

EL ESTADO DE DERECHO Y EL SISTEMA JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

PABLO J. MARTÍN RODRÍGUEZ*

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Abordar el Estado de derecho dentro del sistema jurídico de la Unión Europea (UE) es un tema de envergadura y formidable complejidad, no solo por razones de orden conceptual, sino también por los efectos profundos que esta noción ha tenido en la misma evolución de este ordenamiento jurídico bajo la batuta del Tribunal de Justicia¹ y, poca duda cabe, también por la indiscutible prominencia que ha adquirido en el debate jurídico actual en Europa.

La presentación, ciertamente algo cándida y simplista, del sistema jurídico de la Unión como un sistema basado en el Estado de Derecho, como una "comunidad de derecho" según la seminal afirmación de *Los Verdes*² (reconvertida en "Unión de derecho" en *Comisión/Kadi*³) difícilmente oculta hoy las cargas de profundidad críticas que han surgido por la aparición de nuevos modos de gobernanza, en particular en el marco económico⁴, la irrupción de un espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) basado en el reconocimiento y confianza mutuos⁵ o la inacabada articulación de un control externo a la Unión en materia de derechos fundamentales⁶.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2014-57213-R financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Profesor Titular de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada. pamartin@ugr.es.

¹ Véase esta indiscutible ligazón entre la noción y la labor del Tribunal en VON DANWITZ, Th., "The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ", *Fordham International Law Journal*, vol. 37, 2014, pp. 1311-1347,

² Sentencia de 23 de abril de 1986, Los Verdes/Parlamento, 294/83, Rec. 1357, apdo. 23.

³ Sentencia de 18 de julio de 2013, Comisión/Kadi, C-584/10 P, EU:C:2013:518, apdo. 66.

⁴ KILPATRICK, C., "On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, 2015, pp. 325-353.

⁵ BARATTA, R., "Rule of Law 'Dialogues' Within the EU: A Legal Assessment", *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 8, 2016, pp. 360-361; KOCHENOV, D., PECH, L., "Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality", *European Constitutional Law Review*, vol. 11, 2015, p. 521.

⁶ KOCHENOV, D., "EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?", *Yearbook of European Law*, vol. 34, 2015, pp. 74-96.

A ello se ha añadido otra dimensión no menos espinosa: la de los mecanismos existentes para garantizar su respeto en el seno de los órdenes jurídicos de los Estados miembros, en particular cuando estos abrazan abiertamente un ideario de democracia iliberal (*Viktor Orbán dixit*) o padecen lo que se ha denominado deficiencias sistémicas⁷.

Esta simple enumeración desvela vectores ya endógenos, ya exógenos, encuadrados tanto en fenómenos conocidos como sustancialmente nuevos; algunos de los cuales se elevan dentro de un marco jurídico particularmente inhóspito para esta noción como es el Derecho de excepción o de emergencia que la lucha contra el terrorismo internacional⁸ o la crisis económica y financiera⁹ han, o al menos así se dice, puesto en marcha y fundamentado.

En este patio tan revuelto política y jurídicamente, no resulta extraño ni absolutamente infundado que la categoría de estado de derecho (que, bajo una apariencia quasi-técnica, tiene una portentosa habilidad para canalizar y alojar contenidos político-jurídicos e ideológicos¹⁰) haya aglutinado todas estas problemáticas y dado luz a lo que se ha llegado a calificar como el *gran debate sobre el estado de derecho en la Unión Europea*. Un debate que, además, corre paralelo al imparable ascenso que el tema ya había alcanzado en el plano internacional y que, pese a la común visión en exceso unicéntrica, puede ofrecer reflexiones de interés aunque no sean aplicables *sic et simpliciter* a la integración europea.

En efecto, la traslación de la noción de estado de derecho al sistema jurídico de la Unión debe afrontar un doble problema común a su extensión a cualquier contexto jurídico no nacional que se deriva de la ausencia, en un elevado porcentaje, del aparato institucional propio que acompaña y da soporte a la categoría de estado de derecho que requiere la efectiva aplicación de las normas y no solo la exigencia de que tales normas respeten ciertos requisitos.

⁷ VON BOGDANDY, A., IOANNIDIS, M., "Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done", *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, pp. 59-96.

⁸ Así, entre muchos, el excelente trabajo de MACHEN, A., "Cracks in the Foundations: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU", *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, pp. 1058-1059.

⁹ AVBELJ, M., "Rule of Law and the Economic Crisis in a Pluralist European Union", *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 8, 2016, pp. 191-203, introduciendo un número monográfico sobre esta cuestión.

¹⁰ Vid. KOCHENOV, D., MAGEN, A., PECH, L., "Introduction: The Great Rule of Law Debate in the EU", *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, 2016, pp. 1045-1049..

De un lado, como el debate iusinternacionalista ha mostrado, en la medida en que la noción se endereza a la protección de los derechos del individuo, su traslación al contexto no nacional descansa en la forma en que las normas internacionales traspasan el umbral de los órdenes jurídicos estatales y los tribunales nacionales efectivamente las implementan¹¹. Así, el ordenamiento jurídico internacional precisa de este, si se quiere, subarriendo del estado de derecho nacional sobre el que no tiene la última palabra en términos sistémicos, pero del que es una variable dependiente. Por el contrario, esta operación de subarriendo sí está materializada en el ordenamiento jurídico de la Unión en unas condiciones que entrelazan más aún la relación entre el sistema normativo no nacional y el aparato orgánico y judicial nacional. El efecto directo estatuido en *Van Gend en Loos* encierra este doble salto normativo al dotar a las normas de la Unión de la capacidad de crear derechos (en el conocido sentido amplio de efecto de sustitución y efecto de exclusión) para los particulares y al asignar a los tribunales nacionales la obligación de garantizarlos¹².

De otro lado, la seguidamente proclamada primacía de estas normas en *Costa/ENEL*, al tiempo que refuerza esa efectividad, abre empero una problemática nueva desde la perspectiva del estado de derecho, pues plantea la segunda dimensión aludida, la de la sujeción del sistema jurídico que las crea a las propias exigencias derivadas del estado de derecho, en unas condiciones muy distintas. En efecto, con los matices que convenga realizar, el dominio último que los órdenes constitucionales tienen sobre las normas internacionales permite que el estado de derecho definido en clave nacional actúe como barrera del individuo frente a tales normas y, en esa medida, las deficiencias del procedimiento normativo seguido para su creación, aún siendo relevantes, pierden importancia en favor de su escrutinio sustantivo o material. Por el contrario, el Derecho de la Unión atribuyéndose una primacía incondicional sobre los ordenamientos internos demanda, a mi modo de ver, no solo un escrutinio material, sino también procedural¹³. Dicho con otras palabras, el sistema jurídico de la Unión al

¹¹ NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

¹² DE WITTE, B., "The Continuos Significance of *Van Gend en Loos*", en M. Poiares Maduro y L. Azoulai (eds.), *The Past and Future of EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 9-15.

¹³ La identificación entre estado de derecho y primacía/eficacia directa en el Derecho de la Unión es resaltada, en su crítica, por Palombella como una construcción del estado de derecho autorreferencial (PALOMBELLA, G., "Beyond Legality - Before Democracy: Rule of Law Caveats in the EU Two-Level System", en C. Closa y D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 36-58, especialmente pp. 37-39).

imponer la exportación de sus normas sobre los estados de derecho nacionales, importa necesariamente y para sí mismo sus exigencias. Esto ocurre, como mínimo, en términos aspiracionales: cuanto mayor sea el respeto a estas exigencias, más sólida podrá ser la pretensión de exportación imperativa de sus normas¹⁴.

En las consideraciones que siguen, por definición limitadas, se abordarán algunos de los elementos envueltos en esta problemática que, a mi juicio, presentan mayor interés. Ello, claro es, sin pretensión de exhaustividad en los temas enunciados ni en su tratamiento concreto. Conviene señalar por eso expresamente que, si el estado de derecho como noción se conecta con alguna otra noción, es sin duda la de sistema jurídico. De hecho, la misma integración europea abriga en su origen una suerte de abrazo a la idea de proyecto guiado justamente por el Derecho, como señalaba en sus albores Walter Hallstein¹⁵. En este sentido, la práctica totalidad del contenido de esta obra colectiva encontraría acomodo en este capítulo que se ocupa de la relación entre ambos conceptos. Esta relación plantea, en mi opinión, tres cuestiones centrales que encierran desafíos epistemológicos de no poca entidad: su definición, su naturaleza normativa y su traslación al contexto jurídico de la integración. Tales cuestiones se encuentran obviamente interrelacionadas, pero esta aproximación impura, creo, permite extraer alguna conclusión de interés.

2. EL DESACUERDO SOBRE EL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO Y SU RELATIVIZACIÓN EN EL ACTUAL CONTEXTO EUROPEO

Es bien conocida la controversia en torno al concepto mismo de estado de derecho, en especial porque ni terminológica ni históricamente existe identidad. Las amplias diferencias en origen y significado entre *rule of law*, *Rechtstaat* y *état de droit* son de común apuntadas para desembocar en acercamientos más formales -*thin version*- o más sustantivos -*thick version*- cuyo rasgo compartido, de forma no poco platónica, es apelar a una universalidad conceptual (al menos como ambición intelectual) y reconocer que sus manifestaciones nacionales concretas difieren notoriamente¹⁶.

¹⁴ Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro de 21 de mayo de 2008, Arcelor, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:292, punto 16.

¹⁵ Cfr. VON DANWITZ, Th., *op. cit.*, pp. 1312-1313.

¹⁶ Por todos, MAGEN, A., “Overcoming the diversity-consistency dilemmas in EU Rule of Law external action”, Asia Europe Journal, vol. 14, 2016, pp. 25-41.

El debate europeo reproduce esta contienda entre *thin versions* que confinan el contenido del estado de derecho al cumplimiento de ciertos requisitos formales por parte del sistema jurídico (como son que toda autoridad pública actúe solo facultada por y a través de un Derecho que respete las exigencias de publicidad, generalidad y previsibilidad -incluida la irretroactividad de la legalidad penal- y sea escrutable por un juez independiente e imparcial mediante un procedimiento justo) y *thick versions* que elevan el habitual reproche de que ese contenido formal no es más que una carcasa vacía si no incluye límites sustantivos que han de respetar el propio sistema y sus normas, cumplan o no los requisitos formales anteriores¹⁷. A través de estos contenidos sustantivos, derechos fundamentales y exigencias democráticas vinculadas a la producción normativa se cuelan sin dificultad dentro de un estado de derecho que se pueda entender como verdaderamente significativo¹⁸, al tiempo que magnifican las consecuencias de la diversidad de las plasmaciones concretas existentes suponiendo un obstáculo de primer orden para postular la universa(bi)lidad de la noción.

