
REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT ZEITSCHRIFT
RIVISTA DI DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO
REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL EUROPEU
EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW
REVUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN
REVISTA DE DRET CONSTITUCIONAL EUROPEU
EUROPAKO KONSTITUZIO ZUZENBIDEAREN ALDIZKARIA
REVISTA DE DEREITO CONSTITUCIONAL EUROPEO

37

Año 19, número 37, Enero-Junio de 2022

Democracia y Estado de Derecho en la Unión Europea

THOMSON REUTERS
ARANZADI

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, José Antonio Montilla Martos, Ricardo Martín Morales, Miguel Azpitarte Sánchez, Enrique Guillén López, Juan Francisco Sánchez Barrilao

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

Miguel Azpitarte Sánchez

SECRETARIOS ADJUNTOS

Enrique Guillén López
Ricardo Martín Morales
Juan F. Sánchez Barrilao
Adoración Galera Victoria
Augusto Aguilar Calahorro

CONSEJO DE REDACCIÓN

Antonio Pérez Miras
Miguel Arjona Sánchez
Giacomo Palombino
Eloísa Pérez Conchillo
Daniela Dobre
María Dolores Requena de la Torre
Luis Fernando Martínez Quevedo

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

Ángel Rodríguez
José María Porras Ramírez
Agustín Ruiz Robledo
Antonio de Cabo de la Vega
José Manuel Martínez Sierra

José A. Marín Gámez
Baldomero Oliver León
Concepción Pérez Villalobos
Ramón Orza Linares
María Dolores Martínez Cuevas

Francisco J. Durán Ruiz
Susana Ruiz Tarrías
Juan Ignacio Signes de Mesa
Valentina Faggiani

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

Ricardo Alonso García
Miguel Ángel Aparicio Pérez
(1943/2020)
Xavier Arbós Marín
Rainer Arnold
José Asensi Sabater
Javier Barnés Vazquez
Rafael Barranco Vela (1959/2013)
Paola Bilancia
Roberto Blanco Valdés
Carmen Calvo Poyato
Antonio Cantaro
A. Antonio Cervati
Manuel Contreras Casado
Javier Corcuera Atienza
Pedro Cruz Villalón
Lorenzo Chieffi
José Francisco Chofre Sirvent
Ricardo Chueca Rodríguez

Antonio D'Atena
Francisc De Carreras Serra
Francisco del Río Muñoz
Teresa Freixes Sanjuán
Miguel Ángel García Herrera
Manuel Gerpe Landín
José Joaquim Gomes Canotilho
Yolanda Gómez Sánchez
Tania Groppi
Christian Hillgruber
Javier Jiménez Campo
Jesús Jiménez López
Markus Kotzur
Fulco Lanchester
Diego J. Lirián Noguera
Juan Fernando López Aguilar
Alberto López Basaguren
Antonio López Castillo
Francisco López Menudo

Antonio López Pina
Jörg Luther
Gonzalo Maestro Buelga
Stelio Mangiameli
Miguel Martínez Cuadrado
Didier Maus
Gilmar Ferreira Mendes
Roberto Miccù
Lothar Michael
Lucía Millán Moro
Martín Morlok
Alessandro Pace
Miguel Pasquau Liaño
Vasco Pereira da Silva
Ingolf Pernice
Alessandro Pizzorusso (1931/2015)
José Antonio Portero Molina
José Carlos Remotti Carbonell
Paolo Ridola

Gil Carlos Rodríguez Iglesias
(1946/2019)
Giancarlo Rolla
Roberto Romboli
Francisco Rubio Llorente
(1930/2016)
Modesto Saavedra López
Remedio Sánchez Ferriz
Sixto Sánchez Lorenzo
Ingo W. Sarlet
Helmuth Schulze-Fielitz
Angelo Schillaci
Antonio Torres del Moral
Alejandro del Valle Gálvez
Fausto Vecchio
Jaume Vernet i Llobet
Eduardo Virgala Foruria
Gustavo Zagrebelsky



Dirección postal y electrónica

Revista de Derecho Constitucional Europeo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.
Plz. de la Universidad, s/n. 18001 Granada.
redce@ugr.es - Telfs.: 958 24 34 51 - 958 24 34 55 - 958 24 62 92

ISSN: 1697-7890. DL: GR-1316/2004 - Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL
Editorial Aranzadi, S.A.U.
31190 Cizur Menor (Navarra)

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 19, número 37, Enero-Junio de 2022

Democracia y Estado de Derecho en la Unión Europea

SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
 ESTUDIOS	
La democracia representativa en la UE y la opinión pública europea. Problemas y perspectivas	17
STELIO MANGIAMELI	
La defensa política de los valores constitucionales.....	67
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	
La condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿una protección del Estado de Derecho o una garantía para los intereses financieros de la UE?	87
MARIO KÖLLING	
El giro “reactivo” de la identidad europea: condicionamiento de fondos y confianza mutua	103
SABRINA RAGONE	
JUAN FRANCISCO BARROSO MÁRQUEZ	
 ARTÍCULOS	
Control de constitucionalidad y relaciones entre ordenamientos	137
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	

El papel del Presidente de la República en la Doctrina Constitucionalista Italiana. La historia interminable	187
FIAMMETTA SALMONI	
El “Nuevo constitucionalismo latinoamericano” y la forma de Estado: algunas reflexiones a partir de los ordenamientos de Ecuador y Bolivia.....	209
ROSA IANNACCONI	
PERFILES/NOTICIAS	
El académico que un día fue juez: Pablo Pérez Tremps.....	241
ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ	
CARMEN MONTESINOS PADILLA	
TEXTOS CLÁSICOS	
La coherencia del ordenamiento jurídico.....	261
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
JURISPRUDENCIA	
La atribución de apellidos a los hijos en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana	299
MATTEO CALDIRONI	
LEGISLACIÓN	
Crónica de la legislación europea. Primer semestre de 2022	323
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN	
FORO	
El arte, la cultura y su público en tiempos de pandemia	335
PETER HÄBERLE	
MARKUS KOTZUR	
NOTICIAS DE LIBROS	
<i>El sistema europeo de fuentes</i> , Ricardo Alonso García y Paz Andrés de Sáenz de Santamaría, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2022, 223 páginas.....	349
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	
<i>The Economic policy of the European Union in the context of the Covid-19 crisis</i> , F. Jesús Carrera Hernández (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 285 páginas. ISBN: 978-84-139-1567-8	359
MARÍA DOLORES REQUENA DE TORRE	
<i>Thomson Reuters ProView. Guía de uso</i>	

Presentación

**EL GIRO “REACTIVO” DE LA IDENTIDAD
EUROPEA: CONDICIONAMIENTO DE FONDOS Y
CONFIANZA MUTUA¹**
**The “reactive” turn of european identity: conditionality
of funds and mutual trust**

SABRINA RAGONE

*Profesora Titular de Derecho Público Comparado, acreditada como
Catedrática
Universidad de Bolonia*

JUAN FRANCISCO BARROSO MÁRQUEZ²

*Profesor Ayudante de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El factor identitario “sincrético”: de identidad nacional a tradiciones constitucionales comunes.
- III. El principio de confianza mutua en perspectiva identitaria.
- IV. El factor identitario “reactivo”: la identidad europea en tiempos de crisis.
- V. Reflexiones críticas.
- VI. Bibliografía.

1 Este artículo es el resultado de la labor conjunta de los autores, quienes han redactado juntos los apartados 1, 4 y 5. El 2 ha sido redactado por Sabrina Ragone y el 3 por Juan F. Barroso Márquez.

2 Resultado de la estancia de investigación realizada en la Universidad de Bolonia bajo la tutorización de la Profa. Sabrina Ragone, que ha sido posible gracias a la financiación de la Unión Europea (Fondo Europeo de Desarrollo Regional) y la Junta de Extremadura (Consejería de Economía, Ciencia y Agenda Digital), mediante la ayuda GR21127 que le ha sido concedida al grupo de investigación Fiscalitas&Iuris (SEJ027).

I. INTRODUCCIÓN

Durante el proceso de integración europeo el factor identitario ha adquirido diversas configuraciones en función del ámbito en que era aplicado y, sobre todo, de qué parte lo esgrimía como argumento para defender sus intereses. La identidad puede pertenecer a un solo Estado miembro, en cuyo caso estaríamos ante el concepto de identidad nacional; puede predicarse de un conjunto de Estados que comparten ciertas similitudes, en cuyo caso nos encontraríamos en la vertiente “sincrética” del factor identitario, materializada a través de las tradiciones constitucionales comunes; pero también hemos encontrado, a raíz de los últimos avances jurisprudenciales, la creación de una identidad de naturaleza “reactiva” propia de la Unión Europea.

Estas tres acepciones del factor identitario han sido relacionadas en gran medida con los valores fundamentales de la Unión Europea del artículo 2 TUE, sin perjuicio de que esta relación varíe en función de la vertiente elegida, ya que los valores recogidos en el artículo 2 TUE pueden actuar como un elemento de limitación del factor identitario, pero también como un elemento de legitimación. Respecto de la vertiente legitimadora de los valores europeos, la convergencia de las tradiciones constitucionales comunes permitió que se implantara en el ámbito de la Unión Europea el principio de confianza mutua –y, como derivación, el principio de reconocimiento mutuo– sobre la base de la presunción de cumplimiento del Derecho UE por parte de todos los Estados miembros, con objeto de paliar la falta de armonización legislativa que existía en aquel momento. Sin embargo, varias novedades han sido incorporadas respecto del principio de confianza mutua en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia; y esto, a su vez, ha afectado a la forma de articulación de las distintas vertientes del factor identitario –individual, sincrética y reactiva– que coexisten en el seno del proceso de integración europea.

