, en Calliess (coord.) *Herausforderungen an Staat und Verfassung: Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, Nomos, 2015, pp. 499-542, en pp. 535-536.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

### 4.2.3. La justiciabilidad de los valores

Las instituciones políticas europeas no han sido muy eficaces hasta ahora para hacer frente a las deficiencias sistémicas en general y defender los valores en particular. Como tantas veces en la historia de la integración, se plantea la cuestión de si el poder judicial puede compensar esto. Para el TJUE, se trata de una cuestión de sus competencias en el marco de los procedimientos de los artículos 258, 259 y 267 TFUE. El artículo 7 TUE no bloquea estos procedimientos judiciales; el artículo 269 TFUE solo determina que el Tribunal no puede revisar la decisión del Consejo en cuanto al fondo. Habida cuenta del papel general del TJUE en la *Unión de Derecho*, cabe suponer que los valores pueden desempeñar un papel en los procedimientos de los artículos 258, 259 y 267 TFUE.<sup>129</sup>

El quid de la cuestión es la justiciabilidad de los valores del artículo 2 TUE. El término *valor* puede interpretarse como si la redacción del Tratado atribuyera una vaguedad al artículo 2 TUE que excluye la aplicación judicial,<sup>130</sup> lo que podría estar respaldado por los argumentos relativos a la separación de poderes. La aplicación judicial de los valores extendería inmensamente la esfera de poder de los tribunales a conflictos altamente políticos. Todo esto puede evitarse considerando que los valores no son justiciables.

Sin embargo, la Comisión y el TJUE han condensado gradualmente los valores del artículo 2 TUE para responder a las deficiencias sistémicas, siguiendo el camino establecido del derecho de la Unión Europea.<sup>131</sup> Han desarrollado los valores para ser accesibles a la toma de decisiones judiciales, conectándolos a otras

---

<sup>129</sup> En detalle, Schmidt y Bogdanowicz, “The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of Article 258 TFEU”, *CML Rev.*, vol. 55, 2018, pp. 1061-1100, en pp. 1069-1073; para una posición distinta, véase Levits, *op. cit.* (n. 12), en p. 262.

<sup>130</sup> Kochenov y Pech, “Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality”, *EuConst*, vol. 11, 2018, pp. 512-540, en p. 520.

<sup>131</sup> Para una presunción de aplicabilidad directa del derecho de la UE, véase Wohlfahrt, *Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrecht*, Berlín, Springer, 2015, p. 319.



disposiciones de los Tratados, a los derechos fundamentales y a los principios de las tradiciones constitucionales comunes.<sup>132</sup> Esta operación ha demostrado ser exitosa, en particular en lo que respecta al valor del Estado de derecho. Incluso del “Libro Blanco sobre la reforma de la judicatura polaca”, —que presenta los muy controvertidos cambios en la judicatura polaca como conformes a los valores—, se puede extraer que los valores europeos han llegado a permitir evaluaciones jurídicas concretas.<sup>133</sup>

Entre los actos pertinentes de la Comisión, son de particular importancia el Marco de Estado de Derecho, así como sus dictámenes y recomendaciones sobre Polonia.<sup>134</sup> Un hito es su primera propuesta de acción en virtud del artículo 7, apartado 1 TUE.<sup>135</sup> En el mismo sentido se encuentra el Cuadro de indicadores de la justicia de la Comisión y el reciente Informe de País sobre Polonia en el Semestre Europeo.<sup>136</sup> La propuesta de la Comisión sobre “deficiencia generalizada del Estado de derecho” contiene incluso una definición jurídica de “deficiencias generalizadas”.<sup>137</sup> Se puede encontrar más información en el Fondo de “Justicia, Derechos y Valores”.<sup>138</sup> Dos comunicaciones de la Comisión en 2019 agrupan estos acontecimientos.<sup>139</sup>

<sup>132</sup> Sobre las tradiciones constitucionales comunes, véase Cassese, “The ‘Constitutional Traditions Common to the Member States’ of the European Union”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, pp. 939-948; Graziadei y de Caria, “The ‘Constitutional Traditions Common to the Member States’ in the Case-Law of the European Court of Justice. Judicial Dialogue at its Finest”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, pp. 949-971.

<sup>133</sup> Cancillería del Primer Ministro de Polonia, “White Paper on the Reform of the Polish Judiciary”, 2018, [www.premier.gov.pl/files/files/white\\_paper\\_en\\_full.pdf](http://www.premier.gov.pl/files/files/white_paper_en_full.pdf), apdo. 166.

<sup>134</sup> Los documentos en cuestión son: dictamen de la Comisión de 1 de junio de 2016, por lo que respecta al Estado de derecho en Polonia, C (2016) 3500 final (disponible solo en inglés); recientemente Recomendación de la Comisión (UE) 2018/103, *op. cit.* (n. 68).

<sup>135</sup> Véase *op. cit.* (n. 7).

<sup>136</sup> UE documento de trabajo, “Country Report Poland 2018...”, *op. cit.* (n. 94), pp. 3 y 29 (disponible solo en inglés).

<sup>137</sup> COM (2018) 324 final, *op. cit.* (n. 9), art. 2.

<sup>138</sup> Anexo de COM (2018) 321 final, *op. cit.* (n. 98), p. 48.

<sup>139</sup> *Op. cit.* (nn. 5 y 13).