Este desacuerdo sobre el concepto de estado de derecho es de tal magnitud que en última instancia lo coloca en una posición en extremo paradójica¹⁹ (cuyo mejor exponente sea quizá el marco internacional²⁰): su incontestada admisión como principio corre paralela a una divergencia creciente por su contenido rampante que aparenta aumentar su capacidad incisiva cuando, en realidad, se confiesa cada vez menos operativo, hasta el punto de comprenderlo como un parámetro de control ineffectivo por

¹⁷ Naturalmente, el debate europeo reproduce ese general repaso por los teóricos clásicos (de Fuller a Raz, de Aristóteles a Locke o Hayek) y más específicos sobre el estado de derecho (Dicey, Bingham, Tamanaha, Krygier, etc.). Sobre los peligros de este enfoque (ese "Who's Who? of Western political thought" que dicen Møller y Skaaning) que desatiende el contexto histórico en el que tales autores escriben, alerta, creo que muy fundadamente, BURGESS, P., "Neglecting the History of the Rule of Law: (Unintended) Conceptual Eugenics", *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 9, 2017, pp. 195-209.

¹⁸ Así, por ejemplo, la enmienda a la totalidad que sobre la base de la ineludible existencia de democracia realiza Weiler en el epílogo a una obra, a mi juicio, referencia insoslayable en esta materia: WEILER, J.H.H., "Epilogue: Living in a Glass House: Europe, Democracy and the Rule of Law", en C. Closa y D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 313-326.

¹⁹ Así, uno de los autores que se ha ocupado con profundidad de esta cuestión, PECH, L., "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", *Jean Monnet Working Paper 04/09*, NYU School of Law, 2009, pp. 4-7, disponible en http://ssrn.com/abstract_1463242.

²⁰ Véase, recientemente, ARAJÄRVI, N., "The Rule of Law in the 2030 Agenda" *Hague Journal on the Rule Law*, 2017, publicado online 20.11.2017, doi.org/10.1007/s40803-017-0068-8 y, en la doctrina española, Villegas Delgado, C.A., "El estado de derecho en el ámbito internacional y el imperio de la ley en las relaciones internacionales: Tendencias, retos y desafíos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 33, 2017, doi: 10.17103/reei.33.01.

inaplicable²¹. Cuando se comprende en términos quasi-técnicos, el estado de derecho alcanza universalidad, se acepta sin reticencias la obligatoriedad de este gobierno de las leyes, pero se percibe como inane en tanto que limitación del gobierno (de los hombres) o del poder. A medida que se sale de ese marco técnico, cuando el concepto parece cumplir mejor su fin hacia el llamado gobierno del buen derecho, su oponibilidad decrece, las diferencias de contenido se tornan en divergencias categoriales que abocan, como es natural, a negaciones o afirmaciones categóricas y ahí encalla irremisiblemente cualquier promesa de debate compartido.

Aún reconociendo este estado de cosas y el carácter probablemente decisivo de esta problemática en otros planos de análisis como la construcción de una filosofía del Derecho de la Unión²² o su conversión en *Critical Legal Justice*²³, también es cierto que en el contexto europeo, esta separación teórica es menor en la actualidad. Como se conviene generalmente, el estado de derecho como categoría no es ajena, sino muy al contrario, está profundamente ligada al contexto histórico. En este sentido, creo que existe en la Europa actual una coincidencia/convergencia en un núcleo esencial de contenidos (también en su necesaria complementariedad con un sistema democrático y la sujeción al respeto de derechos humanos) lo suficientemente sólida como para posponer el tema de su definición y privilegiar el análisis de sus componentes. Ese núcleo parece identificado en los seis componentes enunciados por la Comisión de Venecia y asumidos por la Comisión en su mecanismo pre-artículo 7: principio de legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, respeto de derechos fundamentales, tutela judicial efectiva y no discriminación e igualdad ante la ley²⁴.

Las posibilidades heurísticas que abre este acercamiento se adivinan en el cuestionario (*checklist*) desarrollado por la Comisión de Venecia en 2016, donde

²¹ Entre muchos otros, DEN HERTOG, L., "The Rule of Law in the EU: Understandings, Development and Challenges", *Acta Juridica Hungarica*, vol. 53, 2012, p. 205; KOCHENOV, D., MAGEN, A., PECH, L., "Introduction: The Great Rule of Law Debate in the EU", *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, 2016, pp. 1048.

²² Véase MOORHEAD, T., "The Values of the European Legal Order. Constitutional Perspectives", *European Journal of Law Reform*, vol. 16, 2014, pp. 3-18; WILLIAMS, A.T., "Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 29, 2009, pp. 549-577.

²³ Así lo propone DOUGLAS-SCOTT, S., "Justice, Injustice and the Rule of Law in the EU", en D. Kochenov, G. de Búrca, A. Williams (eds.), *Europe's Justice Deficit?*, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 59.

²⁴ Comisión europea para la democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), *Reporte sobre el estado de derecho*, Venecia, 25-26.3.2011, CDL-AD (2011) 003 rev y Comisión de la Unión Europea, Comunicación *Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*, Estrasburgo, 11.3.2014, COM(2014) 158 final.

democracia y respeto de derechos humanos se desplazan, en cuanto tales, hacia un necesario "*rule of law enabling environment*", pero que muestran con claridad el gran potencial de sus componentes para albergar contenidos algo más que formales²⁵. Admitamos, pues, abiertamente, el salto epistemológico que se asume aquí de llegar al concepto, si ello fuere factible, por el estudio de sus componentes²⁶.

Admitamos igualmente que esto no es más que una pequeña reducción de la complejidad. Como Javier Liñán ha explicado, el estado de derecho, como noción, tiene una *vis expansiva* difícil de gestionar²⁷. Esa *vis expansiva* se reproduce entre sus propios componentes. Es arduo teóricamente, si no imposible en términos de praxis jurídica, evitar que un componente se superponga a otro (¿cabe seguridad jurídica sin generalidad e igualdad ante la ley o sin interdicción de la arbitrariedad?, ¿cabe principio de legalidad sin respeto de los derechos humanos o sin tutela judicial?). No es extraño así que autores opten por un componente como eje central sobre el que gira la noción de forma que los restantes resulten casi emanaciones naturales del primero: interdicción de la arbitrariedad²⁸, acceso a la justicia²⁹ o seguridad jurídica³⁰ han sido elevadas a este lugar privilegiado, sobre el fundamento último de la dignidad humana.

Dentro de estas propuestas, ha adquirido especial relevancia la de Gianluigi Palombella que sostiene, esencialmente, que la *rule of law* se sustancia en la limitación del Derecho a través del Derecho, esto es, en la existencia de mecanismos jurídicos que garanticen la diferencia entre *gubernaculum* y *jurisdictio*, de manera que el Derecho creado por las instancias legislativas encuentren límites jurídicos (en el sentido de

²⁵ Comisión europea para la democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), *Rule of Law Checklist*, Venecia, 11-12.3.2016, CDL-AD (2016) 007, pp. 9 y ss.

²⁶ Este salto "anatómico" es aún mayor si atendemos a su dimensión empírica, como la sociología del Derecho ha mostrado con cierto fundamento (KRYGIER, M., "The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology", en G. Palombella y N. Walker (eds.), *Re-Locating the Rule of Law*, Hart Publishers, Oxford, 2008 (UNSW Law Research Paper No. 2007-65, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1218982>). Específicamente sobre esta cuestión aplicada al estado de derecho en la acción exterior de la Unión, véase, crítico, HERTOOGH, M., "Your rule of law is not mine: rethinking empirical approaches to EU rule of law promotion", *Asia Europe Journal*, vol. 14, 2016, pp. 43-59.

²⁷ Véase, en este volumen, el capítulo a cargo de D.J. LIÑÁN NOGUERAS.

²⁸ Son muy numerosos los autores que abstraen el sentido último del estado de derecho en la interdicción de la arbitrariedad, en la defensa del individuo frente al ejercicio arbitrario del poder es una deriva frecuente (*ad ex.*, KOSTANTINIDES, Th., *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 29).

²⁹ Hasta el punto de identificarlo con una "aristocracia jurisdiccional" (RAYNAL, P.-M., "L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification", *Civitas Europa*, núm. 37, 2016, pp. 27-44).

³⁰ Sumando a J. Chevallier, referencia recurrente en la doctrina francesa e introductorio de un número monográfico, CHAMBON, M., DUBUY, M., PIERRÉ-CAPS, S., "Avant propos", *Civitas Europa*, vol. 37, 2016, p. 8.

efectivamente establecidos por el sistema jurídico). El aspecto clave que suscita este autor y donde creo que radica su potencial y la razón de su notorio éxito actual es que tales limitaciones no pueden entenderse meramente en términos procedimentales ni sustantivos (no basta con que el legislador *-gubernaculum-* deba sujetarse a unos procedimientos nomogenéticos o que no pueda franquear ciertos contenidos), sino que apela a la existencia de un origen normativo diferenciado, esos límites normativos de los que no puede disponer proceden de una fuente distinta, igualmente legítima³¹. Es obvio por qué esta teoría, que como él reconoce hace de la *rule of law* un concepto *equilibrium-dependent* más que *procedural-dependent*, resulta tan atractiva en el presente contexto europeo al convertirlo en la clave de gestión de un entorno de pluralismo jurídico³². Su estrecha cercanía con la influyente corriente del pluralismo constitucional en Europa es tan nítida³³, como lo es su frontal oposición a la autonomía del Derecho de la Unión o, quizá con mayor propiedad, a esa autonomía tal y como ha sido entendida por el Tribunal de Justicia.

3. EL ESTADO DE DERECHO COMO VALOR FUNDACIONAL COMÚN A LA UNIÓN Y SUS ESTADOS MIEMBROS: POSITIVACIÓN, CAUCES DE ALIMENTACIÓN NORMATIVA Y ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL

Un segundo aspecto central en la problemática que plantea el estado de derecho en la Unión atiende a su sucinto encuadre normativo. Un pequeño repaso de la aparición del término “estado de derecho” (o *rule of law*) en el Derecho primario lo coloca, al menos nominalmente, como un *valor común a la Unión y a sus Estados miembros* en el art. 2 TUE. Más allá solo aparece como guía también de la acción exterior en el art. 21 TUE. Como se advierte invariablemente, su inclusión no va acompañada de ninguna definición, lo cual, por un lado, parece convertir en crítica la ausencia de convención sobre su significado; pero, de otro al menos, también resuelve su disputada inserción en el Derecho de la Unión que no es exclusivamente

³¹ PALOMBELLA, G., "The Rule of Law at Home and Abroad", *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 8, 2016, pp. 1-23.

³² Lo que, en buena medida, supone dar el salto hacia una "*transnational rule of law*" (p.ej., en LACHMAYER, K., "Between International Standards and Transnational Greed. Providing Transnational Rule of Law in Times of Economic Crisis", *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 8, 2016, pp. 291-309).

³³ Véase, recientemente y en direcciones opuestas WALKER, N., "Constitutional Pluralism Revisited" y BAQUERO CRUZ, J., "Another Look at Constitutional Pluralism in the European Union", *European Law Journal*, vol. 22, 2016, pp. 333-355 y 356-374, respectivamente.

jurisprudencial. En este sentido, guste o no, la traslación está hecha y, en consecuencia, la cuestión exige determinar qué significa esta traslación y cuáles, eventualmente, son su contenido y límites.

