

LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO

¿Hacia una nueva forma
de Estado «híbrida»?

Directores

Valentina Faggiani

Francisco Javier Garrido Carrillo

Prólogo

Francisco Javier Garrido Carrillo

FORO JURÍDICO

LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO

**¿HACIA UNA NUEVA FORMA DE ESTADO
«HÍBRIDA»?**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

JAVIER LOPÉZ GARCÍA DE LA SERRANA

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

RICARDO ROBLES PLANAS

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO

**¿HACIA UNA NUEVA FORMA DE ESTADO
«HÍBRIDA»?**

Directores

Valentina Faggiani

Francisco Javier Garrido Carrillo

Prólogo

Francisco Javier Garrido Carrillo

Autores

Manuel Arias Maldonado

Daniel Camoni Rodríguez

Michael M. Epstein

Valentina Faggiani

Barbara Guastaferro

Mauro Mazza

Antonio Manuel Peña Freire

Nicola Ruccia

La obra ha sido financiada con la colaboración del Módulo Jean Monnet, «*Challenges to Justice in the EU: Perspectives for Reform*», 2022-2025, ref. 101085462; y del Módulo Jean Monnet, «*Challenges and strategic profiles of the EU in the fight against organised crime*» (RUECO) 2023-2026, ref. 101127315.

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2026 Los autores

© 2026 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

<https://atelieropenaccess.com/>

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-88096-99-0

Depósito legal: B 9755-2026

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Podiprint

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
<i>Francisco Javier Garrido Carrillo</i>	

SECCIÓN I LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN ESPAÑA

CAPÍTULO I. ¿HACIA UNA DEMOCRACIA ILIBERAL?	21
<i>Manuel Arias Maldonado</i>	
I. Introducción	21
II. Los contornos de la democracia iliberal	24
III. Del populismo al iliberalismo	28
IV. La transformación de la esfera pública	32
V. Bosquejo de la democracia liberal tardía	36
CAPÍTULO II. ESTADO DE DERECHO Y AMNISTÍA: UNA RELACIÓN COMPLICADA .	41
<i>Antonio Manuel Peña Freire</i>	
I. Premisas	41
II. Amnistías e indultos: precisiones conceptuales	42
III. Estado de derecho y medidas de gracia	45
3.1. El Estado de derecho como gobierno del derecho (<i>rule of law</i>)	46
3.2. Excepciones a los principios del Estado de derecho	49
IV. La ley orgánica de amnistía: su constitucionalidad y compatibilidad con el Estado de derecho	54
4.1. LOA y amnistía como medida de gracia	54
4.2. LOA y amnistía como potestad legislativa	61
Bibliografía	69

**SECCIÓN II
PERSPECTIVAS DE DERECHO COMPARADO**

CAPÍTULO III. LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN HUNGRÍA, POLONIA Y ESPAÑA: ENTRE <i>COURT-PACKING</i> E INTENTOS DE REVERTIR <i>LA BACKSLIDING</i>.	73
<i>Valentina Faggiani</i>	
I. Introducción.	73
II. Tendencias iliberales en el marco de la <i>rule of law backsliding</i> en la UE	75
III. La independencia judicial como elemento básico y estructurador del Estado de derecho.	79
IV. Los ataques al sistema de justicia	81
V. El <i>Court-Packing</i>	82
VI. Reformas e intentos de contrarreformas de los órganos de autogobierno de la magistratura	83
VII. La dependencia del fiscal general del ejecutivo	86
VIII. Las «capturas» de los tribunales constitucionales	89
IX. Purgas judiciales más o menos «encubiertas».	92
X. La potestad disciplinaria	93
10.1. El <i>chilling effect</i> de las medidas sancionadoras como arma para silenciar a los jueces	93
10.2. Los estándares del TJUE sobre el sistema disciplinario de Polonia . .	96
XI. ¿Es posible revertir la <i>rule of law backsliding</i> y restaurar la constitución?	101
 CAPÍTULO IV. IL POTERE GIUDIZIARIO IN FINLANDIA: ASPETTI DIACRONICI, MODELLISTICA E COMPARAZIONE	 105
<i>Mauro Mazza</i>	
I. Perfil histórico del derecho judicial finlandés	106
1.1. La dominación sueca.	106
1.2. La función jurisdiccional en el ordenamiento del Granducato de Finlandia	108
II. El sistema de los tribunales y de los cortes en Finlandia independiente, segundo la <i>lex fundamentalis</i> del 1919 (e sucesivas modificaciones).	112
2.1. Los órganos de la jurisdicción general (civil y penal).	115
2.2. La jurisdicción administrativa	121
2.2.1. <i>Segue</i> : la fase evolutiva hasta el 1919	122
2.2.2. <i>Segue</i> : el derecho de la independencia.	124
2.3. Las autoridades judiciales especiales.	126
2.4. <i>Segue</i> : en particular: la Alta Corte de justicia	128
III. El nuevo patrimonio constitucional del 2000 y la administración de la justicia.	129
3.1. <i>Segue</i> : instrumentos alternativos/strajudiciales de (re)composición de los litigios	133
3.2. <i>Segue</i> : derecho y organización forense	136

3.3. <i>Segue</i> : struttura e funzioni dell'autorità di polizia	138
3.4. <i>Segue</i> : problemi di tutela delle persone più fragili/vulnerabili: esame di alcuni rilevanti casi giudiziari, nonché della <i>Housing First policy</i> (avviata nel 2008)	142
IV. Il governo della magistratura: le innovazioni del 2020-2021	149
CAPÍTULO V. PRUEBAS DE ESTRÉS CONSTITUCIONAL: PODER EJECUTIVO, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ESTADO DE DERECHO EN EE. UU.	151
<i>Michael M. Epstein</i>	
I. Introducción	151
II. El diseño antidemocrático de la Constitución de los Estados Unidos	152
III. La rama legislativa	153
IV. La rama judicial	156
V. La rama ejecutiva	158
5.1. Evolución histórica del Poder Ejecutivo	158
5.2. Teoría del Ejecutivo Unitario	159
5.3. Uso de poderes de emergencia por Trump	161
5.4. Respuesta judicial	165
VI. Cómo el ecosistema mediático contribuye al debilitamiento de la gobernanza	167
VII. Conclusión	170
CAPÍTULO VI. ¿UNA REGRESIÓN GLOBAL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL? SOBRE ALGUNAS RECIENTES REFORMAS CONSTITUCIONALES EN PERSPECTIVA COMPARADA	173
<i>Daniel Camoni Rodríguez</i>	
I. Premisa introductoria. La independencia judicial en el panorama comparado: ¿un mirlo (cada vez más) blanco?	173
II. Independencia y nombramientos judiciales: los casos de Israel (primer parte) y Pakistán	176
III. Independencia y elección popular de los jueces: la reforma constitucional mexicana	180
IV. Independencia y reforma de las funciones judiciales: Israel (segunda parte), México y el proyecto de reforma constitucional en Brasil	182
V. Algunas conclusiones comparadas: populismo, regresión democrática y «resistencia» judicial	192
Referencias bibliográficas	196

**SECCIÓN III
LA UNIÓN EUROPEA EN LA SALVAGUARDIA
DEL ESTADO DE DERECHO**

CAPÍTULO VII. THE EVOLUTION OF THE PRINCIPLE OF THE <i>RULE OF LAW</i> IN THE EU FROM THE «COMMUNITY BASED ON THE RULE OF LAW» TO THE UNION OF VALUES	205
<i>Barbara Guastaferra</i>	
I. Introduction	205
II. A «Community based on the rule of law»	207
III. The «Exogenous Variables» extending the scope of the principle of the <i>rule of law</i> : Protection of Fundamental Rights and respect for Common Values	209
IV. Political and judicial instruments to sanction breaches of the rule of law	212
V. The regulation on budgetary conditionality	215
VI. The «European constitutional identity» construed by the European Court of Justice on the basis of Art. 2 TEU	217
VII. Which future for the protection of the rule of law?	219
7.1. The possibility to invoke a self-standing infringement of Art. 2 TEU	220
7.2. The proposals to amend the treaties introduced by the European Parliament to protect the <i>rule of law</i>	221
 CAPÍTULO VIII. EL IMPULSO DEL CONSEJO EUROPEO PARA SALVAGUARDAR EL ESTADO DE DERECHO Y LAS LIMITACIONES INHERENTES A SU ACTUACIÓN	225
<i>Nicola Ruccia</i>	
I. Introducción	225
II. El impulso del Consejo Europeo para el Estado de derecho	228
III. Su papel en el procedimiento previsto en el artículo 7 del TUE	232
IV. <i>Continuación</i> : y en el <i>semestre europeo</i>	237
V. Conclusiones	241

PRÓLOGO

A lo largo del recorrido vital de toda persona hay momentos en los que la madurez pausada y la reflexión consciente aportan matices y perspectivas desconocidas a la realidad en la que uno se encuentra inmerso y a la que pertenece, constituyendo puntos de inflexión, y dando lugar al reconocimiento de situaciones que hasta ese momento habían pasado desapercibidas, o habían sido consideradas de poco impacto o irrelevantes.

En este contexto se encuadra la obra que tiene Usted entre sus manos, que es una apuesta decidida, responsable y comprometida con la defensa del Estado de derecho y las sociedades democráticas articuladas sobre principios, derechos y libertades fundamentales, en las que la arquitectura jurídica de equilibrio de poderes, de existencia de controles, y de límites y contralímites, han permitido alcanzar extraordinarios logros, avances y desarrollo de nuestra sociedad. Se estructura el presente trabajo en tres secciones, en las que se ordenan ocho capítulos, que se engarzan y complementan para acompañar al lector, comenzando con un análisis del concepto de Estado de derecho y democracia iliberal, para continuar con un análisis y exposición de las realidades existentes en derecho comparado, culminando con las posibilidades, capacidades y limitaciones de las que dispone la Unión Europea en la salvaguardia del Estado de derecho.

En las últimas décadas y en especial en los últimos años, la denominada crisis del Estado de derecho, que se vislumbraba a finales de los noventa y principios de este siglo, ha adquirido una dimensión, una relevancia y una profundidad difícilmente previsible, afectando no sólo a nuestro País sino también a todos los de nuestro entorno. La trascendencia del cambio, que se está produciendo y pretende culminar, es de tal intensidad, que hace necesario desde todos los espacios, y entre ellos el mundo de la razón, de la investigación y del pensamiento, que se aporten herramientas e instrumentos que permitan un análisis completo, general y específico, a la vez que profundo y pausado del nuevo mundo que se quiere alumbrar, y de lo que ello podría suponer para el sistema de organización y convivencia que hemos conocido en el último siglo y que ha permitido que seamos lo que somos, con nuestros aciertos y nuestras imperfecciones.

A esta necesidad de análisis crítico del contexto actual responde la obra colectiva, a la que sirven de prólogo estas líneas, que parte de un hecho, hoy incontestable: la crisis del Estado de derecho, con todas sus implicaciones, y la transición hacia una nueva forma de Estado, que se está pergeñando, y que se podría tildar de «híbrida». El frontispicio de esta obra se hace no solo sugerente, sino una invitación o reto a sumergirse en sus páginas, para conocer que está pasando y que supone para la realidad que conocemos. En este sentido, la obra incorpora tres líneas de trabajo. En la primera, que aborda la crisis del Estado de derecho en España, Arias Maldonado, con su aportación «¿Hacia una democracia liberal?», nos acerca magistralmente a la necesaria reflexión de partida, y de esta manera pone de relieve la crisis de nuestra democracia partiendo de la insatisfacción ciudadana. Como señala el autor, el proceso de manipulación y destrucción de la democracia constitucional es un proceso gradual y lento, que pasa desapercibido para muchos ciudadanos¹, quienes a pesar de las imperfecciones del sistema democrático están conformes con el funcionamiento del mismo. Pero como señala Arias, la actual crisis, es una crisis multifactorial, que supera la satisfacción o insatisfacción de los ciudadanos, y que se concreta en la actitud de gobiernos y partidos, pues son éstos, con su acción de gobierno los que pueden reforzar o debilitar el sistema. Y es que no podemos desconocer que un sistema democrático no se puede reducir a disponer de un procedimiento electoral libre, sino que una democracia plena supone e incorpora un abanico de instituciones, de derechos y principios (separación de poderes, libertad de prensa, independencia de la justicia, derechos civiles y políticos, acciones de buen gobierno...), sin los que puede hablarse de democracia liberal.

En esta primera línea de trabajo se encuadra también la aportación del profesor Antonio Peña que, con su trabajo sobre el «Estado de derecho y amnistía: una relación complicada», aborda el concepto de Estado de derecho como ideal, es decir como *rule of law* en el sentido de gobierno o imperio del derecho, deteniéndose en cómo ha de ejercerse el poder, que ha de verse moderado y condicionado mediante el derecho, pues nadie (incluido el ejecutivo), puede estar ni por encima ni al margen del derecho. Y es que, lo acontecido en nuestro país en los últimos años, ha incorporado al debate jurídico y social la cuestión del concepto y límites del Estado de derecho y los ataques al mismo, pues en un Estado de derecho, el gobierno y las autoridades no pueden eximirse del cumplimiento de las normas, ni liberar a otros del alcance de las mismas para dar respuesta a intereses privados o partidistas, pues esto supone quebrar toda la arquitectura jurídica de nuestro sistema. Es por ello que como advierte Peña, existe el peligro de transformar el Estado de derecho, en un Estado dual en el que el poder legislativo está habilitado para decidir cuándo se excluye la aplicación del derecho basándose en consideraciones puramente políticas, lo que viene a ser una suerte de cláusula de prevalencia a la que me referiré más adelante, y que supone la eliminación de facto de la separación de poderes.

1. Vid. en este sentido, KEANE, J., «Cómo mueren las democracias, rápida y lentamente». *Quaderns de Filosofia*, 10(2), 2023, pp. 21-50.

En una segunda parte de la obra (en su sección II) se incorporan acertadamente distintas perspectivas de derecho comparado, que nos permiten comprobar como el fenómeno de la crisis del Estado de derecho tiene un carácter general afectando a todas las democracias liberales y poniendo de relieve las distintas vías por las que se manifiesta, en especial por los ataques y posterior ocupación del poder judicial. En este sentido, la profesora Faggiani, una especialista en la materia, analiza en su trabajo «La politización de la justicia en Hungría, Polonia y España: entre *courtpacking* e intentos de revertir la *backsliding*» como las interferencias gubernamentales en el nombramiento de los órganos de justicia están modificando el rol de los jueces, ocupando los ejecutivos (poder ejecutivo) el poder judicial en el ámbito de la involución hacia un estado iliberal. En este sentido, la autora reflexiona sobre las opciones y posibilidades de responder a estas tendencias involutivas, restaurando el necesario equilibrio entre política y jurisdicción para restaurar la democracia.

Parte la profesora Faggiani de la teoría del «*dual state of judiciary*»² (al que también hace referencia el profesor Peña), constatando como los Estados han conseguido instituir un nuevo modelo de «Estado con tendencias autoritarias» desplazando el Estado de derecho a través del derecho, es decir instrumentalizando el Derecho por los mecanismos previstos en estos mismos ordenamientos. En esta labor de transformación del Estado de derecho y del sistema democrático, en los que queda como última frontera, el poder judicial, como defensor del imperio de la ley y como mecanismo de control y de limitación del ejercicio del poder por los ejecutivos y gobiernos, los distintos Estados de corte iliberal se afanan y esfuerzan en ocupar dicho poder, y para ello es necesario anular su independencia judicial, por lo que la vía más rápida y expedita para ello son el control o secuestro de los órganos de autogobierno de la magistratura, de las Fiscalía generales del Estado y los Tribunales constitucionales nacionales. Para este cometido se utilizan múltiples medidas en las que destacan las «*chilling effect*», y que pueden concretarse en purgas judiciales, en reformas regresivas, o en el uso discrecional y distorsionado de la potestad disciplinaria.