Para llevar a cabo nuestro análisis utilizaremos una aproximación iuscomparatista al Derecho europeo y particularmente de la Unión Europea, como vía para alcanzar un modelo de adaptación de las diferencias, esto es, para poder aunar en la unidad europea la diversidad de los Estados miembros que la componen³. Asimismo, tendremos en cuenta en todo momento las posibles externalidades, tanto negativas como positivas, que pueden derivarse de la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en especial, de las sentencias dictadas a raíz del nuevo Reglamento de condicionamiento de fondos al cumplimiento del

3 Esta perspectiva fue desarrollada con mayor amplitud en S. RAGONE, “EUROPEAN COMPARATIVE LAW: Reasons for ‘Enhanced Comparison’ and Role of the CJEU”, *Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021, pp. 297-235.

Estado de Derecho, como instrumento de protección de la buena gestión financiera.

En definitiva, el objetivo principal que persigue este artículo es analizar cómo se ha desarrollado la crisis identitaria en el seno de la Unión y, como resultado, las posibles consecuencias que la respuesta de las instituciones europeas ante este momento de tensión pueden producir en la arquitectura constitucional del proceso de integración, así como los efectos que de ella se han derivado respecto del principio de confianza mutua, todo ello en el marco de las sentencias dictadas por el TJUE en los asuntos C-156/21 y C-157/21, ambas de 16 de febrero de 2022, donde el Tribunal ha resuelto los recursos de anulación interpuestos por Hungría y Polonia, respectivamente, para solicitar la anulación del nuevo mecanismo de condicionamiento de fondos al que nos acabamos de referir.

II. EL FACTOR IDENTITARIO “SINCRÉTICO”: DE IDENTIDAD NACIONAL A TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES

El nacimiento del proceso de integración europea utilizando el ámbito económico como elemento aglutinador provocó que en un principio las sensibilidades derivadas del posible cuestionamiento de la soberanía nacional de los Estados miembros quedaran al margen del debate doctrinal e institucional. Sin embargo, con el paso del tiempo se ha producido una evolución a nivel institucional –paso de las Comunidades Europeas a la Unión Europea– y una expansión del número de materias en las que la Unión Europea tiene competencia, algunas de ellas susceptibles de provocar conflictos con determinados ordenamientos jurídicos nacionales.

La reforma que llevó a cabo el Tratado de Lisboa –y que recogía, soterradamente, algunas de las propuestas de la nonata constitución europea– incorporó este giro material que apuntábamos en el párrafo anterior. La Unión Europea abandonó entonces el mercado como eje único y exclusivo y adoptó elementos de tipo sustantivo –y, al mismo tiempo, de gran sensibilidad– como fundamentos de la integración europea, como puede verse, por ejemplo, con la incorporación –aunque limitada en su ámbito de aplicación– de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Derecho de los Tratados.

El desarrollo material de la Unión Europea desencadenó también la necesidad de introducir una salvaguardia respecto de los intereses de los Estados miembros para evitar una posible injerencia por parte de las instituciones europeas en el ámbito de las materias sensibles sobre las que recién habían adquirido competencia. Esto

provocó también un cambio en la retórica europea y, como resultado, el concepto de identidad nacional fue incluido con la reforma de Lisboa de manera expresa por primera vez en los Tratados⁴. El artículo 4.2 TUE determina que la Unión respetará la “identidad nacional” de los Estados miembros “inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos”, y señala respecto de determinadas materias –garantía de la integridad territorial, mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad nacional– que su responsabilidad aún le corresponde en exclusiva a cada Estado miembro.

En un principio no resultaba habitual encontrar menciones a la identidad nacional en las normas constitucionales de los Estados miembros, sino que pertenecía con carácter exclusivo al debate judicial y doctrinal de algunos de ellos, como ocurría con la “*identité constitutionnelle*” en Francia, la “*Verfassungsidentität*” en Alemania o la “*tożsamość konstytucyjna*” en Polonia, respectivamente empleadas por sus Tribunales en 2006, 2009 y 2010. Sin embargo, cada vez son más los tribunales constitucionales que han utilizado en sus sentencias el concepto de identidad constitucional, como ha ocurrido en la República Checa (2012), Lituania (2012 y 2014), Hungría (2016) o Italia (2017).

Las sentencias nos muestran que la mayoría de los tribunales constitucionales suelen diferenciar –aunque solo parcialmente– la identidad nacional recogida en el art. 4.2 TUE de aquella que se deriva de sus propias normas constitucionales⁵. Interpretan a través de su autoridad la identidad nacional “endógena” como un concepto nacional autónomo que goza de fuerza vinculante⁶ y lo utilizan como estándar para analizar su conformidad con los elementos que conforman el ordenamiento jurídico europeo. Resulta significativa a este respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, principalmente en la sentencia “Lisboa”, donde señaló que la identidad nacional de Alemania se caracterizaba por aquellas limitaciones que

4 Aunque el concepto de identidad nacional había estado presente desde los orígenes del proceso de integración europea, su primera *codificación* tuvo lugar gracias al Tratado de Lisboa. P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, “Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE”, *Revista de Derecho Político*, núm. 114, 2022, p. 250.

5 En este sentido, consultar A. SÁIZ ARNAIZ y C. ALCOBERRO LLIVINA (eds.), *National constitutional identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

6 Con firmeza, BVerfGE 142, 123 – *OMT Decision* (2016), para. 29; y, previamente, con un carácter más conciliador, BVerfGE 123, 267 – *Lisbon* (2009), para. 216 ss., 240. En este sentido se ha pronunciado también M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 431.

sometían al poder de reforma constitucional en el seno de la “cláusula de eternidad” contenida en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn⁷.

También son importantes las manifestaciones del Tribunal Constitucional polaco, cuando señaló que “la garantía de preservación de la identidad nacional de la República [de Polonia] está en el artículo 90 de la Constitución [sobre la ratificación de tratados internacionales y, sobre esta base, la posibilidad de ceder competencias a instituciones internacionales] y las limitaciones de atribución de competencias que se derivan de ella”⁸. Pero el mayor intento de interpretación autoritativa del factor identitario individual como límite para la integración europea vino de la mano de las dos sentencias dictadas en 2021 por su Tribunal Constitucional, donde “atacó” frontalmente el principio de primacía que rige el Derecho de la Unión: en la primera negó la naturaleza vinculante de las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el seno de un procedimiento sobre el poder judicial polaco⁹; mientras que en la segunda declaró la incompatibilidad de los artículos 1, 2, 4 y 19 TUE con la Constitución polaca de 1997¹⁰.

Algo similar ha ocurrido con la Corte Constitucional de Hungría, que ha señalado que el ejercicio de las competencias compartidas con la Unión Europea no debe violar la soberanía de Hungría ni provocar una vulneración de su identidad nacional (para. 54), arrogándose a tal fin la protección de la identidad nacional en el marco de la soberanía, ya que se trata de conceptos tan relacionados –identidad nacional y soberanía– que su control debe realizarse de manera coherente (para. 67)¹¹.

Sin embargo, la introducción del concepto de identidad nacional como límite para la actuación de la Unión Europea no puede ser concebida con el carácter absoluto que le han pretendido asignar los órganos de revisión de la constitucionalidad de determinados Estados miembros, ya que algunos incluso han negado, sobre la base de una supuesta vulneración de la identidad nacional, la efectividad del principio de primacía; sino que, por el contrario, la interpretación de este concepto le

7 BVerfGE 123, 267 – *Lisbon* (2009), para. 216 ss., 239 ss.

8 Sentencia de 26 de junio de 2013, Ref. 33/12 [Procedimiento de Ratificación de la Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del TFUE en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro].

9 Sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 14 de julio de 2021, Ref. P 7/20.

10 Sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 7 de octubre de 2021, Ref. K 3/21.

11 G. HALMAI, “Abuse of Constitutional Identity: The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law”, *Review of Central and East European Law*, núm. 43(1), 2018, pp. 23-42. Recoge el contenido de la Sentencia 22/2016 (XII 5) de la Corte Constitucional de Hungría, de 30 de noviembre de 2016.

corresponde en exclusiva al TJUE, como bien ha confirmado este último al no avalar aquellas interpretaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales que tratan de imponer su concepción de la identidad nacional como límite al Derecho de la Unión Europea¹². El Abogado General Poiares Maduro ha señalado que, aunque “el respeto de la identidad constitucional de los Estados miembros constituye un deber para la Unión Europea”, esta “no puede entenderse como una deferencia absoluta respecto a todas las normas constitucionales nacionales”, pues de lo contrario los “Estados miembros podrían escudarse en las constituciones nacionales para eludir el Derecho comunitario en ámbitos determinados”¹³.

El factor identitario que acabamos de desarrollar en su vertiente individual también ha sido considerado de forma colectiva, en el seno de la Unión Europea. Este concepto, que ha resultado de la combinación de las distintas identidades nacionales, puede ser identificado con la vertiente “sincrética” del factor identitario, que ha sido concretada a través de las tradiciones constitucionales comunes y sirve como elemento interpretativo para el TJUE, así como propicia el proceso de armonización, principalmente respecto de los valores comunes, la cultura común e incluso una identidad constitucional común¹⁴. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha utilizado una metodología empírica/estadística para sincretizar las distintas identidades nacionales; sino que para llevar a cabo este proceso –que tiene como resultado la creación de las tradiciones constitucionales comunes– realiza un juicio evaluativo o comparación crítica (“wertende Rechtsvergleichung”). En consecuencia, no será necesario que un principio esté presente en todos y cada uno de los Estados miembros –ni siquiera en la mayoría– para que sea considerado parte de las tradiciones constitucionales comunes¹⁵.