Aunque, como se ha dicho mayoritariamente y yo comparto, la doctrina ha considerado que esta nueva calificación como valor, procedente del Tratado de Lisboa, no es significativa en términos jurídicos³⁴, creo que la calificación resulta interesante y útil. No es lugar para abordar el complejo asunto de los valores en Teoría General del Derecho, pero de su caracterización como tal (y siguiendo a Alexy³⁵) se pueden extraer estas dos ideas centrales: Su naturaleza axiológica lo coloca como un ideal, una aspiración confesa, asumida, del sistema jurídico de la Unión (cosa también señalada habitualmente) y, de manera irremediable, obliga a contrastar en qué medida está respondiendo a ese ideal, a ese objetivo, mediante el análisis de los cauces normativos por los que este valor se alimenta, de las vías jurídicas por las que se manifiesta. Es seguramente otra forma de describir, igual no muy afortunadamente, el problema último de la justiciabilidad de los valores en Derecho o de identificar ese tránsito de lo axiológico a lo deónico.

Estos cauces son principalmente dos: el enunciado de principios generales y su utilización como parámetro de control. El valor establecido en el art. 2 TUE se deriva en el establecimiento de principios generales y en la actuación de éstos encuentra una de sus más fieles manifestaciones jurídicas, en la medida en que imponen un deber de optimización acorde con aquella naturaleza axiológica³⁶. En este sentido, poca duda cabe de que el Derecho de la Unión ha traducido en un grado sustancial el valor de estado de derecho. Un repaso por los elementos mencionados en el apartado anterior lo confirma: los componentes de legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la

³⁴ Por todos, PECH, L., *op. cit.*, pp. 20-21.

³⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid., 2^a ed. (2^a reimpr.), 2012, pp. 117-149.

³⁶ Lo cierto es que la conexión entre valores y principios está más que acentuada en el orden jurídico europeo, particularmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que no se ha detenido en estas sutilezas conceptuales (FÉRNADEZ ESTEBAN, M.L., *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 41). No es, por tanto, descabellada la consideración de que el cambio terminológico no perseguía introducir ninguna distinción relevante. Sin embargo, me parece que la consideración de que la Unión se funda en unos valores compartidos con los Estados miembros facilita incorporar a su sistema jurídico las consecuencias de sus fallas en los Estados miembros más allá de su ámbito de aplicación, sin necesidad de postular (a lo que creo que debería conducir su calificación como principio general común) que el art. 2 TUE introduce, como obligación de Derecho de la Unión, que los Estados respeten tales principios fuera de su ámbito de aplicación. Facilita, también, comprender su reiterada "ajusticiabilidad" que resume la archisustada frase de que "the rule of law is not a rule of law".

arbitrariedad, tutela judicial efectiva (incluido el derecho a un recurso judicial), igualdad ante la ley o, incluso, el respeto de derechos fundamentales más en general, han sido reconocidos jurisprudencialmente como principios generales del sistema jurídico de la Unión y, a lo largo de su evolución, han ido encontrado diversos grados de positivación, mostrando esa interesante dinámica entre jurisprudencia y legislación, entre *jurisdictio* y *gubernaculum*. Naturalmente, este reconocimiento no resuelve sin discusión (y veremos más adelante hasta qué punto es así) la afirmación de un sistema jurídico basado en el estado de derecho, sino que más bien apunta a su graduación con otros principios, a la necesidad de identificar cómo y con qué se ponderan, a detectar más *erosiones* que negaciones del estado de derecho en el sistema jurídico de la Unión.

Pero, al mismo tiempo, es obvio que el art. 2 TUE no sólo es importante por afluir en principios generales, sino por el art. 7 TUE que, como es sabido, remite a la vulneración grave y persistente no de principios generales, sino de esos valores fundacionales comunes a la Unión y a sus Estados miembros para la puesta en marcha de un procedimiento preventivo o correctivo (sancionador). Aquí en consecuencia, el estado de derecho se convierte *tout court* en un parámetro de control como ocurre en otros contextos³⁷. Es evidente que los principios generales también tienen una dimensión de parámetro de control, pero igual lo es que no se agotan en esta función. La necesidad de distinguir este doble cauce radica no solamente en esa relevante diferencia, sino también en que, aún funcionando como parámetros de control, la atribución competencial opera de manera distinta en un caso y en otro. Mientras que el alcance de las competencias atribuidas es determinante para apreciar si un principio general del Derecho de la Unión es aplicable o pertinente, no lo es y no debiera serlo para apreciar que un Estado miembro está violando los valores del art. 2 TUE³⁸. Se han señalado diversos argumentos que parecen cuestionar esta extensión, pero, a mi juicio, los contrarios son más persuasivos: la previsión misma de un procedimiento sancionador es obviamente uno de peso; la exigencia de su respeto para la incorporación a la Unión (art. 49 TUE), otro. Existen, además, argumentos implícitos en la propia atribución competencial, cuando ésta acude al reconocimiento mutuo basado en la confianza

³⁷ Este es el caso del enjuiciamiento a las restricciones de derechos humanos que sujeta el CEDH su carácter de *medida necesaria en una sociedad democrática* para la persecución de un fin legítimo (véase, en este mismo volumen, el capítulo de A. SALINAS DE FRÍAS).

³⁸ Esta idea de que todo lo que no queda cubierto por el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que determinan las competencias atribuidas, sería el espacio ocupado por el art. 7 TUE es ampliamente compartida en la doctrina (*ad ex.*, KOSTANTINIDES, Th., *op. cit.*, p. 32, respondiendo a este *competence creep argument*).

mutua, como ocurre con el mercado interior y el espacio de libertad, seguridad y justicia³⁹. Y, en mi opinión, no está menos implícito en la articulación de la protección jurisdiccional del Derecho de la Unión derivada de los arts. 19 TUE y 344 TFUE.

No es, pues, una cuestión de la competencia de la Unión para "controlar" este respeto, sino, como sonoramente denuncia la práctica reciente, de los mecanismos establecidos para actuar dicho control, de su eficacia y de su aptitud para extraer de ellos contenidos normativos incluidos en el valor. Y, en ambos sentidos, la situación *de lege lata* es, a todas luces, insatisfactoria. El procedimiento establecido en el art. 7 TUE descansa en el Consejo, la institución menos propensa a un control estricto, el grado de consenso político exigido es estratosférico y el umbral de gravedad para su activación es, sin duda, muy elevado. La calificación de "nuclear" que se le ha atribuido no resulta descabellada, aunque quizá no lo sea tanto por sus drásticas consecuencias (la privación de derechos del Estado miembro vulnerador), sino por el supuesto de base en el que *de facto* se activaría. De ahí, la necesidad del mecanismo pre-artículo 7 elaborado por la Comisión y, de ahí también, su modesta efectividad (y que aun así contrasta con la ominosa posición del Consejo)⁴⁰. La ajenidad del Tribunal de Justicia en él (casi una aporía) no hace sino abundar en ello y, siendo éste competente a efectos exclusivamente procedimentales (art. 269 TFUE), las vías para que se produzca esa alimentación normativa del valor "estado de derecho" en el sistema jurídico de la Unión son seguramente escasas a través del art. 7 TUE.

A mi modo de ver, tal y como está configurado, el art. 7 TUE pertenece en puridad al Derecho de emergencia: es más bien una cláusula de salvaguardia. No se trata, desde luego, de "*el*" mecanismo de control y supervisión del respeto de los valores compartidos con la Unión por los Estados miembros y, acaso, ni siquiera lo sea de sanción de una obligación impuesta por el Derecho de la Unión que pudiera generar los contenidos normativos referidos. Sus anómalos rasgos se explican mejor porque, en tanto que manifestación del Derecho de emergencia, la misma noción de estado de derecho queda en tal situación (aquella en la que *de facto* se aplicará el art. 7), no del todo ausente, pero sí notablemente diluida, como veremos más adelante.

³⁹ En este sentido, CLOSA, C., "Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law. Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations", en C. Closa y D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 15-35.

⁴⁰ La literatura sobre este asunto (mecanismos del art. 7 y pre-art. 7 o sus derivas institucionales) es ya prácticamente inabarcable y, en una alta dosis, coincidente, por lo que no nos detendremos en él. Por todos, véase en este volumen, el trabajo de P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA.

Por esta razón, el control del respeto de este parámetro del estado de derecho por parte de los Estados miembros, que en absoluto podría permanecer confinado al umbral máximo de una violación grave y persistente, debe producirse en el marco del sistema general de las competencias del Tribunal de Justicia. Y aquí es justamente donde la atribución competencial muestra la dificultad para desbordar el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, donde sus normas y principios generales sí operan con normalidad bajo las habituales competencias jurisdiccionales del Tribunal. El funcionamiento del sistema respecto de la problemática reforma legislativa húngara que afectó seriamente la independencia judicial es suficientemente ilustrativo en la medida en que hubo de reconducirse a contenidos distintos (sustancialmente, la discriminación por razón de edad)⁴¹, aunque en absoluto exclusivo del Derecho de la Unión como muestra lo acaecido con ella en el marco del CEDH⁴². Las propuestas que exploran un recurso de incumplimiento por violación del art. 2 TUE o, más audaces como la de Scheppel que propone la instrumentación de ese procedimiento hacia una suerte de sentencia "piloto" del TJUE para alcanzar efectos más allá del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión no están sino apuntando a esta enorme dificultad⁴³. Los últimos desarrollos del "caso polaco", me parece, confirman estos extremos⁴⁴.

Lo cierto es que un problema similar se ha planteado en el espacio de libertad, seguridad y justicia por el juego del principio de confianza mutua, ya que para que pueda operar dicha confianza como fundamento del reconocimiento mutuo es preciso

⁴¹ Sentencia de 14 de diciembre de 2012, Comisión/Hungría, C-286/12, EU:C:2012:687.

⁴² ECtHR, 23 June 2016, *Baka v Hungary* [GC], no. 20261/12. Sobre este asunto, véase KOSAR, D., SIPULOVÁ, K., "The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: Baka v. Hungary and the Rule of Law", *Hague Journal on the Rule of Law*, doi 10.1007/s40803-017-0065-y, publicado online 2.11.2017.

⁴³ La generalidad de los autores responden negativamente a la viabilidad de un recurso de incumplimiento del art. 2 TUE, esto es, niegan la justiciabilidad *per se* de los valores, o al menos del estado de derecho. No parece una posición descabellada. De ahí el interés de la propuesta de esta autora que no se detiene en la mera articulación sino que aborda también la garantía del cumplimiento de la eventual sentencia más allá del aparentemente disfuncional sistema de multa coercitiva (SCHEPPEL, K.L., "Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions", en C. Closa y D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 105-132).