Continuando con la perspectiva de derecho comparado, se incorpora a la obra un análisis del poder judicial en Finlandia de la mano del Profesor Mauro Mazza, que nos permite disponer de una referencia y modelo de justicia e independencia judicial vigente en un país nórdico, que comenzó con un proceso gradual de reforma en 2003 finalizando el mismo en 2019, con la introducción de una autoridad administrativa independiente (la Administración Nacional de Tribunales —*National Court Administration*—), cuya finalidad es garantizar la labor de los tribunales y la calidad en el ejercicio de sus funciones judiciales, razón por la cual uno de sus cometidos centrales es el fortalecimiento de la autonomía e independencia de los tribunales respecto de otros poderes estatales.

En Finlandia, junto a la Administración Nacional de Tribunales, existe un Consejo Nacional de Formación (*Judicial Training Board*) con competencias en la

2. FRAENKEL, E. (SHILS, E.A., con la colaboración de LOWENSTEIN, E. y KNORR, K. Trad.), *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, 2010.

selección y formación de los magistrados, y en el año 2000 se instituyó una autoridad independiente separada, denominada Junta de Nombramiento Judicial (*Judicial Appointment Board*), cuyos miembros son designados por el Gobierno, y cuyo fin es la recopilación de las nominaciones de Jueces y su evaluación proponiendo al Ministro de Justicia una lista de candidatos previamente clasificados en función de su mérito, siendo nombrados por el Presidente de la república que reconoce la indicación recibida por el Ministro de Justicia de la Junta de Nombramiento Judicial. Por otro lado, es importante destacar que la Administración Nacional de Tribunales no tiene jurisdicción asignada en materia disciplinaria, esta labor corresponde al Presidente de cada Tribunal junto con el Canciller de Justicia y del Defensor del Pueblo Parlamentario.

En definitiva, dispone Finlandia de un singular sistema en el que se da un reparto compartido de atribuciones y competencias en la selección, formación y nombramiento de cargos judiciales, por lo que órganos como la Administración Nacional de Tribunales, el Consejo Nacional de Formación, la Junta de Nombramiento Judicial, junto al Ministro de Justicia y Presidente de la república, interactúan en el nombramientos de cargos judiciales al objeto de incrementar y defender la autonomía e independencia del poder judicial respecto del poder ejecutivo y legislativo. De esta forma, como señala Mazza, en una época caracterizada por tendencias involutivas y por graves disfunciones de los sistemas judiciales se confirma que el sistema jurídico finlandés se basa en los principios de estabilidad, eficiencia, garantía y fiabilidad, y desde el punto de vista del *estatus* del poder judicial, en el caso finlandés se considera que alcanza un nivel de autonomía e independencia particularmente alto según los parámetros europeos³.

Tras esta referencia a los países nórdicos, es ineludible y conveniente ocuparse de la situación en los Estados Unidos, en especial desde que irrumpió Trump aplicando sus políticas populistas, lo que ha supuesto poner en crisis no solo el sistema estadounidense sino todo el tablero internacional. Para ello, disponemos en esta obra del interesante trabajo de Michael Epstein, titulado «Pruebas de Estrés constitucional: Poder Ejecutivo, Libertad de Expresión y Estado de derecho en EE.UU.», que pone de relieve como se están acentuando y acelerando los defectos antidemocráticos incorporados en la Constitución estadounidense, lo que se ha visto favorecido por las redes sociales, que han sido claves en la amplificación de la desinformación y en la polarización del debate político.

Considera Epstein que, en esta deconstrucción del Estado de derecho, se está produciendo un vaciamiento del contenido constitucional, utilizando para ello la hipertrofia de la voluntad popular como elemento único frente a cualquier resistencia de la legitimación de la voluntad popular, cristalizada en el líder radical y partidista, debilitando las estructuras que sostienen la representación mayoritaria, despreciando el interés público, y dinamitando el sistema de pesos y contrapesos

3. DURANTI, F., «Governo autonomo della magistratura: il modello nordico», *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2020, spec. 5111. Adde AARLI, R., SANDERS, A., «¿Consejos judiciales en todas partes? Administración judicial en Europa, con un enfoque en los países nórdicos», *International Journal for Court Administration*, 2023, <https://doi.org/10.36745/ijca.487>.

establecidos en el sistema legal, anulando los sistemas de límites al poder. Mantiene el autor, que no ha sido tanto una crisis del diseño constitucional como una abdicación del congreso de su función constitucional de control que ha cedido al partidismo político. Como vemos, otra vía de devaluación y difuminación del Estado de derecho.

Nuevamente estamos aquí ante la pérdida del necesario equilibrio entre poderes, y así la expansión moderna del poder ejecutivo ha sido tal, que no solo ya no logra autolimitarse y contenerse en los cauces propios de un sistema de Derecho, sino que ha superado y desbordado la respuesta del poder judicial, que ha perdido su capacidad de poner orden y de contener los excesos del ejecutivo. Por lo que es el gobierno, el ejecutivo, el que una vez capturado el sistema lo reinventa y utiliza transmutando el Estado en un Estado autoritario, sometido al líder carismático.

Por último, cerrando esta línea de trabajo sobre perspectivas de derecho comparado, se incorpora la aportación del profesor Daniel Camoni, en la que analiza una posible regresión global de la independencia judicial a la luz de algunas recientes reformas constitucionales en perspectiva comparada. Analiza Camoni, entre otros, el sistema israelí, de México, Pakistán y Brasil, en los que constata el conflicto entre el poder judicial y el poder político, y se registra un acoso y constante tensión contra el poder judicial. En todos estos países, entiende el autor que existe un hilo conductor acerca de los efectos perseguidos, que resume en la utilización populista de las categorías tradicionales del Derecho Constitucional, sobre todo en una perspectiva de «parasitismo constitucional», contraponiendo «dos grupos homogéneos y antagónicos, el pueblo puro y la élite corrupta»⁴, el «nosotros» del cuerpo electoral (soberano) al «ellos» de las instituciones —en este caso judiciales, percibidas como elitistas y alejadas de la realidad social— al objeto de rechazar la existencia de principios axiológicamente superiores a la manifestada por el electorado, y deslegitimando de diversas formas las acciones contrarias a la mayoría encomendadas a las instituciones de garantía.

Y culmina esta obra, con una tercera sección dedicada al papel de la Unión Europea en la salvaguardia del Estado de derecho, poniendo de manifiesto el proceso de reconocimiento y defensa de dicho valor en la Unión y la implementación de sistemas de defensa del mismo. En primer lugar, la profesora Bárbara Guastafarro, hace un recorrido de «La evolución del principio del Estado de derecho en el ordenamiento jurídico europeo, desde la “Comunidad basada en el Estado de derecho” hasta la “Unión de valores”», y en este recorrido describe como su constitucionalización se ha caracterizado por la primacía del derecho sobre la política y ha estado impulsada básicamente por la protección de los de-

4. SALVADOR MARTÍNEZ, M., «Populismo y crisis del Estado democrático de Derecho», en FAGGIANI, V. (dir.), GARRIDO CARRILLO, F.J. (coord.), *Independencia judicial y crisis del Estado de derecho en perspectiva comparada y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 58. La referencia a la corrupción no está del todo destituida de fundamento: véase, en el caso de México, BORREGO ESTRADA, F., «Estudio sobre redes familiares y clientelares en el Consejo de la Judicatura Federal», *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 1(26), 2018, pp. 159-191.

rechos y la separación de poderes, más que por la existencia de un auténtico *demos* o de una *Constitución* plenamente desarrollada. Ahora bien, nos expone la autora la situación actual en la propia UE, en la que algunos de sus Estados Miembros (Polonia y Hungría) han entrado en una deriva populista, caracterizada por una profunda regresión constitucional, apareciendo la idea de que la democracia puede existir sin el principio del Estado de derecho. Se trata en definitiva de las «democracias iliberales», en las que son sacrificadas el principio de separación de poderes y el derecho a la libertad, en nombre del poder de la mayoría (a la que no cabe oposición alguna) y en aras del consenso popular cristalizado en formas de populismo.

Por último, cierra la presenta obra el trabajo del profesor Nicola Ruccia sobre *el impulso del Consejo Europeo para salvaguardar el Estado de derecho y las limitaciones inherentes a su actuación*. En el mismo trata de comprender el papel llevado a cabo por el Consejo Europeo en la defensa del Estado de derecho, y a tal fin analiza su contribución general respecto del valor en cuestión, su contribución específica en relación con los distintos instrumentos para su defensa, y el análisis de sus iniciativas y acciones. Se ocupa el autor, desde la perspectiva del Consejo Europeo, de los mecanismos e instrumentos disponibles en la Unión para hacer frente a la cuestión de la crisis del Estado de derecho en varios Estados miembros, en especial en lo que respecta a ataques a la independencia judicial. Más en concreto, analiza la función que desempeña el Consejo Europeo en estos mecanismos, que es una función bastante heterogénea⁵. Así al margen de los instrumentos jurisdiccionales incorporados al ordenamiento jurídico de la Unión (como el procedimiento de violación, remisión prejudicial y recurso de anulación) para la protección, en general, de los principios y valores a los que se refiere el artículo 2 del TUE, también se ha previsto un sistema de protección política de los mismos.

En definitiva, como pone de relieve Ruccia, la función que desempeña el Consejo Europeo en la defensa del Estado de derecho en los Estados miembros de la Unión presenta aspectos problemáticos e incluso controvertidos. Desde la exigencia de unanimidad en el procedimiento previsto en el art. 7 apartado 2 del TUE, lo que imposibilitan la eficacia del instrumento, y genera múltiples injerencias en la soberanía de un Estado miembro, por parte del resto, a la ineficacia del uso del *semestre europeo* —dada su configuración— para producir resultados en la salvaguardia del Estado de derecho, lo que hace ineficaz el papel del Consejo Europeo

Hay que destacar los esfuerzos por parte de las Instituciones Europeas en diseñar y poner en marcha distintos mecanismos, que coadyuven a la defensa del Estado de derecho de forma eficaz y eficiente, pero hay que reconocer desgraciadamente que a día de hoy se han mostrado inviables y sin resultados. Todo ello

5. De hecho, es el protagonista del procedimiento contemplado en el artículo 7, apartado 2, del TUE, además de ser una parte activa —y, en cierto modo, determinante, en lo que aquí nos interesa— en el *Semestre Europeo*. En cambio, no desempeña ningún papel en el MCV, en el *Informe anual sobre el Estado de derecho* ni, menos aún, en el *Cuadro de Indicadores de la Justicia en la UE*.

hace que la situación sea compleja por cuanto que el proceso puesto en marcha de involución y deconstrucción de los Estados de Derecho ha incrementado su velocidad y los actores, y requiere cada vez con mayor urgencia, una respuesta clara y definida, pues es la consolidación de las democracias plenas fundamentadas en el respeto de derechos, libertades y valores, basadas en el pluralismo y en la participación política lo que permitirá dar cumplida respuesta a las amenazas existentes, avanzando en la consolidación de una sociedad comprometida, crítica, responsable y consciente de sus debilidades y fortalezas.

No me cabe duda de que el reto al que nos enfrentamos es extraordinario por cuanto pone en crisis nuestro sistema de convivencia, y por ello mismo estoy convencido que la presente obra está llamada a convertirse en un referente para todos los estudiosos en la materia, pero así mismo también pretende invitar a una reflexión crítica sobre la situación actual y sus implicaciones a todos los operadores jurídicos y a la sociedad en general, en especial a políticos, legisladores y juristas, pues solo desde el debate sincero, del análisis crítico, y desde los argumentos y razones compartidos se pueden superar los desencuentros y avanzar juntos como Sociedad.

Dr. Francisco Javier Garrido Carrillo
Catedrático (Acreditado) de Derecho Procesal
Universidad de Granada

SECCIÓN I
LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO
EN ESPAÑA

Capítulo I

¿HACIA UNA DEMOCRACIA ILIBERAL?

Manuel Arias Maldonado

Catedrático de Ciencia Política

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS CONTORNOS DE LA DEMOCRACIA ILIBERAL. III. DEL POPULISMO AL ILIBERALISMO. IV. LA TRANSFORMACIÓN DE LA ESFERA PÚBLICA. V. BOSQUEJO DE LA DEMOCRACIA LIBERAL TARDÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Puede decirse que el colapso democrático ha dejado de tener como principal actor al golpista —militar o revolucionario— que se hacía con el poder por la fuerza e implantaba un régimen autoritario basado en la represión policial. Tal como ha señalado John Keane, el «democidio» consiste hoy sobre todo en la elección democrática de un gobierno populista que procede a manipular y destruir las instituciones de la democracia constitucional; más que un acontecimiento que se consume en pocas horas, se trata de procesos graduales caracterizados por la lentitud y de ahí que muchos ciudadanos ni siquiera se den por aludidos¹. Ahí tenemos el ejemplo del *proceso* lanzado por el separatismo catalán, que invocó un genérico «derecho a decidir» y lo empleó como pretexto para atacar al orden constitucional español desde las instituciones regionales gobernadas por el nacionalismo. Juan José Linz señaló ya en su momento que la muerte *gradual* de las democracias es más común de lo que creen quienes solo piensan en términos de rápida sustitución de un régimen por otro². Y salta a la vista que abundan hoy los gobiernos elegidos democráticamente que adoptan maneras autoritarias o

1. KEANE, J., «Cómo mueren las democracias, rápida y lentamente». *Quaderns de Filosofia*, 10(2), 2023, pp. 21-50, p. 28.

2. LINZ, J. J., *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown, and Reequilibration*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1978.

cuando menos proceden a neutralizar los mecanismos liberales de control y limitación del poder en beneficio propio.

Paradójicamente, el democidio *lentissimo* de que habla Keane se produce en un marco histórico en el que ni siquiera está claro que nos encontremos ante una «crisis de la democracia» en sentido propio, o sea como desafección generalizada a este tipo de organización política. Pippa Norris prefiere hablar de fluctuaciones naturales en el apoyo al sistema democrático y, si bien autores como Russell Dalton y Robert Putnam venían identificando una confianza declinante en los líderes y un descenso de la capacidad de las instituciones democráticas desde antes de la crisis financiera, ninguno de ellos detecta una crisis del sistema susceptible de ser tomada como índice de su próximo final³. Más aún: el apoyo a la democracia por parte de los ciudadanos que viven en ellas no se ha visto significativamente mermado en los últimos años: la democracia sigue siendo popular pese a la insatisfacción que puede generar su rendimiento entre algunos grupos sociales⁴.

Tomemos el barómetro de la Fundación *Open Society* del año 2023: hasta un 86% de los encuestados en el mundo entero expresaba su preferencia por la democracia frente al autoritarismo, mientras que solo para el 20% podría este último cumplir con aquello que «la gente quiere»⁵. Sin embargo, no deja de ser cierto que ese apoyo genérico convive con la elección popular de líderes populistas, el aumento de la polarización ideológica y social, la aceptación por parte de los votantes de gobiernos iliberales, el surgimiento de movimientos extremistas y la aparición de tendencias antipolíticas. Es posible que los índices que sondan la confianza ciudadana en la democracia o miden la calidad del sistema no sean capaces de proporcionar una imagen completa de la realidad. O quizá las cosas sean todavía más complicadas.