Para entender analíticamente las tradiciones constitucionales comunes existen dos posibles aproximaciones: sincrónica, cuando se tiene en cuenta la configuración de la jurisprudencia del TJUE en un momento determinado; y diacrónica, cuando se toman en consideración las dinámicas que ha seguido la evolución de dicha juris-

12 P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, *op. cit.*, pp. 255 y 258.

13 Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, presentadas el 8 de octubre de 2008 en el asunto *Michaniki* (C-213/07), pp. 31 y 33.

14 S. RAGONE, *op. cit.*, pp. 312-313. Hacíamos referencia a las Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto C-62/16 (*Gauweiler y otros v. Deutscher Bundestag*, p. 61), donde señalaba que el TJUE lleva desde tiempo trabajado con la categoría de tradiciones constitucionales comunes para construir el sistema de valores en que se fundamenta la Unión, de modo que no solo rige la Unión Europea el Estado de Derecho, sino que está imbuida de una suerte de cultura constitucional.

15 S. RAGONE, *op. cit.*, p. 321.

prudencia, teniendo en cuenta tanto sus avances como sus regresiones¹⁶. Debido a que esta última es capaz de hallar líneas de continuidad entre las distintas etapas de la integración europea¹⁷, así como porque resulta más apropiada para entender cómo se ha desarrollado el papel de los tribunales constitucionales nacionales al respecto, utilizaremos el prisma diacrónico.

Las tradiciones constitucionales comunes han sido incluidas de forma expresa en los Tratados en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 6.3 TUE establece que –además de los que se derivan del CEDH– aquellos derechos fundamentales “que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. El artículo 52.4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala, respecto de la interpretación de dicha norma, que “en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”. Como resultado, no solo surge la obligación de que las tradiciones constitucionales comunes sean respetadas, sino que, además, estas han sido convertidas en una verdadera fuente del Derecho de la Unión Europea mediante su incorporación a los principios generales del derecho y, por tanto, se han convertido en una verdadera vía para la ampliación del ámbito de aplicación de la CDFUE.

Hasta hace poco, las menciones a las tradiciones constitucionales comunes en la jurisprudencia del TJUE no eran frecuentes, y su papel no ha variado excesivamente como un instrumento para alcanzar la armonización de las distintas interpretaciones nacionales de los derechos recogidos en la CDFUE¹⁸. Tras la reforma de Lisboa hay todavía referencias jurisprudenciales a las tradiciones constitucionales comunes¹⁹,

16 A. PIZZORUSSO, “Common constitutional traditions as Constitutional Law of Europe?”, *Sant’Anna Legal Studies – STALS*, Research Paper núm. 1, 2008.

17 O. POLLICINO, “‘Transfiguration’ and Actual Relevance of the Common Constitutional Traditions: Past, Present and Future”, *Global Jurist*, núm. 18 (1), 2017, p. 1.

18 La aproximación del TJUE en este sentido ha sido definida por DAVIES como un “error de cálculo estratégico”, debido a que el Tribunal de Justicia ha demostrado la desconexión existente entre sus objetivos y la correspondiente percepción de los Estados respecto de su actuación. B. DAVIES, “*Internationale Handelsgesellschaft* and the miscalculation at the inception of the CJEU’s human rights jurisprudence”, en B. DAVIES y F. NICOLA (eds.), *EU Stories, Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, CUP, Cambridge, 2017, p. 155.

19 Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2010 (*Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión*, C-550/07 P); o las Conclusiones de la Abogada General Julia-

que han sido completadas por las aportaciones doctrinales que se han realizado a raíz de los momentos de crisis a los que ha tenido que hacer frente el proceso de integración²⁰. En definitiva, las tradiciones constitucionales comunes han desempeñado un papel relevante en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales, que era inexistente en los albores de una integración meramente económica.

Falta por determinar qué valor tiene el calificativo “comunes” cuando nos referimos a las “tradiciones constitucionales”. Desde un principio el Tribunal de Justicia afirmó, como podemos observar en el asunto “*Omega*”²¹, que “no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido”. Más adelante, las Conclusiones presentadas por la Abogada General Juliane Kokott el 29 de abril de 2010 confirmaron la ausencia de una metodología empírica/estadística, cuando determinó que

“recurrir a las tradiciones constitucionales o a los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros no presupone forzosamente que se trate de una tendencia uniforme o claramente mayoritaria en los ordenamientos de los Estados miembros. De lo que se trata, más bien, es de llevar a cabo una *comparación crítica* de los ordenamientos jurídicos, en la que también se tengan debidamente en cuenta los objetivos y tareas de la Unión Europea y el carácter especial de la integración europea y del Derecho de la Unión” (para. 94).

Seguidamente, señaló que

“no cabe excluir que los tribunales de la Unión identifiquen como parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión un principio general del Derecho conocido o anclado únicamente en una minoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. Así

ne Kokott, presentadas el 29 de abril de 2010 en el seno del mismo asunto, cuando en el apartado 93 señala que “Cuando el Tribunal de Justicia responde a la cuestión de la existencia o inexistencia de un principio general del Derecho recurriendo a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, lo hace, por lo general, basándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros o a los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros”.

20 En este sentido se pronuncia S. MANGIAMELI, “The Constitutional Traditions Common to the Member States in European Law, as a Tool for Comparison among MS Legal Orders in the Construction of European Fundamental Rights”, *Caderno de Relações Internacionais*, vol. 7, núm. 13, 2016, pp. 13- 44.

21 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de octubre de 2004 (*Omega*, C-36/02), para. 37.

cabe afirmarlo en especial cuando dicho principio general del Derecho tenga especial relevancia desde el punto de vista de las peculiaridades del Derecho de la Unión, de los objetivos y tareas de la Unión y de la actividad de sus instituciones o cuando responda a una tendencia que va consolidándose” (para. 95).

Por último, debemos referirnos a la conveniencia de que la aproximación utilizada por el Tribunal de Justicia al incorporar las tradiciones constitucionales comunes en sus sentencias sea de carácter dialógico²², tomando en consideración el papel que juegan los tribunales constitucionales nacionales; y no de carácter impositivo o coercitivo, ya que es recomendable que el TJUE sea percibido (y actúe) lo menos posible como un sujeto de injerencia que impone la supuesta identidad común a los Estados miembros que la componen sobre la identidad nacional que es defendida de manera individual por cada uno de ellos.

Entendemos que la identidad nacional no puede ser concebida como un contrapeso para las tradiciones constitucionales comunes, sino como su potencial componente²³; y, por este motivo, las tendencias iliberales que han surgido recientemente en el seno de la Unión Europea, que se caracterizan por abusar de los argumentos basados en la identidad nacional para alcanzar la polarización política y obtener réditos electorales, no cumplen con el principio de cooperación leal que rige el funcionamiento de la Unión²⁴.

III. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA MUTUA EN PERSPECTIVA IDENTITARIA

El nacimiento del principio de confianza mutua se produjo en el ámbito económico para paliar la ausencia del suficiente grado de armonización legislativa y,

22 O. POLLICINO, *op. cit.*, p. 11. En el mismo sentido se pronuncia P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, *op. cit.*, p. 255, cuando señala los beneficios que se derivan de esta interlocución cuando se produce en un escenario de diálogo estable, fluido y leal entre autoridades judiciales. Esto puede ser conectado con la calificación de las tradiciones constitucionales comunes como un concepto “permeable”, que va de lo plural a lo común, realizada por M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 420.

23 De forma similar se pronuncia M. COMBA, “Common Constitutional Traditions and National Identity”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 67, 2017, pp. 973-974. Sobre la función homogeneizante de las tradiciones constitucionales comunes podemos consultar a R. MICCÙ, “Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea”, en V. ATRIPALDI, R. MICCÙ (a cura di), *L’omogeneità costituzionale nell’Unione europea*, CEDAM, Padova, 2003, pp. 122 y ss.

24 G. DI FEDERICO, “Il ruolo dell’art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali”, *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2019, pp. 333-357.

como resultado, acabó convirtiéndose en un elemento imprescindible para alcanzar el mercado interior, como se puede extraer de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en los asuntos “*Cassis de Dijon*”, “*van Wesemael*” y “*Säger*”²⁵. A raíz de esta jurisprudencia determinó que el establecimiento unilateral –por un Estado– de mecanismos adicionales de control respecto del cumplimiento del resto de Estados miembros implicaría una restricción de la libertad de circulación en el ámbito de la Directiva 64/432/CEE, sobre los controles sanitarios en los intercambios intracomunitarios bovinos y porcinos²⁶; y, de esta forma, surgió lo que actualmente se conoce como principio de reconocimiento mutuo.

Con el paso del tiempo los principios de confianza y de reconocimiento mutuos fueron extendidos a otros ámbitos en los que, aunque era evidente la intención de avanzar en la integración, existía al mismo tiempo una carencia de armonización legislativa. Esta dinámica puede ser observada, por ejemplo, en el ámbito de la cooperación en asuntos de justicia e interior, donde no solo no existía la armonización, sino que esta no era posible en el contexto inicial en que se planteó la introducción del principio de confianza mutua, ya que dicha materia se configuraba como uno de los pilares extracomunitarios.

Más allá de las limitaciones competenciales que existían en el momento en que se planteó la extensión del principio de confianza mutua al ámbito de la cooperación judicial, debemos tener en cuenta que –en los debates sobre la forma en que se debía profundizar en la integración de este ámbito– la idea de que los tribunales nacionales tuvieran que reconocer las decisiones adoptadas por sus homólogos de otras nacionalidades resultaba mucho menos intrusiva respecto de la soberanía –o identidad– nacional que la adopción de normas comunes sobre los procedimientos civil y criminal. Como consecuencia, podemos afirmar que la verdadera razón que impulsó la implantación del principio de confianza mutua como uno de los pilares sobre los que se fundamenta la Unión Europea es la resistencia por parte de algunos Estados miembros hacia la posibilidad de alcanzar un mayor grado de integración en determinados ámbitos.