⁴⁴ La Comisión, a 20 de diciembre de 2017, ha incoado efectivamente el procedimiento del art. 7 TUE, pero, al igual que en el caso húngaro, el recurso de incumplimiento sobre esas reformas que afectan a la independencia judicial se atrae al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, como violación de la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito laboral (véase el comunicado de prensa, IP/17/5367). Es dentro del sistema jurídico de la Unión donde los instrumentos poseen mayor contundencia y se pueden desarrollar aún más, como lo prueba el Auto de 20 de noviembre de 2017 (Comisión/Polonia, C-441/17 R, EU:C:2017:877) donde el Tribunal ha reforzado el respeto a las medidas cautelares del art. 279 TFUE -atrayendo a dicho artículo la posibilidad de imponer una multa coercitiva en caso de incumplimiento- con un razonamiento estrechamente ligado al estado de derecho.

que los Estados miembros respeten de los derechos humanos (otro valor contenido en el art. 2 TUE) no solo cuando aplican el Derecho de la Unión, sino también cuando actúan fuera de su ámbito de aplicación⁴⁵. En la relevante sentencia *Aranyosi*⁴⁶, el Tribunal de Justicia, dentro de unos límites sobre los que no cabe extenderse aquí, solo ha podido ofrecer una solución parcial a esa quiebra de la confianza mutua (es decir, a la violación sistemática de derechos fundamentales por un Estado miembro) y ésta ha pasado por reconocerles (y esto es muy relevante) a los *jueces* de los demás Estados miembros esa facultad de control y por importar al sistema jurídico de la Unión las vías por las que se puede constatar esa quiebra de la confianza mutua⁴⁷.

Sin embargo, debe observarse que esta solución no ataja la violación en el Estado miembro concernido, sino que impide que aquélla contamine el sistema jurídico de la Unión, incluso si ello conlleva la inaplicación de sus normas⁴⁸. El recurso a estos "puntos de fuga", es decir, a este tipo de expedientes jurídicos que reconocen los límites del sistema jurídico de la Unión y de su sistema de protección jurisdiccional, reviste, en mi opinión, una importancia extraordinaria en la verdadera adhesión del Derecho de la Unión a sus valores fundacionales. Ello no impide recalcar que el funcionamiento de este punto de fuga está sesgado hacia la protección y garantía jurisdiccional de derechos subjetivos y, por eso, parece relativamente bien adaptado para valores como el respeto de derechos fundamentales. Pero respecto de otros valores como el estado de derecho con contenidos de importancia adicionales o no exactamente subjetivos⁴⁹, magnificar esta dimensión individual, como hemos visto antes, los desvirtúa en cierta medida. No estamos, esa es la verdad, ante un fenómeno privativo de la Unión: ese sesgo subjetivo

⁴⁵ Sentencia de 30 de mayo de 2013, Jeremy F., C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, apdo. 48.

⁴⁶ Sentencia de 5 de abril de 2016, Aranyosi y Căldăraru, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

⁴⁷ MARTÍN RODRÍGUEZ, P., "La emergencia de los límites constitucionales a la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la sentencia del Tribunal de Justicia *Aranyosi* y *Căldăraru*", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.. 55, 2016, pp. 859-900.

⁴⁸ DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., MARTÍN RODRÍGUEZ, P., "Los derechos fundamentales en la cooperación judicial penal", en A. Viglianisi Ferraro (ed.), *La protección multinivel de los derechos fundamentales en Europa y en América Latina*, CEDAM, en prensa.

⁴⁹ De *valor institucional* y *umbrella principle* lo trata Nicolosi en su repaso por la contribución que la jurisprudencia del TJUE ha hecho a los valores fundacionales, mostrando el diverso alcance que puede tener, frente a los de nítida componente subjetiva (NICOLOSI, S.F., "The Contribution of the Court of Justice to the Codification of the Founding Values of the European Union", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015, pp. 613-643). Idéntica posición como *organizational paradigm* y *umbrella principle* está en PECH, L., *op. cit.*, pp. 49-57.

es también apreciable en el marco del Consejo de Europa, cuyo único instrumento bajo protección jurisdiccional está construido sobre derechos subjetivos⁵⁰.

4. LA TRASLACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO AL SISTEMA JURÍDICO DE LA UNIÓN: EQUIVALENCIAS INACABADAS, FICCIONES JURÍDICAS IMPERFECTAS Y EXIGENCIAS SUBROGADAS

Poca duda cabe de que el gran desafío teórico es justamente determinar en qué términos se produce, si es que es posible, la traslación de la noción de estado de derecho a una estructura no estatal, porque aquí es donde el desacuerdo teórico efectivamente parece ser un obstáculo insalvable. En línea con lo señalado al comienzo, estimo que conviene acercarse a esta cuestión a partir de los componentes más indiscutidos de la noción para analizar en qué medida son trasladables o, con más propiedad han sido normativamente trasladados, como confirma hoy el art. 2 TUE. Y, como recién hemos visto, considero que más allá de esa proclamación, son los principios generales del sistema jurídico los que le dan cuerpo a esa traslación.

Aplicados sus componentes en un contexto no nacional, resulta imposible no advertir un estiramiento conceptual (*stretching*)⁵¹ que responde a un cierto esencialismo como única vía de adquisición de un imprescindible contenido autónomo. Lo cierto es que esta "condensación" no precisa siquiera de traslación en sentido estricto, sino que se replica igualmente (si bien con un margen variable) cuando, por ejemplo, alguno de estos componentes debe operar en un marco internacional como parámetro de control de las diversas manifestaciones o comprensiones vernáculas del estado de derecho⁵².

Creo, no obstante, que bajo esta tonalidad esencialista late una suerte de fascinación categorial en el sentido de entender que los problemas planteados por esta traslación son unitarios, esto es, que la traslación afecta por igual o de la misma forma a

⁵⁰ LAUTENBACH, G., *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 14.

⁵¹ Con una terminología u otra, la mayoría de los autores observan esa necesidad de flexibilizar la noción en su aplicación a un contexto no estatal. En este caso, *stretching* es la expresión usada por KOSTANTINIDES, TH., *op. cit.*, pp. 38-ss.

⁵² Un ejemplo particularmente obvio sería la exigencia de que las restricciones a ciertos derechos humanos, contenidos en tratados sobre derechos humanos, estén previstas por la ley. Un estiramiento que no es unívoco para todos los contextos internacionales en los que se utiliza como parámetro de control, como la comparación entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el TEDH permite advertir (MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *Flexibilidad y tratados internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 164).

todos los componentes⁵³. Aún admitiendo que se trata de una posición *counterintuitive* y epistémicamente debatible, mi sospecha es que esa unitariedad no se da y que, por el contrario, es necesario adentrarse *uti singuli* en esos principios generales existentes y que constituyen el estado de derecho tal y como opera en el sistema jurídico de la Unión para determinar en qué medida cada uno se "estira" y qué zonas de penumbra produce o padece. No podemos, por razones obvias, realizar aquí ese minucioso análisis, pero sí apuntar algunos aspectos más generales.

En este estiramiento dentro del sistema jurídico de la Unión, creo que son perceptibles tres tipos de fenómenos, no necesariamente separados ni siempre presentes en todos los componentes, que a falta de mejor terminología podemos llamar equivalencias inacabadas (a), ficciones jurídicas imperfectas (b) y subrogación de exigencias (c). Distinto de ellos es, a mi modo de ver, un último aspecto que es necesario mencionar en la comprensión contemporánea de esta cuestión y que gira en torno al llamado Derecho de emergencia o excepción, donde quizá sí haya un estiramiento de orden categorial (d).

(a) Explorar el componente de legalidad puede ilustrar las *equivalencias inacabadas*. Si atendemos a su núcleo formal (actuación a través del Derecho y facultado por el Derecho), resulta patente su traslación al sistema jurídico de la Unión, se podría pensar que casi sin afectación, en virtud del principio de competencias de atribución (art. 5 TUE)⁵⁴.

Sin embargo, a medida que este componente de legalidad se aleja de lo formal y se adentra en una visión más sustantiva claramente vinculada a la división de poderes (que mira más su supremacía, el procedimiento de creación o la vinculación a una institución representativa, entre otros aspectos), la traslación precisa recurrir a ciertas equivalencias que en la actualidad se hallan, como poco, inacabadas⁵⁵. Naturalmente, la

⁵³ De esta afirmación hay que excluir algunos planteamientos teóricos, como el de Palombella, a los que cabe acaso conceder mayor proyección categorial. Sin embargo, y dicho con franqueza, me parece que este planteamiento muestra su utilidad (y solidez) a la hora de generar un prisma crítico, pero aún no ha bajado el pie a tierra, suministrando y justificando con suficiente nivel de concreción jurídica cuáles son los instrumentos de su puesta en práctica.

⁵⁴ Cuestión distinta es el carácter abierto del modelo funcional de atribución de competencias, el uso extensivo que se haya hecho o la indulgencia poco rebatible con la que el Tribunal lo ha aplicado. A fuer de ser sinceros, la textura flexible del modelo de atribución competencial más que abocar a un rechazo categorial milita, a mi juicio, en la necesaria exportación al modelo europeo de las exigencias del estado de derecho que mencionábamos al comienzo.

⁵⁵ En mi opinión, si este carácter inacabado es perceptible respecto de los actos legislativos, es aún más visible en el contexto de los actos no legislativos, ya que la articulación de la atribución competencial "ejecutiva" difícilmente traduce una configuración clara de poder ejecutivo, aún más desdibujada por la

división de poderes tiene como homólogo en Derecho de la Unión al principio del equilibrio institucional⁵⁶.

Progresivamente, este sistema jurídico ha ido incorporando la necesidad de introducir matizaciones que se derivan de ese particular "reparto de poder" hasta el punto de crear, tras el Tratado de Lisboa, la categoría de actos legislativos diferenciados de los actos delegados y de ejecución (arts. 290 y 291 TFUE). La distinción entre estos no es meramente formal, sino que conlleva sustanciales diferencias jurídicas: en su procedimiento por la preceptiva intervención de los Parlamentos nacionales en el control del respeto del principio de subsidiariedad, en una más restringida impugnación de validez a cargo de personas físicas y jurídicas (art. 263 TFUE)⁵⁷, en la preservación de un contenido mínimo indelegable (una suerte de reserva estricta de ley)⁵⁸, así como en el reconocimiento obvio de la superior jerarquía del acto legislativo sobre *sus* desarrollos reglamentarios delegados o de ejecución (supremacía legislativa)⁵⁹.

Sin embargo, como se ha señalado, la configuración de los actos legislativos en los Tratados no responde a sus efectos jurídicos (criterio por completo ajeno a la jerarquía que sigue siendo el eje central del sistema de normas y actos jurídicos⁶⁰) ni a su contenido material, ni *per se* al procedimiento (sea ordinario o especial) seguido, sino que depende de la nominal adjetivación de éste como legislativo⁶¹. Emerge así en el Derecho primario de la Unión una especie de *reserva de reglamento* que, sin ser

jurisprudencia en los asuntos AEVM (Sentencia de 22 de enero de 2014, Reino Unido/Parlamento y Consejo, C-270/12, EU:C:2014:18) y Biocidas (Sentencia de 18 de marzo de 2014, Comisión/Parlamento y Consejo, C-427/12, EU:C:2014:170) (MARTÍN RODRÍGUEZ, P., "National Report. Spain", en J. Czuczai *et al* (eds.), *Division of Competences and Regulatory Powers Between the EU and the Member States*, XXVII FIDE Congress, Wolters Kluwer, Budapest, 2016, pp. 723-725).

⁵⁶ Razón por la cual esta cuestión se encuentra también estrechamente vinculada al fenómeno agencial dentro de la Unión, hoy muy alejado de la clásica jurisprudencia *Meroni-Romano*. Sobre toda esta cuestión, véase en este volumen, el trabajo de A.J. PIQUERAS GARCÍA.