Reviste aquí gran importancia, como es obvio, la manera en que conceptualizamos la democracia. Quien adopta una noción minimalista o electoralista, definiendo la democracia como un régimen político en el que la gente selecciona gobiernos por medio de elecciones, hablar de «crisis» se antoja excesivo⁶. Incluso en países como Polonia o Brasil se ha producido en fechas todavía recientes la derrota de gobiernos iliberales; y lo mismo cabe decir de las elecciones celebradas en algunos estados norteamericanos en el otoño de 2025. Przeworski es tajante: «la democracia está en crisis cuando los puños, las piedras o las balas reemplazan a las urnas»⁷. Se trata, no obstante, de una posición discutible: nuestros regímenes constitucionales no se limitan a fijar el procedimiento para la celebración de elecciones libres, sino que incorporan un conjunto de principios que se materializan

3. NORRIS, P., *Democratic Deficit: Critical citizens revisited*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; DALTON, R., *Citizen politics: Public opinion and political parties in advanced industrial democracies*, 5ª edición, CQ Press, Washington, 2008; PHARR, S. y PUTNAM, R. (eds.), *Disaffected Democracies? What's Troubling the Trilateral Countries?* Princeton University Press, Princeton, 2008.

4. Véase Pew Research Center, «Representative Democracy Remains a Popular Ideal, but People Around the World Are Critical of How It's Working», 28 febrero 2024.

5. Open Society Foundations, *Open society Barometer: Can Democracy Deliver?*, septiembre 2023.

6. PRZEWORSKI, A. *Crises of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 5.

7. PRZEWORSKI, A., *Crises of Democracy*, p. 13.

en normas e instituciones sin los que no podríamos hablar de democracia *liberal* de ninguna manera: derechos civiles y políticos, separación de poderes, imperio de la ley, principio del gobierno limitado, libertad de prensa, independencia de la justicia, protección de las minorías. Si se concibe la democracia como un sistema cuyas distintas dimensiones están funcionalmente imbricadas, puede hablarse de una «erosión» que sin embargo es compatible con progresos tangibles en la igualdad entre sexos o la discriminación de las minorías étnicas y sexuales⁸.

Para Merkel, los problemas que arrostra la democracia liberal tienen que ver con el aumento de la desigualdad socioeconómica, que socava la vigencia del principio de igualdad y discrimina a los estratos sociales cuya voz apenas si se escucha, así como con la incapacidad del sistema para satisfacer las expectativas de las mayorías⁹. También Przeworski entiende que la igualdad democrática no casa bien con la desigualdad generada por el capitalismo y de ahí que solo estaremos en condiciones de asegurar su compatibilidad si el crecimiento económico o las políticas públicas aumentan la igualdad socioeconómica¹⁰. Pero tampoco esto es indiscutible: repárese en que los países anglosajones nunca han padecido una dictadura pese a tratarse de sociedades más propensas a la creación de desigualdad y menos amigas —sobre todo la norteamericana— del gasto social. No en vano, la intervención pública tampoco garantiza la ausencia de tensiones democráticas: la transición ecológica auspiciada por las élites políticas europeas ha provocado la reacción de sectores sociales que se consideran perjudicados por ella y el aumento del gasto social en los Estados del Bienestar continentales genera a su vez brechas intergeneracionales de complicada digestión. Ni que decir tiene que eso no impide a los pensadores situados en la estela de la Teoría Crítica culpar al «neoliberalismo», empeñado en perseguir una alianza con el neoconservadurismo reaccionario e interesado en incorporar a la misma a los oligarcas tecnológicos¹¹.

Pero el retroceso democrático no se agota en la insatisfacción ciudadana, tal como se manifiesta en las urnas o las calles. Sobre todo, se expresa en la conducta de gobiernos y partidos; pues son ellos los que pueden reforzar el sistema o debilitarlo, condicionando su funcionamiento y amenazando su integridad. Resultan de ahí situaciones que no tienen por qué conducir forzosamente a la instauración de una dictadura. De ahí que necesitemos alguna categoría que permita describir *estados* de la democracia en los que esta no funciona como debe, aunque en ellas se sigan celebrando elecciones más o menos libres. Habida cuenta

8. MERKEL, W., PUHLE, H.-J., CROISSANT, A. (eds.), *Defekte Demokratien*, volumen 1, Leske & Budrich, Opladen, 2003; MERKEL, W., PUHLE, H.-J., CROISSANT, A. (eds.), *Defekte Demokratien*, volumen 2, VS Verlag, Wiesbaden, 2006.

9. MERKEL, W., «Conclusion: Is the Crisis of Democracy an Invention?», en MERKEL, W. y KNEIP, S. (eds.), *Democracy and Crisis: Challenges in Turbulent Times*, Springer, Berlín, 2018, pp. 349-367.

10. PRZEWORSKI, A., *Crises of Democracy*, p. 19.

11. Véanse BROWN, W., *In the Ruins of Neoliberalism: The Rise of Antidemocratic Politics in the West*, Columbia University Press, Nueva York, 2019; FRASER, N., *Cannibal Capitalism: How Our System is Devouring Democracy, Care, and the Planet - And What We Can Do about It*, Verso, Nueva York, 2022.

de que el deterioro de la democracia liberal no conduce necesariamente a una dictadura, aunque tampoco puede descartarse que así suceda, ese concepto poseerá una notable utilidad heurística. Se trata de capturar la erosión gradual de las normas e instituciones democráticas por parte de gobiernos electos que se sirven para ello del *discurso* y las *instituciones* de la democracia liberal.

Tal es el asunto del que se ocupa este capítulo. La siguiente sección procede a caracterizar la democracia iliberal, haciendo hincapié sobre las prácticas de gobiernos y partidos, sin dejar de reseñar el papel que en el retroceso democrático juegan asimismo los ciudadanos. Siguen dos secciones dedicadas a identificar las causas del fenómeno: de un lado, el populismo que ha irrumpido con fuerza en el *mainstream* de las democracias occidentales tras jugar en ellas un papel marginal durante décadas; y, de otro, una transformación de la esfera pública cuyo papel en la propagación del iliberalismo no debe sin embargo exagerarse. De ahí que la última sección proponga contemplar el iliberalismo como uno de los rasgos que definen a la democracia liberal tardía, que es aquella que resulta de la radicalización de los presupuestos democráticos en la fase actual de la modernidad.

II. LOS CONTORNOS DE LA DEMOCRACIA ILIBERAL

La literatura sobre la materia es amplia, ya que la llegada al poder de Donald Trump en 2016 y la subsiguiente crecida del populismo en todo el mundo trajeron consigo la eclosión de una vasta literatura sobre la muerte de las democracias¹². No faltan, entonces, las propuestas conceptuales. Ahí están el «autoritarismo disimulado» de Ozan Varol, que puede ser resultado de lo que este mismo autor califica como «golpe de Estado democrático»; el «autoritarismo electoral» de Andreas Schedler y el «autoritarismo competitivo» de Stephen Levitsky y Lucan Way, donde las elecciones multipartidistas son objeto de control por parte de quien ostenta el poder, lo que las convierte en una mera fachada; o los «regímenes híbridos» de Terry Karl y Larry Diamond, que se mueven en una zona gris en la que se combinan los elementos democráticos y autoritarios. Otros, en fin, hablan de *procesos* de desconsolidación o retroceso democráticos¹³. El fenómeno es el mismo en

12. Véanse LEVITSKY, S. y ZIBLATT, D., *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Barcelona, 2018; MERKEL, W. y KNEIP, S. (eds.), *Democracy and Crisis. Challenges in Turbulent Times*, Springer, Berlín, 2018; SNYDER, T. *The Road to Unfreedom: Russia, Europe, America*, Tim Duggan Books, Nueva York, 2019; RUNCIMAN, D., *Así termina la democracia*, Paidós, Barcelona, 2019; PRZEWORSKI, A., *Crises of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York, 2019; GINSBURG, T. y Huq, A., *How To Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 2020; APPLEBAUM, A., *Twilight of Democracy: The Lure of Authoritarianism*, Doubleday, Nueva York, 2020; SAJÓ, A., UITZ, R., HOLMES, S. (eds.), *The Routledge Handbook of Illiberalism*, Routledge, Nueva York y Londres, 2022.

13. VAROL, O., «Stealth Authoritarianism». *Iowa Law Review* 100, 2015, 1673-1742; SCHEDLER, A., *Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition*, Lynn Rienner, Boulder, 2006; LEVITSKY, S. y WAY, L., *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010; KARL, T., «The Hybrid Regimes of Central America». *Journal of Democracy*, 6(3), 1995, pp. 72-87; DIAMOND, L., «Thinking about Hybrid Regimes».

todos los casos: una democracia que ya no funciona como debe por causa de las inclinaciones autoritarias de quien ostenta el poder.

Por razones didácticas, aquí apostaremos por la noción de «democracia iliberal» propuesta por el periodista Fareed Zakaria¹⁴. No es ajena a la práctica política: el presidente húngaro Viktor Orbán dijo una vez que tal era precisamente el régimen político que deseaba implantar —a golpe de sucesivas mayorías absolutas— en su país. Naturalmente, la idea de una democracia «iliberal» se antoja incoherente: la democracia liberal ha demostrado ser la única democracia posible en las sociedades modernas. Y justamente por eso resulta iluminador el empleo del adjetivo «iliberal», por cuanto enfatiza la hipertrofia de la dimensión *popular* de los regímenes democráticos en detrimento de su dimensión *liberal*. Por decirlo en una fórmula: en la democracia iliberal, la mayoría electoral se opone a los *checks and balances* que aseguran la vigencia del principio del gobierno limitado.

Es así habitual que el partido que ha ganado las elecciones o consigue formar gobierno se presente como representante del pueblo —o de la mayoría— y proclame su legitimidad para gobernar sin cortapisas, yendo más allá de lo que permite la constitución vigente y advirtiendo a los jueces de que no pueden frenar lo que decida un poder ejecutivo legitimado por las urnas. Aunque no es estrictamente necesario que un gobierno iliberal se salte las leyes; también puede reescribirlas a su antojo, siguiendo los procedimientos establecidos gracias a la mayoría de que dispone. Y tampoco es necesario que, como pasa en Hungría o Turquía, ese gobierno esté respaldado por la mayoría absoluta obtenida por un solo partido; puede tratarse de una coalición formal o informal de distintas fuerzas políticas. En esos casos, el gobierno puede controlar el funcionamiento del parlamento; si se trata de una coalición que carece de mayoría suficiente, como ocurre en España, el recurso a los decretos ejecutivos será más frecuente. Sea como fuere, es común a los iliberalismos el «agrandamiento del ejecutivo» en detrimento del legislativo: se trata de empoderar al líder democráticamente electo para que pueda realizar la *auténtica* voluntad del *auténtico* pueblo¹⁵. Y no es raro que el debilitamiento del legislativo vaya acompañado de su caricaturización como epítome de la paralizante incompetencia del establishment: el viejo argumento de Carl Schmitt sobre el parloteo de las cámaras parlamentarias vuelve a emplearse para subrayar el contraste con el líder decisionista que se deja de chácharas y hace lo que promete¹⁶. Es lo que yo mismo he caracterizado como «nostalgia del soberano» (Arias Maldonado, 2018).

Journal of Democracy, 13(2), 2002, pp. 21-35; STEFAN, R. y MOUNK, Y., «The Danger of Deconsolidation: The Democratic Disconnect». *Journal of Democracy*, 27(3), 2016, pp. 5-17; Nancy Bermeo, «On Democratic Backsliding». *Journal of Democracy*, 27(1), 2016, pp. 5-19.

14. Fareed Zakaria, «The Rise of Illiberal Democracy». *Foreign Affairs*, 76(6), 1997, pp. 22-43.

15. SAJÓ, A., UITZ, R., *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 267-301; LANDAU, D., «Personalism and the Trajectories of Populist Constitutionalism». *Annual Review of Law and Social Science*, 16, 2020, pp. 293-309.

16. SCHNEIDERMAN, D., «Parliaments in the Era of Illiberal Executives», en SAJÓ, A., UITZ, R. (eds.), *The Routledge Handbook of Illiberalism*, Routledge, Nueva York y Londres, 2022, pp. 466-485.

Hipertrofiar el poder ejecutivo en nombre de la voluntad popular —tal como la interpreta el gobierno de turno— supone el debilitamiento de los principios liberales que limitan el ejercicio del poder público con el objetivo de proteger a individuos y minorías y respetar el pluralismo. Son los grandes principios rectores de la democracia liberal: imperio de la ley, separación de poderes, independencia de los jueces, derechos de participación y de oposición, neutralidad de funcionarios y organismos públicos¹⁷. A ello hay que añadir la restricción de los derechos de participación o la injerencia gubernamental —ya sea profunda o sutil— en el desempeño de los medios de comunicación¹⁸. Ya se ha señalado que la democracia liberal se asienta sobre la premisa de que el gobierno es, por definición, gobierno limitado; postular una voluntad política carente de obstáculos es propia del autoritarismo.

Se trata, como es natural, de procesos desiguales. La neutralización de los contrapesos institucionales o la confusión de los poderes estatales conoce diferentes grados y se manifiesta de forma distinta en cada caso; incluso hay democracias donde esta tendencia no se manifiesta en absoluto. Digamos entonces que todas las democracias liberales —o defectuosas— se parecen, pero cada democracia iliberal —o defectuosa— lo es a su manera. Hay, con todo, un patrón: un partido o coalición de partidos llega al gobierno y trata de poner al Estado a su servicio. Y como quiera que los regímenes parlamentarios tienen desde hace mucho tiempo serias dificultades para separar al poder legislativo del ejecutivo y viceversa, es natural que el control del poder judicial sea objetivo frecuente de populistas y extremistas; los jueces no solo simbolizan el imperio de la ley, sino que constituyen la última instancia de control del poder público¹⁹.

También es característico de los gobiernos iliberales el intento por asegurarse el favor del electorado en las elecciones periódicas que suponen la principal amenaza a su continuidad. Intentan así ejercer el control sobre los medios de comunicación y las organizaciones de la sociedad civil, incluidos sindicatos y movimientos sociales²⁰. Y emplean los presupuestos públicos para tejer densas redes clientelares, aumentando el número de quienes los apoyarán por razones de pura servidumbre material²¹. Tratan asimismo de comprometer o suprimir la neutralidad de los funcionarios que pertenecen a la administración pública, sometiéndolos a control político y condicionando su ascenso en el escalafón a la prestación de lealtad política; no faltarán casos en los que el funcionario acepta-

17. Véase UITZ, R., «Constitutional Practices in Times «After Liberty»», en SAJÓ, A., UITZ, R (eds.), *The Routledge Handbook of Illiberalism*, Routledge, Nueva York y Londres, 2022, pp. 442-465.

18. CULLOTY, E. y SUITER, J., «Media Control and Post-Truth Communication», en SAJÓ, A., UITZ, R (eds.), *The Routledge Handbook of Illiberalism*, Routledge, Nueva York y Londres, 2022, pp. 365-383.

19. KRYGIER, M., «Illiberalism and the Rule of Law», en SAJÓ, A., UITZ, R (eds.), *The Routledge Handbook of Illiberalism*, Routledge, Nueva York y Londres, 2022, pp. 533-553.

20. HAMILTON, M., «The Management of Protest and Dissent», en SAJÓ, A., UITZ, R (eds.), *The Routledge Handbook of Illiberalism*, Routledge, Nueva York y Londres, 2022, pp. 384-402.