25 Respectivamente, las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979 (*Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, asunto 120/78), de 18 de enero de 1979 (*Ministère public y “Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique” ASBL contra Willy van Wesemael y otros*, asuntos acumulados 110/78 y 111/78) y de 25 de julio de 1991 (*Manfred Säger contra Dennemeyer & Co. Ltd.*, C-76/90).

26 D. GERARD, “Mutual Trust as Constitutionalism?”, en E. BROWER y D. GERARD (eds.). *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law*, EUI Working Papers, p. 71.

En el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) este principio fue tratado por primera vez en el Consejo Europeo de Tampere en 1999, como resultado de una iniciativa británica anterior en el seno del Consejo Europeo de Cardiff en 1988²⁷. Aunque desde un principio se apuntó la necesidad de que la presunción de confianza mutua estuviera acompañada de ciertas medidas que hicieran plausible su existencia, principalmente mediante la introducción de instrumentos que garantizaran cierto grado de uniformidad mínima²⁸, en la práctica su posterior desarrollo ha diferido notablemente. Ni siquiera la reforma que llevó a cabo el Tratado de Lisboa, que eliminó la estructura de pilares y comunitarizó la cooperación en asuntos de justicia e interior, consiguió redirigir este principio hacia una dimensión más razonada y menos automática.

El principio de confianza mutua fue desarrollado por el Tribunal de Justicia en los asuntos “*Brügge*”, “*Rinau*” y “*N.S.*”²⁹. A raíz de estas sentencias este principio fue apuntado como un requisito previo para el adecuado funcionamiento del sistema de reconocimiento mutuo y fue configurado como un verdadero principio constitucional. Sobre la base de esta jurisprudencia, el TJUE determinó que las órdenes de detención europea (ODE), como uno de los instrumentos de cooperación previstos en el ámbito de la justicia penal, únicamente se podían denegar por las razones previstas en la norma que las regulaba³⁰. Esto fue confirmado poco después por el rotundo –y al mismo tiempo controvertido– Dictamen 2/13, donde determinó que el principio de confianza mutua “obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a conside-

27 K. LENAERTS, “The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, núm. 3, 2015, p. 525.

28 T.A. CHRISTOU, “Chapter One: European Union”, en T.A. CHRISTOU (ed.). *European Cross Border Justice: A Case of Study of the EAW*, Gran Bretaña, The AIRE Centre, 2010, p. 13.

29 Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003 (*Hüseyim Gözütok y Klaus Brügge*, C-187/01 y C-385/01), de 11 de julio de 2008 (*Inga Rinau*, C-195/08 PPU) y de 21 de diciembre de 2011 (*N. S. contra Secretary of State for the Home Department y M. E. y otros contra Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-411/10 y C-493/10).

30 A. SÁNCHEZ FRÍAS, “Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 65, 2020, pp. 178-179. La regulación de este instrumento está en la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, que en los artículos 3 y 4 recoge los motivos de denegación *obligatorios* y *facultativos*, respectivamente.

rar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho”³¹.

En este proceso evolutivo nos llama la atención la ausencia de la vulneración –bien con carácter individual, bien con carácter sistémico– de los derechos fundamentales como motivo de denegación de la ejecución de las órdenes de detención europea. Hasta el año 2009 la CDFUE carecía de fuerza jurídica vinculante y, por tanto, resultaba lógica la ausencia de este tipo de excepciones; pero a partir de dicho año, con la atribución de la fuerza jurídica de los Tratados –con las especialidades previstas en la propia CDFUE– sí podríamos analizar el porqué de dicha ausencia. Al respecto, debemos tener en cuenta que la Unión Europea está regida por el principio de atribución de competencias, por lo que deberá evitar cualquier movimiento que implique –aunque sea de manera indirecta– una ampliación indebida de las competencias atribuidas por los Estados miembros; y esto, precisamente, es lo que podría ocurrir si la vulneración individual –respecto de la persona objeto de la ODE– de los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE pudiera servir para paralizar sistema de reconocimiento mutuo.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el riesgo de vulneración sistémica de los derechos fundamentales en un determinado Estado miembro ha sido admitido en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia como una de las razones que pueden justificar la denegación de la ejecución de una orden de detención europea. Son dos los factores que han provocado esta evolución jurisprudencial: las deficiencias en el sistema penitenciario y la irrupción del iliberalismo en el seno de la Unión Europea.

Las deficiencias existentes en el sistema penitenciario de algunos de los Estados miembros hacen surgir el riesgo de que aquellas personas que fueran objeto de una ODE emitida por autoridades judiciales nacionales de dichos Estados fueran enviadas a una de estas prisiones con cuestionables condiciones de detención y, como resultado, sufrieran tratos inhumanos o degradantes. Utilizando estas razones la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este ámbito fue desarrollada por primera vez en las sentencias dictadas en los asuntos “*Jeremy F.*” y “*Aranyosi y Căldăraru*”³².

31 Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 18 de diciembre de 2014, p. 191.

32 Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de mayo de 2013 (*Jeremy F. contra Premier ministre*, C-168/63 PPU); y (Gran Sala) de 5 de abril de 2016 (*Pál Aranyosi y Robert Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU).

En la primera el Tribunal de Justicia determinó que la existencia de una obligación por parte de los Estados miembros a la hora de respetar los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH o en su Derecho nacional, no solo no supone un obstáculo respecto del principio de confianza mutua, sino que, además, “refuerza precisamente el grado de confianza elevado entre los Estados miembros y el principio de reconocimiento mutuo en el que se apoya el mecanismo de la orden de detención europea” (para. 48).

En la segunda, el Tribunal de Justicia creó una suerte de “doble juicio” al que los órganos jurisdiccionales nacionales pudieran acudir cuando tuvieran dudas respecto de la ejecución de una ODE, como consecuencia de la existencia de un riesgo de vulneración sistémica de los derechos fundamentales en el Estado miembro que ha emitido la ODE. Este doble juicio se estructura de la siguiente manera: en la primera fase se valorará el contexto del Estado miembro emisor, para determinar si concurren o no las circunstancias excepcionales a las que se refería el Dictamen 2/13; mientras que en la segunda fase se estudiarán las consecuencias del riesgo de vulneración sistémica en relación con el caso concreto del que está conociendo³³.

Además, la sentencia dictada en el asunto “*Aranyosi*” y “*Căldăraru*” nos recuerda que el considerando 10 de la Decisión Marco 2002/584/JAI establece que el mecanismo de las órdenes de detención europea

“solo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros, de los principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, constatada por el Consejo en aplicación del apartado 1 del artículo 7 de dicho Tratado, y con las consecuencias previstas en el apartado 2 del mismo artículo” (para. 81).

Aunque no puede ser incardinada en el plano de la respuesta del Tribunal de Justicia ante el surgimiento de los regímenes iliberales en la Unión Europea, la sentencia dictada en el asunto “*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*” puede ser con-

33 En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se estableció un doble juicio para la resolución de las dudas acerca de la ejecución de las órdenes de detención europea, pero en este caso se realiza en sentido inverso, esto es, se examina en primer lugar el carácter excepcional de las circunstancias del caso concreto (A. SÁNCHEZ FRÍAS, *op. cit.*, 183) y, una vez se superado este análisis, considera el contexto general del Estado miembro que ha emitido la ODE (S. MORGADES GIL, “El sistema de Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de la pérdida de la confianza mutua”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015, p. 755).

siderada como la fase preparatoria de la posterior evolución jurisprudencial³⁴. En ella no solo desarrolló su argumentación en cuanto a la relación que existe entre la independencia judicial y la tutela judicial efectiva, junto con los efectos que ambas tienen respecto del Estado de Derecho, este último como uno de los valores del artículo 2 TUE; sino que también recordó que la confianza mutua está basada en la premisa de que los Estados miembros están cumpliendo estos valores fundamentales de la Unión Europea³⁵.

Esta nueva línea jurisprudencial fue confirmada más adelante por las sentencias del Tribunal de Justicia que sí pueden ser relacionadas de manera estricta con su respuesta al surgimiento de los regímenes iliberales. Podemos comenzar señalando los avances que fueron incorporados en la sentencia del asunto “*Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*”³⁶, pues aquí determinó que en aquellos supuestos en que el resultado del doble juicio —es decir, tras el análisis del contexto general y de las circunstancias concretas del caso, teniendo en cuenta para la última fase la situación personal, la naturaleza de la infracción imputada y el contexto fáctico que han motivado la orden de detención europea (para. 75)— la autoridad judicial de ejecución deberá solicitar a la autoridad judicial emisora la información complementaria que considere necesaria para evaluar la existencia de tal riesgo (para. 76) y, como consecuencia, únicamente podrá negarse a ejecutar dicha ODE cuando la información comunicada por la autoridad judicial de emisión a raíz de la citada solicitud “no lleve a [...] descartar la existencia de un riesgo real de que pueda violarse, en dicho Estado miembro, el derecho fundamental de la persona de que se trate a un juez independiente y, con ello, el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo” (para. 78).

El siguiente avance jurisprudencial se produjo con el auto de medidas provisionales que ha dictado en el asunto “*Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal*

34 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses contra Tribunal de Contas*, C-64/16).

35 Esta afirmación fue completada posteriormente en el párrafo 42 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019 (*Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18), donde señaló que el carácter voluntario del procedimiento de adhesión a la Unión Europea fortalece la presunción de que los Estados que desean formar parte de este proceso de integración están cumpliendo con los valores que aceptaron respetar en el momento de la adhesión. Para ello, utiliza como fundamento lo dispuesto en el párrafo 63 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 10 de diciembre de 2018 (*Andy Wightman y otros contra Secretary of State for Exiting the European Union*).

36 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de julio de 2018 [*LM, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C-216/18 PPU].