⁵⁷ Con la conocida interpretación del concepto de acto reglamentario estatuida en la Sentencia de 3 de octubre de 2013, Inuit Tapiriit Kanatami, C- 583/11 P, EU:C:2013:625.

⁵⁸ Sentencia de 10 de septiembre de 2015, Parlamento/Consejo, C- 363/14, EU:C:2015:579, apdo. 46.

⁵⁹ El Tribunal ha perfilado aún más los límites de la delegación, cuyo umbral infranqueable son, como se desprende del art. 290 TFUE, los "aspectos esenciales" del acto legislativo, para desproveer a la Comisión de la facultad para optar entre completar o modificar los aspectos no esenciales (Sentencia de 17 de marzo de 2016, Parlamento/Comisión, C- 286/14, EU:C:2016:183, apdos. 40-46).

⁶⁰ MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 9^a ed., 2016, pp. 389-402.

⁶¹ Vid. el excelente trabajo de MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., "A vueltas con la noción de 'acto legislativo' y sus consecuencias jurídicas en el Derecho de la Unión Europea", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz 2013*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 97-159.

desconocida en algunos ordenamientos internos, plantea serios interrogantes⁶² y, en algún caso, hasta agujeros negros, cuando la misma base jurídica del Tratado posibilita por idéntico procedimiento la adopción de actos legislativos y no legislativos sin mayor especificación (arts. 349 y 353 TFUE). La reciente sentencia sobre el sistema de cuotas de acogida de refugiados es más significativa de lo inacabado de esta equivalencia que de la refutación de su existencia y sugiere que la "legalidad estirada" en el Derecho de la Unión busca la preservación del procedimiento acordado en tanto que plasmación del equilibrio institucional, esto es, de esa autónoma u original división de poderes⁶³ y no tanto la configuración de una normatividad reforzada -acto legislativo- en razón de su complicado pedigrí democrático por emanar de un, ya de por sí, atípico "legislador". Estas equivalencias inacabadas no son otra cosa que *non-univocal normative foundations* y su efecto inmediato es propiciar o proyectar un espectro de evolución jurídica abierto y, en consecuencia, posibilitar una traslación de la misma noción de estado de derecho al sistema jurídico de la Unión con capacidad de renovación y adaptación, con la habilidad de generar respuestas nuevas dentro del propio sistema, cuya evolución está a su vez abierta en razón del modelo funcional de atribución competencial. Basta con pensar en las posibilidades abiertas por la categoría de actos legislativos en su relación con otros componentes nucleares del estado de derecho como el principio de legalidad penal dentro del horizonte presente o futuro que el espacio de libertad, seguridad y justicia puede tener.

(b) Otro de los componentes nucleares del estado de derecho, el acceso a la justicia cuya trascendencia en el Derecho de la Unión es *conventional wisdom*⁶⁴, ejemplifica la presencia del segundo fenómeno que señalábamos, las *ficciones jurídicas imperfectas*. No hay duda de que esta dimensión ha sido central en el sistema jurídico de la Unión y donde la lógica del estado de derecho ha mostrado mayor vigor iusgenerativo hasta el punto de encontrarse en la base de reformas del Derecho primario

⁶² Sarmiento opta por caracterizarlos como actos *materialmente legislativos* (SARMIENTO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 250).

⁶³ Sentencia de 6 de septiembre de 2017, Eslovaquia/Consejo, C-643/15 y C-647/15, EU:C:2017:631. En esta sentencia el Tribunal confirma el criterio formal (nominal) de la identificación de los actos legislativos (apdos. 62-65), pero de manera más interesante la relación entre actos legislativos y no legislativos no se resuelve *tout court* en términos de jerarquía sino más bien de preservación del procedimiento (apdo. 78). La vinculación al procedimiento establecido (en tanto que fijación indisponible de las normas de formación de voluntad de las instituciones), en última instancia, apela al equilibrio institucional más que al tipo o rango normativo de acto resultante (en este sentido, Sentencia de 22 de septiembre de 2016, Parlamento/Consejo, C-14/15 y C-116/15, EU:C:2016:715).

⁶⁴ PECH, L., *op. cit.*, pp. 10-17.

que positivaban lo adelantado jurisprudencialmente y de alcanzar imperativamente a los Estados como complemento indisoluble de la propia existencia de derechos subjetivos otorgados por el Derecho de la Unión (*Johnston*)⁶⁵. Al mismo tiempo es un componente sujeto a crítica por la alicorta legitimación activa del particular ante las instancias judiciales europeas y, más concretamente, se reprocha al Tribunal de Justicia la restrictiva interpretación que ha hecho de la tímida ampliación que se introdujo con Lisboa⁶⁶. La proclamación normativa de este principio no ofrece dudas y el art. 47 de la Carta lo refuerza aún más al ubicarlo dentro de la tutela judicial efectiva donde el acceso al recurso cobra un sentido más cabal⁶⁷.

Se trata de un componente que, no obstante, opera sobre la ficción jurídica -en sentido técnico- o, si se prefiere, sobre la presunción de que el sistema jurídico de la Unión ofrece un sistema completo de recursos que garantiza plenamente la tutela judicial efectiva (*UPA, Gestoras Pro Amnistía, Unibet*)⁶⁸, y ello a pesar de carecer de *un* sistema judicial europeo, de operar sobre un sistema de cooperación judicial, cuya pieza maestra es la cuestión prejudicial que por enderezada que esté, a veces forzadamente, al desempeño de muy diversas funciones, no puede cumplir la de casación europea⁶⁹.

Esta presunción ha requerido la introducción de ciertos elementos verticales o federalizantes como la obligatoriedad del planteamiento de la cuestión de apreciación de validez (*Foto-Frost, Gaston Schul*)⁷⁰ y, naturalmente, el recurso al tercer fenómeno

⁶⁵ Sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, EU:C:1986:206, apdos. 16-17.

⁶⁶ Sentencia de 19 de diciembre de 2013, Telefónica, C-274/12 P, EU:C:2013:852 y Sentencia de 28 de abril de 2015, T & L Sugars, C-456/13 P, EU:C:2015:284. Por todos, MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., "El *ius standi* de los particulares frente a los 'actos reglamentarios que no incluyen medidas de ejecución' (art. 263 TFUE en la jurisprudencia del TJUE: un análisis crítico", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 52, 2014, pp. 159-187.

⁶⁷ Lo que no significa que la tutela judicial efectiva, en tanto que principio general del Derecho de la Unión haya perdido su pertinencia y cubra lagunas y limitaciones derivadas de la sistemática de la Carta y de su interpretación alineada con el art. 6 CEDH (PRECHAL, S., "The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?", en C. Paulussen *et al.* (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law. Public and Private Law Perspectives*, Springer, 2016, doi 10.1007/978-94-6265-088-6_7).

⁶⁸ Sentencia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores, C-50/00 P, EU:C:2002:462, Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2007, Gestoras Pro Amnistía, C-354/04 P, EU:C:2007:115, Sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163.

⁶⁹ Véase la dura crítica que hizo del sistema Baquero Cruz, J., "La procédure préjudicelle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité de droit de l'Union européenne?", en L. Azoulai, L. Burgorgue-Larsen (dirs.): *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelas, 2006, pp. 241-266.

⁷⁰ Sobre la introducción de estos elementos federalizantes, es clásica, entre nosotros, la monografía de SARMIENTO, D., *Poder judicial e integración europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004 y, fuera, los trabajos de KOMÁREK, J., "Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order", *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, pp. 9-34.

señalado (la subrogación de exigencias), al remitir a los ordenamientos internos el cumplimiento del principio como claramente prescribe ahora el actual art. 19 TUE. Con independencia de la problemática que plantea esa subrogación (que veremos seguidamente), lo que interesa mostrar aquí es que la ficción del sistema completo de recursos padece de ángulos muertos debidos a las limitaciones de la jurisdicción del Tribunal (art. 24 TUE y arts. 269, 275 y 276 TFUE) y al carácter de la cuestión prejudicial como un procedimiento ajeno a la voluntad de las partes. En mi opinión, ni la limitada legitimación activa del particular, ni la preservación del monopolio de la declaración de invalidez de los actos jurídicos de la Unión resultan *per se* contrarios a la tutela judicial efectiva, pero habrá de convenirse en que la ficción no puede operar sin reconocer que donde el Tribunal carece de competencia, ésta debe remitirse a los sistemas judiciales nacionales y que la legitimación activa del particular en el recurso de nulidad no puede enervar la facultad del juez de plantear una cuestión de apreciación de validez (*a fortiori* teniendo en cuenta lo incierto del terreno en que la jurisprudencia del Tribunal ha sumido la apreciación de aquélla).

Ciertamente, el Tribunal puede reducir y lo ha hecho numerosas veces el grado del ángulo muerto (en este sentido *Rosneft* sería el último gran ejemplo atinente a la limitación en materia de PESC)⁷¹, pero en ningún caso eliminarlo y, a mi juicio, la ficción del sistema completo de recursos seguirá siendo imperfecta hasta que el Tribunal cruce sin ambigüedades el *anatemático* umbral de otorgar a los jueces internos el control de la validez de los actos de la Unión allí donde él carece de competencia⁷².

(c) Finalmente, la traslación del estado de derecho al sistema jurídico de la Unión recurre de manera extensa y en buena medida obligadamente a la *subrogación de sus exigencias a los ordenamientos nacionales*. Esta subrogación viene impuesta irremisiblemente por el carácter descentralizado de la ejecución del Derecho de la

⁷¹ Sentencia de 28 de marzo de 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, donde el Tribunal ha extendido su jurisdicción en materia de medidas restrictivas contra particulares siguiendo tanto líneas conocidas (atendiendo a los efectos y no a la denominación) como innovadoras (admitiendo que este enjuiciamiento puede operar tanto por vía de recurso de anulación como por vía de cuestión prejudicial de apreciación de validez).

⁷² Siguen siendo lectura obligada, para mí, las Conclusiones del Abogado General Mengozzi de 26 de octubre de 2006 en los asuntos Gestoras Pro Amnistía y Segi, C-354/05 P y C-355/04 P, EU:C:2006:667, donde llegaba a esta conclusión respecto del sistema de protección jurisdiccional establecido en el tercer pilar de la era Ámsterdam. A nuestro juicio, la solución que el Tribunal dio, superando la preterición de las posiciones comunes, no resolvía el problema de fondo (LÍÑAN NOGUERAS, D.J., MARTÍN RODRÍGUEZ, P., "Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa", en *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 1053-1076).

Unión (ese llamado federalismo ejecutivo), pero también aquí los efectos de la atribución competencial se hacen oír con estrépito en la traslación y en direcciones, sospecho, demasiado diversas. Aunque sea un ámbito tangencial, el procedimiento administrativo, conectado directamente con la interdicción de la arbitrariedad y, en general, con el respeto de los derechos fundamentales⁷³, refleja bien este impacto y, sobre todo, ilumina sus límites en el sistema jurídico de la Unión. Si disponer de una base jurídica para la elaboración de una regulación general del procedimiento administrativo europeo ya plantea ciertas dificultades, la exportación a los ordenamientos internos (en la pura administración indirecta) se confiesa impracticable más allá de ciertos principios generales evidenciando ese "esencialismo" que la subrogación de exigencias (tornada en parámetro de control) reviste en los contextos no nacionales⁷⁴.