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

En cuanto a las sentencias del TJUE, destacan dos. El primero de ellos es el caso de la *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*, el Tribunal ha hecho operativo el valor del Estado de derecho aplicándolo junto con otra disposición específica y directamente aplicable del Tratado. En el argumento clave, el Tribunal afirma que “El artículo 19 TUE [...] se refiere con mayor concreción al valor de Estado de derecho proclamado en el artículo 2”<sup>140</sup> —expresión que se ha utilizado repetidamente en los procedimientos para hacer cumplir los valores de la UE en los Estados miembros.<sup>141</sup> Esta lectura combinada permite al Tribunal concretar los valores abstractos consagrados en el artículo 2 TUE, convirtiéndolos en obligaciones justiciables.<sup>142</sup>

En el caso *L.M. (Deficiencias del sistema judicial)*, el Tribunal dio un paso más al permitir a los individuos defender los valores europeos.<sup>143</sup> Aunque el caso trataba de la separación de poderes a través de un poder judicial independiente, hizo que estas cuestiones estructurales e institucionales fueran justiciables a través del derecho fundamental a un tribunal imparcial y a un juicio justo. El enfoque del Tribunal recuerda a la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de *Maastricht*, que también hizo justiciable un principio fundamental (la democracia) a través de un derecho individual (derecho de voto, art. 38, párr. 1, de la Ley

---

<sup>140</sup> TJUE, Asunto C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, apdo. 32.

<sup>141</sup> TJUE, Asunto C-619/18 R, *Comisión/Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, ECLI:EU:C:2019:531, apdo. 47; Asunto C-192/18, *Comisión/Polonia (Indépendance des juridictions de droit commun)*, ECLI:EU:C:2019:924, apdo. 98; véase también, Conclusiones del Abogado General Tanchev en apdo. 71, Asunto C-192/18, *Comisión/Polonia*, 20 de junio de 2019; Conclusión del Abogado General Tanchev en apdo. 77, Asuntos acumulados C-585, 624 y 625/18, *Krajowa Rada Sądownictwa*, 27 de junio de 2019; Abogado General Tanchev en apdo. 92, Asunto C-558/18, *Miasto Łowicz*, 24 de septiembre de 2019.

<sup>142</sup> Para un análisis detallado, Spieker, “Breathing Life into the Union’s Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis”, *German Law Journal*, vol. 20, 2019, pp. 1182-1213.

<sup>143</sup> TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, op. cit. (n. 46), párrs. 47 y ss.

Fundamental alemana).<sup>144</sup> Así, el TJUE pone “la vigilancia de los particulares interesados en la protección de sus derechos” también al servicio de la lucha contra las deficiencias sistémicas.<sup>145</sup>

En consecuencia, los tribunales, incluidos los de los Estados miembros, pueden defender los valores del artículo 2 TUE.<sup>146</sup> El desarrollo podría incluso imputar cargos criminales a los responsables de las deficiencias sistémicas.<sup>147</sup> Esta expansión de la competencia judicial refleja la nueva importancia de los valores<sup>148</sup> y el papel general del poder judicial en el espacio jurídico europeo. A estas alturas, existe una línea de defensa judicial más allá de la racionalidad política del artículo 7 TUE.

La aplicabilidad judicial de los valores europeos significa que los tribunales constitucionales nacionales también pueden y deben defenderlos. Añadir su voz a la causa común europea de hacer frente a las deficiencias sistémicas parece significativa, dada la autoridad de que gozan muchos tribunales constitucionales. Sin embargo, muchos de ellos sostienen que el derecho de la Unión no es un *estándar* de su revisión jurídica.<sup>149</sup> Algunas de las razones de esta reticencia son de carácter jurídico, especialmente el hecho de que el derecho de la Unión carece de rango constitucional en el ámbito interno. Otras consideraciones son de carácter más político, en particular la idea de que la abstención de los tribunales constitucionales al aplicar el derecho de la Unión facilita una división de tareas que reduce los conflictos entre el TJUE y los propios tribunales constitucionales.<sup>150</sup>

---

<sup>144</sup> BVerfG, sentencia de 30 de junio de 2009, 2 BvE 2/08, *Lissabon*, y sentencia de 12 de octubre de 1993, 2 BvR 2134, *Maastricht*.

<sup>145</sup> TJUE, Asunto C-26/62, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, *op. cit.* (n. 117).

<sup>146</sup> Véase, entre muchas otras, las referencias prejudiciales pendientes *Miasto Łowicz contra Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki* (C-558/18) y *Prokuratura Okręgowa w Płocku contra VX, WW, XV* (C-563/18); véase la referencia similar en el caso *Prokuratura Rejonowa w Ślubicach* (C-623/18).

<sup>147</sup> Bogdandy y Spieker, *op. cit.* (n. 108).

<sup>148</sup> Véase *supra*, punto 2.2.

<sup>149</sup> En detalle, Paris, “Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review”, *MJ*, vol. 24, 2017, pp. 792-821, en p. 798 y ss.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 814.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

Pero estos argumentos encuentran objeciones. Hay suficiente margen interpretativo para incluir el derecho de la Unión en el ámbito de los tribunales constitucionales.<sup>151</sup> Sustancialmente, esa medida tendría como resultado el fortalecimiento de la autoridad europea. Además, daría a los tribunales constitucionales un papel más activo en la configuración del espacio jurídico europeo en la cuestión, particularmente importante, de las deficiencias sistémicas.<sup>152</sup>

### 4.3. Procedimiento

El punto central de la sentencia *L.M. (Deficiencias del sistema judicial)* del TJUE es el derecho fundamental a un juicio justo, consagrado en el artículo 47.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE en adelante). Este derecho expresa un principio jurídico general que, en el espacio jurídico europeo, protege no solo a los individuos, sino también a las autoridades públicas.<sup>153</sup> Además, se aplica no solo en los procedimientos judiciales, sino también cuando un sujeto legal se enfrenta al ejercicio de la autoridad pública, especialmente cuando están en juego intereses sustanciales.<sup>154</sup> Este es el caso de los conflictos sobre deficiencias sistémicas: los intereses en cuestión aquí son la reputación nacional, el interés del enjuiciamiento, el funcionamiento efectivo del poder judicial nacional, los intereses financieros, así como la participación en las instituciones

---

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 809 y ss.; Bäcker, “Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte”, *EuR*, vol. 50, 2015, pp. 389-414, en p. 411.

