

Las redes y el écart: reflexiones a en torno a “El Estado de derecho y la Unión Europea”

J. Liñán Nogueras



J. Liñán Nogueras
uca, España

Paix et Sécurité Internationales – Journal of International Law and International Relations
Universidad de Cádiz, España
ISSN-e: 2341-0868
Periodicidad: Anual
núm. 8, 2020
domingo.torreon@uca.es

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/474/4742150017/>

I. IDENTIDADES Y ESTADO DE DERECHO: PRÓLOGOS DE COMPLEJIDAD

La lectura de algunas obras adquiere mayor envergadura y prestigio con el paso del tiempo. El volumen colectivo Estado de derecho y Unión Europea, editado en 2018, por la editorial Tecnos, con la dirección de D. J. Liñán Nogueras y P. J. Martín Rodríguez² está entre ellas fundamentalmente por dos razones: la primera por la completitud sustancial de los campos investigativos abordados y la calidad de los docentes involucrados en esta iniciativa de epicentro granadino, y la segunda por la metodología empleada en todas las contribuciones. Una de las ideas- fuerza subyacente en el libro colectivo es que el principio del Estado de derecho funciona como una regla compleja, un haz de normas³. Asume progresivamente sustancia real con el paso del tiempo, porque algunos eventos recientes elevan al Estado de Derecho a bastión imprescindible de la propia identidad de la Unión, más allá incluso de la provincia iusinternacionalista, y del Derecho en general⁴.

Inspira, por tanto, una profunda reflexión acerca del significado de la concepción compleja del Estado de Derecho, que aquí trataremos de desgranar también desde el prisma del Derecho Comparado.

La mayoría de las reflexiones que constelan esta imprescindible obra reconoce una diferente visión cultural del Estado de Derecho en las tradiciones culturales nacionales. La rule of law anglosajona⁵ no es traducible tout court con Etat de droit⁶, que a su vez no significa exactamente coincidente con el «imperio de la ley». Son reflexiones – todas estas - que lleva a la palestra del Derecho de la Unión la necesaria importancia de la ciencia comparativa⁷. El hilo de la complejidad del Estado de Derecho se puede desenmarañar gracias al empleo de herramientas conceptuales comparativas, que terminan por subrayar también aspectos críticos asociados al principio analizado en el libro.

En efecto, el principio del Estado de Derecho manifiesta recientemente inquietantes grietas, por ejemplo, en el control político democrático ex ante y de legalidad judicial ex post respecto a muchas medidas económicas financieras adoptadas en el periodo de crisis post-2008 o en la posible reacción ante ciberataques llevados a cabo contra instituciones públicas o privadas de un Estado o de un grupo de Estados. El libro

tiene el clarísimo mérito de evitar caer en el manierismo jurídico, con el que a menudo se han discernido los «buenos» principios, estigmatizando, en cambio, las «malas» conductas. Una saludable dosis de espíritu crítico recorre las páginas de «Estado de Derecho y Unión Europea», llegando de ninguna manera a poner en tela de juicio el principio, como en otras ocasiones, desde otros ángulos ideológicos se ha efectuado⁸.

El Estado de Derecho constituye un elemento integrante de un tejido jurídico y político y componente sustentante de la arquitectura cultural de las democracias liberales, que hasta ahora todos los juristas y políticos daban por descontado en nuestro entorno. No existe un Estado de Derecho europeo al margen de las tradiciones culturales nacionales, ni existe un Estado de Derecho de la Unión al margen del diálogo con sus contiguas instituciones del Consejo de Europa⁹.

Por otro lado, la continua, machacona apelación a las identidades nacionales (constitucionales o culturales) conducentes hacia la exclusión del Otro, como manifiestamente evidenciado por una lectura - incluso rápida - de los programas nacionales de UKIP en ocasión del denominado Brexit, del Frente Nacional liderado por Le Pen (primero padre, y luego hija), por la Lega de Salvini, los partidos al gobierno en Polonia, Hungría y Eslovaquia, al margen del ascenso del trumpismo y de la democracia iliberal de la India, Brasil y Rusia, desembocan en el vasto delta cultural del pensamiento único nacionalista: Nosotros (franceses, ingleses, italianos, polacos, húngaros, eslovacos, estadounidenses, indios y rusos) primeros¹⁰. A este paradigma de factura simplista se contraponen algunos valores identitarios que pueden quedar obsoletos o inadecuados justo porque complejos, pluralistas, ligados a procedimientos farragosos y, a veces, lejanos del terreno de la ciudadanía. Uno de ellos es el Estado de Derecho, cuya dimensión real está emergiendo en toda su amplitud recientemente¹¹. En el último lustro, en

efecto, un principio de origen y funcionamiento delimitado por y en el recinto nacional va adquiriendo una relevancia absolutamente inesperada. De principio presente en el preámbulo del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y que durante décadas había sido asumido potencialmente en el patrimonio constitucional europeo ha pasado a ser un elemento vertebrador real, efectivo de la Unión Europea actual [ya solo las citas en las recientes sentencias del TJUE y del TEDH en los últimos cinco años se han disparado exponencialmente (nueve de las últimas catorce decisiones de la Gran Sala del TEDH falladas en el año 2018 hacen expresa referencia a este principio que el mismo tribunal de Estrasburgo tendía al principio a confundir con el principio de democracia)]. De principio supranacional en potencia a vector jurídico esencial de la Unión Europea en acto¹². Queda por ver qué es realmente el Estado de Derecho en la Unión Europea y en el espacio jurídico europeo¹³, frente a la tentación de cerrar culturas e identidades¹⁴.

II. ¿EL ESTADO DE DERECHO COMO ENGRANAJE DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA?

Ya en la «Presentación» de la obra los dos directores advierten y evidencian la oportunidad de una discusión acerca de un tema tan relevante para la construcción de una identidad jurídica europea, recalcando que tal obra ha sido el fruto

de un proceso cognitivo de amplio y largo espectro, «más allá del análisis de la repercusión inmediata y concreta de estos nuevos desafíos» (pag. 15). Desde las primeras reflexiones esgrimidas por uno de los mejores juristas de este país del siglo XX, Francisco Rubio Llorente (q.e.p.d.), y por el Abogado General Campos Sánchez-Bordona se despliegan nuevos horizontes e interrogantes en la compleja traslación de un concepto hasta hace pocas décadas inexorablemente unido a la vida social y jurídica interna al Estado. De la lectura de este trabajo colectivo e interdisciplinar rezuman más dudas que certezas, como acertadamente apunta el Abogado General del Tribunal de Justicia, Manuel Campos Sánchez-Bordona.

Se trata hoy en día de perplejidades incluso necesarias en la medida en que frente a los desafíos identitarios nacionales la Unión Europea está destinada a dotarse de utillajes siempre más alejados de los cánones obsoletos y excluyentes del Estado nación, para abarcar conceptos radicados en concepciones distintas

de las típicas categorías jurídicas. Y un cierto sentido de inquietud atraviesa las sugestivas aportaciones que componen el libro, que van desde el caveat lanzado por Liñán Noguerras sobre la desnaturalización y generalización del concepto de Estado de Derecho a la toma de conciencia de una aparente contradicción entre su capacidad incisiva y su escasa dimensión aplicativa.

Hace constar el prof. Rubio Llorente que desde las sentencias *Elfes* de 1957 y *Lüth* de 1958 «los Derechos Fundamentales son expresión del sistema de valores que sirven de fundamento a la Ley Fundamental y, en consecuencia, no son solo derechos subjetivos frente al Estado, sino principios objetivos del ordenamiento jurídico con plena eficacia en el seno de las relaciones sociales u horizontales» (pag. 33). De esta manera, «el juez se convierte en el poder más alto dentro del Estado y la *countermajoritarian objection*, que se fundamenta en la legitimidad democrática del legislador, pierde su razón de ser» (pag. 34). A contraluz se puede leer la posible contradicción entre los postulados del principio democrático institucionalizado en la figura del Parlamento, por un lado, y la figura del juez como bastión del Estado de Derecho, por otro. De aquí la renovada importancia y función del juez en la protección de esta tipología de derechos en la consecución de un renovado concepto de Estado de Derecho. Se trata de una argumentación profunda que va a afectar los nervios del Estado postmoderno y que encuentra una aplicación judicial en las recientes sentencias sobre la identidad nacional, consagrada por el art. 4.2 TUE.

He aquí uno de los pasajes neurálgicos de la investigación hilvanada por Liñán Noguerras sobre el desanclado del Estado de derecho desde su hábitat estatal. De ser realizable tal operación conceptual, habría que verificarse hasta qué punto es posible prescindir del tejido constitucional, que vivifica y hace posible el desarrollo del Estado de derecho nacional¹⁵. «This is the question!» La prolongación casi natural del Estado (de Derecho) se consume en el terreno ultraestatal tras la segunda Guerra Mundial, pues la crisis de la propia figura del Estado genera principios limitadores de la soberanía absoluta decimonónica. La cuestión reside en las modalidades del trasplante en el terreno supranacional, se halla en el *groviglio* (maraña)¹⁶, en el entrelazamiento de las cuerdas constitucionales con los hilos internacionalistas.

«En pocas palabras: el camino seguido en el caso de la UE es justo el contrario que el que ha presidido la ‘internacionalización’ clásica del Estado de Derecho que se inició en Naciones Unidas a principio de la segunda década del siglo» (pag. 51). La operación conceptual, acometida *in primis* por el Tribunal de Justicia, ha consistido en la progresiva y lenta edificación de una Comunidad de Derecho, presidida en el principio de Estado de Derecho.

Este elemento apunta a la posibilidad de traslación conceptual solo en ámbitos institucionales y políticos análogos al sistema constitucional ínsito en el actual proceso comunitario europeo, aserto luego profundizado por el trabajo de Augusto Piqueras en la teoría del isomorfismo (pag. 338 ss.). Esta doble ecuación según la cual si no existe un entorno constitucional no se dan las condiciones para la implantación del Estado de derecho y si, al contrario, cuando emerjan los elementos propios de un sistema constitucional hay Estado de derecho, ha sido tildada por Liñán Noguerras de simplista y discutible. La cuestión no es completamente nueva en los terrenos del Derecho Comparado, donde desde hace décadas los juristas se interrogan acerca del alcance efectivo de los trasplantes jurídicos. A quien, como

Alan Watson¹⁷, había inicialmente propendido por una visión estático-mecánica de dichos trasplantes y, por consiguiente, razonaba en términos de clasificación rígida de las taxonomías de las familias jurídicas¹⁸, se han contrapuesto estudiosos que han apostado por una tesis dinámica del estudio de las interferencias, de las conexiones entre tradiciones¹⁹. Patrick Glenn habla, en efecto, de LAN (Local Area Network), entendido como nudos, *groviglio* de interconexión de tradiciones legales²⁰:

«this intersection of inheritance and alteration as the creation of a network [...] adherents to a tradition constitute a local area network [LAN] of information [...] and it is a network because the exchange of information is a constant and ongoing process»²¹.

Claramente también en la Unión Europea se habla de ámbitos jurídicos y políticos distintos: nacional y supranacional. El principio del Estado de Derecho en el segundo sentido se ha desarrollado solo

recientemente y no figura entre los pilares sustentantes *ab urbe condita*. Su inicial formulación en el Tratado de Maastricht, referida principalmente a las relaciones con Estados terceros, su siguiente reformulación en el Tratado de Ámsterdam respecto a un ajuar constitucional común, que rige dentro de los Estados miembros, y su faceta sancionadora contemplada en el art. 7 del mismo tratado inducen a pensar que este principio y su indefinición formen parte de un proceso de constitución identitaria de la Unión efectuada mediante la reelaboración y contribución del

patrimonio constitucional común²². En pocas palabras, en un primer momento la inclusión del Estado de Derecho en los recientes tratados de la UE testimonia sí un giro sustancial hacia una constitución identitaria europea, en todos los sentidos individualizados por Weiler en «The Constitution of Europe»²³, pero indica también que tal inclusión todavía permanecía hasta hace muy poco tiempo a nivel potencial. Esta sensación se refuerza por la propia indefinición del concepto y de los sujetos llamados a determinar el contenido de este principio exigido a los Estados miembros. En la actual redacción del vigente Tratado de Lisboa la nota novedosa radica en la asunción del Estado de Derecho en términos idiosincrásicos de la Unión Europea: es uno de sus valores y la vez es un principio común a sus Estados miembros. Esta dualidad propia de la identidad de la Unión que se nutre de un patrimonio constitucional común a sus componentes se despliega en la dúplice dimensión del principio de Estado de Derecho como internacionalización *ad extra* y transnacionalización *ad intra*. «De un lado se establece como un principio exigible a los Estados miembros del sistema y se promueve y exige a Estados terceros. De otro, el principio que se contempla como común a las tradiciones constitucionales comunes de sus Estados miembros se incorpora al Derecho de la Unión Europea como principio informador y organizativo» (pag. 62). Así las cosas, la dualidad de la noción y función del Estado de Derecho existe y la jurisprudencia del TJUE en el dictamen 2/13 de 2014²⁴ y la sentencia Kadi de 2008²⁵ la corrobora, pero su sistematización teórica es discutida y compleja. En mi opinión, tal dualidad, cuya existencia no se refuta, se ha de enmarcar en una visión compleja del paradigma comunitario europeo que intrínsecamente se alimenta y basa en los sistemas jurídicos y en las tradiciones constitucionales comunes, como evidenciado por y en los primeros seis artículos del Tratado de Lisboa. La distancia real entre la construcción conceptual del Estado de Derecho simplemente autonomista y un

Estado de Derecho sustentado por la linfa constitucionalista/axiológica se puede medir en la progresiva «complejización» de las argumentaciones esgrimidas en la decisión Kadi y los razonamientos presentes en *Costa c. Enel* de 1964. Mientras en la primera sentencia la edificación de un nuevo ordenamiento jurídico radicaba en la afirmación de un principio de primacía absoluto en un ordenamiento *sui generis* autónomo e independiente; en la segunda se razona ya en términos complejos de ordenamientos interrelacionados, regidos por criterios críticos de primacía condicionada y nutriéndose de las tradiciones constitucionales comunes.