En orden a esta subrogación de exigencias del estado de derecho en el sistema jurídico de la Unión, el principio general de seguridad jurídica posee un relieve sobresaliente⁷⁵. La seguridad jurídica demanda certeza en un sistema jurídico que gestione las expectativas normativas de una manera subjetivamente aceptable⁷⁶. Atiende, pues, a la accesibilidad, efectividad, estabilidad y aceptabilidad del Derecho⁷⁷,

⁷³ VIÑUALES FERREIRO, S., *El procedimiento administrativo de la Administración europea: De la regulación sectorial a la construcción de un régimen general*, Thomson, Madrid, 2015.

⁷⁴ Véase, ZILLER, J., "General Report", en J. Czuczai et al (eds.), *Division of Competences and Regulatory Powers Between the EU and the Member States*, XXVII FIDE Congress, Wolters Kluwer, Budapest, 2016, pp. 138-139. El ambicioso código propuesto por la Red de investigación sobre Derecho administrativo de la UE (ReNEUAL) no solamente es indicativo de este *décalage*, sino también del potencial de esta mejora en un sistema jurídico donde las agencias han proliferado en número y variedad y que recurre de forma creciente a la procedimientos compuestos (Véase la introducción a la versión española de este código en MIR PUIGPELAT, O., SCHNEIDER, J.-P., ZILLER, J., HOFMANN, H.C. (dirs.) et al, *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, pp. 67-94).

⁷⁵ Según la formulación bastante clásica, "el principio de seguridad jurídica, que es un principio fundamental del Derecho de la Unión, exige que las normas jurídicas sean claras y precisas y de efectos previsibles, de manera que las partes interesadas y los individuos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y actuar en consecuencia" (Sentencia de 3 de junio de 2008, Intertanko, C-308/06, EU:C:2008:312, apdo. 69 o, más reciente, con variaciones mínimas, Sentencia de 12 de febrero de 2015, Parlamento/Consejo, C- 48/14, EU:C:2015:91, apdo. 45).

⁷⁶ Buena parte de las consideraciones que siguen se han argumentado con mayor extensión en MARTÍN RODRÍGUEZ, P., "The principle of legal certainty and the limits to the applicability of EU law", *Cahiers de droit européen*, vol. 50, 2016, pp. 115-140.

⁷⁷ De estos elementos, acaso, la dimensión sustantiva es la que puede resultar más novedosa. Es una aportación de la teoría general del Derecho nórdica que ha puesto de manifiesto el papel del juez en el campo de la seguridad jurídica y que se ha introducido en la doctrina comunitaria especialmente de la mano de RAITIO, J., *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Springer, Heidelberg, 2003; y PAUNIO, E., *Legal Certainty in Multilingual EU Law: Discourse and Reasoning at the European Court of Justice*, Ashgate, Surrey, 2013.

por lo que sus solapamientos y complementariedades con otros componentes del estado de derecho son, además de inevitables, positivos. Sin pretensiones de exhaustividad, la tabla siguiente ilustra estas conexiones en el Derecho de la Unión y resalta hasta qué punto el principio de seguridad jurídica es clave en la consecución del respeto del estado de derecho dentro de este sistema jurídico.

Claridad y precisión (certeza jurídica)	Accesibilidad del Derecho (CEDH)	Cognoscible	Publicidad
		Apta para guiar el comportamiento	Discreción (no arbitrariedad) Deber de motivación
Previsibilidad (Gestión de las expectativas normativas)	Efectividad del Derecho	Las expectativas se basan en que el Derecho se cumple	Regulación prospectiva Retroactividad fundamentada Legalidad penal Prescripción/plazo razonable Confianza legítima Resoluciones firmes inatacables <i>Res judicata</i>
	Estabilidad del Derecho	Perseguir y proteger la firmeza en el Derecho	
Dimensión sustantiva	Aceptabilidad subjetiva de la decisión jurídica	Justificación acorde con los valores comunes de la comunidad jurídica	Tutela judicial efectiva Razonamiento jurídico judicial

La seguridad jurídica, en tanto que criterio de optimización (y, siguiendo de nuevo a Alexy, todos los principios lo son) es de naturaleza transversal, esto es, está presente en toda operación jurídica (legislación, interpretación, aplicación o ejecución forzosa) y es aplicable en todos los ámbitos materiales. De ahí su pertinencia en la creación de normas⁷⁸ o sus clásicas funciones de parámetro de validez, de guía interpretativa y de colmado de lagunas⁷⁹. Mas a ello añade la seguridad jurídica una *naturaleza dialéctica* que van Meerbeeck ha explicado y que resulta paradigmática del estado de derecho. Desde la perspectiva de sus destinatarios, dicho principio responde a una «*lógica política*» en el sentido de promover y proteger la plena efectividad de las normas promulgadas y otros actos jurídicos, pero responde también a una a «*lógica subjetiva*» estableciendo garantías de los individuos contra esas normas y actos⁸⁰. Ahora

⁷⁸ Véase, centrada en la claridad, precisión, previsibilidad y simplificación, la Comunicación de la Comisión *Legislar mejor para obtener mejores resultados - Un programa de la UE*, Estrasburgo, 19.5.2015, COM (2015) 215 final. Doctrinalmente, es clásica la aportación de POPELIER, P., "Legal Certainty and Principles of Proper Law Making", *European Journal of Law Reform*, 2000, vol. 2 (3), pp. 321-342.

⁷⁹ Véase el clásico de TRIDIMAS, T., *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 1-39; LENAERTS, K., GUTIÉRREZ FONS, J.A., "The Role of General Principles of EU Law", en A. Arnulf, C. Barnard, M. Dougan, E. Spaventa (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, London, 2011, pp. 179-197.

⁸⁰ VAN MEERBEECK, J., *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Anthemis-Université Saint-Louis, Bruselas, 2014, *passim*, p.ej. pp. 563-567. Por ello, este autor propone una *lógica fiduciaria* basada en la noción de confianza (expectativa) para fundamentar la seguridad jurídica (*ibid.*, p. 627).

bien, en un marco de integración la complejidad se dispara porque la seguridad jurídica debe operar también en las relaciones interordinamentales, esto es, en la relación entre el Derecho de la Unión y los Derechos nacionales y, por esta razón, el análisis de este principio general es revelador de la subrogación de exigencias que mencionábamos.

La sustanciación del estado de derecho en el Derecho de la Unión a través de principios generales plantea una primera derivada a la que atender y que ataña a la propia categoría jurídica que canaliza la subrogación. Los principios generales, aun gozando de la máxima jerarquía dentro del sistema, son altamente dependientes del contexto jurídico. Es conocido que el reconocimiento de un principio está formalmente referido a las fuentes normativas que pueden inspirar al Tribunal para establecerlo, operación que, en buena medida, replica el dilema de gestión de la diversidad de las plasmaciones nacionales en la identificación de un contenido propio que se asocia al estado de derecho⁸¹. Pero lo cierto es que el reconocimiento del principio general se liga inseparablemente a otra operación que podría llamarse *refinamiento normativo* y que esencialmente consiste en identificar un contexto jurídico concreto en el que el principio se densifica hasta el punto de ser accionable, es decir, de producir estándares normativos judicialmente aplicables. Este refinamiento normativo tiene, de por sí, consecuencias disturbadoras para los principios marco (*umbrella principles*) como la seguridad jurídica⁸² (el propio estado de derecho es a menudo calificado de *umbrella principle*) que no se deben ignorar. Pero, en lo que aquí interesa, este refinamiento se halla influido por los "contornos normativos", esto es, por las normas positivas que rodean al principio general y que pueden suponer su codificación parcial en Derecho primario (comprendida la Carta de derechos fundamentales)⁸³ o una concreción del

⁸¹ Como sabemos, el Tribunal puede recurrir no sólo al Derecho de la Unión primario y secundario para identificar ese criterio de optimización, sino también al Derecho internacional y a los ordenamientos de los Estados miembros, en la consabida aproximación evaluativa (véase MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *op. cit.*, pp. 384-386).

⁸² Entre estas están no solo la dilución del principio marco, sino la extensión artificial del alcance de los subprincipios que lo componen y que sí resultan accionables. La relación entre seguridad jurídica y confianza legítima en el ordenamiento jurídico comunitario (que ya ha devorado en gran medida derechos adquiridos, revocación de decisiones administrativas, retroactividad, cambio normativo o la obligación de actuar dentro de un plazo razonable) es muy nítida de este fenómeno.

⁸³ La codificación parcial de componentes de la seguridad jurídica en disposiciones de los Tratados y en la Carta tiene un efecto menor del que podría esperarse más allá de eliminar la operación de establecimiento del principio. Ni ocupa todo el espacio del principio, ni solventa definitivamente la cuestión de la eficacia directa, ni hace desaparecer enteramente la dependencia del contexto. Véanse, por ejemplo, en relación con el deber de actuar dentro de un plazo razonable (art. 41 de la Carta), las Sentencias de 8 de mayo de 2014, H.N., C-604/12, EU:C:2014:302; de 17 de julio de 2014, YS, C-141/12 y C-372/12, EU:C:2014:2081); o de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida, C-249/13, EU:C:2014:2431.

criterio de optimización en Derecho secundario⁸⁴. Ambos fenómenos repercuten decisivamente sobre el funcionamiento contextual del principio general, incluida la espinosa cuestión de su eficacia directa vertical u horizontal, de exclusión o de sustitución, íntimamente conectada con la distribución vertical y horizontal de competencias⁸⁵.

La clave de la subrogación de exigencias se encuentra en el alcance de los principios que vinculan no solo a las instituciones sino también a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión. Cabría pensar *prima facie* que esta aplicación dual del principio general a instituciones y Estados miembros debiera operar con un contenido único y autónomo, pero conviene rápidamente deshacerse de esta idea. Acaso justa o necesariamente por estar estrechamente relacionados con la distribución vertical de competencias, los principios generales en el sistema jurídico de la Unión y, desde luego así lo evidencia el de seguridad jurídica, poseen la flexibilidad suficiente para en ocasiones abrigar intensidades distintas en su aplicación a los Estados y a las instituciones. La exigencia de publicidad de las normas ofrece un excelente ejemplo⁸⁶.

Subrogada en esos términos flexibles la exigencia de su respeto, se advierte que, debido a la aplicación eminentemente descentralizada del Derecho de la Unión, el principio de seguridad jurídica (que primordialmente sustancia garantías del individuo

⁸⁴ Cuando existe una norma aplicable, el Tribunal entiende que la aplicación de la norma supone cumplir o respetar el principio (subsunción). Pero en los demás casos, cuando el principio general debiera servir para colmar la laguna o bien guiar la interpretación del Derecho, el TJUE manifiesta lo que yo llamaría un “giro hacia la legislación”: las normas existentes, incluso si no son directamente aplicables al caso, parecen decisivas hasta el punto de que es difícil afirmar cuál (el principio o la norma) ha prevalecido (así, Sentencia de 29 de enero de 2009, Josef Vosding Schlacht, C-278/07 a C-280/07, EU:C:2009:38, apdos. 28-29; sentencia de 5 de mayo de 2011, Ze Fu Fleischhandel, C- 201/10 y C- 202/10, EU:C:2011:282, apdos. 48-54 y sentencia de 17 de septiembre de 2014, Cruz & Companhia, C-341/13, EU:C:2014:2230, apdos. 50-64) o incluso qué papel, guiar la interpretación o colmar la laguna, ha desempeñado el principio general (Sentencia de 13 de noviembre de 2014, Nencini, C-447/13 P, EU:C:2014:2372, apdos. 38-54).