<sup>152</sup> Sobre esta discusión, Voßkuhle, “Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund”, *EuConst*, vol. 6, 2010, pp. 175-198, en p. 197; Komárek, “Why National Constitutional Courts Should not Embrace EU Fundamental Rights”, en: de Vries, Bernitz, Weatherill (coords.), *The EU Charter of Fundamental Rights as Binding Instruments*, Oxford, Hart, 2015, pp. 75-92.

<sup>153</sup> Jarass, “Art. 47 GRCh”, en Jarass (coord.), *Charta der Grundrechte der EU*, 3a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2016, pp. 405-427, párr. 12.

<sup>154</sup> A este respecto, art. 47 de la Carta va más allá del art. 6 CEDH. Sobre la relevancia del art. 47 (2) para los procedimientos administrativos, Nowak, “Europäisches Verwaltungsrecht und Grundrechte”, en Terhechte (coord.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 519-584, párr. 44.

de la Unión. Un procedimiento justo es importante no solo para la legitimidad de cualquier decisión específica, sino también para la cohesión general en la Unión Europea.<sup>155</sup>

De las muchas cuestiones de procedimiento, solo dos se abordarán aquí. La primera se refiere a los procedimientos políticos y administrativos. Un punto de crítica a las medidas tomadas por la Comisión y el Parlamento Europeo es que su motivación no es defender los valores de la Unión, sino sancionar una actitud crítica de la UE. Para justificar este punto, se dice que las medidas comparables a las polacas, cuando son adoptadas por gobiernos favorables a la UE, no provocan ninguna reacción.<sup>156</sup> Por tanto, se acusa a las dos instituciones de abusar políticamente de sus poderes.

Como se ha descrito (2.1), hay margen de discreción para decidir si se inicia un procedimiento. Por consiguiente, la acusación debe ser tratada bajo la doctrina de la discreción, aunque esta no limita el debate parlamentario. En efecto, es un principio general que los parlamentos gozan de plena libertad de debate.<sup>157</sup> Por el contrario, la Comisión Europea se enfrenta a límites. Si utiliza un instrumento de supervisión para sancionar una actitud generalmente crítica hacia la integración, esto equivaldría a un mal uso de su discreción. Pero para identificar ese uso indebido, se necesitan pruebas contundentes. Hasta la fecha, las acciones de la Comisión parecen justificadas debido a la extraordinaria gravedad de las situaciones en cuestión.<sup>158</sup>

En lo que concierne a los procedimientos judiciales, la cuestión fundamental es si los tribunales de los Estados miembros tienen que remitir un caso al TJUE si su objeto es una posible

---

<sup>155</sup> Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2a. ed., Darmstadt, Luchterhand, p. 261, 48 y ss., y pp. 116-20.

<sup>156</sup> Mendelski, “Das europäische Evaluierungsdefizit der Rechtsstaatlichkeit”, *Leviathan*, vol. 44, 2016, pp. 366-398, en p. 390.

<sup>157</sup> TJUE, Asunto C-230/81 *Luxemburgo/Parlamento*, ECLI:EU:C:1983:32, apdo. 39; Bast, *op. cit.* (n. 116), p. 28.

<sup>158</sup> En detalle, Hoffmeister, “Enforcing the EU Charter of Fundamental Rights in Member States: How Far are Rome, Budapest and Bucharest from Brussels”, en von Bogdandy y Sonnabend (coords.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford-Múnich-Baden-Baden, Hart-C.H. Beck-Nomos, 2015, pp. 195-234.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

deficiencia sistémica en otro Estado miembro. Un tribunal nacional puede tratar esa deficiencia tanto a la luz de los valores europeos, como lo hizo el Tribunal Superior de Irlanda en el caso *Celmer*,<sup>159</sup> como a la luz de los principios fundamentales de su constitución nacional, como en el caso “*Identitätskontrolle I*” del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.<sup>160</sup>

Sin embargo, el tribunal alemán ha sido muy criticado por no haber planteado la cuestión prejudicial.<sup>161</sup> En consecuencia, el argumento relativo a la obligatoriedad de que los Tribunales Constitucionales deban plantear esta cuestión prejudicial se ha debatido exhaustivamente.<sup>162</sup> Cuando se trata de *deficiencias sistémicas*, esta remisión al TJUE reviste especial importancia para salvaguardar las relaciones entre los Estados miembros involucrados. Solo un procedimiento ante el TJUE que respete el valor del Estado de derecho permitirá defender los valores europeos. El Estado miembro en cuestión debe participar de manera adecuada, lo que un tribunal nacional difícilmente puede proporcionar al gobierno de otro Estado. Dado que cualquier gobierno puede presentar sus observaciones y, por tanto, defender sus acciones ante el Tribunal de Luxemburgo, un procedimiento ante el mismo parece ser el único foro adecuado para decidir cuestiones críticas de una deficiencia sistémica en cualquier ordenamiento jurídico de un Estado miembro.