Supremo)³⁷, donde el Tribunal de Justicia desarrolló la relación existente entre independencia judicial –como elemento integrante del Estado de Derecho, utilizando como catalizador la tutela judicial efectiva contenida en el artículo 19.1.II TUE– y principio de confianza mutua. En primer lugar, señaló que en la situación actual la independencia del Tribunal Supremo polaco no puede quedar garantizada y que, como resultado, se “puede poner en peligro la confianza de los Estados miembros y de sus órganos jurisdiccionales en el sistema judicial de la República de Polonia y, por consiguiente, en el respeto por parte de este Estado miembro del estado de Derecho” (para. 73). Tras ello, extendió los peligros de la situación hacia los principios de confianza y de reconocimiento mutuos (para. 74), señalando que, eventualmente, esto podría provocar la negativa del resto de Estados miembros en el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales polacos, “lo cual puede conllevar un perjuicio grave e irreparable en relación con el Derecho de la Unión” (para. 75). Finalmente, afirmó con rotundidad que “el riesgo de pérdida de confianza en el sistema judicial polaco no es ficticio o hipotético, sino muy real” (para. 77), utilizando como fundamento la sentencia dictada en el asunto “*Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*”.

El carácter absoluto del principio de confianza mutua volvió a ser desmentido por el Tribunal de Justicia en el asunto “*Asociația Forumul Judecătorilor din România*”³⁸, donde señaló que la imposición de los Mecanismos de Cooperación y Verificación a Rumanía y Bulgaria suponía tomar en consideración que la adhesión de un nuevo Estado a la Unión Europea no puede implicar automáticamente la presunción de que su ordenamiento jurídico nacional cumple al completo con las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión Europea. Por tanto, hace posible la existencia de controles para “resolver precisamente esas deficiencias y garantizar la capacidad de dicho sistema y de los organismos encargados de la aplicación de la ley para ejecutar y aplicar las medidas adoptadas para contribuir al funcionamiento del mercado interior y del espacio de libertad, seguridad y justicia” (para. 158).

La consideración conjunta de los avances jurisprudenciales que hemos expuesto parece apuntar hacia la paulatina “sustantivación” del constitucionalismo europeo. Siguiendo el mismo estilo neofuncionalista que propugnaba la Declaración

37 Auto del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2018 (*Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18 R).

38 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021 (*Asociația “Forumul Judecătorilor din România” y otros contra Inspekția Judiciară y otros*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C- 355/19 y C-397/19).

Schumann, pero en este caso sobre elementos de tipo material³⁹, los avances de las sentencias del Tribunal de Justicia han ido conformando un régimen cada vez más alejado del objetivo que lo hizo nacer, esto es, independiente del objetivo económico del mercado interior; y está consiguiendo dotar al proceso de integración europeo de una verdadera “identidad” de tipo sustantivo, fundamentada en elementos de tipo material, como pueden ser los valores del artículo 2 TUE. Poco tienen que ver estos valores fundamentales –derechos fundamentales, Estado de Derecho, democracia– con la realización del mercado interior que inicialmente guiaba las dinámicas del proceso de integración europea.

Sin embargo, hasta hace poco la naturaleza jurídica de estos valores no había sido materializada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por tanto, resultaba del todo imposible analizar las consecuencias que pueden derivarse del surgimiento de esta nueva identidad europea.

IV. EL FACTOR IDENTITARIO “REACTIVO”: LA IDENTIDAD EUROPEA EN TIEMPOS DE CRISIS

En el segundo apartado analizamos la vertiente sincrética del factor identitario en el seno de la Unión Europea, concretada en las tradiciones constitucionales comunes, porque estas pueden ser conformadas por el conjunto de identidades nacionales a través de la interpretación crítica que señalábamos. Los Estados miembros son los dueños de los Tratados y, como consecuencia, su identidad –bien individual, bien colectivamente– se configuraba como un límite para los avances de la integración. Sin embargo, a través de la inclusión de elementos de tipo material –principalmente los valores fundamentales recogidos en el artículo 2 TUE– en la arquitectura constitucional de la Unión Europea se ha conseguido dotar al proceso de integración de una entidad propia cada vez mayor, independiente de las identidades nacionales correspondientes a los Estados miembros y de la síntesis de estas últimas a través de las tradiciones constitucionales comunes⁴⁰; teniendo en cuenta que la conformación de esta identidad europea se ha producido como respuesta a las sucesivas crisis que se

39 Seguir confiando en que el relato europeo se construirá por sí solo, como resultado del funcionalismo de tipo económico, resulta un verdadero “error de partida”, como señala A. GARCÍA ORTIZ, “La identidad europea como mecanismo de legitimidad democrática en la construcción de la Unión Europea. Un desafío globalizador”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 37, 2021, p. 161.

40 La naturaleza independiente del Derecho europeo con carácter general es desarrollada por S. RAGONE, *op. cit.*, p. 302.

ha tenido que enfrentar el proceso de integración, por lo que hablaremos del factor identitario “reactivo”.

La identidad propia de la Unión Europea ha sido confirmada por las sentencias que el Pleno del Tribunal de Justicia ha dictado en los asuntos “*Hungría/Parlamento*” y “*Consejo y Polonia/Parlamento y Consejo*”⁴¹. Debemos comenzar señalando que ambas sentencias traen causa de la creación de un nuevo instrumento de Derecho derivado para vincular la recepción de los fondos de la Unión Europea al cumplimiento del Estado de Derecho, materializado en el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión⁴². La condicionalidad financiera ya había sido utilizada por las instituciones europeas para conseguir determinados fines económicos, como ocurrió respecto de los objetivos de déficit tras la crisis económica del año 2008⁴³; pero esta es la primera vez que las propuestas del condicionamiento económico sobre la base de elementos de tipo material o sustantivo⁴⁴ –aunque se realice de forma mediata, por su conexión con la

41 Respectivamente, las Sentencias del Tribunal de Justicia (Pleno), ambas de 16 de febrero de 2022, dictadas en los asuntos *Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (C-156/21) y *República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (C-157/21). Por la alta identidad argumental que existe entre sendas sentencias –surgen como resultado de imputaciones similares frente al mismo instrumento– únicamente haremos referencia al contenido de una de ellas y, por tanto, cualquier referencia a partir de ahora será entendida en relación con la sentencia polaca (C-157/21).

42 Para un análisis más desarrollado de la dinámica legislativa que ha seguido la iniciativa original de la Comisión, consultar J.F. BARROSO MÁRQUEZ, “Nuevas dinámicas en la Unión Europea: propuesta para la creación de fondos condicionados al cumplimiento del Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 28, 2020, pp. 1-29. Para un estudio más detallado del texto definitivo del Reglamento y sus posibles consecuencias, consultar J.F. BARROSO MÁRQUEZ, “Qué hacer cuando el enemigo está en casa: la polarización del discurso político en Hungría y Polonia y el condicionamiento de fondos de la UE al Estado de Derecho”, en M. D’AMICO *et al.*, *Europa, Società Aperta, Vol. I, Problemi attuali e prospettive future* (pp. 193-218), Napoli, Editoriale Scientifica, 2022. Partiendo de la base que el contenido de sendos artículos nos ofrece, en esta sede únicamente recogeremos aquellos aspectos que sean de utilidad para la concepción de esta nueva identidad europea reactiva.

43 G. MORENO GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

44 Para profundizar sobre las propuestas previas, consultar K.L. SCHEPPELE, D.V. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, “EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European

buena gestión financiera del presupuesto de la Unión Europea— se han visto materializadas en un acto de Derecho derivado cuya compatibilidad con los Tratados ya ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Los principales argumentos utilizados por el Tribunal de Justicia para fundamentar la compatibilidad del nuevo instrumento con el ordenamiento jurídico europeo son dos: en primer lugar, debido a que la base jurídica utilizada es el artículo 322.1.a) TFUE, relativo a la buena gestión del presupuesto de la Unión Europea, este mecanismo debe ser considerado como un instrumento de condicionalidad que utiliza las vulneraciones del Estado de Derecho para determinar los riesgos sobre la gestión presupuestaria, pero no como un mecanismo de protección del Estado de Derecho *per se*⁴⁵; y, en segundo lugar, permite la creación de nuevos instrumentos de Derecho derivado que pretendan proteger los valores contenidos en el artículo 2 TUE, siempre que “se distingan tanto por sus fines como por su objeto del procedimiento del artículo 7 TUE” (para. 207)⁴⁶.

A continuación, debemos hacer hincapié en un hecho de gran relevancia, ya que las sentencias del Tribunal de Justicia sobre el mecanismo de condicionamiento de fondos al cumplimiento —mediato, pues sirve como nexo de unión con la buena gestión financiera— del Estado de Derecho se refieren por primera vez a la existencia de la “propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común”; y no solo

Union”, *Yearbook of European Law*, núm. 39, 2020, pp. 109 y ss. Asimismo, la necesidad de implementar el condicionamiento de fondos ya había sido apuntado por el Parlamento Europeo como consecuencia de la crisis de los refugiados en Hungría, como señala G. HALMAL, “The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality”, *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 181.

45 En este sentido se pronuncian los párrafos 128 y 129 de la sentencia polaca. Esto es reflejado también en el párrafo 127, donde afirma que las “medidas deben levantarse cuando el impacto sobre la ejecución presupuestaria cese, aunque persista la violación constatada de los principios del Estado de Derecho”. Esta última afirmación ha sido calificada como una retórica “cínica” por M. FISICARO, “Protection of the Rule of Law and ‘Competence Creep’ via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation: ECJ Judgments of 16 February 2022, Cases C-156/21, Hungary v Parliament and Council and C-157/21, Poland v Parliament and Council”, *European Constitutional Law Review*, 2022, p. 12.