⁸⁵ LENAERTS, K., GUTIÉRREZ-FONS, J.A., "The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law", *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, pp. 1629-1669; PRECHAL, S., "Competence Creep and General Principles of Law", *Review of European Administrative Law*, vol. 3, 2010, pp. 5-22.

⁸⁶ Mientras que los efectos de falta de publicación de una versión lingüística en el Diario oficial son claros en su inoponibilidad frente a los particulares (Sentencia de 11 de diciembre de 2007, Skoma-Lux, C-161/06, EU:C:2007:773, apdos. 58-60), no lo es tanto si impide *per se* la aplicación de la normativa nacional que la desarrolla siempre que sea completa y esté debidamente publicada (sentencias de 4 de junio de 2009, Balbiino, C-560/07, EU:C:2009:341, apdos. 31-32; de 29 de octubre de 2009, Rakvere Lihakombinaat, C-140/08, EU:C:2009:667, apdos. 32-34; y de 12 de julio de 2012, AS Pimix, C-146/11, EU:C:2012:450, apdos. 40-42), lo que debe apreciarse de acuerdo con los criterios nacionales, siempre que garanticen el principio de publicidad, esto es, que sea accesible y permita que los particulares conozcan cuáles son sus derechos y obligaciones (Sentencia de 20 de junio de 2002, Mulligan, C-313/99, EU:C:2002:386, apdos. 50-53). Compárense estos pronunciamientos con el más estricto de la Sentencia de 10 de marzo de 2009, Heinrich, C-405/06, EU:C:2009:140, apdos. 47, 63 y 65).

en la aplicación de las normas o frente a su ejecución) se inserta en el corazón de la autonomía procedural de los Estados miembros como una limitación mayúscula. De esta manera, la vulneración de la seguridad jurídica en la aplicación descentralizada trasmuta automáticamente en una vulneración del Derecho de la Unión a cargo de los Estados. De esta manera, el sistema jurídico garantiza indiscutiblemente su respeto en grado muy elevado y sus erosiones se confiesan, a mi juicio, como no categoriales. Las zonas grises aparecen, sin embargo, en una amplia variedad porque dista de estar clara la relación entre esta subrogación y otros principios del Derecho de la Unión pertinentes en la aplicación descentralizada y que persiguen la máxima eficacia de las normas europeas. Dos ejemplos pueden servir para mostrar estos escenarios y sus sombras⁸⁷.

(i) El escenario más problemático acaece cuando las garantías individuales basadas en la seguridad jurídica en Derecho interno (y su autonomía procedural) difieren de las establecidas en el Derecho de la Unión, planteando la cuestión de los *dobles estándares*⁸⁸. Si el estándar europeo se respeta, esta coexistencia se rige por los principios de equivalencia y efectividad. Sin embargo, lo cierto es que el Tribunal aún debe aún clarificar dos aspectos cruciales: primero, si el estándar europeo es imperativo hasta el punto de conllevar la rebaja del estándar nacional en virtud de la primacía del Derecho de la Unión y, segundo, definir con más precisión el juego de la equivalencia y efectividad que son, a mi juicio, aplicadas de una manera demasiado compacta e inespecífica, lo que puede conducir tanto a rebajar el estándar europeo en virtud de la equivalencia como a inaplicar el estándar nacional más estricto en virtud de la efectividad. Los peligros de estructura argumentativa jurídicamente reversible cobran mayor relieve cuando nos acercamos a aspectos nucleares de la seguridad jurídica como la enervación de la cosa juzgada⁸⁹ o el principio de legalidad penal⁹⁰. En estos casos, la

⁸⁷ Así ocurre también cuando el cumplimiento con las garantías individuales en un procedimiento administrativo son apreciadas sin atender a la interrelación de los niveles nacional y europeo. Al disociar ambos planos, las garantías individuales quedan debilitadas en Derecho de la Unión al desdeñar lo ocurrido en el plano nacional que es meramente considerado como un incumplimiento del Estado. Cabe argüir que esta disociación puede conducir a que los particulares sufren las consecuencias del incumplimiento estatal. Esto es claramente perceptible en casos de utilización de fondos europeos y, en cierta medida, también de ayudas estatales. El asunto *Banco Privado Português* ofrece un ejemplo aún más llamativo, pues dichas consecuencias son soportadas por terceros en sentido estricto, los acreedores del banco receptor de la ayuda (Sentencia de 5 de marzo de 2015, Banco Privado Português, C-667/13, EU:C:2015:151).

⁸⁸ WATTEL, P.J., "National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law: Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages?", *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 35, 2008, p. 128.

⁸⁹ KORNEZOV, A., "Res judicata of National Judgments Incompatible with EU Law: Time for a Major Rethinking?", *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, pp. 809-842; MARTÍN RODRÍGUEZ, P., "Res judicata pro veritate habetur c. Primacía del Derecho comunitario: ¿un combate por library?", *Revista*

aplicación de las exigencias de equivalencia o efectividad como moduladoras de la autonomía procesal de los Estados está plagada de trampas y el Tribunal debiera conducirse con una enorme cautela.

(ii) La legislación indirecta europea (como directivas y decisiones marco) extrema posiblemente esta subrogación de exigencias, de forma que el respeto de la seguridad jurídica recae prácticamente en su integridad sobre el Derecho nacional. Esto permite al sistema jurídico de la Unión (y al Tribunal) cierta manga ancha a la hora de enjuiciar esta legislación indirecta a la luz de las exigencias de la seguridad jurídica y al mismo tiempo tratar de reforzar su efectiva aplicación. Es cierto que el Tribunal no ha cruzado umbrales infranqueables (categoriales) como sería dotarlas de eficacia directa horizontal o vertical descendente, pero debe convenirse en que la generosa aplicación del principio de interpretación conforme que ha sentado hace que los efectos de esta legislación se externalicen en una medida no desdeñable a los destinatarios finales y, por esta razón, requiere probablemente un escrutinio más atento desde la perspectiva de la seguridad jurídica⁹¹.

En suma, la subrogación de exigencias a los ordenamientos internos constituye un componente determinante en la adhesión del sistema jurídico de la Unión al estado de derecho al resolver la ineludible intermediación del Estado en la aplicación y tutela de sus normas con la sujeción de éstos a su respeto. Ahora bien, en la medida en que esta subrogación se articula a través de principios generales cuyo alcance y aplicación es profundamente sensible al contexto jurídico, la auténtica clave está, a mi juicio, en ahondar justamente en esta última noción: la de contexto jurídico. El andamiaje jurídico del sistema jurídico de la Unión (primacía, eficacia directa, interpretación conforme,

Española de Derecho Europeo, num. 24, 2007, pp. 521-557; COURONNE, V., "La banalisation de la remise en question de l'autorité de la chose jugée d'une décision juridictionnelle nationale en matière d'aides d'État", *European Papers*, vol. 1, 2016, pp. 335-337, disponible en www.europeanpapers.eu.

⁹⁰ Significativo de esto es la, como mínimo poco reflexiva, Sentencia de 8 de septiembre de 2015, Taricco, C-105/14, EU:C:2015:555) que provocó una desafiante cuestión prejudicial de la *Corte costituzionale* italiana a la que el Tribunal ha debido responder con una modulación de la primera (Sentencia de 5 de diciembre de 2017, M.A.S.(Taricco II), C-42/17, EU:C:2017:936).

⁹¹ La forma en que la seguridad jurídica debe actuar como límite de la obligación de interpretación conforme sigue estando sujeta a indefinición. El tema se presentó y no fue resuelto en el asunto *Melloni* (así lo critiqué en MARTÍN RODRÍGUEZ, P., "Crónica de una muerte anunciada: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11", *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, núm. 30, www.iustel.com, pp. 1-45). Formulaciones de su alcance más atentas a los límites de la facultad de interpretación de que disponen los jueces (p. ej., Sentencia de 24 de enero de 2012, Maribel Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, apdo. 31) contrastan con otras bastante más elaboradas e incisivas (Sentencia de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apdos. 58-69). Aquí me parece que urge un reposado análisis sobre el contenido que la seguridad jurídica debe poseer como límite de la obligación de interpretación conforme.

responsabilidad, tutela judicial, equivalencia y efectividad) posee, sin duda alguna, la flexibilidad necesaria para gestionar esta extremadamente complicada *subrogación de exigencias que es, en última instancia, jurídicamente contextual*⁹². En este sentido, la reflexión sobre el estado de derecho en el sistema jurídico comunitario no puede escapar a las prolongaciones técnicas de esta subrogación y, por tanto, desde mi perspectiva, se confirma la necesidad del análisis *in concreto* como complemento ineludible de la elaboración teórica y categorial.

(d) Queda, en mi opinión, un último aspecto que analizar en la cuestión de la traslación del estado de derecho al sistema jurídico de la Unión Europea: el tema del Derecho de excepción o de emergencia. Recurrir al concepto de *rule of law* ha sido una constante en el enjuiciamiento de la respuesta a las variadas crisis que la Unión y sus Estados miembros han afrontado en los últimos tiempos: la lucha contra el terrorismo internacional, la reacción a la crisis económica y financiera o la gestión de la llamada crisis de los refugiados están en la mente de todos. Esta invariable presencia del estado de derecho obliga a resaltar, en primer lugar, la vitalidad, la pertinencia y la relevancia de la noción en el debate jurídico. A pesar de estar aparentemente condenado a una sempiterna indefinición, una imposible justiciabilidad o una travestida traslación, el estado de derecho ha suministrado un soporte, sólido e indispensable, para abordar las situaciones más complejas que un sistema jurídico puede experimentar. Quede, pues, reflejada su condición de irrenunciable y, aunque solo sea por esta inestimable contribución, redimidas la noción y su operatividad en el ordenamiento de la Unión.

No conviene simplificar en unas pocas consideraciones, por acertadas que pudieren ser, la complejidad del Derecho de emergencia en la Unión Europea, menos aún cuando, en sí mismo, el Derecho de excepción plantea un desafío de primer orden para la propia noción de estado de derecho. En un contexto de emergencia, el Derecho acepta circunvalar sus procedimientos normativos ordinarios y relegar los derechos individuales en conflicto con un interés general prevalente definido por ejecutivos dotados de poderes exorbitantes, mientras que parlamentos y tribunales muestran una indulgente deferencia, al menos mientras dura la emergencia. Es una suerte de *légalité*

⁹² Así, p. ej., cabe identificar cinco "contextos jurídicos funcionales" en los que la seguridad jurídica actúa como límite a la aplicabilidad del Derecho de la Unión: condicionando la validez de normas generales o su oponibilidad a los particulares, impidiendo que despliegue efectos interpretativos sobre otras normas, obstando la reacción frente a una violación de una norma o limitando la posibilidad de que se extraigan todas las consecuencias de dicha violación. Nos remitimos, de nuevo, al trabajo mencionado supra en nota 76.