También está de nuevo la idea de que “Europa debería hablar con una sola voz”. Aunque los tribunales constitucionales se preocupan más por los *principios de la identidad nacional* que por los *valores europeos*, esos principios nacionales pueden defenderse mejor en el marco de los valores europeos.

---

<sup>159</sup> Alto Tribunal de Irlanda (IEHC), *op. cit.* (n. 30).

<sup>160</sup> BverfGE, 140, 317 – *Identitätskontrolle*.

<sup>161</sup> Sobre las críticas, Nowag, “EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R.”, *CML Rev.*, vol. 53, 2016, pp. 1441-1453, en p. 1450 y ss.; Rugge, “Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell’UE: quale futuro per il dialogo sul rispetto dell’identità nazionale?”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2016, pp. 789-812; Nettessheim, “Anmerkung”, *JZ*, vol. 71, 2016, pp. 424-428; Sauer, “‘Solange’ geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht”, *Neue juristische Wochenschrift*, vol. 69, 2016, pp. 1134-1138.

<sup>162</sup> Acerca de este tema véase Paris, *op. cit.* (n. 149).

#### 4.4. Estándar de los valores materiales

Todos los instrumentos de *deficiencia sistémica* se enfrentan a cuestiones similares de interpretación y aplicación. En adelante se examinarán tres cuestiones: la condensación interpretativa de los valores (4.4.1), la importancia de una evaluación integral y colectiva (4.4.2), así como la cuestión de cuán concreta debe ser una violación (4.4.3).

##### 4.4.1. Líneas rojas

Como demuestran los tratados doctrinales, los manuales y los comentarios de la Ley Fundamental alemana, muchas características importantes de una constitución, incluso un ordenamiento jurídico entero, pueden inferirse de principios como la dignidad humana, el imperio de la ley y la democracia. Con este fin, la doctrina alemana considera estos principios como “leyes de construcción”<sup>163</sup> e incluso “requisitos de optimización”,<sup>164</sup> justificando así una erudición que tiene algo que decir sobre casi cualquier cuestión importante, así como un poder judicial que se alegra de su trascendental papel legislativo. Hay señales de que la Comisión está adoptando una comprensión expansiva similar respecto a los valores de la UE, en particular del valor del Estado de derecho.<sup>165</sup> De hecho, la lista de verificación sobre el Estado de derecho de la Comisión de Venecia, con sus 52 páginas, a la que la Comisión Europea se refiere como autoritativa, casi parece un manual detallado que da orientación a los profesionales sobre casi cualquier cuestión pertinente.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> Véase, por ejemplo, Schulze-Fielitz, “Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 (Rechtsstaat)”, en Dreier (coord.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2015, pp. 186-291, párr. 44.

<sup>164</sup> Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 462.

<sup>165</sup> COM/2019/163 final, *op. cit.* (n. 13), p. 1.

<sup>166</sup> European Commission for Democracy Through Law, Rule of Law Checklist, CDL-AD(2016)007 con sus 53 páginas solo sobre el Estado de derecho. La Comisión Europea se refiere a este documento como decisivo, véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, *op. cit.* (n. 59), p. 8.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

En cuanto a los valores del artículo 2 TUE, tal comprensión no puede convencer, especialmente en la medida en que se aplican a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Al utilizar el término *valor* en el artículo 2 TUE, de la redacción del Tratado implica que sus disposiciones deben entenderse como ambiguas y, por lo tanto, abiertas. Esta apertura no autoriza a las instituciones de la Unión a esbozar gradualmente un derecho constitucional común cada vez más detallado. Si bien el artículo 2 TUE ha pasado a ser directamente aplicable (véase arriba, 4.2.), ello no cambia el hecho de que no debe convertirse en una cláusula de homogeneidad similar al artículo 28 de la Ley Fundamental alemana o al artículo IV sec. 4 y a los artículos XIII a XV de la Constitución de Estados Unidos. Esto obligaría a la autonomía constitucional de los Estados miembros a constreñirse, lo que iría en contra del pluralismo constitucional europeo.

Las consideraciones constitucionales anteriores (2.) llevaron a la conclusión de que los instrumentos para contrarrestar las deficiencias sistémicas sirven al propósito de asegurar lo esencial de la asociación europea (*Verbund*), en particular su autocomprensión como comunidad de valores, el núcleo de los derechos fundamentales y el principio de la confianza mutua, pero nada más. Esto explica la ambigüedad de los valores, así como los umbrales extremadamente exigentes del artículo 7 TUE. La lógica de la restricción se extiende a toda la caja de herramientas. Por consiguiente, los valores deben interpretarse de manera que solo prohíban las medidas especialmente problemáticas, sin indicar un “camino correcto”, y mucho menos estipular la organización básica de las instituciones de los Estados miembros. En este sentido, no constituyen “leyes de construcción”, sino más bien “líneas rojas”.<sup>167</sup>

En contra de este razonamiento se podría argumentar que la Comisión de la UE ha hecho demandas muy detalladas a los países candidatos de adhesión,<sup>168</sup> por ejemplo, incluso la extradición

---

<sup>167</sup> En detalle, von Bogdandy, Bogdanovic, Canor, Schmidt, Taborowski, “Guest Editorial: A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines”, *CML Rev.*, vol. 55, 2018, pp. 983-995.