El paradigma jurídico y político de la Unión es consustancialmente comparativo, en la medida en que precisa siempre de la interacción y/o el diálogo con sus correspondientes interlocutores estatales. Ello no significa que cualquier concepto o valor de la Unión esté plagiado desde una suerte de patrimonio común estatal, sino más bien que la construcción identitaria europea surge de una sociedad caracterizada por el pluralismo jurídico y por el consiguiente principio básico de interdependencia. Si el TJUE pone a todas luces de manifiesto en todas sus determinaciones el fundamento de la autonomía institucional y jurídica de la Unión, creo también que por parte del mismo TJUE y de la mayoría de los intérpretes de tal jurisprudencia no se pone en valor el correspondiente movimiento comparativo de interdependencia. Advierte la profundidad de esta temática, si bien desde otra perspectiva, el propio Liñán Noguera allí donde se pregunta si «el propio Tribunal ha construido una noción ‘autónoma’ del Estado de Derecho y de sus convivencias con las definiciones del Estado de Derecho en los ámbitos constitucionales internos» (pag. 65). Recientemente, se mueven en esta trayectoria interdependiente y sistémica algunos escritos elaborados por la doctrina más atenta al estudio de los valores de la Unión²⁶.

Vuelve a la cuestión preliminar definitoria Ana Salinas de Frías. Coincide la

catedrática de Málaga con las consideraciones formuladas mutatis mutandis por Liñán Nogueras en el aserto de que el Estado de derecho, más que como categoría teórica unívoca y omnicomprensiva, «parece tratarse de una denominación común bajo la cual se agrupan una serie de principios fundamentales indispensables para la convivencia pacífica en el seno de toda sociedad constitucional democrática contemporánea» (pag. 91).

En primer lugar, Salinas se pregunta si en el seno del Consejo de Europa la equiparación de fórmulas lingüísticas traducibles con la expresión «Estado de

derecho» sea correcta. Es un argumento evidentemente relacionado con la ciencia iuscomparativa, que ha sido prolífica y profusamente tratado por Legrand²⁷ y Harlow²⁸, llegando a la conclusión que el esfuerzo armonizador universal esconde mentalités o deep structures distintas y, a veces, contrapuestas²⁹.

Y aquí el hilo conductor del libro se desarrolla en el estudio «El Estado de Derecho en el sistema institucional de la Unión Europea: realidades y desafíos», firmado por Paz Andrés Sáenz de Santa María. A mi parecer, absolutamente fascinante –e incluso imprescindible– es la parte de la contribución que aborda la relación entre la gobernanza económica y el eje institucional del Estado de Derecho. La realidad del funcionamiento institucional principalmente en el ámbito económico se ve alterado inevitablemente en vía general por la influencia generada en la Comisión o por el Consejo Europeo, y, en un sentido más específico, por el Eurogrupo y las Cumbres del Eurogrupo. Esta nueva dinámica, conculcando el equilibrio institucional, contribuye –como no duda en recalcar la profesora de la Universidad de Oviedo– a la desinstitucionalización de la Unión. El propio Tribunal General lo pone de manifiesto en la sentencia Mallis y otros c. Comisión Europea³⁰ y así lo confirma el Tribunal de Justicia en casación en 2016³¹. La opacidad respecto al papel del Eurogrupo y su escaso grado de sometimiento al control parlamentario, por otro lado, había sido denunciado por una Resolución de marzo 2014 por el propio Parlamento Europeo.

Otro riesgo que entreve este trabajo radica en la proliferación de actos atípicos y su impugnabilidad, como se evidencia a todas luces en el famoso caso Gauweiler de 2015. Me remito literalmente, así como hace este capítulo, a las palabras del Abogado General Cruz Villalón: de no existir algún tipo de control a la publicación en su página web de una rueda de prensa de la realización del Programa OMT, «el

sistema de actos y de control judicial previsto en los Tratados quedaría gravemente comprometido si no fuese posible controlar la legalidad de esa medida». El caveat de Paz Andrés de Santa María arroja luz sobre las posibles perversiones del principio del Estado de Derecho en tema de control de legalidad de la gobernanza económica tanto por alterar el equilibrio institucional como por debilitar el control judicial.

Profundiza estas consideraciones el ensayo de Manuel López Escudero en tema de «Degradación de las exigencias de Estado de derecho en el ámbito de la Unión Económica y Monetaria». En su extenso, articulado y sagaz escrito el Autor explora una zona gris del Derecho de la Unión relacionada con la degradación de las exigencias requeridas por el Estado de Derecho en las arenas movedizas de la UEM desde la crisis del 2008. Se trata de un asunto de crucial relevancia en el actual contexto político y jurídico de la Unión, pues, en síntesis, en la articulación de mecanismos de asistencia financiera se ha forjado un complejo sistema de instrumentos de Derecho Internacional, junto con mecanismos intrínsecos a la Unión, puesto a disposición de instituciones de órganos formales e informales de la UE. «Esta mezcla del derecho de la UE con instrumentos de derecho internacional controlados por los países de la zona euro ha generado una reglamentación de los mecanismos de asistencia financiera de naturaleza híbrida, de extrema complejidad» (pag. 190). Y las conclusiones extraídas por el Autor son contundentes, irrefutables y muy profundamente articuladas: «el entramado normativo regulador de los rescates a los países de la zona euro incumple esta exigencia y ellos se traduce en una notable dificultad de los órganos jurisdiccionales nacionales y europeos a la hora de ejercer el control jurisdiccional de la aplicación de esta normativa híbrida» (ibidem). En otra vertiente, a la largo de su profundo estudio López Escudero recalca que el previo control democrático ejercido al calor de las exigencias del Estado de Derecho no ha resultado satisfactorio ni suficiente respecto del papel jugado por la discutida Troika (Comisión, Banco Central y Fondo Monetario Internacional).

Apuntemos, pues, este perfil asaz problemático y lagunoso del Estado de

Derecho en la Unión Europea, porque representa uno de los blind spots, como diría David Kennedy³², de mayor relieve en la situación actual. Se detectan lagunas en la protección de los derechos fundamentales frente a las variadas operaciones de rescates con la precedente creación de los denominados Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (designada con el acrónimo MEEF) y Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), magistralmente estudiadas y agudamente criticadas por su desvinculación de cualquier control judicial, como en la relacionada vertiente del análisis de la reciente galaxia jurisprudencial³³, reguladora (donde hay que mencionar el Reglamento 472/2013), donde sobresalen - entre muchas - las sentencias Pringle de 2012³⁴, Florescu de 2017³⁵ y, sobre todo, el ya citado caso Ledra de 2016³⁶.

El trabajo de Martín Rodríguez aborda de manera clara también el estudio de los desafíos al Estado de derecho procedentes de un ideario iliberal, como las supuestas ideologías propugnadas nacionalistas por Orbán y Salvini. Se termina por dar forma y sustancia al propio concepto de Estado de Derecho a través de estudios que «magnifica[n] la diversidad de las plasmaciones concretas existentes suponiendo un obstáculo de primer orden para postular la universa(bi)lidad de la noción» (pag. 161). El núcleo argumental más sustancioso del trabajo reside en el estudio de la traslación del Estado de derecho en sede supranacional, cuyo íncipit intelectual se halla en los principios generales del sistema jurídico. He de recalcar que estos principios generales, concebidos en escala internacional en un sentido excluyente bajo la forma de «principios generales de Derecho reconocidos por

las naciones civilizadas» según el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, constituyen, al contrario, una categoría inclusiva en la medida en que plasman la constitución, la vertebración de la Unión, sustentándola del patrimonio constitucional común. Por este motivo, bien que se trate de Estado de Derecho con su vertiente axiológica bien que se trate de principios generales, como el de primacía, de eficacia directa, interpretación conforme o de responsabilidad del Estado, se hace imprescindible la herramienta extrapolada del ámbito del Derecho Comparado.

Javier Roldán Barbero analiza la fertilización cruzada entre Estado de derecho y democracia en la esfera nacional y a escala mundial: el grado de cumplimiento de los derechos fundamentales ad intra y ad extra plantea una relación inextricable, esculpida estentóreamente en la disposición del art. 21.1.1 TUE. El Autor sostiene que «la respuesta que se dé a la vulneración del Estado de derecho en terceros países está rodeada de factores políticos: la pervivencia política, jurídica, dialéctica del principio de no intervención en los asuntos internos: las mismas manchas de la Unión en la materia, las dudas sobre su ejemplo, sobre su legitimidad; el sistema internacional, básicamente occidental y básicamente injusto: el doble rasero que se maneja en este tipo de asuntos; etc» (pag. 261). Así se va inevitablemente diluyendo la promoción de los valores que conforman internamente el armazón constitucional de la Unión, entre los cuales figura preeminentemente la promoción y preservación del principio democrático y del Estado de derecho en aras de una panoplia de medidas diplomáticas, financieras y administrativas. Nos alejamos, por tanto, de la provincia del Derecho y del Juez.

Y de la figura identitaria del juez como defensor de los Derechos Fundamentales escribe Pedro Cruz Villalón. Como buen ordenamiento jurídico que empieza a ser responsable también de la defensa de los derechos fundamentales, pero aún interpreta el cosmos con ojos adolescentes, el Tribunal de Justicia «reclama un universo jurídico único con primacía del Derecho de la Unión» en la opinión provocadora de Tomuschat³⁷. Pues la cuestión la fotografía nítidamente Pedro Cruz Villalón, allí donde se interroga sobre el motivo por el que el TJUE no se

asume totalmente el cometido de ser un «tribunal de derechos fundamentales», o de derechos humanos, sobre todo cuando podría sostenerse que es el propio TJUE quien ha decidido serlo y en el más alto grado» (pag. 311). Se trata de una cuestión de identidad plenamente asumida o, incluso, de responsabilidad, pero «esto es algo que el TJUE debe reconocérselo a sí mismo, igual que no debe pretender ante los demás

que no lo es o «que no lo es del todo»: primero, porque, con el debido respeto, no es así y, segundo, porque nada se adelanta con eso» (ibidem).

Miguel Azpitarte Sánchez analiza el perfil descendente estatal de Estado de derecho europeo desde el ángulo de la reconstrucción de los componentes identitarios del actual Estado constitucional. Se ha hablado a tal propósito de

«administrativización» de la conducta del parlamento nacional y de la novedosa facultad de los jueces estatales para condenar eventuales distorsiones. El Autor llega a un punto crucial, consistente en el vaciamiento de la política interna a favor de la consolidación del proceso democrático de la Unión. Así las cosas,

«el uso del término ‘acto legislativo’ es más que nada un pastiche, en la medida en que ha quedado totalmente desprovisto del significado político que en el Estado constitucional atribuimos al concepto de ley» (pag. 351). Donde más se ha percibido tal influencia es en el momento electoral en los Estados a causa de la influencia de la política europea, máxime en los periodos de crisis económica. Volvemos por tanto a la relación entre Estado de Derecho supranacional, capaz de juridificar la acción legislativa nacional, y el elemento sustancialmente democrático. En este ámbito, si bien reconociendo los méritos de gran parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la protección de los consumidores frente a las entidades bancarias, el Autor hunde su análisis en la crítica de la fallada tutela de los derechos fundamentales vulnerados por las medidas aprobadas en el contexto del MEDE. Se reanuda, así, el hilo conductor que ha asociado las tesis de Paz Andrés y López Escudero, naturalmente desde ópticas distintas. En la vertiente europea nos hallamos ante una acción política con un constitucionalismo eclético, en la medida en que, principalmente debido a la crisis económica, se ha visto frenada la tendencia a la realización de una identidad arraigadamente política y constitucional de la democracia europea, aumentando, como ya hemos podido constatar anteriormente, el mecanismo intergubernamental de corte interestatal y aniquilando la lógica de la solidaridad en escala transnacional.

En resumidas cuentas, dos son los interrogantes que, en última instancia y desde un prisma complejo y dialógico, afloran en el estudio del Estado de Derecho en la Unión Europea: la cuestión sobre la dualidad del Estado de Derecho nacional y europeo, y sus puntos de criticidad en este último ámbito. Afrontaremos esta dúplice cuestión en una tríplice secuencia: la primera problemática que abordaremos versará acerca de un principio de Estado de Derecho de índole compleja. Trataremos de trazar el perfil de un Estado de Derecho pluralista e interordinamental. Luego, analizaremos el recorrido histórico que ha connotado tal visión compleja principalmente en relación directa con el principio democrático, para finalmente estudiar algunos supuestos concretos de tal visión compleja.