élargie procedural y sustantiva que repercute sobre la intensidad del escrutinio judicial y la rendición de cuentas democrática. La amenaza siempre latente es la subversión del orden jurídico mediante la perpetuación del estado de excepción. En consecuencia, a diferencia de lo sostenido para consideraciones anteriores, esta cuestión sí reviste, en mi opinión, un cariz categorial⁹³.

La particularidad del Derecho de emergencia de la Unión radica, a mi juicio, en su naturaleza mixta. En él conviven específicos casos de acercamiento constitucional, donde las instituciones de la Unión, en particular el Consejo, se ven reconocidos poderes excepcionales para atajar la emergencia (p. ej., el arts. 66, 78.3, 122 o 146 TFUE)⁹⁴, con un sustrato general de inspiración internacional consistente en la enervación de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión para posibilitar la respuesta del Estado⁹⁵. Esta naturaleza mixta e insalvable en razón del principio de atribución competencial impone necesariamente límites jurídicos a la posible articulación de la respuesta de la Unión, de manera que se precisa hallar un *modus vivendi* con el espacio reservado a la respuesta estatal, ya sea individual o forzosamente colectiva (es decir, canalizada jurídicamente por vía internacional).

Esta *bipolaridad emergencial* de la Unión, aún exigiendo caminos jurídicos diversos, sí requiere abordar el mismo desafío central para la preservación del estado de derecho: asegurar el respeto del parámetro de validez de la respuesta excepcional y temporal conjurando el peligro de una mutación constitucional, de una quiebra siquiera parcial del estado de derecho dentro del sistema jurídico de la Unión. La tarea descansa, de manera no exclusiva pero sí decisiva, sobre el Tribunal de Justicia. En este sentido,

⁹³ Las consideraciones que siguen se apoyan en lo sostenido, con una argumentación más detallada, en MARTÍN RODRÍGUEZ, P., "A Missing Piece of European Emergency Law: Legal Certainty and Individuals' Expectations in the EU Response to the Crisis", *European Constitutional Law Review*, vol. 12, 2016, pp. 265-293.

⁹⁴ Conviene retener que el Derecho de la Unión, a pesar de las dificultades derivadas del principio de atribución de competencias, ha mostrado una cierta capacidad de albergar estos poderes excepcionales que, mostrados con claridad en su respuesta a la crisis, no dejan de tener antecedentes históricos de interés (*ad ex.*, Sentencia de 24 de octubre de 1973, Schlüter, 9/73, EU:C:1973:110, apdo. 15). La anteriormente citada Sentencia Eslovaquia/Consejo sobre el sistema de reparto de refugiados da prueba de las especiales coordenadas en las que ha de desenvolverse el escrutinio judicial de estas disposiciones.

⁹⁵ Es el caso de las tradicionales cláusulas de salvaguardia contenidas en los Tratados (muchas de ellas decaídas, pero que el emblemático art. 347 TFUE sigue ilustrando) y las que permean también, y sobre todo en la actualidad, las normas de Derecho secundario (basta pensar en la reinstauración de los controles en las fronteras interiores que hoy día han fragmentado el espacio Schengen). Sobre este Derecho de emergencia, véanse los trabajos clásicos de GORI, P., *Les clauses de sauvegarde dans les traités C.E.C.A. et C.E.E.*, UGA, Heule, 1967; LEJEUNE, M.A., *Un droit des temps de crises: les clauses de sauvegarde de la CEE*, Bruylant, Bruselas, 1975; WEBER, A., *Schutznormen und Wirtschaftsintegration*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982.

la evolución que se ha producido en la posición jurisprudencial respecto de la respuesta a la crisis económica y financiera puede ser ilustrativa. Creo que es poco discutible que hasta hace muy poco, los tribunales europeos venían mostrando una postura retráctil que rehuía el cuestionamiento de esta respuesta a la luz del Derecho primario, considerando que la materia era ajena al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, incluso cuando dicha respuesta se entrelazaba intensamente con su sistema institucional y jurídico y, más gravemente aún, cuando desde el punto de vista material las medidas disparaban alarmas por sus desviaciones del estado de derecho y el respeto de derechos fundamentales⁹⁶.

Frente aquellos pronunciamientos primeros, jurisprudencia más reciente ha puesto fin a serios errores y comenzado progresivamente a atraer bajo el parámetro del Derecho primario toda esta respuesta, adentrándose en la difícil tarea de construir un acercamiento europeo al Derecho de emergencia⁹⁷. Esta evolución confirma el conocido fenómeno de *court backlash* que es común en el Derecho de emergencia⁹⁸ y, al menos, indicariamente da fe de la fortaleza del estado de derecho dentro del sistema jurídico de la Unión.

Naturalmente, lo anterior no significa que los problemas hayan desaparecido por completo⁹⁹. Responder a este cometido requiere poner en funcionamiento todos los

⁹⁶ Los ejemplos son numerosos con un lugar destacado para *Pringle* que, dejando fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión la asistencia financiera, excluía absolutamente la aplicación de la Carta, incluidas las "tareas" asignadas a las instituciones (Sentencia de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756) y que el TG aplicó respecto de los rescates griego (Auto de 27 de noviembre de 2012, *ADEDY/Council*, T-541/10, EU:T:2012:626) y chipriota (Autos de 14 de octubre de 2014, *Mallis & Malli*, T- 327/13, EU:T:2014:909, y de 10 de noviembre de 2014, *Ledra Advertising*, T-289/13, T:2014:981). Cuestiones prejudiciales de tribunales portugueses fueron igualmente rechazadas mediante simple auto (p. ej., Auto de 7 de marzo de 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte*, C-128/12, EU:C:2013:149). La propia respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán eludió un genuino "razonamiento de emergencia" (Sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler* (OMT), C-62/14, EU:C:2015:400).

⁹⁷ El asunto *Kotnik*, respondiendo al Tribunal Constitucional esloveno, ya apuntó, siguiendo las excelentes conclusiones del Abogado General Wahl, una sensibilidad distinta (Sentencia de 19 de julio de 2016, *Kotnik*, C-526/14, EU:C:2016:570) y, seguidamente, en casación, el Tribunal revertió la inaplicabilidad de la Carta a las instituciones en el marco de la asistencia financiera (Sentencia de 20 de septiembre de 2016, *Ledra Advertising*, C-8/ 15 P, EU:C:2016:701). Esto ha posibilitado respuestas más sólidas y acordes con el estado de derecho en cuestiones prejudiciales (Sentencia de 13 de junio de 2017, *Florescu*, C-258/14, EU:C:2017:448) y en acciones de responsabilidad intentadas ante el Tribunal General (Sentencia de 3 de mayo de 2017, *Sotiropoulou/Consejo*, T-531/14, EU:T:2017:297).

⁹⁸ DYSENHAUS, D., "Introduction: Legality in a Time of Emergency", *Windsor Review of Legal and Social Issues*, vol. 24, 2008, pp. 1-4.

⁹⁹ En particular, la cuestión de en qué medida la regulación de emergencia se ha colado en la gestión ordinaria de la gobernanza económica europea, perpetuándose, no deja de plantear graves desafíos, como la doctrina ha tratado *in extenso* al contrastar esa regulación con los grandes principios fundacionales de la Unión (véase el profundo análisis bibliográfico realizado por BEUKERS, T., "Legal Writing(s) on the

instrumentos que hemos visto hasta ahora y que van desde la admisión de puntos de fuga, que permiten la importación desde otros órdenes jurídicos (llegado el caso, admitiendo la inaplicación de las normas del sistema jurídico de la Unión), a la opuesta colocación de barreras defensivas que impidan la penetración desde aquellos órdenes jurídicos si no se cumplen los estándares de respeto del estado de derecho del propio sistema jurídico de la Unión. Si en orden a los refugiados la jurisprudencia *N.S.* podría considerarse un caso de punto de fuga (muy distinto en su internalización a la jurisprudencia *Aranyosi*)¹⁰⁰, la saga *Kadi* lo sería de barrera defensiva en la lucha contra el terrorismo internacional¹⁰¹.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Del imperfecto recorrido realizado hasta este punto, creo que pueden extraerse algunas consideraciones que se refieren a la centralidad, necesidad y operatividad de la noción de estado de derecho en el sistema jurídico de la Unión. En un momento donde las críticas arrecian sobremanera, creo que conviene retener la centralidad que el estado de derecho ha tenido históricamente y tiene en la actualidad dentro del sistema jurídico de la Unión a partir de la efectiva protección jurisdiccional de los derechos subjetivos que otorgan sus normas y las garantías comprendidas dentro del principio de seguridad jurídica. Esta centralidad no abole las erosiones, los ángulos muertos o las potencialidades que permanecen inexploradas dentro del propio sistema jurídico, pero sí sitúan su análisis crítico dentro de unas coordenadas que invitan a la medida en el juicio.

Articulado por principios generales, de mucho mayor alcance que la vistosa proclamación del art. 2 TUE, el sistema jurídico de la Unión ha construido una traslación del estado de derecho que ha de lidiar con su ineludible inserción en los sistemas jurídicos nacionales donde debe asegurar su plena efectividad y con su peculiar atribución competencial, cuyos parámetros de evolución están abiertos pero que le asigna en un momento dado, aquí y ahora, unos confines a los que no puede escapar. Sin negar, por eso, la existencia de aspectos problemáticos o situaciones insatisfactorias,

Eurozone Crisis”, *EUI Working Papers*, Law 2015/11, pp. 19-39 y, en particular, en este mismo volumen, el capítulo de M. LÓPEZ ESCUDERO.

¹⁰⁰ La más clara explicación de por qué la jurisprudencia *N.S.* difiere sustancialmente del supuesto que se planteaba en *Aranyosi* se encuentra en las Conclusiones del Abogado General Bot de 3 de marzo de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:140, puntos 39-65.

¹⁰¹ LENAERTS, K., “The *Kadi* Saga and the Rule of Law within the EU”, *SMU Law Review*, vol. 67, 2014, pp. 707-715. Con una opinión más matizada, véase, en este volumen, L. HINOJOSA MARTÍNEZ.

esta translación organizada sobre equivalencias inacabadas, ficciones jurídicas y subrogación de exigencias se ha dotado de un engranaje jurídico de enorme operatividad y flexibilidad para gestionar con fluidez, en primer lugar, la diversidad de las concretas manifestaciones nacionales del estado de derecho; pero también, en segundo lugar, para responder a la multiplicidad de contextos jurídicos que la intermediación estatal plantea en la aplicación de su sistema de normas.

Justamente por los confines de su atribución competencial, el sistema jurídico de la Unión experimenta mayores dificultades en responder a su dependencia de los órdenes internos también en aquellos espacios ajenos a su ámbito aplicación. Aquí la respuesta a lo que es, no debe olvidarse, un colapso del estado de derecho nacional (y no del europeo) pasa por la previsión de puntos de fuga que eviten la contaminación en el interior de su sistema normativo (al menos en términos de derechos subjetivos) y, en última instancia, por la modificación del Derecho primario hacia un verdadero mecanismo de supervisión de carácter no emergencial.