21. SOTIROPOULOS, D., *The Irregular Pendulum of Democracy: New Perspectives on South-East Europe*, Palgrave Macmillan, Cham, 2023, pp. 133 y ss.

rá gustosamente servir a los fines del partido en cuestión, por ser él mismo simpatizante o militante del mismo²².

Es preciso también referirse a aquellas conductas —ya incurran en ellas el gobierno o los partidos que aspiran a hacerse con él— que erosionan la cultura política liberal, sobre cuya vigencia descansa el funcionamiento de las democracias occidentales. El catálogo no es pequeño: observancia de las normas tácitas que regulan el comportamiento de líderes y partidos, reconocimiento público de la legitimidad de los rivales políticos, aceptación de las reglas del juego constitucional, respeto a la independencia de los medios de comunicación y a la labor de los jueces²³. A menudo se trata de prácticas que, siendo legales conforme a la letra de la ley, vulneran no obstante las convenciones constitucionales²⁴. Si un líder no reconoce la victoria electoral del rival o se niega a aceptar la legitimidad del proyecto político de la oposición, por ejemplo, contribuirá a la erosión de la democracia; ídem cuando se calificquen como contrarias a la democracia las propuestas políticas de los contrincantes, confundiendo de manera interesada el desacuerdo ideológico con la falta de legitimidad. No andan desencaminados Levitsky y Ziblatt cuando, en su intento por retratar al líder político «autoritario», incluyen dos formas de comportamiento que nada tienen que ver con el uso de la violencia o la restricción de las libertades civiles: exhibirá una conducta autoritaria quien rechace de palabra u obra las reglas democráticas o niegue la legitimidad de sus rivales²⁵.

Ahora bien: gobiernos y partidos no son los únicos responsables de que una democracia se deslice por la pendiente del iliberalismo. Si hablamos de gobiernos electos, que con frecuencia son reelegidos *pese* a su desempeño iliberal, el comportamiento de los ciudadanos merece destacarse como agente de erosión democrática. El hecho de que los ciudadanos no retiren automáticamente su apoyo a los partidos de vocación iliberal, sino que con frecuencia los mantengan en el poder, sugiere que aquellos actúan como *partisanos* antes que como *demócratas* incluso si la integridad del Estado de derecho o el respeto a las reglas del juego democrático se hallan en entredicho. ¿Y por qué unos votantes que profesan su compromiso con la democracia dan su apoyo a líderes que la subvierten? Para Milan Svobik, tales líderes están pidiendo a sus seguidores que sacrifiquen los principios democráticos a cambio de la realización de intereses partidistas, ya designen estos la simple lealtad al líder o la defensa de determinadas políticas sociales o económicas²⁶. Cuanto mayor sean las divisiones políticas dentro de una

22. Véase BAUER, M y BECKER, s., «Democratic Backsliding, Populism, and Public Administration», *Perspectives on Public Management and Governance*, 3(1), 2020, pp. 19-31.

23. Sobre la importancia de las prácticas informales y los valores en el mantenimiento o erosión de las democracias liberales, véase SMILOVA, R., «Ideational Core of Democratic Liberalism», en SAJÓ, A., UITZ, R (eds.), *The Routledge Handbook of Illiberalism*, Routledge, Nueva York y Londres, 2022, pp. 177-202, p. 185-186.

24. TUSHNET, M., «Constitutional Hardball». *John Marshall Law Review*, 37(2), 2004, pp. 523-554.

25. LEVITSKY, S. y ZIBLATT, D., *Cómo mueren las democracias*.

26. SVOLIK, M., «Polarization versus Democracy». *Journal of Democracy*, 30(3), 2019, pp. 20-32.

sociedad, más fácil será para el líder de vocación autoritaria conducir a una democracia por la senda iliberal.

Otros autores han hablado de «hipocresía democrática» para referirse a los ciudadanos que incrementan su apoyo a las políticas que erosionan la democracia cuando *su* partido está en el poder y se percibe al rival como una amenaza contra la propia democracia²⁷. Manuel Cruz lo ha expresado así: «si los adversarios son *malos de una pieza*, todo cuanto hagamos será aceptable en la medida en que podrá ser visto como una estrategia de defensa ante el mal»²⁸. De manera que la polarización afectiva socava el apoyo a las normas democráticas y lo hace de dos maneras: de un lado, mediante la politización de unas leyes que valdrán o no según quién las proponga al margen de su contenido; de otro, generando sesgos que lleva a los votantes a apoyar la restricción de los derechos del adversario²⁹. Concorre así el riesgo de que tras un *electorado* iliberal (que apoya a líderes autoritarios) se esconda también una *ciudadanía* iliberal (que pone el mantenimiento de su partido en el poder por encima del respeto a las reglas democráticas pese a apoyar formalmente estas).

III. DEL POPULISMO AL ILIBERALISMO

Adviértase que el populismo está lejos de ser el único camino que conduce a la democracia iliberal; el fundamentalismo religioso, el nacionalismo radical o el comunitarismo pueden también llevar a ella³⁰. Pero es indudable que nuestro tiempo está marcado por el ascenso del populismo en sus distintas versiones de izquierda y derecha, auténtica novedad en unas democracias occidentales en las que los partidos populistas habían tenido un protagonismo intermitente y por lo general restringido a la demanda de políticas anti-inmigración. Se ha puesto incluso en boga un *posliberalismo* que propone una crítica integral del liberalismo desde posiciones conservadoras, combinando argumentos populistas —abuso del establishment sobre una clase trabajadora depauperada— con la defensa de la tradición y la comunidad³¹. Su irrupción ha de entenderse como efecto de la Gran Recesión y, en la medida en que los líderes y los partidos populistas han apostado por una versión iliberal de la democracia, merece la pena detenerse a explicar

27. SIMONOVITS, G., MCCOY, J., LITVAY, L., «Democratic Hypocrisy and Out-Group Threat: Explaining Citizen Support for Democratic Erosion». *The Journal of Politics*, 84(3), 2022, pp. 1806-1811.

28. CRUZ, M., *Resabiados y resentidos. El eclipse de las ilusiones en el mundo actual*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, pp. 37-38.

29. KINGZETTE, J. *et al.*, «How Affective Polarization Undermines Support for Democratic Norms». *Public Opinion Quarterly*, 85(2), 2021, pp. 663-677.

30. SAJÓ, A., UITZ, R., HOLMES, S., «Preface», en SAJÓ, A., UITZ, R (eds.), *The Routledge Handbook of Illiberalism*, Routledge, Nueva York y Londres, 2022, pp. xxi-xxv, p. xxii.

31. Véanse MILBANK, J. y Pabst, A. *The Politics of Virtue: Post-Liberalism and the Human Future*, Rowman and Littlefield, Londres, 2016; DEENEN, P., *Why Liberalism Failed*, Yale University Press, New Haven, 2018; DEENEN, P., *Regime Change: Towards a Postliberal Future*, Sentinel, Nueva York, 2023; HAZONY, Y., *Conservatism: A Rediscovery*, Regnery Gateway, Washington, 2022.

que és —y qué no es— el populismo y de qué manera su concepción de la democracia informa a las distintas versiones del iliberalismo.

Desde luego, el populismo está lejos de ser un fenómeno inédito. Si ahora ha ganado una fuerza inusitada, se debe a un conjunto de factores interrelacionados en los que la consolidación de la democracia tras el colapso del socialismo de Estado juega —irónicamente— un papel destacado. Porque el populismo es un fenómeno democrático que amenaza la integridad de la democracia: los populistas subrayan la soberanía popular y el poder de la gente distorsionando el modo en que funciona la democracia liberal³². El razonamiento es sencillo y eficaz: si la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, ¿por qué nos gobiernan esas élites que se han apropiado de ella en su propio beneficio? En el marco de una globalización en la que se desdibujan las fronteras, el populismo pone así sobre la mesa un *nosotros* de unívoca pertenencia y fronteras claramente demarcadas: nos impele a ser ciudadanos de *algún sitio* en vez de ciudadanos de *ninguna parte*³³. Y es que el malestar populista podría entenderse como efecto de unos cambios vertiginosos —globalización, revolución tecnológica, disolución de instituciones sociales tradicionales— que provocan la nostalgia por un mundo más comprensible³⁴. Añádase a ello que la representación tradicional está en crisis por razones que atañen al deficiente funcionamiento del sistema político y la incapacidad de los actores políticos ordinarios para rendir cuentas ante sus electores³⁵.

Claro que no es fácil encontrar una definición unitaria de populismo. Hay quienes afirman que no existe *el* populismo, sino solo el conjunto abigarrado de sus manifestaciones³⁶. No facilita las cosas el hecho de que casi ningún líder populista admita serlo, por contraste con el orgullo con que se explicitan otras pertenencias ideológicas, ni que el populismo carezca de textos fundacionales o casos prototípicos. Pero el populismo no es el primer concepto discutible al que se enfrenta la ciencia social, ni es una novedad que el debate sobre su campo semántico posea connotaciones políticas. Aunque la realidad es siempre más heterogénea que sus representaciones conceptuales, es posible definir y caracterizar el populismo e incluso llegar a medirlo, aunque los investigadores empíricos se enfrenten a dificultades suplementarias.

Hay acuerdo general en la literatura académica a la hora de caracterizar al populismo como un discurso antielitista —o antiestablishment— que se formula en nombre del pueblo soberano. El populista sostiene que la sociedad está ontológicamente dividida entre pueblo y élite, siendo el pueblo bondadoso y la élite

32. CANOVAN, M., *The People*, Polity, Cambridge, 2005.

33. MÜLLER, J-W., *Was ist Populismus. Ein Essay*, Suhrkamp, Berlín, 2016, p. 21; GOODHART, D., *The Road to Somewhere: The Populist Revolt and the Future of Politics*, Hurst & Co., Nueva York, 2017.

34. MISHRA, P., *Age of Anger: A History of the Present*, Allen Lane, Londres, 2017.

35. MUDDE, C. y ROVIRA KALWASSER, C., *Populism. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 97-104.

36. WERZ, N., «Einleitung: Populismus und Populisten», en WERZ, N. (ed.), *Populismus: Populisten in Übersee und Europa*, Leske & Budrich, Leske, pp. 7-14, 2003, p. 13.

corrupta; porque el populismo es un agente moralizador³⁷. Pero el populismo no dice «nosotros *también* somos el pueblo», con el fin de incluir a minorías (o mayorías) presuntamente excluidas, ni tampoco «nosotros *somos* el pueblo», sino que más bien dice que «*solo* nosotros somos el pueblo»³⁸. Tal como ha señalado Nadia Urbinati, el populismo opera como «una fenomenología de la sustitución del todo por una de sus partes» de donde resulta una identificación de la democracia con el mayoritarismo radical³⁹.

La defensa del pueblo viene acompañada de la defensa de la soberanía popular como fuente del poder y como instrumento de gobierno llamado a recuperar una democracia corrompida por las élites. Por esta razón, aunque el populismo prospera en las democracias representativas, es hostil a esta y fomenta una relación plebiscitaria con el líder carismático, que se arroga la representación exclusiva del pueblo en su conjunto. De ahí la preferencia por el referéndum como fórmula de decisión y la crítica a las instituciones contramayoritarias que sirven de freno al gobierno popular. Se trata de reducir la *representatividad* de la democracia para hacerla más *directa*, promoviendo aquellas instituciones que permitirían dar forma a la presunta «voluntad general»: asambleas populares, plebiscitos, referéndums revocatorios. Y defendiendo, por tanto, un mandato directo del pueblo en lugar de una representación delegada.

Otros rasgos del populismo se encuentran presentes en la mayor parte de sus manifestaciones y, sin embargo, no son exclusivos del mismo; lo adjetivan en lugar de sustanciarlo. Entre ellos se incluyen la organización alrededor de un líder carismático, el anti-intelectualismo, el empleo de un registro comunicativo emocional, la identificación con una patria idealizada, su naturaleza episódica ligada a las crisis o *shocks* externos, así como un repertorio de acción basado en la provocación, la polarización, la protesta. Aunque sería difícil encontrar un movimiento populista que no participe de algunos de estos rasgos, parece razonable afirmar que son *facilitadores* antes que *definitorios* del populismo⁴⁰. Mientras que el antagonismo moralizante pueblo/élite es inherente al populismo, los partidos populistas no son los únicos liderados por personalidades carismáticas.

Entre los rasgos del estilo populista, se cuenta el empleo de recursos afectivos que buscan provocar la identificación emocional de los seguidores; se trataría de convertir los sentimientos negativos que se dirigen contra la élite en sentimientos positivos hacia el líder populista y el proyecto comunitario que representa. Para Laclau, el pueblo se construye por medio de una operación de «investidura» que pertenece necesariamente al orden emocional: otorgamos a la idea de pueblo

37. STANLEY, B., «The Thin Ideology of Populism», *Journal of Political Ideologies*, 13(1), 2008, pp. 95-110, p. 102.

38. MÜLLER, J-W., *Was ist Populismus*, p. 44.

39. URBINATI, N., «Antiestablishment and the substitution of the whole with one of its parts», en DE LA TORRE, C. (ed.), *The Promise and Perils of Populism. Global Perspectives*, University Press of Kentucky, Lexington, 2010, pp. 77-97, p. 79.

40. VAN KESSEL, S., *Populist Parties in Europe. Agents of Discontent?*, Palgrave Macmillan, Houndmills, 2015.

fuerza simbólica y afectiva⁴¹. El populismo no ha inventado las emociones políticas ni es la única ideología que las explota, pero sí es aquel estilo político que desafía abiertamente la idea de que las democracias sean construcciones racionales o que aspiran a la racionalidad social⁴². En otras palabras, el populismo arranca de la convicción de que la sociedad no puede asentarse sobre una base racional y representa una impugnación del liberalismo, frente al que propugna un lazo social de índole afectiva.

Se ha dicho que la relación de la democracia con el populismo posee una «ambigüedad constitutiva»⁴³. Ciertamente: si la democracia es el gobierno del pueblo, no puede despacharse fácilmente a los movimientos políticos que reclaman el poder para el pueblo en nombre del pueblo. Por eso se ha dicho que el populismo acompaña inevitablemente a la democracia como un espectro, potenciándola en un sentido y amenazándola por otro⁴⁴. Esta ambigüedad responde, en buena medida, a la que presenta la democracia misma: el populismo invoca la democracia *directa* contra la democracia *representativa*. De ahí que pueda discutirse si el populismo es un bien o un mal para la democracia. Irónicamente, no cabe duda de que el populismo se ubica *dentro* de la democracia, pues no podría sobrevivir en contextos culturales que rechacen la soberanía popular como fundamento del orden político⁴⁵. La ironía consiste en que si bien el populismo es hostil a la democracia representativa, «es solo bajo esa forma política que encuentra una expresión sistemática y la posibilidad de movilizarse como una fuerza política»⁴⁶.

No hay que olvidar que la propia democracia liberal, asentada formalmente sobre el principio de la soberanía popular, mantiene una relación profundamente ambigua con esa entidad imposible —salvo que opere como abstracción o metáfora— que es el pueblo. De ahí que el populismo, a pesar de sus inclinaciones antipluralistas, haya sido reivindicado como un fenómeno democrático: porque habla en nombre de un ideal que no puede ser realizado en el actual marco institucional de la democracia liberal, ni, en realidad, en ningún otro. Hablar del pueblo es hablar de una ficción, ya que en una democracia aquel permanece siempre en estado de indeterminación⁴⁷. Solo en ocasiones extraordinarias, como el levantamiento popular contra los regímenes soviéticos, puede discernirse algo parecido al «pueblo en movimiento». En estos casos, el pueblo

41. LACLAU, E., *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2005, pp. 131, 142.

42. VILLACAÑAS, J. L., *Populismo*, La Huerta Grande, Madrid, 2015, pp. 15-16.

43. MENY, Y. y SUREL, Y., «The constitutive ambiguity of populism», en MENY, Y. y SUREL, Y. (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave, Basingstoke, 2002, pp. 1-20, p. 1.