III. EL ESTADO DE DERECHO SUPRANACIONAL COMO GROVIGLIO (MARAÑA): ELABORACIÓN DEL NUEVO PRINCIPIO EUROPEO DE INTERLEGALIDAD

A raíz de la lectura del tomo Estado de Derecho y Unión Europea se plantean cuestiones esenciales sobre la interdependencia del principio de la Rule of Law con los homólogos criterios de legalidad nacional, por un lado, y con los relacionados principios democráticos y de respeto de los derechos fundamentales, por otro.

Desde el primer punto de observación igualmente fascinante e integrativa ha sido la lectura del reciente volumen colectivo *The Challenge of Inter-Legality*, editado por Jan Klabbbers y Gianluigi Palombella³⁸. No se trata de una visión bidimensional del principio de primacía, ni de una remodelación jerárquica del principio establecido en los años Sesenta del siglo pasado³⁹.

Como hemos apreciado en las páginas escritas por Rubio Llorente, la legalidad de la tradición jurídica moderna sigue siendo un sustantivo al singular. La característica del ordenamiento jurídico el Estado moderno es su exclusividad. Angelo Ermanno Cammarata escribió que la legalidad radica en la asunción de la norma como único y exclusivo factor regulador de la actividad práctica⁴⁰.

En el tiempo de la legalidad al singular existe, por supuesto, el pluralismo de los ordenamientos jurídicos, pero la compatibilidad entre la exclusividad

del criterio jurídico y el pluralismo se establece a través de lo que Cammarata definió la relatividad de la distinción entre el valor jurídico y el hecho. Se trataba de yuxtaponer piezas de ordenamientos jurídicos independientes y autónomos. Los otros sistemas existen para el ordenamiento correspondiente al punto de vista del observador, pero no existen en tanto cuanto valor jurídico, sino como un hecho o como un entorno para el sistema jurídico. Es la dinámica ínsita en el Derecho Internacional Privado de acño clásico, que concierne también el uso del derecho extranjero en los ordenamientos estatales⁴¹. Esa distinción es relativa en el sentido de que cada orden puede llegar a ser hecho o entorno para el otro sistema. Lo importante es que la distinción, entre un valor jurídico y un hecho o un sistema y un entorno, nunca se ve disminuida, so pena de anular la legalidad como único criterio de evaluación⁴².

La inter-legalidad presupone el fin de este mundo. La legalidad se convierte en un sustantivo en plural (legalities) ⁴³. El mundo de la interlegalidad es el cosmos en el que la pluralidad de los sistemas no es un hecho o el entorno para el ordenamiento adoptado como punto de vista, sino que es valor jurídico o sistema jurídico ella misma. No se trata aquí solo de componer un puzzle jurídico de diferentes piezas: el objetivo consiste en la convivencia de sistemas. El ordenamiento frente al cual se pone el agente no es un hecho, sino un valor jurídico y es un derecho cogente del mismo modo que lo es el derecho del orden al que pertenece el agente. En la relación entre sistemas ya no existe la asimetría luhmanniana entre el sistema y el entorno: cada ordenamiento vale frente al otro como sistema y no como entorno⁴⁴. En el mundo de la legalidad en plural caen los axiomas de la legalidad a lo singular. En primer lugar, por supuesto, cae el principio de exclusividad del criterio de evaluación.

Se trata de una óptica desconocida donde no existe en el plano lógico y jerárquico un prius. La preceptividad legal se comparte entre múltiples sistemas. El pluralismo es eficaz y operativo en el sentido de que se trata de ordenamiento

con eficacia jurídica constante: la eficacia no se atenúa una vez que se asuma el punto de vista de un sistema. Comparando ha de ocurrir lo mismo: no se trata de confrontar sistemas partiendo del punto de vista del observador o del agente, como en la tradicional visión monológica tradicional y excluyente. No se trata de admitir un principio de legalidad y automáticamente excluir al otro, así como no se trata de comparar partiendo de un ajuar conceptual del comparador. El TJUE profunde el esfuerzo de mayor alcance a este propósito en la construcción de la edificación de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia, come agudamente en el libro sostiene Cortés Martín.

En segundo lugar, el principio del derecho válido cae. La concepción de derecho monologicamente válido excluye naturalmente la validez de los otros derechos y presupone un criterio para determinar cuándo la ley es válida, trátase de una regla lógica-trascendental en el sentido dibujado por Kelsen⁴⁵ o una práctica social de reconocimiento del derecho válido a la Hart⁴⁶. La validez de un derecho no excluye la validez de otro derecho regido por una norma de reconocimiento diferente: la validez ya no es un criterio para la identificación, y consiguiente exclusión, del derecho.

En tercer lugar, la famosa distinción introducida por Herbert Hart entre un punto de vista interno del sistema jurídico, que es el de quien lo adopta como su propia regla de conducta, y el punto de vista del observador externo que mira el sistema no como un precepto, sino como un hecho histórico⁴⁷. En el mundo de la legalidad en plural ya no existe una distinción entre lo interno y lo externo.

De esta forma, el principio de inter-legalidad o legalidad supranacionalidad se alimenta de los derechos nacionales y, como se evidencia ineludiblemente de los art. 2, 4 y 6 del Tratado de la Unión, supone una operación de apertura al Otro, de comparación dialógica, que podríamos definir como la identidad del sistema de la Unión⁴⁸.

En este mundo se superponen los diferentes sistemas, que no ven conculcada su eficacia legal, incluso cuando se articulan en el otro orden supranacional. Cuando la legalidad es «al plural» se analiza el espacio

que se encuentra en el medio, «in-between», como escribe Palombella⁴⁹. Es el derecho inter-legal, que en la metodología comparativa que proponemos toma la forma del écart de Jullien⁵⁰. Si ambos o más sistemas jurídicos son fuentes de efectos jurídicos, si ambos constituyen un valor jurídico y no son un criterio para evaluar al otro, el derecho es lo que resulta de la interconexión entre las diferentes legalidades. El derecho es necesariamente compuesto y multi-verso. Aquí reside la utilidad teórica específica de la perspectiva de la inter-legalidad.

Desde esta óptica en el ‘in-between’ no existe un vacío jurídico, que ha de ser colmado por estrategias de dialogo político, sino que hay derecho, en particular existe la interfaz entre derechos concurrentes en el caso concreto. Es el derecho resultante de las interconexiones entre ordenamientos: no es monopolio solo de un ordenamiento. El derecho es un continuum privo de soluciones de continuidad, pues la inter-legalidad concibe a los sujetos y a las cortes representativas de las distintas legalidades como informados a un comportamiento normativo y no herméticamente compartimentalizados en los ordenamientos jurídicos nacionales. Ahora bien, para llegar a esta conclusión, este principio supranacional ha de concebir a las distintas legalidades en términos de relación no de tipo sistémico, sino como una interferencia entre distintos regímenes jurídicos que surge en el caso concreto. Es el pliegue del entramado de las variegadas piezas del vestido de Arlequín, es el centro de articulación de la pluralidad de ordenamientos; el derecho del ‘in-between’ de la interlegalidad, el écart comparativo no puede ser nada más que el derecho del hecho concreto. De ahí el papel muy importante que desempeñan los tribunales en la dimensión de la legalidad al plural. La inter-legalidad no funciona a nivel abstracto del sistema, porque la articulación entre los ordenamientos está allí sólo en el momento en que uno interfiere con el otro. Sólo cuando las legalidades interactúan, surge el momento de la inter-legalidad y este es una problemática práctica que surge con el caso concreto y no de manera abstracta

y general. En el nivel abstracto tradicional sólo existe la yuxtaposición entre las diferentes legalidades. La inter-legalidad se lleva a cabo sólo en la práctica.

Preservar la legalidad al plural significa mantener la divergente pluralidad de los puntos de vista. El único imperativo que sustenta la inter-legalidad se sitúa en la dinámica de su funcionamiento: mantener la interconexión entre las diferentes legalidades permitiendo a todas las legalidades competidoras de contribuir a la definición del derecho en el caso concreto. La justicia coincide con dar voz a los diferentes regímenes jurídicos involucrados en el caso. El órgano jurisdiccional exponente del ordenamiento individual, al dirimirla controversia, debe asumir también el punto de vista del ordenamiento concurrente, cuya presencia se impone por las peculiaridades del caso: en definitiva, debe hacerse cargo de las razones del Otro. El Otro y sus argumentaciones entran en la identidad constitutiva europea. No se habla ya de identidades excluyentes, que impiden de hallar similitudes y diferencias con los otros (ordenamientos), evitando de advertir las redes de relaciones que somos y que entretenemos con los Otros. Es la idea de inclusión del Otro, perfilada por Habermas, mediante la idea de un pliegue de una intersección intrincada de normas⁵¹. Una definida la idea de interlegalidad como nudo, nos interrogamos sobre cómo se ha creado el groviglio en el Derecho de la Unión Europea.

IV. ORIGEN Y CONSOLIDACIÓN DEL GROVIGLIO

El groviglio, la interacción entre principios de legalidad nacionales y comunitario, no nace ab urbe condita, como ya dijimos. El primer periodo del proceso de integración estuvo marcado por el estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La razón fue simple: es su jurisprudencia la que construye el Estado de Derecho europeo, la integración se consume en el plano del derecho: integration through law. Las dos cuerdas limitadoras del Estado decimonónico, ese Ulises omnipotente que había enloquecido por haber escuchado el canto de las sirenas, nacen distintas pero potencialmente una en frente de la otra.

El TJCEE plasma el lenguaje de la integración mediante los principios generales de primacía y eficacia directa. Aquí se consuma el primer grande choque conceptual que recientemente ha sido explorado por Weiler⁵²

que veremos reflejado mutatis mutandis en la mayoría de los episodios aquí reportados. El conflicto en la sentencia *Costa c. Enel*⁵³ entre el principio de legalidad comunitaria y el incipiente valor de la democracia estatal, de la ley *Enel* que tanto sudor y lágrimas había costado en sede nacional con el primer gobierno de centro-izquierda de la República italiana. Se quedó coja ab imis la interacción con el principio democrático: desde la sentencia *Van Gend en Loos*⁵⁴. Al defender el concepto de un nuevo ordenamiento jurídico, razonó concluyendo que

la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional en beneficio de los Estados que han limitado sus derechos soberanos, aunque con ciertos límites, y las materias afectadas no sólo afectan a los Estados miembros, sino también a sus nacionales. Independientemente de la legislación de los Estados miembros, el Derecho Comunitario no sólo impone, por consiguiente, obligaciones a los individuos sino que también les confiere derechos que forman parte de su herencia legal [...] Además, cabe señalar que los nacionales de los Estados que conforman la Comunidad están llamados a cooperar en su funcionamiento a través de la mediación del Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social.

El problema es que esta «cooperación», esta operación conceptual de entrelazamiento, era extremadamente débil. En ese momento, el Parlamento Europeo apenas disponía de facultad consultiva y no se elegía con sufragio directo.

El nuevo ordenamiento jurídico supranacional debía fundarse en un único principio de legalidad y de primacía. Con el tiempo, sin embargo, se vio cómo aquel nuevo sistema jurídico, cuyas características idiosincrásicas se fundaban en la figura central del particular y de su participación activa en la edificación del edificio jurídico, no validado mediante prácticas democráticas y que no respetase los derechos humanos, no podía considerarse como una manifestación del imperio de la ley⁵⁵. Al tribunal de Luxemburgo no le

quedaba otra solución: la afirmación de la integración mediante el imperio de la ley debería deshacerse de modelos positivistas formalistas kelsenianos o mediante la incardinación de la elaboración de las leyes en el seno de un proceso democrático.