<sup>168</sup> Véase, por ejemplo, Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación: Agenda 2000. Vol. I: Por una Unión más fuerte y más amplia, COM/97/2000 final, p. 42.



de un exgeneral croata al TPIY.<sup>169</sup> Estos requisitos detallados, que nunca han sido impugnados ante los tribunales, también podrían ser aplicables a los Estados miembros después de la adhesión.<sup>170</sup> Sin embargo, técnicamente, estos requisitos no están vinculados al artículo 2 TUE, sino a los criterios políticos de Copenhague. Además, los países candidatos y los Estados miembros tienen un estatuto fundamentalmente diferente. No menos importante, es el hecho de que los criterios de adhesión están sujetos a severas críticas.<sup>171</sup>

Por ello, parece apropiado un enfoque más cuidadoso, como se describe en 2.3. De hecho, la mayoría de las decisiones de la Comisión, del Parlamento Europeo y del TJUE pueden entenderse en este último sentido. La lógica de las líneas rojas explica su razonamiento, que puede parecer bastante “fino” y por lo tanto poco convincente a primera vista. En la mayoría de los casos, el valor pertinente se ilustra solo de manera general, con referencia a los principios;<sup>172</sup> pero hay poco desarrollo interpretativo en vista de la materia en cuestión. El aspecto central es *lo que no se puede tolerar*. Si bien la falta de desarrollo interpretativo limita el poder persuasivo de la decisión, con esta limitación se pueden evitar las normas interpretativas que podrían constreñir considerablemente la autonomía constitucional de los Estados miembros.<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup> Para un análisis detallado, véase Rötting, *Das verfassungsrechtliche Beitrittsverfahren zur Europäischen Union*, Dordrecht-Heidelberg, Springer, 2009, p. 317, 117 y ss.

<sup>170</sup> Sobre los criterios de Copenhague como directrices para la aplicación del artículo 2 del TUE, véase Christophe Hillion, “Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means”, en Closa y Kochenov (coords.), *op. cit.* (n. 19), pp. 59-81, en p. 66.

<sup>171</sup> Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-Accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, La Haya, Kluwer, 2008, p. 311. Kosař, Baroš, Dufek, *op. cit.* (n. 6), p. 443 y ss.; Mendelski, “Europeanization and the Rule of Law: Towards a pathological turn”, *Southeastern Europe*, vol. 40, 2016, pp. 346-384.

<sup>172</sup> *Cfr.*, en particular, COM (2017) 835 final *op. cit.* (n. 7), apdos. 6 y ss., y TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46), apdos. 62-67.

<sup>173</sup> En esta forma de construir normas, Lepsius, “Die maßstabsetzende Gewalt”, en Jestaedt, Lepsius, Möllers, Schönberger (coords.), *Das entgrenzte Gericht*, Berlín, Suhrkamp, 2011, p. 182 y ss.; Bogdandy y Venzke,

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

En este sentido, la trascendental sentencia *Aranyosi y Căldăraru*, se refiere solo a los derechos absolutos, especialmente a la prohibición de los tratos inhumanos,<sup>174</sup> es decir, a las normas que forman parte del núcleo de la autocomprensión europea.<sup>175</sup> Esto también se aplica a la naturaleza de los derechos no absolutos: en la sentencia *L.M. (Deficiencias del sistema judicial)*, el TJUE señala que la recién creada sala disciplinaria es problemática porque parece ser un instrumento para intimidar a los jueces.<sup>176</sup> En la sentencia se esbozan otras “líneas rojas” al referirse a las cualificaciones con respecto a Polonia establecidas en la propuesta de la Comisión en virtud del artículo 7 TUE. Por supuesto, el Tribunal no trata la propuesta como una fuente de derecho, sin embargo, advierte que la “información [...] constituye un elemento especialmente pertinente” y, por lo tanto, sirve para evaluar las medidas polacas.<sup>177</sup> Esta propuesta de la Comisión articula concretamente qué medidas son incompatibles con los valores y por lo tanto deben ser retiradas ya que han cruzado “líneas rojas”.

Esta lógica de “líneas rojas” no es totalmente contraria a la construcción de la doctrina. Al contrario, es perfectamente imaginable desarrollar una doctrina de “líneas rojas” mediante los mecanismos probados de abstracción y descontextualización.<sup>178</sup> Esta doctrina podría disponer indicaciones sobre cómo refutar la presunción, fundada en el artículo 49 TUE, de que un Estado miembro respeta los valores europeos. También podría contribuir a la acción contra las deficiencias sistémicas por motivos distintos de las medidas que socavan el sistema interno de frenos

---

*In whose name? A public law theory of international adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 186 y ss.

<sup>174</sup> TJUE, Asunto C-404/15, *Aranyosi y Căldăraru*, *op. cit.* (n. 3).

<sup>175</sup> Grabenwarter, “Konventionswidrigkeit der Auslieferung bei drohender Todesstrafe – Fall Soering”, *Neue juristische Wochenschrift*, vol. 42, 2017, p. 3052.

<sup>176</sup> TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46), apdo. 67.

<sup>177</sup> *Ibidem*, apdo. 61.

<sup>178</sup> Jestaedt, “Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist”, en Jestaedt, Lepsius, Möllers, Schönberger (coords.), *Das entgrenzte Gericht*, Berlín, Suhrkamp, 2011, pp. 77-158.

y contrapesos. Sin embargo, esa doctrina es fundamentalmente diferente de una doctrina constitucional convencional de principios que tiene por objeto desarrollar, a partir de los principios, una “estructura general” para todo el ordenamiento jurídico. Tendría que seguir más bien la lógica de la “dialéctica negativa”, que se caracteriza por el hecho mismo de no especificar cómo debe ser la situación ideal, sino más bien lo que no debe ser.