44. ARDITI, B., *Politics on the edges of liberalism: difference, populism, revolution, agitation*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 2007.

45. ZANATTA, L. *El populismo*, Katz, Buenos Aires y Madrid, 2014, p. 23.

46. TAGGAR, P., *Populism*, Open University Press, Buckingham & Philadelphia, 2000, p. 3.

47. MORGAN, E., *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, Norton, New York, 1988; OCHOA ESPEJO, P., «Power to Whom? The People between Procedure and Populism», en DE LA TORRE, C. (ed.), *The Promise and Perils of Populism. Global Perspectives*, University Press of Kentucky, Lexington, 2010, pp. 59-90.

es un «acontecimiento» que emerge con fuerza subversiva para transformar la sociedad existente⁴⁸.

Por lo general, sin embargo, el significante vacío «pueblo» es rellenado con un vago contenido simbólico que remite a «una condición utópica de unidad social, homogeneidad y reconciliación total»⁴⁹. De ahí que la representación populista, que es una respuesta a la crisis de la representación liberal, se base en la plena fusión entre el representante y quienes buscan representación⁵⁰. El líder es la encarnación del pueblo y se funde con él, razón por la cual se arroga la capacidad de hablar en su nombre. Paradójicamente, el populista no quiere hacer plebiscitos para estimular un debate rico y activo, sino para que el pueblo sancione lo que el populista sostiene. De ahí el papel ambivalente del pueblo en el populismo: aparentemente activo, pero en realidad pasivo. Aquí está, en fin, la base del antipluralismo populista: si solamente el populismo es capaz de representar al pueblo, no existe una legítima oposición al gobierno. No es así de extrañar que todos los populistas, ya sean de izquierda o derecha, compartan una misma lógica política y la misma visión mayoritaria de la democracia, tratando con éxito dispar de controlar la esfera pública y la sociedad civil⁵¹.

Y cuando el populismo llega al poder, como hemos tenido ocasión de comprobar en más de una ocasión, puede respetar los principios e instituciones de la democracia liberal, operando políticamente dentro de los límites por ellos establecidos, o puede desafiarlos, procediendo a debilitar los mecanismos liberales de control del poder con el fin de concentrarlo en manos del poder ejecutivo —liderado por el jefe populista— en el marco de una campaña destinada a deslegitimar el pluralismo ideológico y partidista. Paul Blokker ha hablado así de un «constitucionalismo populista» que se opone al constitucionalismo liberal moderno y postula una visión *schmittiana* del poder en la que el apoyo popular al líder populista lo legitima para redefinir el Estado al margen de las minorías y los límites tradicionales a la acción del ejecutivo⁵².

IV. LA TRANSFORMACIÓN DE LA ESFERA PÚBLICA

Ahora bien, ¿qué relación guardan entre sí la mutación de la democracia liberal, sea cual sea la manera en que decidamos conceptualizarla, y la digitalización

48. ARDITI, B., «The People as Re-Presentation and Event», en DE LA TORRE, C. (ed.), *The Promise and Perils of Populism. Global Perspectives*, University Press of Kentucky, Lexington, 2010, pp. 91-112.

49. ARATO, A., «Political Theology and Populism», en DE LA TORRE, C. (ed.), *The Promise and Perils of Populism*, pp. 31-58, p. 44.

50. PLOTKE, D., «Representation is Democracy», *Constellations* 4 (1), 1997, pp. 19-34, p. 28.

51. DE LA TORE, C., «Global Populism: Histories, trajectories, problems, and challenges», en DE LA TORRE, C. (ed.), *Routledge Handbook of Global Populism*, Abingdon y Nueva York, 2019, pp. 1-27, p. 2.

52. BLOKKER, P., «Populist Constitutionalism», en DE LA TORRE, C. (ed.), *Routledge Handbook of Global Populism*, pp. 113-128.

de la esfera pública? ¿Son populistas y extremistas fuerzas políticas *posverdaderas* que inducen la regresión democrática debido a su relación inescrupulosa con la objetividad? ¿Es verdad que, como ha señalado el mismísimo Francis Fukuyama, haya que atribuir el retroceso democrático a la generalización de las redes sociales?⁵³ Por suerte o por desgracia, el asunto no es tan sencillo.

Si queremos describir concisamente lo que ha supuesto para el funcionamiento de la esfera pública democrática la difusión masiva de Internet y la aparición sucesiva de webs, blogs, redes sociales y canales de mensajería instantánea, podemos decir con Manuel Castells que la comunicación de masas ha dejado paso a la autocomunicación de masas: cualquier individuo puede ahora crear por sí mismo el ecosistema que le proporcionará contenidos, seleccionando los medios y usuarios a los que se mantendrá conectado, pero ese individuo podrá también él crear contenidos de distinto tipo, expresar opiniones y discutir las expresadas por los demás⁵⁴. O sea: el mercado de las ideas se ha liberalizado y democratizado. A consecuencia de ello, sobre todo en comparación con las redes epistémicas tradicionales, la ecología de la información se ha transformado: tenemos un acceso más *veloz a más y mejor* información y la nueva capacidad de hacernos oír⁵⁵.

En este contexto, la relación entre los medios y su público ha cambiado por completo: de acuerdo con la imagen que propone W. Russell Neuman, los medios no *empujan* ya al público imponiéndoles contenidos unilateralmente, sino que ese mismo público *tira* de ellos y elige lo que quiere ver, leer o escuchar en cada momento⁵⁶. En la vieja relación vertical, el público era pasivo y carecía de voz propia; en la nueva relación horizontal, se ponen en marcha procesos más complejos donde la comunicación no es ya unilateral, sino multilateral y recíproca. Escriben Jacobs y Shapiro que «los medios de comunicación ya no dictan la opinión pública, sino que participan de más sutiles procesos en los que responden al modo en que los individuos adquieren y procesan información, provocando reacciones cognitivas y afectivas por parte del público»⁵⁷. Eso no significa que desaparezcan las grandes cabeceras, ni que las cadenas de televisión o radio echen el cierre; todavía les corresponde suministrar contenidos que los usuarios de las redes sociales procederán a destacar, glosar, criticar, difundir.

Por más que los medios ciertamente no *dicten* la opinión pública, siguen teniendo un papel protagonista en el establecimiento de la *agenda* en torno a la cual girarán los debates públicos, pues el desenvolvimiento de estos últimos necesita de una mínima vertebración. Hay un mayor número de medios de comu-

53. FUKUYAMA, F., «The Rise of the Smartphone and the Fall of Western Democracy», *The New York Times*, 14 octubre 2025.

54. CASTELLS, M., *Comunicación y poder*, Alianza, Madrid, 2009.

55. ALFANO, M. y KLEIN, C., «Trust in a social and digital world». *Social Epistemology Review and Reply Collective*, 8(10), 2019, pp. 1-8.

56. NEUMAN, R., *The Digital Difference. Media Technology and the Theory of Communication Effects*, Harvard University Press, Cambridge y Londres, 2016.

57. SHAPIRO, R. y JACOBS, L., «Informational Interdependence: Public Opinion and the Media in the New Communications Era», en SHAPIRO, R. y JACOBS, L. (eds.), *The Oxford Handbook of American Public Opinion and the Media*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 3-21, p. 10.

nicación, así como nuevos formatos para la transmisión de noticias y opiniones. Y la esfera pública está mucho más nutrida que antes: participan en ella ciudadanos ordinarios, líderes y partidos políticos, representantes de movimientos sociales y colectivos profesionales, periodistas, académicos, celebridades, empresarios de éxito; el flujo de información política crece sensiblemente con la multiplicación de los actores participantes, lo que también supone el más estrecho «anudamiento» de élites políticas, periodistas y público⁵⁸.

Populistas y extremistas ganan visibilidad en una esfera pública donde los *gatekeepers* tradicionales han perdido cuota de mercado y fuerza moderadora, contagiando a los actores políticos moderados. La liberalización del mercado de las ideas provoca una lucha feroz por el interés de los votantes y eso ayuda a explicar la difusión del estilo político populista: la protesta contra la corrección política y el consenso liberal funcionan como cebos políticos para ciudadanos desencantados. De hecho, los medios tradicionales hacen suya la lógica sensacionalista con objeto de captar la atención del público. Ante una creciente competencia, se impone el *click-bait* que ofrece al consumidor un contenido chocante o sensacional⁵⁹. Sin necesidad de producir *fake news*, el periodismo puede hacer suyo un lenguaje fuertemente sesgado por razones comerciales; la distinción entre el sensacionalismo político y el bulo deliberado se desdibuja cuando se renuncia a la contención formal. Y va de suyo que si las grandes cabeceras y sus periodistas renuncian a los consensos informativos de carácter integrador, convirtiéndose en barricadas de parte, la polarización mediática conducirá a la polarización política⁶⁰.

Según Jürgen Habermas, pionero en el estudio de la historia de la opinión pública, la digitalización de la esfera pública dificulta el cumplimiento de la función organizadora y moderadora que ejercía el periodismo clásico. Para el pensador alemán, el diario tradicional que incluía secciones dedicadas a la política, la economía y la cultura, no es la única instancia decisoria de la verdad o corrección de los hechos o sus significados. Con todo, esos medios de comunicación proporcionaban un flujo de informaciones e interpretaciones que «corrigen y completan sin pausa la confusa imagen cotidiana de un mundo que asumimos objetivo y que entendemos aceptado como normal o válido por los demás»⁶¹. El declive del periodismo tradicional, que tiene mucho que ver con la paulatina desaparición de sus formatos clásicos, plantearía un problema a la democracia. Si

58. CHADWICK, A., *The Hybrid Media System: Politics and Power*, Oxford University Press, Oxford, 2017; SCHROEDER, R., *Social Theory after the Internet: Media, Technology and Globalization*, UCL Press, Londres, 2018.

59. Véase BAZACO, A., REDONDO, M. y SÁNCHEZ-GARCÍA, P., «Clickbait as a strategy of viral journalism: conceptualisation and methods». *Revista Latina de Comunicación Social*, 74, 2019, pp. 94-115.

60. LEÓN GROSS, T., *La muerte del periodismo. Cómo una política sin contrapoder degrada la democracia*, Deusto, Barcelona, 2024, p. 89.

61. HABERMAS, J., *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*, p. 55; su obra pionera sobre la opinión pública es HABERMAS, J., *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili, Valencia, 1981.

la fragmentación del público se ve exacerbada en el marco de un mercado de las ideas personalizado, donde individuos y grupos consumen versiones alternativas e incompatibles de los hechos sociales, la gobernabilidad de las sociedades democráticas corre peligro: la dificultad para el entendimiento mutuo complicará sobremanera la formación de una voluntad común⁶².

No obstante, la instrumentalización partidista de las emociones del público nos da una pista sobre la continuidad de la vieja política en el nuevo contexto digital. Por relevante que sea la reestructuración digital del espacio público, hay razones para creer que no estamos ante una transformación radical de la política⁶³. Los medios digitales permiten a los actores políticos tradicionales satisfacer sus necesidades de otra manera sin abandonar los marcos institucionales establecidos. Tanto los actores políticos como las organizaciones sociales siguen usando la comunicación —hoy a través de canales nuevos— para realizar los mismos fines: colocar su mensaje, llegar a los ciudadanos, persuadirlos, movilizarlos. La novedad estriba en la erosión de la autoridad y el poder de los medios tradicionales; lo que causa más contestación social, mayor visibilidad del público, aparición de nuevas voces. La desinformación, en sus distintas formas, se hace más conspicua; igual que se constata que la búsqueda de la verdad no es la esencia de la política. Y ello pese a que esta última debe someterse a la constricción que impone el debate público: quien participa en él se ve obligado a presentar sus posiciones *como si* fueran verdaderas; los hechos de los que da cuenta se suponen verídicos y sus postulados morales se sobreentienden como la honesta expresión de sus preferencias. Incluso quien se desvincula de la verdad tendrá que mantener la apariencia contraria, logrando con ello cuando menos el apoyo de sus seguidores, convencidos de que su líder o partido dice la verdad.

Se sigue de aquí que una esfera pública democrática será *forzosamente* un espacio donde se solapan las afirmaciones factuales, las interpretaciones semánticas y las propuestas normativas; cada una de ellas con un distinto grado de elaboración y fiabilidad. No solo es imposible controlar quién dice qué a quién, por qué razones y con qué grado de coherencia, sino que habrá de aceptarse que los actores políticos —gobiernos, partidos, movimientos— recurrirán a la retórica y la propaganda como medio para alcanzar sus fines, creando con ello innumerables distorsiones en la deliberación pública. Y hay que recordar que el *desacuerdo* es inevitable: se producirá incluso entre ciudadanos razonables que hagan el esfuerzo por entenderse y por alcanzar juntos una conclusión «verdadera» y no digamos entre quienes no hacen semejante esfuerzo.

En suma: deberíamos interpretar la alarma causada por las *fake news* y otras expresiones contemporáneas de la desinformación, ante todo, como expresión del desencanto causado por la democratización de la esfera pública en la era digital. Mientras que los estudios empíricos venían avalando desde antiguo la hipótesis de que el público de masas tiende a carecer de una visión coherente o

62. SUNSTEIN, C., [Republic.com](#) 2.0, Princeton University Press, Princeton, 2008, p. 213.

63. Véase JUNGHER, A., RIVERO, G., GAYO-AVELLO, D., *Retooling Politics: How Digital Media Are Shaping Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

informada de los asuntos públicos, su silencio había alimentado la esperanza de que un cambio en la estructura comunicativa de la sociedad fomentase una deliberación colectiva digna de tal nombre. Las esperanzas utópicas alimentadas por las nuevas tecnologías de la comunicación, que pusieron un altavoz en la mano de cada ciudadano, fueron pronto arruinadas. No hay nada de lo que sorprenderse: el espacio público digital abarata la producción de noticias falsas y otorga más visibilidad a los actores políticos extremistas sin facilitar el consenso ni garantizar la prevalencia de la información más fidedigna. Resulta de todo ello un debate más desordenado y cacofónico; también más plural e informado. Nunca ha habido tanta facilidad para que se hagan oír quienes antes debían permanecer en silencio, ni ha existido jamás tal cantidad de fuentes de información a disposición de quien tenga interés en aprovecharlas.

Deducir de ello el espacio público tradicional o predigital era más respetuoso con la verdad resulta, con todo, demasiado optimista; por más que así lo pareciese entonces o nos lo siga pareciendo ahora. Y con todo, el debate sobre la posverdad muestra que un cambio sustantivo en la estructura de comunicación de la sociedad puede *entorpecer* el proceso de formación de la opinión pública, ya que la fijación de los hechos y la determinación de su significado —incluida la elucidación de la validez de las propuestas normativas— se ha hecho más difícil; tanto como la formación de mayorías contundentes lideradas por partidos hegemónicos. Y ahí es donde está el vínculo con la contaminación iliberal de la democracia: la comunidad política no se hace menos democrática y quizá sucede de hecho lo contrario, pero desde luego se fragmenta y se vuelve más contenciosa, con su consiguiente reflejo en la competición electoral y el sistema de partidos.