A este celebradísimo primer periodo sigue en los años Setenta del siglo pasado el discurso constitucional europeo, marcado por las sentencias de los tribunales constitucionales italiano⁵⁶ y alemán⁵⁷, que abrieron un espacio de diálogo con el Tribunal de Justicia, donde no hubiera debido haber otra relación que el principio excluyente de autoridad y, en consecuencia, el cumplimiento incondicionado del Derecho de la Unión por los jueces nacionales. Sin embargo, no es posible entender la trayectoria del principio de primacía comunitario, las sentencias *Internationale*⁵⁸ y *Simmenthal*⁵⁹ sin ponerlas en correlación dialéctica con las decisiones de los jueces nacionales (y así se deberían estudiar en nuestras aulas universitarias). Las reservas de constitucionalidad han tenido su parte positiva, han sido espoleo para un mayor nivel de democratización del derecho comunitario. Se pregunta Robert Lecourt en el homenaje al prof. Boulouis con el objeto de situar los términos del debate bajo un ángulo diferente: «¿qué hubiera sido de la protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea sin los desacuerdos judiciales planteados por los tribunales constitucionales italiano y alemán?»⁶⁰ Deberían los defensores de la Constitución aceptar sin rechistar un sistema que –en la medida en que no atribuía ninguna posición a los Derechos fundamentales– pudiera un día rebajar el estándar de protección constitucional nacional? «La rebelión (esto es, la violación del principio de primacía absoluta) se ha revelado

como legítima en la medida en que ha permitido transferir la plusvalía de los órdenes constitucionales nacionales al ordenamiento jurídico de la Unión, siempre respetando la estructura y los objetivos del Derecho comunitario. La consecuencia fue inmediata: el diálogo se activó, y de la distancia se empezó a hablar de «sistemas constitucionales e internacional que interactúan»⁶¹. El Estado de Derecho no puede prescindir de su sustancialización axiológica, so pena de resolverse en un simulacro jurídico⁶². «Dialogue between

different jurisdictional levels within complex constitutional systems is constantly on-going. Within the EU, this dialogue is an indispensable condition for the functioning of the Rule of Law, described as the tension between *gubernaculum* (the body of positive law) and *jurisdictio* (the principles of law beyond the sovereign's reach). Unlike other constitutional systems where the dialogue between the legislature and the judiciary plays the crucial role, the interaction between national courts and the Court of Justice of the EU is the only way through which the EU can be precluded from becoming a self-defining, tyrannical, constitutional order. As national courts seek to protect their constitutional values, they supply an important source of jurisdiction» [énfasis añadido]⁶³.

A los desacuerdos planteados por los jueces italianos, primero, y alemanes, después, siguió la respuesta del Tribunal de Justicia que construyó argumentos conceptuales capaces de retomar el camino de la dialéctica, principalmente la técnica de los principios generales del Derecho para colmar la laguna originaria de los tratados constitutivos. Estos principios constituyen el lugar de intersección de planos distintos y preceden la consagración constitucional por parte de las Conferencias Intergubernamentales posteriores. El *groviglio* entre el principio de legalidad, culminado con la primacía comunitaria, y el

valor constitucional democrático, culminado a su vez en el control límite de la supremacía constitucional, genera nuevas concepciones epistemológicas, ya fueran para desarrollar análisis innovadores centrados en el constitucionalismo multinivel (la Constitución compuesta)⁶⁴ o en la Constitución-red⁶⁵.

Cuanto más las cortes constitucionales en sus sentencias invocan un mayor grado de democratización europea, principalmente en las sentencias referentes a la identidad constitucional, tanto más avanzan las teorías pluralistas del Derecho. En presencia de posiciones aparentemente inconciliables, basadas en posturas clásicas y lógicamente absolutistas de los dos cuerdas de Ulises, a saber primacía absoluta de la Unión frente a primacía absoluta de las Constituciones nacionales, una concepción de comparación inclusiva se contrapone a una visión clásica de la comparación como hegemónica y excluyente, concretizada tanto en los principios generales comunes a las naciones más civilizadas, acogidos en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como en la idea de identidad constitucional presente en muchas sentencias de los tribunales constitucionales. La aproximación dialógica permite comprender

–e incluso legitimar– este «toma y daca», pues atribuye mayor importancia al *écart*, al *in-between*, al entre de las culturas y sistemas nacionales y comunitario.

«Estudiar su desarrollo en general y el del Derecho constitucional europeo, en particular, tomando exclusivamente en consideración el punto de vista de uno solo de los dos niveles de poder y, por consiguiente, el punto de vista de sólo uno de los dos actores (políticos o judiciales) que se enfrentan, no es, sin más, procedente»⁶⁶.

En el contexto de un sistema constitucional integrado, en el que el diálogo horizontal es tan importante como el vertical, no resulta sorprendente que otros actores judiciales nacionales hayan importado la posición alemana en su

«*ratio decidendi*», considerándola legítima. Del *Højesteret* danés⁶⁷ al Tribunal constitucional checo⁶⁸, otros jueces nacionales han participado en el debate que es intensamente democrático ya que trata de la cuestión de los límites al ejercicio de todo tipo de poder. En este contexto de evolución incesante, el Tribunal constitucional alemán confirmaba y precisaba su posición en la sentencia Lisboa⁶⁹. Todos estos tribunales revistiendo su voz democrática de coloraturas identitarias, anunciaban –y anuncia– la llegada de la tercera ola del principio de *judicial review*⁷⁰ y ponían –y ponen– en el centro de la diatriba judicial la tensión entre Estado de Derecho, culminado por la primacía comunitaria, y democracia, refigurada en la idea de identidad constitucional.

A despecho de las miserias por las que pasa la democracia representativa en los Estados miembros y de su reducido papel en la gestación del Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional de Karlsruhe estima ya desde 1993 con la sentencia Maastricht –argumento que ha precisado en 2009 Sentencia Lisboa y retomado

con la decisión última sobre PSPP71 – que el lugar de expresión democrática por excelencia en Europa era y seguía siendo el Parlamento nacional – en su caso el Bundestag y el Bundesrat –72.

Mientras en 1993 el Tribunal dejaba abierta la puerta a una posible evolución de la democracia a escala europea postulando un reforzamiento de los poderes del Parlamento Europeo, nada de esto encontramos en 2009. El Parlamento europeo no representa al pueblo europeo, «continúa siendo en el fondo un órgano de representación de los pueblos de los Estados miembros»73. Y aunque las sentencias que siguieron al rescate de Grecia (7 de septiembre de 2011)74 y al procedimiento de ratificación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza y del Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (12 de septiembre de 2012)75, hayan sorteado en alguna medida las críticas relativas al déficit democrático, no deja de ser cierto que el Tribunal constitucional alemán se mantiene firme en su defensa del derecho de sufragio, que no puede ser vaciado en su contenido por una limitación de las competencias del

«Bundestag».

De aquí un primer écart comparativo, una «matización oblicua» respecto al concepto de democracia esgrimido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Matthews* desde 199976; y, de otro, con lo que el Tribunal constitucional checo mantuvo en 2009. Allí donde el Tribunal de Karlsruhe analiza la democracia de manera extremadamente formal, desconociendo deliberadamente la metamorfosis del sistema político europeo (un sistema interconectado) y el incremento que desde el inicio de la integración cabe advertir en las competencias y en la legitimidad del Parlamento europeo, el

«Ústavní Soud», sin embargo, estima que el artículo 10.1 TUE –según el cual el funcionamiento de la Unión se funda sobre la democracia representativa– contempla los dos niveles de ejercicio del poder (europeo y nacional)77. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diez años antes, afirmaba sin ambages en su sentencia *Matthews* que el Parlamento europeo era: «el instrumento principal del control democrático y de la responsabilidad política

en el sistema comunitario. Legitimado por su elección por sufragio universal directo, el Parlamento Europeo debe ser considerado, sean cuales sean sus límites, como la parte de la estructura de la Comunidad Europea que mejor refleja la preocupación de asegurar en el seno de ésta un «régimen político verdaderamente democrático»78.

La perspectiva dialógica indica que nada queda fijado de una vez para siempre, ya que la integración europea es sobre todo un proceso; es, por definición, evolutiva. El écart pone en tensión dos polos, dos términos evidenciando un proceso79. Y no se trata, al fin y al cabo, solo de tejer entre dos polos. «La transformación interminable del sistema de integración ha generado dos tipos de consecuencias en términos dialógicos. La primera no consiste en el mantenimiento del principio de reservas de constitucionalidad por los dos tribunales líderes en la materia, sino, y sobre todo, su importación por otros tribunales constitucionales de los Estados Miembros de la Unión. Aquí, el diálogo horizontal funciona a toda marcha»80. Es el traje de Arlequín, que se compone de múltiples y coloridas piezas. Cada tribunal ha contribuido con su impronta a la construcción del derecho constitucional europeo. Las piezas variopintas de este humilde y extravagante ropaje proceden de España (2004)81, pasando por Francia (2004)82, Hungría (2006)83, o la República Checa (2008)84: el principio de primacía de la Unión, máximo exponente de su legalidad, no se debería comprender prescindiendo de este entramado constitucional. La propia identidad comunitaria, como se evidencia en la sentencia *Kadi* de

200885, no se entiende sin esta tensión continua frente a los avances en la construcción de la Unión Europea86.

Podemos decir que el resultado del diálogo judicial en materia de derechos fundamentales ha sido doble: de una parte, ha propulsado a la Unión a la era de la modernidad constitucional proporcionando al Tribunal de Justicia un código genético propio de defensa derechos fundamentales, saliendo de la pura lógica del mercado: la corte de Luxemburgo y las cortes constitucionales no bailan solas. Por otro, la codificación de los contralímites por el artículo 4.2 TUE –en los que entretanto se ha visto un desplazamiento subrepticio

de los derechos fundamentales hacia la identidad constitucional sobre todo de índole democrática⁸⁷ – es consustancial a este código genético del Derecho constitucional europeo⁸⁸.

Este código, esta nueva gramática europea se basa en la inclusión del otro como diría Habermas⁸⁹, en la comprensión e inserción de las razones del otro en el discurso jurídico. De aquí que el correspondiente método comparativo deba ser no excluyente y que las propias argumentaciones esgrimidas abarquen la óptica del Otro, como hemos ya visto en la perspectiva de la inter-legalidad. Mediante el diálogo intersistémico el TJUE ha aprendido a calibrar argumentaciones y principios según una técnica típica de los tribunales constitucionales nacionales: se trata de la llamada «ponderación fundamental»⁹⁰.

Ya en vía general, el marco metajurídico trazado por art. 2 TUE incorpora la disposición del art. 4.2 TUE tanto en consideración del orden jerárquico ontológico y lógico del ordenamiento de la UE, como porque para formar parte de la Unión (artículo 49 TUE) se debe haber superado previamente el filtro del art. 2 TUE.

En segundo lugar, para entender qué relación discorra entre la identidad constitucional nacional y la identidad europea, la apertura internacionalista de las todas las Constituciones modernas, de las que denominadas «cláusulas europeas» (implícitas o expresadas) son una prueba clara que la pertenencia a la Unión Europea, el reparto de los valores en los que se basa y la consecución de los objetivos que pretende alcanzar, son parte integrante de la propia identidad constitucional nacional. No se concibe la España moderna sin la comprensión de la Constitución y de la participación en las Comunidades Europeas: las dos cuerdas limitadoras del Estado en la sociedad española se construyeron en el mismo periodo, así como ha ocurrido en todas las sociedades de los Estados miembros de la actual Unión Europea.

Si aceptamos esta afirmación, podemos decir que la defensa de la identidad nacional nunca podría verse como una forma de antieuropeísmo, en la medida en que las decisiones antieuropeas del Estado irían en contra de ella misma, lo que derivaría en su degeneración, porque producirían la negación de un elemento constitucional necesario para el establecimiento adecuado de la identidad constitucional (al menos mientras el país sea miembro de la Unión),

determinada por la (auto)limitación de la soberanía de la Unión Europea, que permite a un Estado adherirse a la Unión Europea, aceptando su producción regulatoria y legal y permitiendo su aplicación dentro del sistema nacional. Es el discurso seguido por Fabbrini y Pollicino a propósito de la identidad constitucional italiana en todos los actores políticos transalpinos⁹¹.

El motivo fundamental del groviglio reside en este punto: no existe horizonte constitucional actual sin la participación en la Unión y no existe Unión sin la linfa vital de las constituciones nacionales. De la misma forma, no existe Estado de derecho europeo sin las dialécticas vivificadoras con los principios de legalidad estatales, por un lado; y el principio democrático, por otro. En este contexto debemos entender la primera afirmación de la existencia – incluso previa a la participación ad intra en la Unión– del marco común del art. 2 TUE, también respecto del art. 4.2 TUE: este último forma parte de la dialéctica comunitaria, sin que deba forzosa o subrepticamente alcanzarse una síntesis hegeliana. La identidad europea consiste en el écart, en el in-between, en poner en tensión términos interrelacionados formando una inmensa telaraña conceptual o red. No existe identidad nacional sin identidad europea⁹², también porque la primera, de no ser contemplada y estando en conformidad con el art. 2 TUE, formará parte de la segunda. Y también porque como sostiene el Abogado General Pedro Cruz Villalón en el caso Gauweiler una vez dentro del espacio conceptual y jurídico de la Unión se desarrolla un fenómeno cultural de armonización judicial en torno a las tradiciones constitucionales comunes⁹³.

No creo que esté de más recordar que el Tribunal de Justicia ha operado desde muy antiguo con la categoría de las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros a la hora de buscar inspiración en la construcción del sistema de valores sobre los que la Unión se asienta. En particular, en estas tradiciones constitucionales comunes el Tribunal de Justicia ha buscado, de forma

muy preferente, asentar una propia cultura de derechos, la cultura de derechos de la Unión. La Unión ha adquirido así el carácter, no sólo de una comunidad de Derecho, sino también de una «comunidad de

cultura constitucional». Esa cultura constitucional común aparece como parte de la identidad común de la Unión, con la importante consecuencia, a mi juicio, de que la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del Derecho de la Unión debería inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros.