#### 4.4.2. La evaluación exhaustiva y colectiva

La determinación de que un valor ha sido violado se basa generalmente en una *evaluación exhaustiva*. La Comisión y el TJUE suelen adoptar una visión global de una serie de hechos y medidas diferentes, a menudo descritas exhaustivamente, a la luz de principios que siguen siendo abstractos.<sup>179</sup> Ese razonamiento, que consiste esencialmente en una evaluación general de los acontecimientos, eventos, medidas y declaraciones políticas, es un ejercicio de discreción y, por lo tanto, inevitablemente evaluativo, y en ese sentido netamente político. Esto fácilmente da lugar a la acusación de que las decisiones están sesgadas o motivadas por consideraciones ilícitas.<sup>180</sup>

Sin embargo, esta práctica de evaluación se justifica por tres aspectos. En primer lugar, es la consecuencia inevitable de la interpretación restringida, que a su vez se justifica por las consideraciones constitucionales descritas en el pasaje anterior y en el apartado 2.3. En segundo lugar, la práctica responde a los problemas específicos de tratar jurídicamente las medidas que socavan el sistema nacional de frenos y contrapesos. El papel central de una evaluación exhaustiva se justifica por la naturaleza misma de las *deficiencias sistémicas*. Por lo general, la ley se aplica a una sola acción o medida. Esta modalidad fracasa en el supuesto de acontecimientos autoritarios, ya que, en la mayoría de los casos, solo una serie de acciones y medidas *en su totalidad* alcanzará el umbral crítico. Las acciones y medidas, tomadas individualmente,

---

<sup>179</sup> COM (2017) 835 final, *op. cit.* (n. 7), apdos. 109 y 173; TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46), apdo. 68.

<sup>180</sup> Véase *supra*, punto 4.3.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

pueden a menudo justificarse de manera plausible.<sup>181</sup> El gobierno polaco está defendiendo su reforma judicial comparando la ley con países “insospechados”.<sup>182</sup> A fin de detectar un “riesgo claro de violación grave” del artículo 2 TUE, es necesario tener una visión global de todas las medidas adoptadas por el Gobierno de Polonia con respecto al poder judicial, teniendo debidamente en cuenta las condiciones políticas y sociales generales del país. Es necesario evaluar las medidas adoptadas contra el poder judicial en el contexto de las medidas que se han tomado contra otras instituciones de control, principalmente la oposición parlamentaria, los medios de comunicación, la ciencia y las ONG.<sup>183</sup>

En tercer lugar, la evaluación exhaustiva suele basarse en percepciones semejantes de otras instituciones y, por lo tanto, se lleva a cabo de manera colectiva (*Einschätzungsverband*). Contribuye a la legitimidad de una evaluación exhaustiva el hecho de que su fundamentación se base en evaluaciones concurrentes de otras instituciones independientes con una autoridad reconocida en cuestiones de valoración y evaluación. Dicho con las palabras de la lógica intersistémica de la deficiencia sistémica (3.3.): la

---

<sup>181</sup> Scheppele, “Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions”, en Closa y Kochenov (coords.), *op. cit.* (n. 19), pp. 105-132. Sin embargo, algunas medidas polacas contra el propio tribunal constitucional del país aparecen como casos bastante claros, *cfr.*, Iustitia, “Response to the White Paper Compendium on the reforms of the Polish justice system, presented by the Government of the Republic of Poland to the European Commission”, 2018, [www.statewatch.org/news/2018/mar/pl-judges-association-response-judiciary-reform-3-18.pdf](http://www.statewatch.org/news/2018/mar/pl-judges-association-response-judiciary-reform-3-18.pdf); Gersdorf, “Opinion on the White Paper on the Reform of the Polish judiciary”, 2018, [www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/EditForm/Supreme%20Court%20-%20Opinion%20on%20the%20white%20paper%20on%20the%20Reform%20of%20the%20Polish%20Judiciary.pdf](http://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/EditForm/Supreme%20Court%20-%20Opinion%20on%20the%20white%20paper%20on%20the%20Reform%20of%20the%20Polish%20Judiciary.pdf); Comisión de Venecia, Opinión sobre las enmiendas a la Ley de 25 de junio de 2015 sobre el Tribunal Constitucional de Polonia, Dictamen n° 833/2015, CDL-AD(2016)001, apdos. 126, 137 y 138.

<sup>182</sup> Cancillería del Primer Ministro de Polonia, *op. cit.* (n. 133).

<sup>183</sup> Esta lógica de evaluación exhaustiva no se limita en absoluto a los valores. El proceso de identificación de una deficiencia sistémica en el sector bancario es similar. *Cfr.*, Reglamento (UE) relativo a la supervisión del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico (2010) OJ L331/1.

aplicación suele tener lugar en un *Einschätzungsverbund*, es decir, la evaluación exhaustiva de todas las circunstancias debe ser ampliamente compartida entre las instituciones del espacio jurídico europeo. Cuantas más instituciones perciban un problema sustancial, más sólidas serán las pruebas de una deficiencia sistémica.