V. BOSQUEJO DE LA DEMOCRACIA LIBERAL TARDÍA

Cuando el alemán Wolfgang Merkel destaca la *resiliencia* de la democracia liberal, designando con ello la capacidad del sistema democrático para absorber *shocks* internos y externos sin padecer una transformación sustancial capaz de desnaturalizarla, hay que considerar la posibilidad de que una democracia sometida a presiones iliberales pueda experimentar un cambio que, sin convertirla en una dictadura, altere su funcionamiento de manera significativa. Y así como la identificación de tendencias y conductas iliberales puede llevarse a cabo con relativa facilidad, no es fácil señalar el momento en el que una democracia *liberal* se convierte en una democracia *iliberal*. Huelga decir que aun más raro será que exista acuerdo suficiente al respecto en el interior de esa sociedad, ya que los defensores del partido que ostenta el poder negarán la mayor e incluso acusarán a sus rivales de hacer lo que ellos mismos están haciendo: una «proyección maliciosa» que forma parte del repertorio de los demagogos⁶⁴. Porque es frecuente que el líder autoritario se ponga el traje de defensor de la democracia: para disi-

64. ROBERTS-MILLER, P., *Demagoguery and Democracy*, The Experiment, Nueva York, 2020, p. 55.

mularse mejor y proporcionar a sus seguidores la coartada que necesitan para seguir apoyándolo.

Si concluimos que las democracias no suelen ya morir, aunque más de una haya llegado a hacerlo y ahí está el caso de Venezuela para demostrarlo, habrá que reconocer que enferman con relativa facilidad. A esa enfermedad podemos ponerle distintos nombres, sin que cambie la naturaleza del mal que justifica el diagnóstico. Aquí se ha defendido que la difusión del estilo político populista y el surgimiento de movimientos de protesta situados en los extremos ideológicos aconsejan emplear el término «iliberal» como marcador para sus diferentes patologías. Y es que rara vez se rechaza el principio democrático que atribuye al pueblo el derecho a gobernarse a sí mismo; esa idea se convierte más bien en el *único* fundamento de la democracia, entendida a la manera mayoritaria o plebiscitaria⁶⁵. El apoyo de la mayoría se interpreta entonces como manifestación de una voluntad popular que legitima al líder de vocación autoritaria a decidir libremente, saltándose los contrapesos liberales e ignorando ese principio del gobierno limitado que define a las constituciones liberales.

Acaso el problema sea que ya no creemos que la democracia liberal sea una forma de gobierno inevitable y llamada a ser adoptada de manera paulatina por las distintas sociedades humanas. Pese a que Francis Fukuyama acertó en su momento al sostener que no existe mejor manera de organizar el gobierno de las sociedades pluralistas, al menos si es que queremos combinar la libertad personal con la convivencia pacífica, el avance global de la democracia se ha detenido y la calidad de su desempeño allí donde ya existía ha sufrido un deterioro considerable. Podemos explicar esta inquietante trayectoria como el resultado de causas tales como la disrupción tecnológica de la esfera pública, la difusión del estilo político populista en el interior de sociedades desarrolladas o la fragmentación de una comunidad política que se divide en tribus identitarias que apenas dialogan entre sí; a ello hay que sumar una frustración de expectativas materiales que alimenta la tentación del hombre fuerte e insufla nueva vida a los extremismos ideológicos.

Sucede que podemos interpretar asimismo esta deriva como un efecto de la radicalización de los presupuestos del liberalismo democrático. De un lado, la exaltación de la autonomía personal y de la diversidad social complican la creación de una voluntad colectiva, obstaculizando la deliberación pública; de otro, el populismo se legitima a sí mismo invocando el fundamento ideológico de la democracia, con arreglo al cual el pueblo se gobierna a sí mismo en lugar de ser gobernado por unas élites corruptas y distantes. Y así, igual que el concepto de «modernidad tardía» ha sido empleado por los sociólogos para caracterizar a unas sociedades que se ven enfrentadas a las consecuencias imprevistas de su propio desarrollo⁶⁶, cabe hablar de *democracia liberal tardía* para designar el

65. Véase OKLPCIC, Z., «The Iliberal Potential of the People», en A. Sajó, R. Uitz y S. Holmes (eds.), *The Routledge Handbook of Illiberalism*, Routledge, Nueva York y Londres, 2022, pp. 218-236.

66. Véanse BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Fráncfort, 1986; Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity*, Polity, Cambridge, 1991.

particular momento histórico en el que se encuentran los regímenes democráticos occidentales. Porque también las democracias liberales se ven enfrentadas a las consecuencias imprevistas de su propio desarrollo, que han quedado a la vista tras el estallido de la Gran Recesión y por efecto de la expresividad de masas que hacen posible las redes sociales. A eso hay que añadir el *desencanto* que padecen quienes han oído en demasiadas ocasiones las mismas promesas emancipatorias y comprueban que ni las sociedades liberales —por no hablar de las demás— ni las democracias que las gobiernan experimentan el progreso constante que se les suponía. Dicho de otra manera: el futuro se ha devaluado como espacio de realización de la humanidad y la democracia sufre si no puede formular promesas creíbles.

En ese sentido, no debe olvidarse que la difusión de Internet no es el único cambio de calado que ha vivido el mundo en las últimas décadas: globalización, crisis de natalidad y cambio demográfico, desarrollo económico de lo que se denominaba «Tercer Mundo» y hoy se llama «Sur Global», creciente multiculturalidad de las sociedades democráticas, descrédito del sexismo y el racismo, cambio climático de origen antropogénico, urbanización creciente, debilitamiento de la alta cultura... Ya no vivimos en las sociedades relativamente estables de la segunda posguerra mundial; la esfera pública y el sistema político no pueden más que reflejar unas transformaciones que para unos son bienvenidas y otros viven como una amenaza de orden normativo e incluso existencial. Moderadas las promesas de mejoramiento material en un mundo geopolíticamente revuelto en el que Rusia vuelve a hacer la guerra y China sigue siendo una dictadura, el ánimo de los ciudadanos occidentales después de la Gran Recesión oscila entre la indignación y la melancolía: nada es como se había prometido y hemos dejado de creer en las utopías que dibujaban —su reverso era macabro— un futuro mejor.

Tiene por ello sentido hablar de la *democracia liberal tardía* como forma de gobierno de las sociedades occidentales en la última fase de la modernidad. Sus rasgos dominantes son la intensificación del desacuerdo, la autocomunicación de masas, la erosión populista de las instituciones, la desconfianza hacia la clase política y el debilitamiento de la fe en el porvenir como espacio de materialización de las utopías de la modernidad. Se generaliza con ello una visión simplista de la democracia liberal donde el gobierno popular juega un papel preponderante, en detrimento de la compleja mecánica de límites y contrapesos ideada por los grandes pensadores liberales y por los juristas que diseñaron las constituciones de posguerra. La repolitización subsiguiente de instituciones tales como los bancos centrales, los tribunales constitucionales o las televisiones públicas remiten a la crítica del liberalismo formulada por schmittianos y marxistas en la primera mitad del siglo pasado: la democracia es una fachada burguesa de la que conviene prescindir con el fin de librar una lucha política abierta y sin cuartel.

Va de suyo que el destino *iliberal* de la democracia no está sellado: igual que hay democracias liberales que aguantan el embate populista y conservan su vigor institucional, las que hoy acusan un mayor deterioro podrían llegar a rever-

tirlo. Es posible que ello requiera del paso de los populistas —u otras fuerzas extremistas— por el gobierno, donde pueden fracasar como malos gestores o reinventarse como fuerzas pragmáticas que apelan al voto moderado. Pero nada de eso sucederá si los ciudadanos, que conforman la opinión pública y son llamados periódicamente a las urnas, se muestran incapaces de comprender la esencia de la democracia y actuar en consecuencia.

Capítulo II

ESTADO DE DERECHO Y AMNISTÍA: UNA RELACIÓN COMPLICADA

Antonio Manuel Peña Freire

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universidad de Granada

SUMARIO: I. PREMISAS. II. AMNISTÍAS E INDULTOS: PRECISIONES CONCEPTUALES. III. ESTADO DE DERECHO Y MEDIDAS DE GRACIA. 3.1. El Estado de derecho como gobierno del derecho (*rule of law*). 3.2. Excepciones a los principios del Estado de derecho. IV. LA LEY ORGÁNICA DE AMNISTÍA: SU CONSTITUCIONALIDAD Y COMPATIBILIDAD CON EL ESTADO DE DERECHO. 4.1. LOA y amnistía como medida de gracia. 4.2. LOA y amnistía como potestad legislativa.

I. PREMISAS

No es infrecuente que algo sea designado en modos diversos o que un mismo término sea empleado para referirse a cosas distintas no asimilables entre sí. Frecuente es también abordar un asunto sin ser plenamente consciente de cuáles son las propiedades que definen los conceptos con los que construimos nuestro discurso o sin estar en condiciones de distinguir con claridad entre lo que es algo y lo que es otra cosa matizadamente distinta. Todo esto ocurre, por supuesto, en contextos informales, donde quizás no sea especialmente grave, pero también en el marco del discurso teórico o académico, donde sí es algo a lamentar. Por ejemplo, en el ámbito de la teoría del derecho se intercambian o disocian expresiones como «sistema jurídico» y «ordenamiento jurídico» o «norma», «disposición» y «texto legal» o, en lo que ahora nos interesa más, «amnistía» e «indulto».

Este no es solo un problema del discurso: es también probable que algunas de las dificultades a la solución a muchos problemas prácticos encuentren su causa en una insuficiente comprensión del significado de los términos con que se designan los asuntos que se discuten. Esta es razón bastante para intentar definir con claridad el sentido de los términos con los que desarrollan los debates jurídicos, pues al hacerlo, se habilita al intelecto para concentrarse en los valores e intereses afectados y se incrementa la probabilidad de una conclusión adecuada.

En lo que sigue me centraré en las diferencias entre amnistías e indultos y también presentaré una serie de tesis sobre el significado y el alcance del Estado de derecho, un asunto este donde con frecuencia convergen distintas tesis relativas a la separación de poderes o la independencia judicial, entre otras muchas, sin el rigor analítico preciso. Lo haré con la intención de valorar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2024 de Amnistía (LOA) y la plausibilidad de los argumentos de la STC 137/2025.

II. AMNISTÍAS E INDULTOS: PRECISIONES CONCEPTUALES

De amnistías e indultos puede afirmarse que son medidas con las que se excepcionan o suspenden algunas de las consecuencias que de ordinario siguen al incumplimiento de una norma jurídica y que pueden ser acordadas por motivos de interés público, equidad o justicia e incluso por pura conveniencia de quien las concede. Este tipo de medidas son frecuentemente consideradas como expresiones de gracia, perdón o clemencia estatal¹. Se sostiene, por ejemplo, que la gracia estatal se manifiesta en dos formas: como indulto o *pardon* y como amnistía². Sin embargo, en ocasiones se alude a tres, al distinguirse entre indulto particular e indulto general.

En cualquier caso, los perfiles concretos de cada una de esas medidas no coinciden con precisión de unos ordenamientos jurídicos a otros y admiten una notable variabilidad relativa. Como señala Ruiz Miguel (2019, p. 196), la distinción doctrinal entre amnistía e indulto está, en España al menos, lejos de ser clara, siendo especialmente oscura la distinción entre amnistías e indultos generales³. Amnistías e indultos podrían distinguirse entre sí por el número de personas beneficiadas, supuestamente mayor en el caso de las amnistías que en el de los indultos. Sin embargo, lo cierto es que los llamados indultos generales —que están constitucionalmente prohibidos en España— podrían afectar a miles de personas⁴. Tampoco creo que puedan descartarse amnistías individuales, esto es, que afectarían a un individuo nominalmente identificado o específicamente a alguno de sus

1. La gracia, genéricamente, sería la potestad de un órgano del Estado en cuya virtud puede beneficiarse discrecionalmente a los individuos respecto de las consecuencias desfavorables de sus actos (Pedreira, 2020, p. 39).

2. En términos muy generales, podríamos decir que la amnistía implica una renuncia de concretas pretensiones punitivas preexistentes y que tiene como efecto la extinción de la acción penal y de la pena en determinadas clases de delitos ya cometidos por razones de interés general (Fierro, 1999, p. 106). Sin embargo, como veremos, esta caracterización tiene que ser precisada.

3. En el mismo sentido Torres Aguilar (2022, p. 22), que constata cierta falta de homogeneidad en la doctrina histórica a la hora de utilizar los conceptos de gracia, indulto o amnistía. Ahí también un repaso a algunos hitos doctrinales relevantes.

4. Digo «podrían» porque, como sostiene Pedreira (2020, p. 40), la diferencia entre indulto particular y general no estriba tanto en el número como en el hecho de que «el indulto particular atiende al individuo y/o su concreto hecho» mientras que el indulto general se proyecta sobre un tipo indeterminado de personas que tienen en común haber cometido una misma infracción o estar sufriendo una misma clase de pena.

actos, aunque para afirmar esto parece necesario definir qué es amnistía de un modo alternativo al de la extensión de su ámbito de vigencia personal.

También se ha sostenido que la clave de su singularidad es el órgano habilitado para amnistiar o indultar ya que es relativamente común que las amnistías las acuerde el legislativo, mientras que los indultos los concede el ejecutivo⁵, aunque esta conclusión no parece estrictamente compatible con lo establecido, por ejemplo, por la Constitución Española, de la que se sigue que el poder legislativo podría determinar libremente el órgano constitucional al que se le atribuya la capacidad de proponer, por ejemplo, el indulto (Cuerda Riezu, 2016, p. 25). Desde un punto de vista más general, aunque sería posible, previa estipulación, definir a las amnistías como las medidas de gracia concedidas por el legislativo y a los indultos como las concedidas por el ejecutivo⁶, lo cierto es que así se generan más problemas de los que se resuelven, lo que torna en inconveniente a la estipulación misma. Una estipulación como esa nos colocaría en una situación extraña en un contexto donde todas las medidas de gracia las otorgara un mismo poder, pues todo lo que hiciese serían amnistías o indultos, sin que pudiéramos disponer de un criterio claro de distinción entre unas y otras medidas.

Si nos trasladamos al ámbito comparado, comprobaremos que se hace eco de toda esa confusión, por ejemplo, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, una entidad a la que podríamos considerar *autoridad* en la materia. La Comisión (Opinión 710/2012) nos recuerda que hay importantes variaciones en el modo en que amnistías e indultos se manifiestan en distintos ordenamientos jurídicos y que son incluso frecuentes formas híbridas o mixtas de ambas instituciones. La Opinión contiene numerosos términos probabilísticos, diciendo, por ejemplo, que las amnistías *generalmente* son impersonales o se conceden a un gran número

5. En este sentido, por ejemplo, Hierro (2019, p. 4), se refiere al indulto gubernativo como aquel que consiste en el perdón total o parcial o en la conmutación de una pena impuesta a alguien o a quienes han sido condenados por la comisión de un delito, perdón acordado discrecional y gratuitamente por el poder ejecutivo en uso de una prerrogativa atribuida constitucionalmente al Jefe del Estado y donde lo relevante es el perdón total o parcial de la pena. Más en general, Silva Sánchez (2019, p. 64) que lo define como el acto de renuncia, total o parcial, a la imposición de un castigo merecido por un sujeto autorizado a dicha renuncia. Por su parte, Carracedo (2018, pp. 63, 76), refiriéndose al indulto particular, lo define como un acto discrecional que supone que, para un caso concreto, las consecuencias jurídicas desfavorables que deben ser aplicadas por previsión normativa, sean atenuadas o eliminadas, mientras que el indulto general se referiría a todos los sujetos que comparten alguna característica común: estar cumpliendo condena por determinados delitos, estar sujetos a la ejecución de determinada pena o situarse en un grado de ejecución de esta.