Quizás la clave del acercamiento de la cuerda (de la cultura) del Estado de Derecho europeo y de (la cultura de) la democracia constitucional estatal resida en las tradiciones constitucionales comunes, tanto por su origen, dado que afloran en la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo precisamente cuando el juez comunitario decide revestir el principio de primacía de un manto de legalidad constitucional nacional, como por su concepto, puesto que la construcción cultural de la European rule of law se ha desarrollado en la dialéctica comparativa del actual art. 6.3 TUE incluso en la construcción de los principios generales. Este fenómeno lo veremos en el primer ejemplo de écart como tensión comparativa en relación al caso Taricco II.

V. INTERACCIÓN ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA A NIVEL JURÍDICO: ÉCARTS NEGATIVOS Y POSITIVOS

Crucial para entender la dinámica subyacente al paradigma complejo del Derecho de la Unión y al funcionamiento del principio del Estado de Derecho es la sentencia Taricco II⁹⁴, de las que destacaremos algunos puntos esenciales. En ella se puede analizar claramente la idea de écart, de matización comparativa en el sentido positivo y constructivo. El punto de partida se halla en la angulación adoptada por la Corte Costituzionale italiana, planteando una concepción de identidad constitucional plasmada prioritariamente en las tradiciones constitucionales comunes y en el principio de cooperación leal recogido en el art. 4.3 TUE. La Consulta transalpina evidencia, in primis, el reconocimiento del principio del Estado de derecho comunitario, afirmando el principio de primacía del ordenamiento comunitario. En este marco

conceptual propone una interpretación pluralista de este mismo principio en virtud del propio art. 2.2 TUE, introduciendo la posibilidad de interpretar el principio de legalidad de los delitos y penas, elaborado ya como tradición constitucional común a los Estados miembros y sancionado por el art. 7 CEDH. En fuerza del art. 52 CEDFUE en relación con los principios de previsibilidad, determinación e irretroactividad el principio de prescripción, que podría ser contemplado en el ordenamiento italiano como identitario, entra en el círculo del patrimonio constitucional común, especificando una faceta del Estado de derecho, previsto por el art. 2 TUE. Interpretado de esta forma, un elemento idiosincrásico del ordenamiento italiano se subsume en los términos del art. 6.3 y 4.3 TUE, más que con el instrumento del art.

4.2 TUE. «L'arma finale dei cc.dd. controlimiti è stata disinnescata dalla Corte di Lussemburgo mediante un'accorta riconduzione del contenuto dei principi fondamentali o di «identità costituzionale», rivendicati come propri dell'ordinamento italiano e tali da giustificare perfino una disapplicazione della norma che autorizza l'adesione alla UE, ad un'accezione di quei principi sussunta entro le «tradizioni costituzionali comuni» ai singoli Stati»⁹⁵.

El principio de legalidad, como se alega en la cuestión prejudicial, es parte de las tradiciones constitucionales comunes, justificando una interpretación del Derecho de la Unión que lo abarque, en este caso, permitiendo la «no desaplicación» de la legislación interna incluso en el sentido trazado por el propio Tribunal de Justicia. Este entramado de normas y sistemas, este pliegue en el traje de Arlequín, es fruto de la labor del juez tejedor, que no contrapone principios, sino que crea los principios generales del ordenamiento eurocomunitario, haciendo confluir en el «depósito conceptual» de la Unión la linfa de las tradiciones constitucionales comunes. En definitiva, las tradiciones constitucionales comunes y las identidades nacionales individuales, derivadas de las tradiciones constitucionales propias de cada Estado, no se oponen,

sino que interactúan entre sí; y, aunque nunca se ha abordado la cuestión de lo que es realmente común entre las tradiciones nacionales y el derecho europeo, el papel formal del segundo absorbe -casi destila o deriva- su contenido de las segundas.

Aunque no exista una obligación jurídica formal de la Unión de respetar las identidades nacionales (que sería la negación de la propia base de la Unión, que pretende armonizarlas en un *quid novi* que se diferencie de la mera suma de esas), el hecho de que éstas, a través de tradiciones constitucionales comunes y de su interpretación casuística, contribuyen inevitablemente la formación del Derecho de la Unión como principio inspirador, en el término de principio general del Derecho de la Unión reconocido por los art. 6.3 TUE y 52.3 de la CDFUE, necesariamente acaba influyendo en el mismo derecho eurocomunitario. En el caso *Taricco* el ordenamiento comunitario se ha visto finalmente enriquecido de un principio identitario del sistema jurídico italiano, sin perjudicar el principio general del Estado de Derecho. Así puntualiza el auto n. 24 del 2017 de la corte italiana: «il principio del primato del diritto dell’Unione ... riflette piuttosto il convincimento che l’obiettivo della unità, nell’ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell’unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri»⁹⁶.

En el auto del recurso prejudicial parece que, cuando la Consulta avoque decididamente la competencia para describir y «defender» la identidad constitucional nacional, no lo hace de manera rígida y autorreferencial (según el paradigma de la mismidad de Ricouer⁹⁷), sino para tratar de insertar la identidad constitucional italiana en el espectro más amplio de la identidad europea e interpretar de manera «sistemática» los valores y principios de la Carta Constitucional, «en armonía» con las disposiciones de la Carta Europea, y en particular con la Carta de Niza. Lejos de sustituirse al Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho europeo, el Tribunal Constitucional parece invitar a los jueces luxemburgueses a trabajar en una integración bidireccional

de las protecciones, utilizando las tradiciones constitucionales (en este caso, evidentemente, también consideradas «parte» de la identidad constitucional italiana) como elementos para aplicar los principios ya presentes en el sistema comunitario europeo, ampliando su ámbito de aplicación e intensificando así su protección⁹⁸.

Otro ejemplo de *écart* reside en la diferente concepción del principio de democracia, elaborado por los tribunales constitucionales italiano y alemán. Mientras que la jurisprudencia del BVerfG hace referencia a un ideal de democracia representativa, el homólogo tribunal italiano asocia este principio constitucional a la función jurisdiccional en tanto que «juez de los controlimiti», capaz de concretizar los principios constitucionales la identidad constitucional nacional.

Lo que aquí nos interesa destacar, a diferencia de lo que parece caracterizar la jurisprudencia del BVerfG, es que el principio democrático está inmediatamente vinculado a la función judicial, más que declinado en términos de democracia representativa. Por lo tanto, parece que, según el Tribunal Constitucional italiano, la defensa de la identidad constitucional, en primer lugar, pase por garantizar la correcta aplicación de los principios del sistema, puestos en marcha (especialmente) por el poder judicial, y no a través del canal de la adopción de decisiones políticas, que garantiza el correcto ejercicio de los instrumentos de democracia representativa, como es el caso de Alemania. Planteando una identidad constitucional insertada en un marco común europeo, y en especial mendo refiriéndose principal y lógicamente a las tradiciones constitucionales comunes del art. 6.3 TUE, parece deducirse que el art. 4.2 TUE se refiere sólo a la fracción de la identidad constitucional que, diferenciando a los diferentes países miembros entre sí, se convierte en

un valor, precisamente el de la diversidad, que el sistema europeo preserva como valor fundacional pluralista en el art. 2.2 TUE, representando, además, esa porción de soberanía que no ha experimentado limitaciones en el proceso

de integración a la luz del principio de atribución del art. 4.1 TUE, pero que está destinada a reducirse progresivamente cuanto más se desarrolle el fenómeno de aproximación judicial, como afirma Pedro Cruz Villalón en las Conclusiones del caso Gauweiler). En general, se trata de enmarcar los conflictos interordinamentales pensando no directamente en los derechos y principios individuales en juego, sino en la comparación entre dos «ponderaciones fundamentales», la interna y la comunitaria, poniéndolas en tensión. La propia idea de identidad está conformada a la ipseidad de Ricoeur, contraponiéndose a una concepción estática y rígida de identidad como mismidad.

Otro écart comparativo concierne la ratificación del Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad de 12 de febrero de 2012 y del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en el seno de la Unión Económica y Monetaria del 2 de marzo de 2012. Estos acuerdos han sido objeto de la intervención jurisprudencial de varios tribunales constitucionales europeos (de Hungría, a Estonia, pasando por Francia y Alemania)⁹⁹, así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia Pringle)¹⁰⁰. El resultado ha sido que los tribunales constitucionales y Tribunal de Justicia salvaron el mecanismo ideado por los Estados miembros para validar el Mecanismo Europeo de Estabilidad de la zona euro. Sin embargo, algunos cortes estatales, donde más

dificultades económicas se han padecido y donde las consecuencias humanas de los planes de austeridad han sido demoledoras, han priorizado en sus argumentaciones ponderadas la protección de derechos sociales frente a las medidas de austeridad. Por ejemplo, el Tribunal constitucional portugués en una sentencia emblemática de 5 de abril de 2013¹⁰¹ declaró inconstitucionales algunas disposiciones de la ley nº 66B/2012 de 31 de diciembre de 2012 por la que se aprobaba las medidas legislativas, traspositivas de un programa de ajuste económico y financiero negociado entre el Estado portugués, de una parte, y la Comisión Europea, el Banco Central europeo y el Fondo Monetario Internacional, por otra. Una vez más, la relación entre el estado de derecho y la democracia nacional ha sido revalorizado en la decisión lusa. No ha de pasarse por alto el método empleado para proteger los derechos elementales del conjunto de funcionarios y de los más vulnerables, por ejemplo, los perceptores de prestaciones por desempleo. El quomodo de sus argumentaciones se ha basado en el principio de proporcionalidad. Una vez más, estamos ante un groviglio, ante la interacción de razones constitucionales de derivaciones estatales y supraestatales¹⁰². En estos primeros ejemplos comparativos de écart la identidad constitucional suministra linfa vital al principio de Estado de derecho europeo, colocándose en los valores reconocidos por el art. 2 TUE y constituyendo un elemento de mayor protección de los derechos fundamentales: el derecho a la previa determinación de la sanción previsto por la sentencia Taricco II, aun no siendo un principio constitucional común (solo el sistema español reconoce

la institución de la prescripción en el código italiano), bien puede instalarse en el álveo del principio de legalidad representando un enriquecedor *quid pluris*.

La perspectiva dialógica comparativa tiene el mérito de permitir la actuación de contrapoderes en un sistema político complejo, como veremos en sentido negativo *infra* en el caso de los referenda griego y británico. Con el cuadro aquí dibujado la integración europea asume la configuración de un coro polifónico con múltiples actores y voces. El Secretario General del Consejo de Europa, Jagland, en el su Informe sobre Estado de derecho y movimientos populistas, describe a los partidos y movimientos populistas, en cambio, como «those political forces which appeal to widespread public grievances while seeking to exclude other voices»¹⁰³. En relación con esta voz exclusiva y excluyente, los controlimiti jurídicos vistos a contraluz podrían permitir restablecer un diálogo que es intrínseco en la lógica «internivel» (inevitadamente enmarañada, pero todavía dirigida a la integración que no a la desintegración de la pluralidad de sistemas que se relacionan entre sí), dando voz a los Tribunales Constitucionales, que de otro modo correrían el riesgo de ser marginados en el proceso de definición y protección de la identidad constitucional

nacional¹⁰⁴. La posibilidad de la voice «allude [...] all’impiego da parte della Corte costituzionale di quegli strumenti persuasivi e interpretativi, che [...] permettano di far presente a livello comunitario (e alla Corte di Giustizia innanzitutto) le esigenze del sistema costituzionale italiano e dei suoi elementi fondativi»¹⁰⁵, también mediante herramientas - más o menos - dialógicas (como el recurso perjudicial o la simple «desalineación» de la jurisprudencia luxemburguesa), sin llegar necesariamente a una declaratoria de inconstitucionalidad destinada a expulsar del ordenamiento el acto externo perjudicial de la identidad constitucional, y ciertamente sin poder (o querer) determinar siquiera la salida del país de la Unión.

Algunas sentencias de las cortes constitucionales de índole nacionalista,

tendientes a endurecer el funcionamiento del dialogo con el ordenamiento comunitario y con el Tribunal de Justicia, representan el extremo menos dialogante del espectro dialógico. Si se interpreta el art. 4.2 TUE en un prisma

identitario de mismidad, como una «cláusula abierta» sin el marco general del art. 2 TUE, pudiendo ser determinada sin ninguna reserva por los Tribunales Constitucionales nacionales, se puede llegar a concebirla de manera similar a un «caballo de Troya», dentro del cual atrincherarse para preservar márgenes muy amplios de soberanía nacional, que fragmentaría excesivamente el ordenamiento de la Unión Europea en detrimento del proceso de integración judicial tout court. Por otra parte, la unidad a la que debe aspirar la UE es precisamente la convergencia de los valores fundamentales al amparo del artículo 2 TUE, que debe guiar al Tribunal de Justicia, por una parte, y a los tribunales constitucionales nacionales, por otra, hacia un acercamiento gradual de sus ponderaciones fundamentales, que no comprometería la diversidad interna existente en los sistemas de los distintos Estados miembros. Tanto en la saga Taricco como en las reciente sentencias sobre identidades nacionales se registra una evidente tendencia a la dialéctica en la tercera oleada de los judicial review, en la cual algunas cortes constitucionales se arrojan la posibilidad de sindicarse sobre la aplicación del Estado de Derecho y del principio de primacía en virtud de la reclamada identidad constitucional y haciendo hincapié en los principios de atribución y de democracia.