Cabe señalar que, cuando se trata de deficiencias sistémicas, la interpretación y la aplicación no se presentan como autónomas, sino como parte de una evaluación colectiva en la que participan muchas instituciones de diversos ordenamientos jurídicos. La Comisión y el TJUE recurren a otras fuentes autorizadas cuando abordan estas cuestiones, en particular a las sentencias del TEDH y a los dictámenes de la Comisión de Venecia.<sup>184</sup> Las evaluaciones de los órganos internacionales, así como de las organizaciones cívicas, también son importantes.<sup>185</sup> A la luz de la reconocida autonomía del derecho de la Unión, parece especialmente remarkable que la Comisión y el Tribunal concedan gran importancia a las evaluaciones hechas en el marco del ordenamiento jurídico nacional en cuestión; dichas evaluaciones gozan incluso de una especial relevancia. En el caso de Polonia, un punto importante es que las voces polacas autorizadas consideran que las reformas de la mayoría gobernante son profundamente inconstitucionales.<sup>186</sup> Así pues, cuantas más instituciones de diferentes sistemas jurídicos compartan esta calificación, más probable será que una situación o medida se califique como *sistémicamente deficiente*.

Tal evaluación exhaustiva también es importante en otros aspectos. Basta pensar en la acusación de que la propia Unión no cumple los requisitos que exige a Polonia.<sup>187</sup> Ciertamente, la posibilidad de reelección de los jueces del TJUE no cumple con

---

<sup>184</sup> Cfr., COM (2017) 835 final, *op. cit.* (n. 7), apdos. 18, 32, 95, 116 y ss.; TJUE, Asunto C-404/1, *Aranyosi y Căldăraru*, *op. cit.* (n. 3), apdo. 90; Conclusiones del Abogado General Tanchev en TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46), apdo. 10.

<sup>185</sup> COM (2017) 835 final, *op. cit.* (n. 7), apdos. 33, 63, 76, 80 y 82.

<sup>186</sup> *Ibidem*, apdos. 19, 21, 29, 81, 83 y 86; *cfr.*, en particular Iustitia, *op. cit.* (n. 181); Gersdorf, *op. cit.* (n. 181).

<sup>187</sup> Cfr., Weiler, *op. cit.* (n. 19).

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

los más altos estándares de independencia judicial. Sin embargo, parece indiscutible que el TJUE es un tribunal independiente.<sup>188</sup>

### 4.4.3. Sobre la concreción y la carga de la prueba

Las instituciones políticas suelen evaluar una situación general y decidir si existe un riesgo general para los valores, por ejemplo, debido a la transformación del sistema judicial polaco desde 2015. Para los tribunales, se plantea la cuestión de si ese riesgo abstracto es suficiente para una decisión judicial, o si un riesgo tendría que materializarse concretamente en el caso en cuestión para ser pertinente y justiciable. En el caso *L.M.*, el asunto era si un tribunal irlandés tenía que negarse a entregar a una persona a Polonia en virtud de una orden de detención europea, pese a la remodelación general del poder judicial polaco. El TJUE respondió que el tribunal nacional debía verificarlo en un procedimiento de dos etapas: 1) si había una deficiencia sistémica en Polonia y 2) si había “razones serias y fundadas para creer que esa persona correrá un riesgo real de que se viole su derecho fundamental a un juez independiente y, con ello, el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso justo”.<sup>189</sup>

Esta revisión en dos etapas ayuda a distinguir el procedimiento legal del político en virtud del artículo 7 TUE. Por lo cual, contribuye a justificar la decisión del TJUE.<sup>190</sup> Sin embargo, se encuentra con considerables dudas, dado que las medidas del gobierno polaco socavan la independencia de todo el poder judicial polaco, cualquier caso corre el riesgo de ser dictaminado por un juez comprometido en algún momento. Además, la estipulación del TJUE de que los jueces de los Estados miembros deben revisar la independencia de sus colegas polacos<sup>191</sup> parece difícilmente

---

<sup>188</sup> Krenn, “Self-Government at the Court of Justice of the European Union: A Bedrock for Institutional Success”, *GLJ*, vol. 19, 2018, pp. 2007-2030, en p. 2024.

<sup>189</sup> TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46), apdo. 75.

<sup>190</sup> *Cfr.*, *supra*, punto 4.2.

<sup>191</sup> TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46), párrs. 77 y ss.

factible.<sup>192</sup> Al menos se invierte la carga de la prueba: en caso de una deficiencia sistémica (generalizada), es el Estado miembro en cuestión el que debe demostrar que no existe un riesgo concreto para el individuo en cuestión.<sup>193</sup> Aquí se hace evidente otra dimensión importante de las deficiencias sistémicas en general: una vez que se haya establecido una deficiencia sistémica, la carga de la prueba puede cambiar entre los participantes de un litigio.<sup>194</sup>

#### 4.5. Control judicial

El último bloque de análisis aborda la cuestión de la protección legal. Se trata de la cuestión de si se puede revisar judicialmente la legalidad de los instrumentos y cómo debe hacerse, así como la legalidad de su uso. Este examen es un aspecto fundamental del Estado de derecho europeo y a veces, se considera el control de la autoridad pública por tribunales independientes e imparciales como su mayor logro.<sup>195</sup> Por lo tanto, el artículo 269 TFUE prescribe una excepción que debe interpretarse en sentido estricto.<sup>196</sup>

Por evidente que parezca este principio, su aplicación es problemática más allá de las decisiones formales y durante mucho

<sup>192</sup> Krajewski, “Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice’s Cautious Approach to Independence of Domestic Judges”, *EuConst*, vol. 14, 2018, pp. 792-813, en p. 792; Bárd y van Ballegooij, “Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in *Minister for Justice and Equality v. LM*”, *NJECL*, vol. 9, 2018, pp. 353-365, en p. 353.