46 Fundamenta esta afirmación en la interpretación analógica de los argumentos recogidos en la sentencia de 7 de febrero de 1979, Francia/Comisión, 15/76 y 16/76, para. 26; en el auto de 11 de julio de 1996, An Taise y WWF UK/Comisión, C-325/94 R, para. 25; y en la sentencia de 11 de enero de 2001, Grecia/Comisión, C-247/98, para. 13. Este párrafo ha puesto fin a una larga discusión doctrinal acerca de la consideración —o no— del artículo 7 TUE como *lex specialis* respecto de la protección de los valores fundamentales de la Unión Europea recogidos en el artículo 2 TUE.

eso, sino que, asimismo, determina que “la Unión debe estar en condiciones de defenderlos dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados” (para. 145). Por tanto, parece que el Tribunal de Justicia no solo ha elaborado un concepto “reactivo” de la identidad europea, sino que también le ha asignado una naturaleza “combativa” o de “autodefensa”.

Esta referencia a la identidad europea es recuperada más adelante, añadiendo que los valores que la conforman “se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros” (para. 264). Asimismo, determina que del debido respeto a la identidad de los Estados miembros –traducido en la existencia de cierto margen de apreciación respecto de la garantía de estos últimos de los principios del Estado de Derecho– “no se deriva en modo alguno que la referida obligación de resultado pueda variar de un Estado miembro a otro” (para. 265)⁴⁷.

La construcción de la reforzada vertiente “reactiva” del factor identitario a través de la nueva identidad europea es completada cuando el Tribunal de Justicia determina que el debido respeto a las diferentes identidades nacionales que existen ha de ser puesto en relación con su adhesión a un concepto compartido de Estado de Derecho, surgido como “valor común a sus propias tradiciones constitucionales” que dichos Estados miembros “se han comprometido a respetar de forma continuada” (para. 266). La precisión que el Tribunal de Justicia realiza sobre la naturaleza “continuada” de la obligación impuesta por los valores del artículo 2 TUE tras la adhesión –y a través del artículo 49 TUE– parece zanjar la famosa paradoja de Copenhague, esto es, la inexistencia de mecanismos funcionales de control post-adhesión de los requisitos exigidos pre-adhesión; pero debemos considerar al respecto que esta afirmación carecerá de vinculabilidad si no es acompañada por instrumentos de control efectivos.

También hemos de tener en cuenta que la creación jurisprudencial de este nuevo concepto de identidad europea no solo tiene valor simbólico, sino que debe considerarse de forma conjunta con la afirmación categórica y de gran calado recogida en la sentencia dictada en el asunto “*Repubblika*”⁴⁸, donde el Tribunal de Justicia ha determinado que “el respeto por un Estado miembro de los valores consagrados en el artículo 2 TUE constituye un requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a dicho Estado miembro”.

47 El respeto de los valores ya había sido configurado como una “obligación de resultado” en el para. 263 de la misma sentencia.

48 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de abril de 2021 (*Repubblika contra Il-Prim Ministru*, C-896/19), para. 63.

En el momento en que fue realizada, esta última afirmación parecía ser inocua porque la única vía para determinar la vulneración de los valores del artículo 2 TUE por parte de uno de los Estados miembros era el procedimiento recogido en el artículo 7 TUE, manifiestamente inoperante ante la exigencia de unanimidad en su apartado segundo; pero esta situación ha cambiado a raíz de la creación del mecanismo de condicionamiento –mediato– de fondos al Estado de Derecho. Este instrumento recoge la posibilidad de que el Consejo determine por mayoría cualificada –y, por tanto, alcanzable, a diferencia de lo que ocurría con la unanimidad exigida por el artículo 7.2 TUE– que la vulneración del Estado de Derecho por un Estado miembro pueda ser castigada con la retención de los fondos de la Unión Europea en principio le corresponderían a este, en la medida en que dicha vulneración del Estado de Derecho “afecta o amenaza con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo”⁴⁹.

Este segundo factor hace posible –*de facto*, pues *de iure* ya lo era– que se declare el incumplimiento por parte de los Estados miembros de uno de los valores en que se fundamenta la Unión Europea. Si analizamos el párrafo 63 de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto “*Repubblika*” –respeto de los valores del artículo 2 TUE como “requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados”– a la luz de la posibilidad introducida por este nuevo instrumento legal, podemos observar cómo esta afirmación, que en principio resultaba totalmente inocua, acaba convirtiéndose en un verdadero instrumento en manos de las instituciones europeas para sortear los obstáculos que presenta el artículo 7 TUE y hacer posible la suspensión de los derechos que se derivan de la aplicación de los Tratados a los Estados miembros que vulneren el Estado de Derecho.

Sin embargo, hemos de tener presentes dos tipos de límites a esta interpretación: debería sortear el principio de atribución de competencias que rige el funcionamiento de la Unión Europea, ya que la estrategia que acabamos de señalar podría ser percibida como una ampliación competencial indebida; y tendría que superar el juicio que ha incorporado el propio Tribunal de Justicia en las sentencias sobre el Reglamento de condicionamiento, respecto de la posibilidad de que se creen nuevos instrumentos de Derecho derivado para proteger los valores del artículo 2 TUE, siempre que estos no coincidan en cuanto a sus fines y su objeto con el procedimiento contenido en el artículo 7 TUE.

49 Artículo 4.1 del Reglamento 2020/2092, sobre las condiciones para la adopción de las medidas.

Por último, debemos hacer hincapié en el papel que el principio de confianza mutua juega en esta construcción jurisprudencial. El propio Tribunal de Justicia ha desarrollado en el párrafo 143 de la sentencia polaca la relación que existe entre los elementos que hemos estudiado en este artículo: la voluntariedad que caracteriza el proceso de adhesión de nuevos Estados a la Unión Europea nos sirve para presumir que supone la aceptación de los valores en que esta se fundamenta (artículo 2 TUE), sobre la premisa de que estos últimos son comunes a todos los Estados miembros; y, a su vez, esta premisa “justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica”.

Por tanto, existe una evidente relación de causa-efecto entre el surgimiento de la dimensión “reactiva” del factor identitario y la correspondiente justificación del principio de confianza mutua. En la medida en que podamos presumir que los valores comunes recogidos en el artículo 2 TUE están siendo respetados por todos los Estados miembros, tiene sentido confiar en que todos ellos están cumpliendo con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Sin embargo, en el contexto actual algunos Estados miembros están desafiando abiertamente los fundamentos en que se basa el Derecho de la Unión Europea, por lo que no tendría sentido continuar con la presunción de que dichos Estados cumplen con las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico europeo; y, como consecuencia, quedaría desvirtuado el principio de confianza mutua. Resumiendo, para que exista el principio de confianza mutua es necesario que la identidad europea sea respetada por los Estados miembros.

El cambio jurisprudencial que hemos expuesto en el apartado tercero del artículo, por tanto, no puede ser concebido únicamente como la evolución de las órdenes de detención europea, como instrumento de cooperación judicial; sino que, por el contrario, debe ser considerado como una de las consecuencias directas del asalto de los regímenes iliberales a los valores europeos y, por ende, a la nueva identidad europea conceptualizada por el Tribunal de Justicia.

En un principio la consideración conjunta de las identidades nacionales adquiriría la forma de tradiciones constitucionales comunes, con una naturaleza dialógica y, por tanto, podíamos hablar de un factor identitario “sincrético”. Sin embargo, el surgimiento de la nueva identidad europea tiene una naturaleza diametralmente opuesta: en esta ocasión la identidad europea no es conceptualizada a través de la síntesis de las identidades nacionales, sino que el Tribunal de Justicia utiliza como fundamento –de manera independiente, prescindiendo de la naturaleza “sincrética” de las tradiciones constitucionales comunes– los valores de la Unión Europea recogidos en

el artículo 2 TUE. La identidad europea nace del propio proceso de integración⁵⁰; y lo hace como respuesta o reacción a la crisis que los valores en los que hunde sus raíces el proceso de integración europea –y, especialmente, el Estado de Derecho– actualmente experimentan como consecuencia de los regímenes iliberales que han surgido en su seno. Por este motivo, debemos resaltar la naturaleza eminentemente “reactiva” que ha caracterizado la creación jurisprudencial de la identidad europea y, por tanto, afirmamos que el factor identitario en la Unión Europea ha experimentado un “giro reactivo”⁵¹.

Este nuevo avance en la integración europea sigue la dinámica de la evolución del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en momentos de crisis que señalábamos desde el comienzo de este artículo, pero no debemos perder de vista que esta respuesta debe estar orientada hacia una profundización en relación con el constitucionalismo europeo, como la única vía a través de la cual el proceso de integración europea puede adquirir legitimidad suficiente como para hacer frente a los nuevos desafíos políticos⁵².

Finalmente, podemos apuntar que en el ámbito estatal la conveniencia de sustituir el principio de proporcionalidad por el principio de identidad en momentos de crisis ha sido desarrollada por Cruz Villalón, utilizando como fundamento la necesidad de que en estos momentos exista un núcleo –identitario– estable y firme, capaz de resistir a las circunstancias excepcionales⁵³. Podemos reforzar esta afirma-

50 Por tanto, se confirma el rol imprescindible del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como impulsor de las dinámicas de constitucionalización “top-down”. S. RAGONE, *op. cit.*, p. 318.

51 La naturaleza reactiva del factor identitario europeo podía ser ya apuntada a raíz de la transformación sufrida por el concepto de identidad nacional del artículo 4.2 TUE como consecuencia de la confrontación con la identidad constitucional por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán. En este sentido se pronuncia M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 417-418, cuando señala que la cláusula de identidad nacional “era una categoría llamada a cumplir una función más bien simbólica o político-constitucional, pero de escaso peso como regla capaz de solventar controversias concretas, si no fuera porque el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana quiere hacer de otra similar, la identidad constitucional, una barrera absoluta frente al Derecho de la Unión”.