6. En este sentido Torres Aguilar (2022, pp. 28-29), que, sin embargo, complementa la distinción con otra referida a los efectos, según la cual «la amnistía los tiene más amplios que el indulto, pues no necesariamente hace precisa, por ejemplo, la existencia de procedimiento, sentencia o pena impuesta, sino que puede actuar con carácter previo a todo procedimiento, recabando sus efectos solo respecto de la mera acción». También Carracedo (2018, p. 80), que define la amnistía como una decisión legislativa excepcional según la cual unos hechos que antes de su aprobación podían ser perseguidos, dejan de ser considerados como constitutivos de delito, es decir, que es una excepción a la aplicación de la ley penal que elimina la responsabilidad que se sigue de los hechos que, al tiempo de ser cometidos, eran delictivos y que probablemente continúan siéndolo al momento de promulgación de la amnistía, con lo que con esta se produce el «olvido» respecto de su comisión.

de personas, mientras que los indultos afectan más bien a un individuo o grupo de individuos. Señala también la Comisión que los indultos *típicamente* sirven para eximir del cumplimiento de una sentencia, mientras que las amnistías se podrían conceder incluso antes del inicio de los procedimientos penales y que mientras que la amnistía *usualmente* es una competencia del legislativo, el indulto correspondería al Jefe del Estado o al Ejecutivo. Por último, añade que el componente discrecional en los indultos *suele ser* amplio, razón por la que normalmente no se permite su recurso ni su revocación y que en el caso de las amnistías tampoco es *normalmente* permitida su revocación retroactiva, por ser contraria al principio de seguridad jurídica y de no retroactividad de las normas penales⁷.

No estoy seguro de que al teórico del derecho le esté permitido expresarse en esos términos, en especial, si se concibe su labor como una clarificación conceptual del lenguaje jurídico. Del teórico se espera una claridad conceptual mayor que la que se sigue de afirmar «todo esto es muy variable». Hay que buscar o proponer, por tanto, un soporte semántico sólido, que sin ser incompatible con la práctica definida ni con su variabilidad, refine nuestro conocimiento sobre el sentido de lo que supone amnistiar e indultar, dos instituciones jurídicas, cuyo significado va más allá de lo que ocasionalmente por motivos de coyuntura u oportunidad digan algunos juristas a propósito de lo que son⁸.

Con esta intención, sugiero prescindir inicialmente de denominaciones y distinguir entre dos tipos de medidas, sin dar demasiada importancia ni al órgano competente para otorgarlas ni al número de beneficiarios. Supongamos, en efecto, un país imaginario cuya legislación no distinguiese nominalmente entre «amnistías» ni «indultos», en el que tan solo hubiera «medidas de gracia» que afectasen a la eficacia de las normas, concedidas todas ellas por el mismo órgano: en ese contexto aun sería posible distinguir, de un lado, entre aquellas medidas con las que se cancela la imposición de la sanción que sigue a un acto oficialmente declarado ilícito y aquellas medidas que cancelan la obligación de declarar oficialmente la ilicitud de un acto. Las primeras medidas se concederían normalmente

7. La aproximación de Pedreira (2020, pp. 42-44) también vale como ejemplo, pues, tras constatar que no es fácil fijar las diferencias conceptuales entre amnistía e indulto, ensaya una diferenciación probabilística en el sentido de que atribuye rasgos frecuentes y no constantes. Refiere así que las amnistías normalmente residen en el legislativo y los indultos en el ejecutivo, que el alcance de los efectos de los indultos suelen ser más limitados, pues la amnistía comporta el olvido del delito, que las amnistías se dictan atendiendo normalmente a poderosas razones de interés público, mientras que el indulto apunta más bien a equidad, innecesaridad de la pena y que la amnistía no está normalmente sometida a límites previos, mientras que el indulto suele estar sujeto a más limitaciones.

8. No albergó demasiadas dudas a propósito de que la naturaleza jurídica de la amnistía se ha visto alterada con motivo de la necesidad de pronunciarse en un sentido conveniente a propósito de la legitimidad o constitucionalidad de la acordada por la LOA: hoy y en nuestro país amnistiar no es tan medida de gracia como lo era hace unos años, pues se reclama más una potestad legislativa. Argumentaré más adelante por qué amnistiar no puede ser considerado una forma de legislar o, al menos, por qué no puede serlo sin asumir un cierto coste, es decir, sin forzar lo que parecen los rasgos más firmes de las expresiones paradigmáticas de la legislación, llamados, por tanto, a reflejarse en su definición.

después de una sentencia condenatoria y, con ellas, se eximiría al condenado del cumplimiento de la pena que se le hubiera impuesto. Las segundas se concederían necesariamente después de cometido el acto supuestamente ilícito y con ellas se cancelaría el deber de declarar oficialmente su ilicitud, lo que típicamente ocurrirá deshabilitando o prohibiendo al juez la declaración mediante sentencia de que se trata de un acto ilícito, lo que obviamente impide la imposición de la condena (*nulla poena sine sententia*). Esa distinción entre las medidas que cancelan la pena de un ilícito declarado y medidas que impiden la declaración oficial de que un acto es ilícito, me parece importante⁹. Por eso sugiero distinguir entre amnistías e indultos precisamente a partir de ella: un *indulto* sería entonces una medida que presupone una resolución sancionatoria o una sentencia condenatoria y que cancela la ejecución de la sanción o que exime del deber de cumplir la pena a la que el indultado hubiera sido condenado¹⁰ y una *amnistía* sería una medida que cancela todas o algunas de las consecuencias jurídicas que siguen a la comisión de un acto potencialmente ilícito y que implica, por ejemplo, dejar de investigar judicialmente a sus responsables, no enjuiciarlos si estaban pendientes de juicio, no dictar sentencia si se está a la espera de que se haga y también, por supuesto, poner en libertad a los condenados, lo que, en este caso, se produce porque es cancelada la ilicitud del acto por el que fueron condenados, a diferencia de lo que sucede con el indulto, en el que solo se cancela la sanción y no la ilicitud del acto¹¹.

III. ESTADO DE DERECHO Y MEDIDAS DE GRACIA

Volveremos sobre ese asunto, aunque me interesa ahora llamar la atención sobre un dato: definidas las medidas de gracia en el sentido recién expuesto,

9. La distinción, tal y como ha sido presentada, late bajo la afirmación relativamente popular de que el indulto perdona la pena y la amnistía el delito. Desde ese mismo punto de vista, el indulto equivaldría a un «perdono, pero no olvido», mientras que correlativamente, la amnistía equivale al olvido de los hechos (Carracedo, 2018, p. 57).

10. Una forma extraña de indulto sería la anticipada, contemplada en el art. 3 Ley del Indulto. En la medida en que se trate de una medida que suspenda definitivamente el enjuiciamiento, la calificación que realmente merecería sería la de amnistía. Sin embargo, si esta singular expresión del derecho de gracia no impidiese la terminación del juicio ni el dictado de la sentencia, por mucho que una hipotética condena ya estuviera indultada, serían propiamente indultos, aunque concedidos anticipadamente. Como se verá, esta lectura permite mantener la idea de que indulto es la remisión de toda o parte de la pena a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente, tal y como reza el art. 4 de esa misma ley.

11. Desde este punto de vista, lo que hace la LOA cuando establece que los órganos judiciales decretarán el sobreseimiento libre en cualquier fase del procedimiento penal (art. 11 LOA) es propiamente una amnistía, mientras que lo que hace cuando ordena la puesta en libertad de las personas que se encuentren en prisión cumpliendo condena por hechos amnistiados (art. 4 LOA) es un indulto, que podría, incluso, ser considerado indulto general, si por tal entendemos el que se refiere a un colectivo determinado o no y que se concede por razones ajenas a los méritos personales de sus integrantes.

amnistiar es más que indultar, pues la amnistía es una medida jurídicamente más densa que el indulto. La cancelación de los efectos jurídicos asociados a la ilicitud de un acto es más que la remisión de la pena, que solo es uno de esos efectos. Esto, como veremos, será relevante a la hora de determinar en qué medida son compatibles amnistías e indultos con el Estado de derecho. Antes, sin embargo, es necesario precisar qué se entiende por Estado de derecho.

3.1. El Estado de derecho como gobierno del derecho (*rule of law*)

La expresión «Estado de derecho» guarda cierta proximidad semántica con la inglesa «*rule of law*». «Estado de derecho» suele ser la traducción de «*rule of law*», no solo en español, sino también en otras lenguas de países de la Europa continental en las que la traducción es «*Rechtsstaat*», «*état de droit*» o «*Stato de diritto*». Como advierte Palombella (2009, pp. 17, 23 y ss.), esa no siempre es una traducción correcta, pues el sentido del *rule of law* hace referencia a un ideal vinculado a una tradición jurídica de la que no participan los países de la Europa continental. Además, expresiones como «Estado de derecho» o, más claramente, «*Rechtsstaat*» están vinculadas a la evolución del *Polizeistaat* al *Rechtsstaat* y ponen el énfasis en la organización institucional del Estado¹², mientras que el *rule of law* sería más bien un ideal moral y político asociado con la limitación del poder de los hombres y, particularmente, de aquellos que gobiernan.

Aquí, me interesaré por el Estado de derecho entendido como ideal, es decir, como *rule of law* en el sentido de gobierno o imperio del derecho. Desde este punto de vista, el Estado de derecho se asocia a una limitación del poder vinculada a una concepción del derecho que no lo identifica con el mero ejercicio del poder ni con cualquiera de sus muchas posibles expresiones. El Estado de derecho como gobierno del derecho, señala Postema (2023, pp. 7 y ss.), condensa una serie de ideas relativas al modo en que ha de ejercerse propiamente el poder. Es común su asociación a la limitación del poder, al control o condicionamiento del modo en que actúan quienes lo ejercen, a la necesidad de proteger a aquellos sobre los que se ejerce, a la protección de los débiles frente a los poderosos, a la prohibición de privilegios y exenciones para los poderosos relativas al cumplimiento de las leyes, a la imposición de las leyes a quienes las elaboran o la constitución jurídica del poder, al sometimiento de los gobernantes a sus propias normas, a la existencia de mecanismos de control judicial relativos al comportamiento de las autoridades, a la separación de poderes e incluso el respeto a los derechos humanos o a los princi-

12. En el mismo sentido, Palombella (2016, pp. 70-72) señala que Estado de derecho se refiere al Estado y, en concreto, a una configuración determinada del Estado, prevalente en un contexto espacial y en un momento histórico concretos. Sin embargo, *rule of law* se refiere al derecho y la noción como tal ha sido empleada bajo diversas configuraciones del Estado. El Estado de derecho que garantiza la primacía de la ley como expresión de la voluntad del Estado o que concibe a los derechos como derechos públicos subjetivos que presuponen una autolimitación estatal, no se corresponde con el ideal del *rule of law*.

pios democráticos. En definitiva, el *rule of law* se refiere a un conjunto de principios relativos al modo en que se ejerce el poder de gobierno con los que se busca moderar (*temper*) y condicionar al poder mediante el derecho.

En efecto, según Tamanaha (2009, pp. 3 y ss.), el gobierno del derecho exige que los agentes del gobierno y los ciudadanos estén sometidos al derecho y que actúen consistentemente con él, para lo que el derecho debe presentar una serie de características: ser prospectivo, público, general, claro, estable y cierto y ser aplicado por todos de un modo consistente a sus propios términos. El gobierno del derecho así definido cumpliría dos funciones:

- La restricción de los agentes del gobierno al exigirles el cumplimiento del derecho existente y también imponer límites a su poder para producir derecho. La primera restricción implica que los agentes del gobierno acaten las normas jurídicas válidas, lo que exige que actúen solo si tienen una autorización jurídica para hacerlo y que sus acciones no sean contrarias a las prohibiciones u obligaciones jurídicas. La segunda restricción impone límites al contenido del derecho mismo, erigiendo algunas restricciones a lo que podrían disponer sus normas, basadas, por ejemplo, en los derechos humanos, el derecho internacional, normas constitucionales o principios morales.
- La ordenación social, es decir, el mantenimiento del orden y de la coordinación del comportamiento y de las interacciones entre los individuos, pues las normas crean un marco que gobierna el comportamiento social y contribuyen a evitar conductas socialmente disruptivas o violentas y a la solución pacífica de los conflictos.

La anterior elaboración incluye ciertas consideraciones sustanciales, asociadas a ideales como los derechos humanos o la democracia, que no considero definitivas del ideal mismo del Estado de derecho. Una variante más sobria que no difumina el sentido conforme al que se singulariza el ideal es la que lo asocia a la soberanía del derecho, es decir, a lo que se logra cuando es el derecho lo que gobierna de modo soberano porque, dicho de otro modo, no hay más soberano que el derecho¹³. El derecho es soberano, a decir de Postema (2023), cuando se respetan otros tres principios de gobierno:

- Legalidad. El principio de legalidad¹⁴ exige que el poder se ejerza mediante el derecho, es decir, que se gobierne en forma jurídica. En concreto,

13. En un sentido similar, Barberis (2016, pp. 15-21) se refiere a tres significados o dimensiones del *rule of law*: la limitación del poder y el conjunto de técnicas necesarias para conseguirla; la legalidad o conformidad con el derecho, un ideal este que se asocia con la supremacía y cumplimiento de la ley en los ordenamientos jurídicos continentales y con principios que van más allá de las leyes formales en el caso de los anglosajones; y, por último, el ideal del gobierno de las leyes y no de los hombres.

14. Hay quienes para referirse a este principio hablan de «*rule by law*» o «*rule with law*», aunque considero que *legalidad* es un término adecuado.

requiere al poder expresarse mediante estándares públicos, articulados en términos generales, prospectivos y consistentes, accesibles a todos¹⁵, dando respaldo a pretensiones de derecho que puedan ser sometidas a la consideración de tribunales habilitados para valorarlas con la participación de quienes están sujetos al poder¹⁶ (Postema, 2023, pp. 54-55).

- Reflexividad. Este principio pretende que el poder esté sometido al derecho mediante el que gobierna. Si quien gobierna lo hace mediante el derecho, pero de algún modo queda exento de él, no se asegura la soberanía del derecho, pues el derecho concurre con otro método de gobierno. No es posible garantizar la soberanía del derecho si el gobernante puede dispensarse del cumplimiento de las normas para decidir, por ejemplo, del modo en que le resulte conveniente. El principio de reflexividad exige que el gobierno mediante el derecho sea universal, es decir, que no haya nadie al margen del gobierno del derecho ni por encima de él, incluyendo a quienes gobiernan, que también están sujetos al derecho¹⁷. La reflexividad exige, por tanto, que el derecho se aplique a quien gobierna, sometiéndolo a control, y que haya instituciones y mecanismos que garanticen que se responde por los incumplimientos y vulneraciones del derecho, es decir, que aseguren la responsabilidad de quien gobierna por las vulneraciones del derecho que cometan¹⁸ (Postema, 2023, pp. 55-56). En definitiva, el principio de reflexividad exige que quienes gobiernan no puedan

15. El Estado de derecho, como ideal político, imprime un determinado carácter o forma a las normas en que el derecho se expresa: deben ser aptas para gobernar el comportamiento de aquellos a los que se dirigen (Raz, 1979, pp. 212-213), es decir, normas que la gente pueda consultar para decidir cómo actuar, públicas, comprensibles, posible de cumplir, coherentes, prospectivas y autoritativas, en el sentido de que deben ser consideradas como vinculantes, al menos por aquellas instituciones que las administran, que deben administrarlas congruentemente con sus propios términos (Krygier, 2014, p. 13404).