<sup>193</sup> TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46), apdo. 78.

<sup>194</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una rica jurisprudencia a este respecto, véase *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Serie C, núm. 4, Mérito, 1988: 134-136; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Serie C, núm. 5, Mérito, 1989: 140-142; *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Serie C, núm. 16, Mérito, 1994: 49; *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Serie C, núm. 20, Mérito, 1995: 65; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Serie C, núm. 70, Mérito, 2000: 152; *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Serie C, núm. 136, Mérito, 2005: 106.

<sup>195</sup> *Cfr.*, TJUE, Asunto C-294/83, *Les Verts/Parlamento*, ECLI:EU:C:1986:166.

<sup>196</sup> Más detalladamente, Niedobitek, “Right and duty to pursue the ‘wrongdoer’ and a possible abuse of Art. 7 TEU”, en Hatje y Tichy (coords.), *Liability of Member States for the Violation of Fundamental Values of the European Union*, EuR supplement 1/2018, pp. 233-242.

## Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas...

---

tiempo, la protección del TJUE ha sido fragmentada e incierta a este respecto. No parece nada seguro que un Estado miembro pueda emprender acciones legales contra una recomendación de la Comisión en el marco del procedimiento del Estado de derecho o contra una clasificación en el Cuadro de indicadores de la justicia de la Comisión que perjudique su reputación. No obstante, la jurisprudencia más reciente del TJUE amplía el control judicial también a los actos que tienen efectos jurídicos más sutiles.<sup>197</sup> Esto debería hacer posible el control, al menos, cuando una recomendación de la Comisión resulte de la asunción de una deficiencia sistémica.<sup>198</sup>

Otro desafío es cómo coordinar el control judicial entre los distintos ordenamientos jurídicos, lo que lleva de nuevo al artículo 267 TFUE (véase arriba 4.3.). Existe una necesidad urgente de dicha coordinación cuando se defienden los valores europeos o sus equivalentes en las constituciones nacionales. La coordinación y el control de los tribunales nacionales es, ante todo, una tarea del TJUE. A sensu contrario, esto no significa que el propio TJUE esté fuera de control y, ciertamente, sigue siendo objeto de la prueba *ultra vires*. Pero es allí, en el explosivo contexto de las acciones de *deficiencia sistémica*, donde la cooperación multinivel de los tribunales europeos podría encontrar su momento estelar.<sup>199</sup>

### 5. PERSPECTIVA

Las instituciones europeas están muy lejos y son ajenas a muchas personas. Si instan a los gobiernos electos a revisar proyectos políticos importantes invocando los valores europeos, corren el riesgo de ser rechazados como actores complacientes, arbitrarios

---

<sup>197</sup> TJUE, Asunto C-16/16 P, *Bélgica/Comisión*, ECLI:EU:C:2018:79, apdo. 44; TJUE, Asunto C-258/14, *Florescu y otros*, ECLI:EU:C:2017:448, apdo. 30; TJUE, Asunto C-207/01, *Altair Chimica*, ECLI:EU:C:2003:451, apdo. 41; Conclusiones del abogado general Cruz Villalón en TJUE, Asunto C-62/14, *op. cit.* (n. 31), párrs. 27 y ss.

<sup>198</sup> En detalle, véase *supra*, punto 4.4.1.

<sup>199</sup> Voßkuhle, *op. cit.* (n. 12).



e ilegítimos. A fin de defender de manera creíble los valores europeos, se necesitan procedimientos justos para mostrar de manera convincente a un amplio público europeo los requerimientos de los valores, por qué hay una deficiencia sistémica y cómo repararla. Una doctrina de deficiencia sistémica debería ayudar a cumplir esta tarea.

La unión de valores es tan arriesgada como la unión monetaria. Pero también hay cierta esperanza en esta sombría declaración; después de todo, Europa fue capaz de gestionar esta última grave crisis. La idea europea es más resiliente de lo que muchos podrían suponer. Por supuesto, cualquier acción está llena de incertidumbres y, a fin de cuentas, ningún ordenamiento jurídico puede garantizar plenamente su propia base.<sup>200</sup> Sin embargo, la resistencia europea puede aprovechar una fuente particularmente poderosa en este sentido: el rechazo del autoritarismo.<sup>201</sup> De hecho, la lucha contra las deficiencias sistémicas en general y las violaciones de los valores en particular goza de un fuerte apoyo en toda Europa.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> Véase Böckenförde, “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation”, en Böckenförde (coord.), *Recht, Staat, Freiheit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2006, pp. 92-114, en p. 112; sobre este *dictum*, Müller, “What the dictum really meant – and what it might mean for us”, *Constellations*, vol. 25, 2018, pp. 196-206; Stein, “The Böckenförde Dictum—On the topicality of a liberal formula”, *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 7/1, 2018, pp. 97-108.

<sup>201</sup> Seminally Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights”, *American Political Science Review*, vol. 31, 1937, pp. 417-432, en p. 417; Schorkopf, *op. cit.* (n. 20), p. 119 y ss.; Müller, “The EU as a militant democracy, or: are there limits to Constitutional mutations within EU member States?”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. 165, 2014, pp. 141-162.

<sup>202</sup> Eurobarómetro especial 489 el imperio de la ley, [https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2235\\_91\\_3\\_489\\_ENG](https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2235_91_3_489_ENG).