52 F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 30, 2018, p. 11. Respecto de los efectos que las crisis han tenido sobre el devenir de la integración europea se ha pronunciado también, en relación con la transformación del contexto de actuación del TJUE como resultado de la crisis económica, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 416.

53 P. CRUZ VILLALÓN, “Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2017, pp. 4, 10 y 12.

ción con una de las conclusiones alcanzadas por Azpitarte Sánchez, que apunta la incompatibilidad del principio de proporcionalidad con la identidad, utilizando como argumento que esta última no puede ser modulada, como se desprende de la tesis del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la creación de un concepto absoluto de identidad constitucional⁵⁴.

V. REFLEXIONES CRÍTICAS

La distinción terminológica que hemos adoptado en este artículo respecto de las distintas vertientes del factor identitario nos sirve, volviendo a la aproximación diacrónica, para hallar las líneas de continuidad en su evolución; y esto no solo resulta útil para comprender de dónde vienen la identidad y la confianza mutua, sino también para entender hacia dónde van. Aunque la naturaleza de la nueva vertiente reactiva del factor identitario en la Unión Europea ha sido materializada en las sentencias que ha dictado el Tribunal de Justicia en los asuntos sobre el condicionamiento de fondos; como hemos señalado, la dinámica ya podía ser intuida a partir del contenido de las sentencias anteriores, ya que estas han ido reforzando paulatinamente la importancia que los valores europeos del artículo 2 TUE en el seno del ordenamiento jurídico europeo. Por tanto, queda asimismo confirmada la utilidad de la aproximación iuscomparatista al Derecho europeo para de comprender –e incluso vaticinar– el devenir de la Unión.

Este cambio no solo ha afectado al plano más general, compuesto por los valores, sino que se ha visto traducido en una desvirtuación del principio de confianza mutua. Presumir el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de los Estados miembros tiene sentido cuando estos últimos respetan la identidad europea; pero cada una de las ampliaciones que ha experimentado el proceso de integración ha provocado que resulte cada vez más difícil concebirlo como un “club de iguales”, de modo que este se ha visto transformado en una estructura que trata de compatibilizar unidad y diversidad. Aun así, la diversidad de identidades nacionales no supone un obstáculo cuando resulta evidente la voluntad de los Estados miembros de cumplir con los valores fundamentales, sincretizados en las tradiciones constitucionales comunes; pero, en el contexto actual, donde determinados Estados miembros han manifestado abiertamente sus intenciones de contrariar los principios y los valores más básicos del ordenamiento jurídico europeo, resulta absolutamente incoherente –e incluso descabellado– mantener los cimientos del proceso de integración sobre

54 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 447.

la presunción de que los Estados miembros cumplen con el Derecho de la Unión Europea.

Sin embargo, aunque nos parezca del todo razonable el fin, en este caso la reforma del factor identitario en clave reactiva y la correspondiente transformación del principio de confianza mutua; esto no supone que pueda utilizarse cualquier medio para alcanzarlo. El riesgo más apuntado por la doctrina en relación con la estrategia que han seguido las instituciones de la Unión Europea para lograr este objetivo se concentra en la divergencia que ha caracterizado su actuación: mientras que las instituciones políticas han adoptado una actitud que ha sido calificada como “pasiva”⁵⁵ o “contemplativa”⁵⁶; a raíz de las últimas sentencias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece haber adquirido conciencia del verdadero peligro que supone el iliberalismo y, por este motivo, la institución judicial se ha erigido como la verdadera defensora de los valores del artículo 2 TUE.

Este apunte sobre el papel predominante del TJUE en la defensa de los valores de la Unión Europea debe ser acompañado de tres advertencias. La primera tiene que ver con los riesgos derivados de un excesivo activismo judicial, ya que la transformación de la integración europea por parte de una de las instituciones de la Unión que carecen de legitimidad democrática puede llegar a poner en entredicho la legitimidad de la Unión. En este sentido afirma acertadamente De Gregorio Merino que “no se puede cargar todo el peso de una crisis, la del Estado de Derecho, que no es solo jurídica o institucional sino eminentemente política, en una institución judicial”⁵⁷.

55 J. M. CORTÉS MARTÍN, “Sorteando los inconvenientes del artículo 7 TUE: el advenimiento del control jurisdiccional del Estado de derecho”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, 2020, pp. 499-500.

56 A. DE GREGORIO MERINO, “El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 71, 2022, pp. 24-25.

57 A. DE GREGORIO MERINO, *op. cit.*, p. 25. Como consecuencia, cuando algunos autores señalan la posibilidad de que el condicionamiento de fondos de la Unión Europea al Estado de Derecho se produzca a través de una retención de los pagos que le corresponderían a dicho Estado miembro por la vía del artículo 260 TFUE (K.L. SCHEPPELE, D.V. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *op. cit.*, pp. 113 y ss.), entendemos que esta propuesta, en la medida en que no introduce la conexión con la adecuada gestión financiera introducida en el Reglamento 2020/2092 por las apreciaciones del Servicio Jurídico del Consejo, no superaría el juicio –de fines y objeto que no se solapen con los del artículo 7 TUE– elaborado por el Tribunal de Justicia en los asuntos C-156/21 y C-157/21.

La segunda exhortación se deriva de los posibles resultados de la estrategia seguida por el Tribunal de Justicia en defensa de los valores del artículo 2 TUE. Como ha señalado von Bogdandy, tanto el fracaso como la victoria de la Unión Europea conllevan riesgos que resultan igualmente perniciosos para el proceso de integración: si fracasa, esto puede ser interpretado como una quiebra absoluta de su autoridad; pero, si triunfa, supondría una inmensa demostración de poder que redirigiría el *telos* de la Unión Europea hacia la senda del federalismo⁵⁸. Estos riesgos fueron apuntados tiempo atrás por Krygier, cuando afirmaba que en su relación con la sociedad civil los gobiernos se configuran potencialmente y de forma simultánea como garantía y como amenaza; y, por este motivo, “donde los gobiernos son demasiado débiles, sufriremos a manos de los demás, mientras que donde son demasiado fuertes, sufriremos en sus propias manos”⁵⁹.

La tercera advertencia surge como una derivación de las debilidades inherentes al sistema judicial de la Unión Europea, ya que este hace depender su eficacia en gran parte de la buena voluntad de los Estados miembros al respetar y ejecutar sus sentencias; y, como consecuencia, las posibilidades de éxito judicial se ven exponencialmente limitadas cuando la vulneración del ordenamiento jurídico europeo se produce como resultado de la voluntad expresa de los Estados miembros. Las deficiencias en la ejecución de las sentencias del TJUE ha sido solucionada parcialmente con la reciente innovación que ha llevado a cabo en materia de medidas cautelares: por un lado, ha admitido la posibilidad de adoptar estas medidas en procesos relacionados con los valores del artículo 2 TUE⁶⁰; y, por otro, ha impuesto multas coercitivas de gran entidad ante el riesgo de vulneración de estos valores, así como ha confirmado que las cantidades a las que asciendan dichas multas podrán ser detraídas de los fondos que el presupuesto de la Unión Europea prevé para dicho Estado miembro⁶¹.

58 A. VON BOGDANDY, “Principles and challenges of a European doctrine of systemic deficiencies”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 14, 2019, p. 7.

59 M. KRYGIER, “The Rule of Law: An Abuser’s Guide”, en A. SAJÓ (ed.), *Abuse. The Dark Side of Fundamental Rights*, Eleven International Publishing Co., Utrecht, 2006, p. 20.

60 De forma análoga a lo sucedido en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también admitió esta posibilidad mediante una interpretación extensiva de sus normas de regulación. M. DÍAZ CREGO, “¿Tomando la justicia cautelar en serio?: Las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p. 435.

61 Esta afirmación debe ser extraída de la consideración conjunta de los autos del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2017 [*Comisión/Polonia (Bosque de Białowieża)*, C-441/17 R]; y de 17 de diciembre de 2018 [*Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18

Al mismo tiempo, la consideración del sistema de remisión prejudicial contenido en el artículo 267 TFUE como “piedra angular” del sistema judicial europeo convierte a los jueces nacionales en verdaderos jueces europeos; y, por tanto, agudiza las dificultades en su juicio⁶² ante el posible conflicto entre la Unión Europea y el Estado miembro al que pertenece, poniendo en peligro su debida independencia.

Para concluir nuestra exposición sobre los riesgos de la actividad jurisprudencial en el ámbito de la protección de los valores del artículo 2 TUE, debemos referirnos a una posibilidad futura. El TJUE ha confirmado la compatibilidad del Reglamento 2020/2092 con los Tratados, pero los actos que sean adoptados sobre la base de este instrumento de Derecho derivado por el Consejo y la Comisión Europea podrían contrariar los criterios expuestos en su jurisprudencia –por ejemplo, mediante el condicionamiento de fondos por vulneraciones del Estado de Derecho que no estén lo suficientemente conectadas con la gestión financiera de la Unión– y, por tanto, podría ser cuestionada su validez ante el Tribunal de Justicia⁶³.

El 5 de abril de 2022 la Presidenta de la Comisión (Ursula von der Leyen) anunció la activación del instrumento de condicionalidad contenido en el Reglamento 2020/2092 respecto de Hungría⁶⁴. Como consecuencia de los distintos plazos que están previstos por el procedimiento contenido en este instrumento⁶⁵, aún

R]; así como de la decisión de la Comisión Europea de retener de los fondos de la Unión Europea la multa impuesta en el auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2021 [*República Checa/Polonia (Mine de Turów)*, C-121/21 R].

62 Las dificultades en el juicio del juez europeo son desarrolladas en S. RAGONE, *op. cit.*, p. 310.

63 En este sentido, M. FISICARO, *op. cit.*, p. 22. Como una de las posibles vías para tratar de solucionar esta problemática, la Comisión Europea ha recogido las indicaciones del Tribunal de Justicia en la “C(2022) 1382 final, Orientaciones para la aplicación del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”.