Concordamos con quien afirma que

this type of development could in this manner be conceived as empowering important voices which have been weakened or silenced in the discourse of judicial review by national and transnational tribunals. The virtue of closing democratic or rule of law deficits is obvious, but even identity is not a dirty word if it is seen as a social feature which corresponds to positive dignitarian yearnings of the human condition and equally positive social features of individual responsibility and collective solidarity. Voice should also be understood as dialogical—not defiance or rejection by engagement and correction.¹⁰⁶

En la supuesta disyuntiva con el principio de rule of law, amparado por el propio art. 2 TUE y enriquecido por el art. 6.3 TUE, el recurso al art. 4.2 TUE por parte de algunos Estados miembros que se apelen a la identidad nacional ha de ser bien entendido y encuadrado complementariamente en un contexto donde esta disposición no dispone de la cobertura de los valores y principios fundamentales de la Unión, amén de los límites esculpidos por los principios

de cooperación leal de igualdad de los Estados ante los tratados, contenidos ambos en el propio art. 4 TUE.

«As a result, the ECJ attached a broader significance to the principle of legality as part of the common constitutional traditions of the Member States and enshrined in Article 49 of the EU Charter of Fundamental Rights. [...] In other words, the principle of legality is provided with enhanced strength not merely by virtue of the protection guaranteed by the Charter and ECHR, but mostly as a result of its configuration as a common constitutional tradition»¹⁰⁷. Aquí, se ha constatado cómo funciona el principio de interlegalidad, ampliando el radio de acción de la rule of law europea y, a la vez, preservando un aspecto crucial del principio nacional de legalidad de ámbito penal.

Las decisiones sobre la identidad constitucional que procuran respetar el marco único de los valores trazado por el art. 2 TUE conjuntamente con los primeros siete artículos del Tratado de la Unión, encarnan una

visión de la propia identidad de tipo relacional: son la trasposición de la idea de ipseidad de Ricoeur. En este contexto el principio del Estado de Derecho, por un lado, se entrelaza con los otros valores fundacionales de la Unión y, por otro, se construye mediante la comparación con las tradiciones constitucionales comunes.

En este contexto emerge otro momento de reflexión relacionado con la propia identidad del juez; asunto introducido, como ya visto supra, por Cruz Villalón.

En el traje de Arlequín formado por un tejido complejo, las piezas consistentes en las aportaciones por las cortes de los Estado miembros de la Unión Europea, por el Tribunal de la Unión y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen su propia consistencia: las denominadas *key ontological identities*¹⁰⁸. En algunos asuntos, como por ejemplo las decisiones

relativas a la admisión del velo o de atuendos de índole religiosa, en Estrasburgo el conflicto se consume entre una de las libertades fundamentales del individuo y la pretensión de proteger la imagen de la empresa, mientras en Luxemburgo esta estrategia empresarial adquiere carácter prioritario de libertad fundamental¹⁰⁹.

Se trata solo de algunos fallos escogidos entre muchos, donde el análisis crítico-comparativo revela una actitud de la corte de Luxemburgo poco habituada a afrontar temáticas de envergadura constitucional, probablemente anclada a su hábitat fundacional o excesivamente atenta a preservar su peculiaridad.

Si las *key ontological identities* comunitarias significan identidad en la versión de la mismidad de Ricoeur, es decir implican una comparación estática y diferenciadora, el propio Tribunal de Justicia no logrará realmente salir del cascarón identitario mercantilista y, en un cierto sentido, narcisista. Si, al contrario, la metodología comparativa, subyacente a la apertura identitaria, que connota realmente la Unión Europea *ab urbe condita*, como testimonian los artículos 6.3 TUE y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales, se traduce en tensión hacia el Otro, entonces se desarrollará un auténtico movimiento judicial dialéctico. «L'art. 6 TUE, con il rinvio che dà piena efficacia alla Carta dei diritti fondamentali, acquista un nuovo spessore, e diventa, assieme all'art. 2 TUE il fulcro valoriale dell'Unione europea»¹¹⁰. Cuando se expresa mediante un registro de orden constitucional, la corte de Luxemburgo ha de tener en cuenta una visión dialéctica de identidad, como diría Ricoeur una identidad en términos de ipseidad; abierta es decir a la comparación- tensión con los ordenamientos constitucionales nacionales, propugnando una interpretación sistemática del art. 4.2 TUE a la luz de las disposiciones del art. 4.3 y 6.1 TUE.

Es cuanto hizo con las sentencias *Kadi I*¹¹¹, *Digital Rights*¹¹², *Google Spain*¹¹³ o *Schrems I* y *III*¹¹⁴, entre muchas. En cada una de las decisiones citadas la remisión a las tradiciones constitucionales comunes adquiere realmente nueva dimensión de alcance constitucional y aperturista. Dialogando con las cortes constitucionales el Tribunal de Luxemburgo va adquiriendo la citada técnica de la «ponderación fundamental»¹¹⁵, ausente en la jurisprudencia de sus primeros treinta años.

Una vez más, la metodología comparativa abre paso a una terminología y, aún más profundamente, a un talante constitucional que diferencia la primera fase de su jurisprudencia basada en la mismidad, en la construcción de una identidad excluyente, aflorada en la sentencia *Costa c. Enel*, respecto de una concepción identitaria de ipseidad, forjada en el diálogo con el Otro, culminada, por ejemplo, en la sentencia *Kadi* de 2008. Esta idea de una identidad abierta y dialógica del ordenamiento de la Unión no solo se evidencia claramente en los art. 2, 4 y 6 del Tratado de la Unión: representa también la única vía conceptual para componer la disyuntiva entre los dos principios básicos del propio art. 2 TUE. Respondiendo a la cuestión avanzada por Cruz Villalón, la identificación sustancial del Tribunal de Justicia como corte de los derechos fundamentales marca y depende también del fin de la «soledad de los jueces constitucionales»¹¹⁶.

Al contrario, si bien no asumiendo unos rasgos políticos paroxísticos del

Brexit, afloran sentencias que en nombre de una idea monolítica de las cláusulas

eternas de las Constituciones, erigen un discurso opositivo y excluyente de la identidad nacional (*Semoules*¹¹⁷, *Solange*¹¹⁸, *Cohn-Bendit*¹¹⁹, *controlimiti*¹²⁰, *Maastricht*¹²¹ and *Lisbon*¹²², the *Polish Accession Judgment*¹²³, *Landtová*¹²⁴, *Ajos*¹²⁵, *Gambling Act*¹²⁶, *ex multis*), capaz, entonces, de conflagrar

con las bases ontológicas del proceso de integración y con las propias fundamentas del propio derecho constitucional, íntimamente asociado con el funcionamiento de la Unión y con el principio de cooperación leal. La metodología comparativa inclusiva lee, observa tales tendencias. «While the rule of law, democracy, and human rights are the fundamental premise of the EU legal order and determine the content of the European constitutional identity, as theoretical concepts they denote sameness. Yet in practice their operationalisation may vary from case to case and expose substantive differences. [...] In our view, these cases challenged the understanding of Polish constitutional identity as axiological equivalence or convergence. Moreover, recent political developments –in particular the conflict around the Constitutional Tribunal accompanied by the discussion

about the model of constitutional review and the relationship between the constitutional adjudicator and the legislative power– underscore the new, distinctive features of the Polish constitutional regime. These recent events not only raise serious rule-of-law concerns but also undermine the principle of loyal cooperation and redefine the position of Poland in the EU».127

El eje de análisis se desplaza desde el terreno jurídico al ámbito político.

VI. INTERACCIÓN ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA A NIVEL POLÍTICO: ÉCARTS NEGATIVOS Y POSITIVOS

La aplicación de la operación comparativa mediante écart genera, al contrario, inquietantes dudas en el ámbito de los controlimites políticos, que se desenvuelven mediante instrumentos de democracia directa, habitualmente connotados por un mayor grado de concreción respecto de los criterios jurídicos arriba mentados. Ellos se exponen más directamente a derivas populistas y hacen aflorar estos dos metavalores de los que se hablaba al principio. Nos referimos, en particular y brevemente, al referéndum griego de 5 julio de 2015 y a la bien notoria consulta inglés de 23 junio de 2016.

En el caso griego el referéndum se utilizó para defender un aspecto peculiar de la identidad nacional-constitucional de Grecia, a saber, un determinado modelo de bienestar, que podía ser peligrosamente «desmantelado» por medidas de austeridad, en particular las impuestas por la Troika a los Estados que firmaron sendos memorandos. En efecto, estas disposiciones precisamente por su excesiva rigidez (quizás, irracionalidad) ponían en tela de juicio su compatibilidad con lo dispuesto en los Tratados (en especial, la llamada

«cláusula social no regresiva», conforme al artículo 9 TFUE) y especialmente con la Carta de Niza, pero, como es bien sabido, el tribunal de justicia, en varias decisiones -que la doctrina no dudó en definir como «pilatescas»- desestimó examinar el fondo las medidas nacionales de austeridad y , en cualquier caso, no aplicó la Carta de Niza como parámetro para la control de validez. A este propósito, se reporta la amarga reflexión de Rodotà:

Quel che sta accadendo nell’Unione europea è appunto [...] una decostituzionalizzazione. Il suo sistema è stato amputato della Carta dei diritti

fondamentali, del suo Bill of Rights, che pure, com’è scritto nell’articolo 6 del Trattato di Lisbona, «ha lo stesso valore giuridico dei trattati». [...] Oggi l’orizzonte è mutato, l’Unione agisce come se la Carta non vi fosse, nega ai cittadini il valore aggiunto ad essa affidato proprio per acquisire legittimità attraverso la loro adesione, e muta i cittadini da attori del processo europeo in puri spettatori, impotenti e sfiduciati di fronte all’arrivo da Bruxelles di imposizione di sacrifici e non di garanzie dei diritti. V’è in tutto questo una contraddizione, un abbandono della logica che volle il passaggio dell’espressione «Mercato unico» a «Unione europea», che avrebbe dovuto avvicinare istituzioni e cittadini, e questi tra loro. E vi è pure un abbandono di quanto è scritto nel Preambolo della Carta, dove si afferma l’Unione «pone la persona al centro della sua azione».128

Las observaciones esgrimidas en la ya sentencia Ledra¹²⁹ cobran a este efecto particular relevancia, pues brindan la posibilidad de que los ciudadanos de la UE puedan invocar la CDFUE como límite frente a las medidas de ajuste económico adoptadas por los Estados de la zona Euro, necesaria para cumplir con las exigencias del Estado de Derecho». La reciente decisión Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC de 2018 lo confirma, si bien las conclusiones no sean favorables a los demandantes, en su apartado 203 «al igual que la Comisión, el BCE está obligado a respetar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») cuando actúe fuera del marco jurídico de la Unión. De ello se deduce que, en el marco de un recurso de indemnización, pueden imputarse a la Comisión y al BCE comportamientos ilícitos vinculados a la supervisión de la aplicación de las medidas lesivas por estas instituciones»¹³⁰.

El cambio conceptual insito en la ausente aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión puede haber sido causa de una profunda reacción dialéctica, que ha de ser interpretada y comprendida no solo en términos de respuesta nacional al consolidado déficit democrático que aún aflige las instituciones comunitarias (como evidencia la –ausente–

parlamentarización de la crisis griega)¹³¹, sino como denuncia de una carencia bien más vasta en el circuito europeo de las garantías al máximo nivel. Éste el punto de convergencia de las temáticas de la relación dialéctica Estado de Derecho- democracia y la dualidad ad intra y ad extra del Estado de Derecho. Un Estado de Derecho que flaquea desde el frente de su relación con la democracia se ve muy debilitado a nivel axiológico; y si, a contrario solo se nutre de la linfa de la democracia europea, podrá dar lugar a una enérgica dinámica con las democracias iliberales. Por otro lado, un Estado de Derecho europeo que no se aplique plenamente también a los variados instrumentos de rescates económicos e índole internacionalista solo acaba fomentando estos mismos movimientos nacionalistas, donde la identidad nacional se tiñe de una visión excluyente y democrática. «Substantively, then, the much vaunted Community rights which serve, almost invariably the economic interests of individuals were

«bought» at least in some measure at the expense of democratic legitimation»¹³². En definitiva, parece que la identidad constitucional griega ha sido afirmada desde abajo hacia arriba, pero no en oposición a la eurocomunidad (por lo tanto, en ausencia de rasgos antieuropeos), sino de manera «integrativa» con respeto a ella. Representó el instrumento «jurídico-político» por el que Grecia intentó rechazar las estrictas medidas de austeridad, haciendo hincapié así en su incompatibilidad con los derechos sociales protegidos en el sistema. Es una muestra, en síntesis, de una relación dialógica, que podría llevar a resultados muy proficuos sobre todo para la vida política y jurídica de la Unión.

Si, en cambio, en la relación entre Estado de Derecho y democracia, entre principio de primacía e identidad constitucional prima la versión de la mismidad de Ricouer, se genera una situación paroxística, de rasgos populistas y antieuropeístas, desembocada en el referéndum inglés del llamado Brexit¹³³.