64 C.A. CIARALLI, “Condizionalità finanziaria, rule of law e dimensione (sovra)nazionale del conflitto”, *federalismi.it*, núm. 16, 2022, p. 111.

65 J.F. BARROSO MÁRQUEZ, 2022, *op. cit.*, pp. 212-213, pues “a la hora de articular el procedimiento necesario para la efectiva imposición de las medidas previstas nos topamos con cinco plazos distintos que deben ser respetados: aunque no se cite expresamente, entendemos que con carácter previo debe realizarse un estudio profundo (y por tanto dilatado) de la situación existente en el Estado miembro en cuestión; así como más adelante, ya con carácter expreso, hallamos un plazo de uno a tres meses y otros tres plazos de un mes. En total, el proceso puede prolongarse más de seis meses y, por tanto, surgen dudas respecto de la adecuación del instrumento en cuanto a su fase preventiva, si bien para la fase reactiva se trata de plazos *habituales* en el ámbito de la Unión Europea”.

no hemos podido comprobar cuál es el contenido de los actos a través de los cuales se materializa el condicionamiento de fondos y, por tanto, debemos esperar a la adopción del primer acto de condicionamiento –mediato– de fondos al Estado de Derecho para pronunciarnos al respecto.

Para finalizar, entendemos que es necesario realizar una suerte de “oda a las crisis” en la construcción europea. En el ámbito que nos ocupa en este caso –el nacimiento de la identidad europea como vertiente “reactiva” del factor identitario y, en conexión con esta, la evolución del principio de confianza mutua– son las diferentes crisis a las que se ha tenido que enfrentar la Unión Europea las que han provocado que sus instituciones –y, mediatamente, también los Estados miembros– profundicen en la integración. Por tanto, no debemos aproximarnos con miedo a las dificultades que actualmente experimenta la Unión Europea, sino que debemos contemplarlas como una verdadera oportunidad de que el ámbito político adquiera consciencia de la necesidad de avanzar en la europeización. Sin las amenazas a los valores del artículo 2 TUE no habría surgido la necesidad de que el TJUE creara la vertiente reactiva del factor identitario a través de la identidad europea; y, del mismo modo, sin la crisis de independencia judicial –en conexión con la crisis del Estado de Derecho– que se ha producido en Hungría y Polonia, no habría sido posible que el Tribunal de Justicia desvirtuara la presunción de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de los Estados miembros.

Detrás de cada crisis se esconde una oportunidad de avanzar, pero para aprovechar este tipo de coyunturas es necesario reunir el suficiente grado de coraje político, un factor que a menudo escasea. Si las instituciones europeas y los Estados miembros quieren aprovechar el momento constitucional que en Lisboa solo se esbozó, será necesaria una respuesta contundente ante los ataques directos a la identidad europea.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 413-448.
- F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 30, 2018, pp. 1-25.
- J.F. BARROSO MÁRQUEZ, “Nuevas dinámicas en la Unión Europea: propuesta para la creación de fondos condicionados al cumplimiento del Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 28, 2020, pp. 1-29.

- “Qué hacer cuando el enemigo está en casa: la polarización del discurso político en Hungría y Polonia y el condicionamiento de fondos de la UE al Estado de Derecho”, en M. D’AMICO *et al.*, *Europa, Società Aperta, Vol. I, Problemi attuali e prospettive future* (pp. 193-218), Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.
- A. VON BOGDANDY, “Principles and challenges of a European doctrine of systemic deficiencies”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 14, 2019, pp. 1-33.
- M. COMBA, “Common Constitutional Traditions and National Identity”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 67, 2017, pp. 973-979.
- T.A. CHRISTOU, “Chapter One: European Union”, en T. A. CHRISTOU (ed.), *European Cross Border Justice: A Case of Study of the EAW* (pp. 13-32). Gran Bretaña, The AIRE Centre, 2010.
- C.A. CIARALLI, “Condizionalità finanziaria, rule of law e dimensione (sovra)nazionale del conflitto”, *federalismi.it*, núm. 16, 2022, pp. 79-113.
- J.M. CORTÉS MARTÍN, “Sorteando los inconvenientes del artículo 7 TUE: el advenimiento del control jurisdiccional del Estado de derecho”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, 2020, pp. 473-517.
- P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, “Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE”, *Revista de Derecho Político*, núm. 114, 2022, pp. 245-275.
- P. CRUZ VILLALÓN, “Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2017, pp. 1-14.
- B. DAVIES, “*Internationale Handelsgesellschaft* and the miscalculation at the inception of the CJEU’s human rights jurisprudence”, en B. DAVIES y F. NICOLA (eds.), *EU Stories, Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, CUP, Cambridge, 2017.
- M. DÍAZ CREGO, “¿Tomando la justicia cautelar en serio?: Las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 425-451.
- G. DI FEDERICO, “Il ruolo dell’art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali”, *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2019, pp. 333-357.
- M. FISICARO, “Protection of the Rule of Law and ‘Competence Creep’ via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation: ECJ Judgments of 16 February 2022, Cases C-156/21, Hungary v Parliament and Council and C-157/21, Poland v Parliament and Council”, *European Constitutional Law Review*, 2022, pp. 1-23.

- A. GARCÍA ORTIZ, “La identidad europea como mecanismo de legitimidad democrática en la construcción de la Unión Europea. Un desafío globalizador”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 37, 2021, pp. 139-162.
- D. GERARD, “Mutual Trust as Constitutionalism?”, en E. BROWER y D. GERARD (eds.). *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law* (pp. 69-79), EUI Working Papers, 2016.
- A. DE GREGORIO MERINO, “El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 71, 2022, pp. 11-26.
- G. HALMAI, “Abuse of Constitutional Identity: The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law”, *Review of Central and East European Law*, núm. 43(1), 2018, pp. 23-42.
- “The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality”, *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 171-188.
- M. KRYGIER, “The Rule of Law: An Abuser’s Guide”, en A. SAJÓ (ed.), *Abuse. The Dark Side of Fundamental Rights*, Eleven International Publishing Co., Utrecht, 2006.
- K. LENAERTS, “The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, núm. 3, 2015, pp. 525-551.
- S. MANGIAMELI, “The Constitutional Traditions Common to the Member States in European Law, as a Tool for Comparison among MS Legal Orders in the Construction of European Fundamental Rights”, *Caderno de Relações Internacionais*, vol. 7, núm. 13, 2016, pp. 13-44.
- R. MICCÙ, “Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea”, en V. ATRIPALDI, R. MICCÙ (a cura di), *L’omogeneità costituzionale nell’Unione europea*, CEDAM, Padova, 2003.
- G. MORENO GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- S. MORGADES GIL, “El sistema de Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de la pérdida de la confianza mutua”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015, pp. 749-768.
- A. PIZZORUSSO, “Common constitutional traditions as Constitutional Law of Europe?”, *Sant’Anna Legal Studies – STALS*, Research Paper N. 1/2008.
- O. POLLICINO, “‘Transfiguration’ and Actual Relevance of the Common Constitutional Traditions: Past, Present and Future”, *Global Jurist*, núm. 18 (1), 2017, pp. 1-16.

- S. RAGONE, “EUROPEAN COMPARATIVE LAW: Reasons for ‘Enhanced Comparison’ and Role of the CJEU”, *Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021, pp. 297-235.
- A. SÁNCHEZ FRÍAS, “Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 65, 2020, pp. 167-187.
- K.L. SCHEPPELE, D.V. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, “EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union”, *Yearbook of European Law*, núm. 39, 2020, pp. 3-121.

Resumen

El artículo analiza la evolución del factor identitario en la Unión Europea, así como los efectos que esta ha tenido sobre el principio de confianza mutua. Los autores hallan tres vertientes distintas de este factor: individual, cuando se deriva de un solo Estado, correspondiente a la identidad nacional; sincrética, cuando surge como resultado de la consideración conjunta de las identidades nacionales, mediante el concepto de tradiciones constitucionales comunes; y reactiva, cuando nace como respuesta a una situación de crisis como concepto independiente y propio de la Unión Europea. Para ello, se hace referencia a las sentencias dictadas por el TJUE en los asuntos C-156/21 y C-157/21, relativas a sendos recursos de anulación interpuesto por Hungría y Polonia, para solicitar la anulación del Reglamento 2020/2092, sobre condicionamiento de fondos al cumplimiento del Estado de Derecho. En este contexto el TJUE ha construido por primera vez el concepto de identidad europea, propio e independiente del proceso de integración europeo y derivado de los valores contenidos en el artículo 2 TUE, en conexión con el principio de confianza mutua.

Palabras clave

Identidad europea, Tradiciones constitucionales comunes, Identidad nacional, Principio de confianza mutua, Condicionamiento de Fondos, Reglamento 2020/2092, artículo 2 TUE, Estado de Derecho.

Abstract

This article analyses the evolution of identity in the European Union, as well as the effects it has had on the principle of mutual trust. The authors elaborate on three different facets of this factor: individual, when it arises from a single State, as to national identity; syncretic, when it comes up as a result of the joint consideration of national identities, through common constitutional traditions; and reactive, when it represents a response to a critical situation as a concept tailored in the context of the European Union. To this end, the judgments handed down by the CJEU in cases C-156/21 and C-157/21, on the actions for annulment

brought by Hungary and Poland to request the annulment of Regulation 2020/2092 (conditioning of funds to compliance with the rule of law) are considered. In such context the CJEU has first constructed the concept of European identity, specific and independent of the process of European integration and derived from the values contained in article 2 TEU, in connection with the principle of mutual trust.

Keywords

European identity, Common constitutional traditions, National identity, Principle of mutual trust, Funds conditionality, Regulation 2020/2092, article 2 TEU, Rule of Law.

Recibido: 20 de enero de 2022
Aceptado: 10 de febrero de 2022