En tal escenario el referéndum mostró la «elección trágica» a la que los países que prefieren el camino de la integración diferenciada podrían ser más propensos, no para lograr una Europa a varias velocidades (que es posible, en cierta medida), sino para optar por una Europa a la carta, que es el preludio de su desintegración. De hecho, el Reino Unido ha a menudo empleado la herramienta de exclusión voluntaria, pero, a la luz del resultado del Brexit, parece ser posible decir que estas cláusulas se han utilizado no tanto para proteger (ex ante) su propia «identidad» nacional-constitucional, sino más bien para preservar celosamente partes de la «soberanía» política que no pretendía

«compartir» con la Unión, hasta el punto de degenerar en un nacionalismo euroescéptico (rectius: antieuropeo) de no-retorno, que finalmente condujo a su salida de la Unión.

VII. EL ESTADO DE DERECHO COMO REGLA DE CONVIVENCIA

Tanto en sede política como en ámbito judicial hemos podido ver qué términos como «identidad constitucional» o «democracia» pueden ser interpretados en el sentido de ipseidad contribuyendo a elevar

el grado de la dialéctica constitucional del ordenamiento comunitario, o pueden asumir una dimensión negativa, favoreciendo, en cambio, un alejamiento, la «tentación del muro»¹³⁴. En el primero caso, la voz de los Estados miembros –en su versión política y/o jurídica– forma parte de un coro, cuya partitura se halla toda en los primeros seis artículos del Tratado de la Unión y cuya baqueta está también en manos del Tribunal de Justicia.

On the other hand, voice can slide into exit, exit from the benefits of multilateralism, transnational governance which is essential to tackle problems not amenable to national solutions, from a veritable commitment to individual human rights with the pretext of collective goods, from legitimate identitarian concerns and patriotism as a discipline of love and solidarity to a spirit and ethos of xenophobia and atavism. Courts, in the name of democracy, the rule of law, and constitutional identity, can become part of this destructive exit discourse. As noted earlier, we are less concerned in this context to analyze veritable

«exit à la Brexit» though such movements and tendencies undoubtedly have an impact on judicial decision-making and courts can act as breaks or catalysts to

such. The exit option which primarily concerns us is when national courts defy transnational normativity with differing rationales and vehemence.¹³⁵

En conclusión, existe, por un lado, una visión identitaria excluyente tanto de naturaleza política, culminada en el Brexit, como de índole jurídica, escenificada en algunas sentencias de algunos órganos constitucionales nacionales dentro del marco del art. 2 TUE, que ante los desafíos del siglo XXI cede a las sirenas de la «tentación del muro»¹³⁶: es el paradigma que se manifiesta en muchos discursos de políticos epígonos de las democracias liberales. Existe, asimismo, otro paradigma, mucho más complejo, de apertura al Otro, que mediante la creación de un Estado de Derecho europeo en continua tensión con el principio democrático y el respeto de los derechos humanos, funciona –y surgió– con el objetivo bien preciso de limitar los delirios de omnipotencia de los Estados: Eros and Civilization¹³⁷. La elaboración de este último paradigma se lleva a cabo mediante una metodología comparativa dialógica, donde no emerge un prius lógico, ni existe una hegemonía excluyente, sino una relación reticular con las tradiciones constitucionales (y no) comunes, en la dirección vertical, y con los citados principios democrático y del respeto de los derechos humanos en el seno del art. 2 TUE, en el sentido horizontal.

Deberíamos, por tanto, habituarnos –y educar– a tejer tramas culturales y jurídicas. A concebir el propio principio de la Rule of Law en sus variadas interfaces¹³⁸: ex ante, es un principio que debe respetarse como condición previa para los Estados que pretendan acceder a la Unión Europea (art. 49 TUE). En términos de valor fundacional de la Unión (art.2.1 TUE), ha de ser interpretado comparativamente en el sentido de ser «común a los Estados miembros»¹³⁹ (art. 2.2 TUE) y de ubicarse en el mismo rango de los principios de democracia

constitutional

y respeto de los derechos humanos¹⁴⁰. Finalmente, otro filamento liga este principio a la actuación en las relaciones con el resto del mundo (art. 3.5 TUE); en particular, es uno de los principios que se indican expresamente entre los que deben guiar la acción exterior de la Unión (art. 21 TUE). Y dentro de cada dirección deberíamos razonar en términos relacionales de comparación con los sistemas constitucionales que ofrecen linfa vital a la identidad europea: no compartimentalicemos derecho constitucional nacional y Derecho de la Unión¹⁴¹. Es otro mérito del texto desde donde hemos partido en el análisis del Estado de Derecho. Las identidades europeas, así como el principio de la rule of law, ahondan sus raíces en el pluralismo jurídico, en la relativización de principios anteriormente concebidos como absolutos, debida a una operación de puesta en tensión de polos, nacionales y comunitario¹⁴². Sin el espolero conceptual de las sentencias de los tribunales nacionales, no se habrían podido idear las tradiciones constitucionales comunes, ni los principios generales del Derecho Comunitario¹⁴³. Sin la comprensión de la dialéctica de los polos del precepto democrático, por un lado, y del Estado de Derecho, por otro, no se descifran plenamente los avatares que han constelado la afirmación de la Comunidad Europea de Derecho desde el affaire Haider y la

propia ratio legis del actual art. 7 TUE¹⁴⁴ hasta la mentada rebelión de los Estados liderados por gobiernos populistas.

La interconexión profunda entre Estado de Derecho y democracia se verifica por dos razones, afirma Weiler. «First, the aggression against the core values is often done in the name of democracy and popular will. The Rule of Law – understood in its thick substantive and not thin procedural sense – is raised as a check on majoritarian tyranny. A democracy of evil people will produce evil results and such evil is not cleansed simply because a lot of people, even a democratic majority, wills it. Second, because whereas the democratic credentials of the Union are at least suspect, its Rule of Law credentials are thought to be, and in many senses are, above any suspicion»¹⁴⁵.

Un principio de Estado de Derecho vaciado de su vertebración axiológica representaría un peligroso retroceso. Un Estado de Derecho, percibido como recurso, revigorizado por la dialéctica comparativa con las tradiciones culturales comunes, y en particular con el principio democrático, representa, en cambio, quizás la única respuesta al peligro de las simplificaciones nacionalistas fuera y dentro de la Unión. Los contrapuntos nacionales son elementos absolutamente necesarios para comprender plenamente la teoría y el funcionamiento de la Unión Europea: no ya en sentido de la duplicidad necesaria, sino en la dirección del *groviglio*, del *écart*, de la continua tensión sin una síntesis forzada¹⁴⁶. No existiría, por tanto, identidad europea sin la relación dialéctica con las identidades constitucionales nacionales, porque adolecería de su lógico contrapunto¹⁴⁷; así como no existe ninguna identidad o tradición nacional que pueda prescindir de la interacción con las interfaces de las otras identidades nacionales que se ligan indisolublemente a ella¹⁴⁸. «Identità è una

parola nitida, lucida, attraente oltre a trasmettere un senso di sicurezza e quasi certezza, uno strumento molto potente (e avvincente) di riduzione della complessità»¹⁴⁹. He aquí, en última instancia, el núcleo de la cuestión relativa al Estado de Derecho y su significación social, política y jurídica.

La European rule of law, en suma, para ser efectiva, debería alimentarse comparativamente de los principios de legalidad de los sistemas nacionales, enmarcándolos en el art. 2 TUE, y en el entramado normativo de los primeros seis artículos del Tratado¹⁵⁰, sin ninguna pretensión hegemónica o excluyente, así como advierte Bussani: «l'idea stessa di rule of law trova le proprie radici nelle interiora della cultura occidentale, e non in quelle delle esperienze altrui. Il nostro discorso pubblico, tuttavia, nutre la considerazione dell'altro', sprovvisto di rule of law, non quale dato di partenza di qualsiasi analisi che si voglia inclusiva della diversità e di prospettive condivise, ma come difetto da sanare o condannare – quasi che, essendo solo l'Occidente padrone della rule of law, esso fosse anche il solo padrone della legalità. Ben più di un rischio è allora che questo concetto vago, universalizzato in varie direzioni, tutte legittimate coi e dai giuristi, venga posto non al servizio di una dialettica atta a costruire un rapporto pacificato, e opportuno, fra noi e gli 'altri', ma continui a essere 'naturalizzato' e 'decontestualizzato', finendo così per alimentare posizioni ideologiche, o per nutrire una visione del mondo autarchica, perché mal rifornita di problemi»¹⁵¹. De esta forma dialógica, probablemente, el ADN de la Unión, su identidad constitucional, consistente en una apertura al Otro tanto en el sentido interno como externo, podrá recuperar el mensaje fundamental surgido en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial¹⁵². En el momento en que el proyecto de la Unión Europea se ha replegado en sí mismo, defendiendo posiciones de atávico privilegio, incluso de sabores colonialistas, ha promovido indirectamente el retorno a la coexistencia

yuxtapositiva del Derecho internacional clásico como fórmula resolutoria de la crisis económica así como en la definición de la emergencia migratoria. La integración mediante las palancas del Derecho será posible siempre que se establezcan lazos de solidaridad de hecho, como pregonaba hace setenta años la Declaración Schuman: de la coexistencia de Leviatanes soberanos e independientes a la convivencia bajo el mismo techo mediante normas¹⁵³. La estrella polar del Estado de Derecho así entendido representaría, por tanto, la regla de convivencia de la sociedad europea¹⁵⁴, no en el sentido de una mera yuxtaposición del Derecho Internacional clásico, sino como regla

«contrassegnata da interazione, da disponibilità a costruire insieme»¹⁵⁵. Este conjunto «gentil»¹⁵⁶ de cuerdas distintas y distantes, convertido ahora en groviglio de normas internas y supranacionales que ha servido a encauzar las voces estatales en un – indudablemente mejorable – concierto europeo¹⁵⁷, ahora está amenazado una vez más por las sirenas nacionalistas, que reivindican el retorno a la «libertad de acción» soberanista: al Ulises desatado de Elster¹⁵⁸.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BUSSANI, M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010.

CASSESE, S., «Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino», *Ars Interpretandi*, n. 1/2015.

CLOSA C., KOCHENOV D., WEILER J.H.H., *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, RSCAS 2014/25, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme-87.

GLENN, H.P., *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 4th ed.;

GRAZIADEI, M., DECARIA, R., 'The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case-law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest', *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, pp. 949–971;

KENNEDY, D., *The Dark Side of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, Princeton, 2004, traducido al español en *El lado oscuro de la virtud*, Almuzara, Córdoba, 2007;

KLABBERS, J., PALOMBELLA, G. (Ed.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

KOCHENOV, D. - VAN WOLFEREN, M., *The dialogical rule of law and the breakdown of dialogue in the EU*, EUI Working Paper LAW 2018/01.

LIÑÁN NOGUERAS, D.J. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P.J. (Dir), *Estado de derecho y Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2018.

LUSTIG D., WEILER, J.H.H., «Judicial review in the contemporary world— Retrospective and prospective», *Intern. J. Constit. Law.*, 2018, Vol. 16. No. 2, pp. 315–372;

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 267

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Unión Europea como Comunidad de Valores: A vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de derecho», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 121-159

MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., «A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial», *Revista de Derecho Político*, N.º 105, mayo-agosto, 2019, pp. 315- 358.

MARTINICO, G., «Building Supranational Identity: Legal Reasoning And Outcome In Kadi I And Opinion 2/13 Of The Court Of Justice», *Italian Journal Of Public Law*, Vol. 8 Issue 2/2016, pp. 235-267

PADOA SCHIOPPA, T. *Europa, forza gentile*, Il Mulino, Bologna, 2001;

POIARES MADURO, M., «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en *Sovereignty in Transition*, editado por N. Walker, Hart Publishing, 2003

REMOTTI, F., *Somiglianze. Una via per la convivenza*, Editori Laterza, Bari, 2019

WEILER, J.H.H., «Epilogue: living in a glass house: Europe, democracy and the rule of law», en *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, dirigido por C. Closa – D. Kochenov, Cambridge, CUP, 2016, pp. 320-331.

ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

REFERENCIAS

Estado de derecho y Unión Europea

REFERENCIAS

En el territorio académico español, por últimos, MARTÍN y PÉREZ de nAnCIAReS, J., «La Unión Europea como Comunidad de Valores: A vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de derecho»

«El Estado de Derecho en el ámbito internacional y el imperio de la ley en las relaciones internacionales: tendencias, retos y desafíos»

Introduction to the Study to the Law of the Constitution,

Ex multis GOSAIBO BOnO, R., «The significance of the rule of law and its implications for the European Union and the United States»

la literatura sobre el tema es infinita, pero imprescindible es la lectura de MAnGAS MARTÍN, A., *Humanización, democracia y Estado de derecho en el ordenamiento internacional*, discurso de recepción de la académica de número, Sesión del 8 de abril de 2014, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1-218. Extremadamente fascinantes son las lecturas deconstructivas sobre el tema realizadas, por ejemplo, por: AA.VV

En las «Medidas para el refuerzo del Estado de Derecho en la Unión Europea: mayor sensibilización, un ciclo de seguimiento anual y una aplicación más eficaz», publicado por la Comisión Europea el 18 de julio de 2019 la misma institución afirma muy significativamente: «Con objeto de promover una cultura del Estado de Derecho común en toda Europa, la Comisión estudiará la posibilidad de poner en marcha un acto anual específico para el diálogo con la sociedad civil. [...] La Comisión reforzará la cooperación con el Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales, así como con las redes judiciales y los parlamentos nacionales. La Comisión pide al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Estados miembros que participen plenamente en este proceso»

La Comisión ha presentado en el documento arriba mentado iniciativas concretas agrupadas en torno a tres pilares: promoción de una cultura del Estado de Derecho; prevención de problemas relacionados con el Estado de Derecho; respuesta eficaz a las violaciones del Estado de Derecho «Medidas para el refuerzo del Estado de Derecho en la Unión Europea: mayor sensibilización, un ciclo de seguimiento anual y una aplicación más eficaz». En ello se lee que «el proyecto europeo depende del respeto constante del Estado de Derecho. Se trata de un requisito previo para que los ciudadanos disfruten de sus derechos en virtud de la legislación de la UE y para que haya una confianza mutua entre los Estados miembros». El vicepresidente primero Frans Timmermans ha declarado: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado recientemente que el Estado de Derecho es esencial para el funcionamiento de la UE. Su importancia también es reconocida por una abrumadora mayoría de los ciudadanos de la UE. No obstante, en los últimos cinco años ha sido objeto de ataques de diverso tipo».

«La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación»

Nos referimos a la teoría antropológica esgrimida por ReMOtti, F., *Somiglianze. Una via per la convivenza*, Editori Laterza, Bari, 2019, donde se demuestra la necesidad de afrontar el tema identitario desde una perspectiva dialógica y pluralista

La operación lógica y política consistía, en definitiva, en clasificar familias jurídicas, separando y excluyendo posibles interferencias espurias. Sobre este fascinante tema

Imprescindibles son las aportaciones de Glenn, H.P., «Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions», *McGill Law Journ.*, 2005, 50, pp. 863-898; MAttei, U. – MOnAteRi, P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, pp. 52 ss.; MAttei, U., «Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System

Cfr por último dOnAld, D., *Legal System Network Effects and Global Legal Development*, (2020) 10 *Notre Dame J. Inter & Compar. Law*, pp. 267-306. 21 Glenn, H.P., *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*,

The Constitution of Europe: «do the New Clothes Have an Emperor ?», and Other Essays on European Integration
Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, 2008 I-06351, ECLI:EU:C:2008:461. Interesante es el ensayo de MARTINICO, G., «Building Supranational Identity: Legal Reasoning And Outcome In Kadi I And Opinion 2/13 Of The Court Of Justice

Auto del Tribunal General (Sala Primera) de 16 de octubre de 2014, Konstantinos Mallis y Elli Konstantinou Malli contra Comisión Europea y Banco Central Europeo (BCE)

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de septiembre de 2016, Ledra Advertising Ltd y otros contra Comisión Europea y Banco Central Europeo, Asuntos acumulados

Al margen de las reflexiones presentes en el libro, se entreve una rendija de luz en las iluminantes consideraciones formulas en las Conclusiones del Abogado General Hogan presentadas el 28 de febrero de 2019, Asunto C644/17 Eurobolt BV: «26. Se desprende claramente del asunto Les Verts que la Unión Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado o con la normativa derivada de este. Esto significa que «los justiciables tienen derecho a impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otro acto nacional por los que se les aplique un acto de la propia Unión». [...] 28. Por lo tanto, no cabe duda de que el control judicial del cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Unión Europea corresponde al Tribunal de Justicia y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. El artículo 19 TUE, que da una expresión concreta al valor del principio del Estado de Derecho establecido en el artículo 2 TUE, confía expresamente la responsabilidad de garantizar el control judicial en el ordenamiento jurídico de la Unión no solo al Tribunal de Justicia, sino también a los órganos jurisdiccionales nacionales».

Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 27 de noviembre de 2012, Thomas Pringle contra Government of Ireland y otros, Asunto

«Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral — Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK», Europäische Grundrechte Zeitschrift, 2015, pp. 133-139, p. 137, citado por MARTÍN y PÉREZ de ANCLARÉS, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH»

Sobre la dicotomía entre una visión monista y dualista del derecho internacional WATERS, A., «Creeping Monism: the Judicial Trend toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties

Teoria della società o tecnologia sociale, Milano 1973, passim; LUHMANN, N., Sociologia del diritto, Laterza, Bari, 1997;

Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality. A Manifesto,

«no puede tratarse de «diferencias» que aíslan las culturas sino de écarts, que las sitúan frente a frente y en tensión, que promueven lo común entre ellas».

Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio»

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra ENEL,

Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa

Destacadamente, HABERMAS, J., «Paradigms of Law», en Habermas on law and democracy: critical exchanges, editado por M. Rosenfeld

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, ECLI identifier

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal,

Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?»

Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio, cit., p. 31: «Los horrores de la II Guerra mundial y de los seis años anteriores provocaron en Alemania una reconsideración conceptual del

ideal del imperio de la ley. Se puede tomar como ejemplo la degradación y el despojo de los judíos en Alemania en los primeros ochos años del régimen anterior a las deportaciones y asesinatos masivos».

The dialogical rule of law and the breakdown of dialogue

«La Constitución danesa y la Unión europea II (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998)»

Tribunal constitucional checo (Ústavní soud), 8 de marzo de 2006, n.º I PL US 50/04; Tribunal constitucional checo (Ústavní soud), 26 de noviembre de 2008, Tratado de Lisboa, Pl ÚS 19/08. El párrafo 111 de la sentencia afirma que para contrastar la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, el Tribunal considerará tanto su propia jurisprudencia como la jurisprudencia alemana. El párrafo 118 hace realidad esta afirmación y el Tribunal cita expresamente la jurisprudencia constitucional alemana (Sentencias Solange II de 1986 y Maastricht de 1993).

«Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective»,

«Illiberal, Democratic and Non-Arbitrary? Epicentre and Circumstances of a Rule of Law Crisis», Hague Journal on the Rule of Law, 2018, 10, p. 7: «The EU is a two-level system, and it has to take into account that a tension between the two layers would be rather expectable, even if Europe as such were itself a ‘democracy’».

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea

Los ejemplos son muy numerosos. Pondremos de manifiesto este pasaje particularmente significativo de una sentencia importante del Tribunal constitucional checo. 26 de noviembre de 2008, Tratado de Lisboa, Pl ÚS 19/08, par. 197: «In any case, we can also agree with the government’s opinion that, even after the Treaty of Lisbon enters into force, the relationship between the European Court of Justice and the constitutional courts of member states will not be placed in a hierarchy in any way; it should continue to be a dialog of equal partners, who will respect and supplement each other’s activities, not compete with each other».

«A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial

Afirma la Corte costituzionale italiana: «Questa Corte tiene a sottolineare che l’interpretazione appena delineata, se da un lato serve a preservare l’identità costituzionale della Repubblica italiana, dall’altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell’Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità. [...] [La qualificazione della prescrizione come avente natura sostanziale], nel caso di specie, costituisce un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall’art. 49 della Carta di Nizza e dall’art. 7 della CEDU» (ord. n. 24/2017, puntos 8-9).

El TMES introduce los instrumentos para asegurar la estabilidad financiera en el seno de la Unión. Para lograrlo, el 25 de marzo de 2011, el Consejo europeo previó en su decisión 2011/199, añadir, al artículo 136 TFUE un párrafo habilitando a los Estados de la zona euro establecer un mecanismo de estabilidad permanente: «Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto». Al hacerlo así, el Consejo europeo de Bruselas de 25 de marzo de 2011 ha establecido igualmente las modalidades de funcionamiento de este futuro MES que fue definitivamente instituido por el Tratado concluido el 2 de febrero de 2012, entre los Estados de la zona euro, adoptando la forma de una organización financiera internacional. Éste es el ingenio que tuvo que «salvar» el Tribunal de Justicia en el asunto Pringle dictado como consecuencia del reenvío prejudicial de la Supreme Court irlandesa, Cfr. MARTUCCI, F., «La Cour de justice face à la politique économique et monétaire: du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l’arrêt CJUE, 27 novembre 2012, Pringle

En una medida histórica, el Tribunal Constitucional portugués (PCC) emitió su primera sentencia sobre la relación entre el Derecho de la Unión y la Constitución de la República Portuguesa (CPR) el 15 de julio de 2020. La sentencia 422/2020 del PCC, reconociendo su falta de competencia para controlar la constitucionalidad de las disposiciones del Derecho de la Unión (y los casos en que dicha competencia podría reaparecer), fue unánime, sin opiniones coincidentes o discrepantes, lo que es inusual en una decisión de este significado del Tribunal Constitucional luso. En esta sentencia, se pidió al PCC que decidiera sobre la constitucionalidad de un Reglamento de la UE, pero declinó la competencia para pronunciarse sobre esta cuestión. Se trata de una

decisión larga, matizada y compleja, que demuestra que el Tribunal de Justicia era consciente de su importancia especialmente después de la reciente decisión del PSPP del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG).

«Member States of the European Union, Constitutions, and Identity A Comparative Perspective», en *Constitutional Identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, editado por C. Calliess y G. van der Schyff, Tilburg University, 2020, p. 201. Cfr. para una visión pluralista de la identidad constitucional GRAziAdei, M; deCARiA, R., «The “Constitutional Traditions Common to the Member States” in the Case-law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest»,

«Constitutional Relevance of Foreign Court Decision

El diálogo entre jueces como paradigma comparativo europeo», en *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: Una mirada interdisciplinar*,

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Recopilación de Jurisprudencia 2008

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland Ltd contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources y otros y Kärntner Landesregierung y otros, asuntos acumulados

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González

Constitutional Identity in Poland. Is the Emperor Putting on the Old Clothes of Sovereignty?», en *Constitutional Identity in a Europe of multilevel constitutionalism*,

sentencia del Tribunal de Justicia del 24 de septiembre de 2018 por Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC y otros contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta ampliada) dictada el 13 de julio de 2018 en el asunto T-680/13, Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC y otros / Consejo de la Unión Europea

It therefore has to be concluded that the only option open the ECJ and the EU itself, is a reinvigorating of the judicial dialogue as the to this day only successful form of dialogical Rule of Law deployable in the Union»

«Epilogue: living in a glass house: Europe, democracy and the rule of law», en *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*

«Challenging austerity measures affecting work rights at domestic and international level. The case of Greece»,

En el marco de este trabajo, no es posible entrar a valorar todos los matices del fenómeno. Cada tribunal constitucional, en función de su historia y del ordenamiento en el que se integra, establece unos concretos vínculos entre identidad constitucional y derechos fundamentales. Éstos, en general, se insertan en el concepto global pero no lo agotan. El concepto de «identidad constitucional», que en la arena del diálogo entró de la mano de Francia (Consejo constitucional, 30 de marzo de 2006, Loi pour l'égalité des chances, 2006-535 DC; Consejo constitucional, 27 de julio de 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, 2006-540 DC; Consejo constitucional, 30 de noviembre de 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, 2006-543 DC), fue asumido por el Tribunal constitucional alemán hasta el punto de crear un nuevo tipo de control (Identitätskontrolle, §§228, 230, 240 Sentencia Lisboa de 2009).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia tuvo la ocasión de asumir seriamente algunos elementos relevantes de la identidad constitucional de los Estados miembros, antes incluso de que se inscribiera formalmente en el artículo 4.2 del TUE, tal y como fue adoptado en Lisboa

Constitutional identity in Italy: European integration as the fulfilment of the Constitution', EUI Law Department Working Paper 6 (2017); IDEM, «Constitutional Identity in Italy Institutional Disagreements at a Time of Political Change», en *Constitutional Identity in a Europe of multilevel constitutionalism*,

REFERENCIAS

La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación

«Constitutional Identity in the European Legal Space and the Comity of Circumspect Constitutional Courts

- Muy críticas son las conclusiones a las que llega Weiler, J.H.H., «Epilogue: living in a glass house...», cit., p. 326: «But it should simultaneously hurry up and put its own democratic house in order lest it be reminded that those living in glass houses should be careful when throwing stones».
- Questioning the Basic Values – Austria and Jorg Haider, en *The Enforcement of EU law and Values*, editado por A. Jakab y D. Kochenov, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 436-455; Weir, P y Muller, R., «The EU as a Militant Democracy, or: Are there limits to constitutional mutations within Eu Member States?»
- «Constitutionalism and Pluralism in Global Context, en *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*»,
- «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action
- The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland*»
- The Transformation of Europe*, cit., pp. 2405-2483; por último niGliA, L., «The New Transformation of Europe: Arcana Imperii»
- Importantes son las reflexiones a este propósito formuladas por GiMénez ROMERO, C., «Convivencia: conceptualización y sugerencias para la praxis»
- Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones, Gedisa, Barcelona, 2002. Por último, hace referencia a esta dinámica, que es general y solo jurídica, AiMe, M., *Classificare, separare, escludere. Razzismi e identità*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2020, p. 184, donde se habla de «i partiti sovranisti che rivendicano una sempre maggiore chiusura dei propri confini, una libertà di manovra assoluta per ogni paese, indicando le norme europee come un impaccio che limita la libertà di azione».