16. Waldron (2009) ha señalado, adicionalmente, que nuestra comprensión de lo que sea el Estado de derecho debería hacer hincapié no solo en el valor de las normas establecidas y determinadas y en la previsibilidad que dichas normas hacen posible, sino también en la importancia de los aspectos procedimentales y argumentativos de la práctica jurídica. El gobierno del derecho no consiste, por tanto, solo en la existencia o establecimiento de unas normas que reúnen unos requisitos formales (generalidad, publicidad, etcétera), sino que también incluye elementos procedimentales que garantizan su aplicación imparcial (p. 7).

17. Krygier (2014, p. 13403) advierte que la mayoría de las concepciones del Estado de derecho comparten la convicción de que el ideal exige que no haya exenciones ni privilegios a él, es decir, que todos queden dentro del alcance del Estado de derecho, incluidos quienes lo producen. Políticamente, esto significa que quien gobierna está sujeto al derecho y que, aunque puede cambiar las leyes, debe respetar las normas de orden superior que regulan esos cambios. Socialmente, el Estado de derecho reclama el igual sometimiento de todos los ciudadanos, debiendo garantizarse una cierta generalidad de las normas, así como su aplicación impersonal e imparcial.

18. Sobre la reflexividad, Rundle (2023, p. 5) llama la atención sobre el hecho de que el Estado de derecho es un ideal político, es decir, un modo particular de organizar el poder político según el cual este debe ser organizado y ejercido conforme al derecho, ante el que también es responsable. Además, el ideal es recíproco en el sentido de que involucra tanto a gobernantes como a gobernados, requiriendo que ambos polos de la relación deben estar sometidos a los requerimientos del derecho. El ideal del gobierno del derecho tiene, por tanto, una dimensión política o vertical y una jurídica

dispensarse del cumplimiento de las normas y que tampoco puedan dispensar a quienes a ellos convenga para la satisfacción de sus intereses particulares.

- Exclusividad: con este principio se pretende que todo acto del poder presuponga una potestad jurídicamente conferida. El derecho reclama exclusividad sobre cada acto del gobierno, de modo que las instituciones y funcionarios que actúan en su nombre no puedan actuar legítimamente si esa actuación no ha sido dispuesta por el derecho. No hay prerrogativas de quienes gobiernan al margen de las potestades que les han sido conferidas por el derecho. No hay poderes implícitos y cualquier poder de gobierno no conferido por el derecho es nulo e ilegítimo¹⁹.

3.2. Excepciones a los principios del Estado de derecho

No se gobierna conforme al principio de legalidad si, por ejemplo, las reacciones oficiales y coactivas de respaldo o reproche que afecten a los individuos no están condicionadas por el cumplimiento o incumplimiento de las normas dispuestas, sino por consideraciones ajenas a ellas. Esto podría suceder de un modo sistemático o clamoroso que nos colocase ante escenarios ajurídicos o extrajurídicos o ante formas de gobernar u organizar la convivencia completamente ajenas al derecho²⁰. Así ocurriría, por ejemplo, si sistemáticamente se castigara cuando el castigo es conveniente social o políticamente a los efectos de lograr algún fin o propósito, sin tener en cuenta si se ha llevado a cabo un acto prohibido. También si el gobernante castigara a los individuos atendiendo a lo que ellos mismos o algún tipo de mediador o árbitro hubieran acordado o si el gobernante dispensase un determinado trato o castigase a los individuos en función por lo que son y no por lo que hayan hecho o si reaccionara coactivamente de manera caprichosa.

u horizontal y aunque, según Rundle, se puede aproximar desde estos dos puntos de vista, a la hora de definirlo o caracterizarlo debería prevalecer la primera dimensión, es decir, la política.

19. Como se apreciará, hay una cierta asimetría en el modo en que el Estado de derecho se refleja en los ciudadanos y el modo en que se refleja en los gobernantes: para los primeros, no es necesario que todas sus acciones estén gobernadas por el derecho, pero en el caso de los segundos sí. Cualquier cosa no prohibida por el derecho está permitida a los ciudadanos, mientras que a los gobernantes solo se les permite hacer aquello que el derecho autoriza: es consecuencia de referir el objeto del derecho al ejercicio de la coacción, que no puede proyectarse por quien no ha incumplido una norma —por eso tiene permiso para actuar como considere— y solo puede proyectarse cuando hay una norma que se ha incumplido por alguien, motivo por el que el gobernante no puede reaccionar coactivamente ni condicionar por la fuerza libremente a quien desee, sino solo cuando se trata de garantizar la eficacia de las normas dispuestas y castigando a quienes las incumplen (Postema, 2022, p. 60).

20. En línea con esta idea, Ferrajoli (1991, pp. 98-103) se ha referido, por ejemplo, a principios cuya vulneración da lugar a modelos punitivos extrapenales y no simplemente a modelos de derecho penal liberales o autoritario. Me he referido a este mismo asunto, ampliando el alcance de esas tesis en Peña Freire (2020).

Otra manera más sutil de romper con el Estado de derecho, que se produce por vulnerar *necesariamente* el principio de legalidad y *potencialmente* también los principios de reflexividad y exclusividad, se da cuando el poder *exime a otros* o *se exime* a sí mismo o a sus agentes del cumplimiento de las normas. Esta exención podría admitir diversas formas.

- Un gobernante podría, por ejemplo, eximirse del deber de actuar conforme a las normas, otorgando licencias a sus agentes o a individuos particulares para llevar a cabo actos considerados ilícitos antes de que las acciones hayan tenido lugar. Pensemos en un gobernante que otorgara a alguno de sus agentes *licencia para matar*: en este caso, matar seguiría estando jurídicamente prohibido con carácter general, pero un agente singular habría adquirido el privilegio de cometer ese acto ilícito a sabiendas de que esa acción no tendrá los efectos previstos. La licencia para llevar a cabo actos jurídicamente prohibidos tiene la apariencia de una derogación singular de la norma *ex ante*, pero lo cierto es que la norma continúa vigente, incluso para el agente licenciado, aunque la licencia excluye cualquier posibilidad de reproche, sea señalando la ilicitud cometida sea condenando a su responsable para sancionarle en el modo previsto²¹.
- Otra forma de eximir del cumplimiento del derecho es cancelando el deber de declarar oficialmente que alguien ha cometido un ilícito después de que dicho acto haya sido cometido. En este caso, en lugar adoptar una decisión con la que se permiten actuaciones extralegales a alguien antes de que tengan lugar, se establece *ex post facto*, es decir, después de llevadas a cabo unas acciones que, aunque aparentemente resultan contrarias al derecho, no podrán ser declaradas ilícitas, con lo que tampoco procederán las consecuencias que el derecho típicamente les asocie. Esto es precisamente lo que sucede, con independencia de por quién sea otorgada y de otras condiciones contingentes, cuando se amnistían unos hechos cometidos por algún sujeto. Amnistiar sería, por tanto, cancelar la obligación de proceder a declarar oficialmente que alguien ha cometido un ilícito o cancelar los efectos de la declaración si ya se ha cometido, que se tendría por no formulada. Como ocurre en el caso de la licencia, la norma infringida no solo es plenamente exigible para otros individuos distintos del amnistiado, tampoco dejó de estar vigente para quién de hecho, que

21. Además de James Bond, en la vida real, en el debate jurídico post 11/9, se valoró la posibilidad de que el Presidente de los EEUU pudiera autorizar la comisión de actos extralegales *ex ante*, es decir, a autorizar actuaciones que, en otras circunstancias, serían delictivas. Se propuso que esas licencias solo fuesen susceptibles de revisión política y que quedaran validadas con la reelección electoral. La doctrina dominante en EEUU rechazó esa posibilidad como contraria a la Constitución y al ideal del *rule of law*. Que ese sea un poder autorizado implícitamente por la Constitución o una atribución naturalmente perteneciente al Presidente a la vista de su condición de defensor del pueblo o del Estado, es un debate importante, pero no es objeto de este artículo. Al respecto, Gross (2003, p. 1011).

no de derecho, la incumplió e incluso sigue vigente para otros actos idénticos del propio sujeto distintos de los amnistiados, en especial, si han sido cometidos con posterioridad a la amnistía, pues de extenderse a estos, estaríamos ante una licencia para cometer ilícitos.

- Por último, también se exceptiona el Estado de derecho cuando se procede a la cancelación de las consecuencias que se siguen de la declaración oficial de incumplimiento de una norma, es decir, de la resolución que declara un ilícito o de la sentencia que señala a unos hechos como constitutivos de delito. Precisamente esto es lo que sucede cuando se indulta a alguien, con independencia de por quién sea otorgado el indulto o de otras circunstancias contingentes. Indultar sería, por tanto, cancelar las consecuencias de la declaración oficial de un ilícito, es decir, eximir a quien ha sido oficialmente declarado como infractor del deber de cumplir con las sanciones asociadas a la infracción cometida.

De las últimas consideraciones se sigue que, en abstracto, cualquier medida de gracia, sea una amnistía o un indulto, es, salvo en las condiciones que más adelante se detallarán, incompatible con el Estado de derecho. Al amnistiar o al indultar el Estado exime del cumplimiento de las normas pues cancela la posibilidad de que se apliquen.

Efectivamente, el principio de legalidad exige que el poder se exprese en forma legal en su relación con cada ciudadano. La existencia de normas que no fuesen aplicadas por los poderes de gobierno o que solo lo fuesen de modo ocasional en función de consideraciones de pura conveniencia, sería contraria a lo exigido por el principio de legalidad. Entre las implicaciones más fundamentales de la legalidad, junto a la forma concreta que hayan de adoptar sus decisiones de modo que puedan ser calificadas como normas, está la de que las normas se cumplan por aquellos a quienes van dirigidas. Esto implica también garantizar la sanción a quienes las incumplen, lo que, con carácter previo, exige garantizar que los ilícitos sean declarados oficialmente en la medida en que este es un paso necesario antes de proceder a la aplicación de las sanciones que correspondan. La legalidad requiere, por tanto, que los gobernados que han incumplido con las normas sean castigados o sancionados en los términos prescritos. En un Estado de derecho se debe juzgar a los responsables de actos ilícitos y se debe hacer cumplir la sanción que corresponda a quienes sean declarados culpables de algún acto ilícito. Esto implica, si de ilícitos penales hablamos, declarar judicialmente la responsabilidad de quienes han cometido actos contrarios a las normas penales y garantizar que recaen sobre los responsables las sanciones previstas en esas normas. Lógicamente, tanto la amnistía como el indulto, por eximir de las consecuencias del ilícito o del cumplimiento de la pena, son excepciones a esa exigencia.

Ahora bien, amnistía e indulto difieren en la intensidad con la que cada una de ellas impacta sobre los principios del Estado de derecho: la amnistía impacta más severamente sobre ellos que el indulto. Tiene un impacto mayor sobre los principios del Estado de derecho la suspensión de las consecuencias jurídicas del

delito que las de la pena o, dicho de otro modo, es más perdonar el delito que perdonar solo la pena.

El indulto exime a quien ha cometido un acto que oficialmente ha sido declarado ilícito de padecer las sanciones que legalmente correspondan, pero deja incólume la sentencia condenatoria, es decir, la declaración oficial relativa a la ilegalidad del acto y, en cierto modo, también la condición de responsable de su autor, aunque es una responsabilidad sin efectos. El orden jurídico y el Estado de derecho, con ese pronunciamiento oficial, se ven parcialmente honrados. Con el indulto, el Estado de derecho ha tenido una ocasión para afirmarse, pues subsiste la sentencia que declara oficialmente la ilegalidad: por mucho que no se produzcan las consecuencias que siguen a esa declaración oficial, al menos la declaración oficial se ha producido y es posible señalar a alguien como infractor de las normas, pese a que no padezca la sanción que le habría correspondido de no haber mediado el indulto. El indultado, por así decirlo, sigue siendo un infractor o delincuente porque así ha sido declarado oficialmente.

En el caso de la amnistía esa oportunidad para la afirmación oficial del derecho no se da, porque se decreta que actos cuyos responsables pueden estar investigándose, pendientes de juicio o siendo juzgados, no van a poder ser declarados oficialmente como ilícitos ni, por tanto, sus autores considerados infractores, lo que obviamente excluye de raíz la posibilidad de sancionarles²². La amnistía equivale, por tanto, a una exención retroactiva del deber de cumplir con el derecho: algo que estaba y está prohibido no podrá ser declarado ilícito, pese a haber sido llevado a cabo por quienes han sido amnistiados. La diferencia de trato entre quienes siguen sujetos a la norma y quienes, pese a haberla incumplido, se han visto exentos de cualquier sanción e incluso de la consideración de que llevaron a cabo algo ilícito, es clamorosa.

De otro lado, la amnistía y el indulto pueden ser excepciones al principio de reflexividad que reclama que las normas se apliquen también a quienes gobiernan. Es así con claridad si mediante la amnistía el gobernante se exime a sí mismo o a sus agentes de las consecuencias que comporta el incumplimiento de las normas, como ocurre en el caso de las autoamnistías. Pero es así también cuando quien gobierna administra en función de sus propios intereses el poder de garantizar el cumplimiento de las normas, es decir, cuando exime a quienes las han incumplido de padecer las consecuencias asociadas a su incumplimiento o les exige su cumplimiento en función de lo que al propio poder conviene. Esto pone de manifiesto que el poder dispone de la potestad de gobernar conforme a derecho *privadamente*, es decir, que la administra a pura conveniencia, eximiéndose de actuar conforme a derecho o eximiendo a otros cuando le conviene. Por tanto,

22. En un sentido similar Cuerda Riezu (2016, pp. 30-31), para el que la amnistía es un «borrón y cuenta nueva», un absoluto olvido, una ficción respecto a un hecho del pasado, «como si» no se hubiera realizado tal hecho, que después resulta amnistiado. Sin embargo, el indulto no afecta al delito o falta cometidos, sino a la pena o penas impuestas y no impide, por ejemplo, el registro de la condena en el registro de antecedentes o el hipotético efecto posterior de la agravante de reincidencia.

en un Estado de derecho las autoridades no pueden excusarse del cumplimiento de las normas ni liberar a otros de ese deber cuando esto sea preciso para satisfacer sus intereses privados, pues así se pone de manifiesto que no están sujetas a las normas, sino que disponen de ellas utilizándolas instrumentalmente para la satisfacción de sus propios fines.

En cualquier caso, nada de lo anterior significa que la amnistía o el indulto sean en cualquier circunstancia *incompatibles* con el Estado de derecho: es obvio que su reconocimiento es común y sería absurdo llegar a la conclusión de que allí donde es posible conceder cualquiera de esas medidas de gracia no existe Estado de derecho. Amnistía e indulto son siempre excepciones al Estado de derecho, pero son tolerables e incluso pueden llegar a ser convenientes si son puntuales y si cumplen con ciertas condiciones. La primera es que la habilitación para conceder amnistías o indultos debe venir constitucionalmente dispuesta, es decir, proclamada claramente por la misma constitución que proclama el Estado de derecho. Es importante insistir en que esa habilitación tiene que ser expresa, pues admitir habilitaciones implícitas al gobernante para eximir del cumplimiento del derecho implicaría vulnerar el principio de exclusividad, del que se sigue que cualquier excepción al Estado de derecho debería estar si no expresa, al menos, claramente establecida en la constitución. La segunda condición es que esas potestades permanezcan excepcionales, es decir, que su ejercicio no desvirtúe el ideal del Estado de derecho. Por eso, ni la proclamación de la excepción ni el modo en que es llevada a la práctica deberían ser demasiado amplios, hasta el punto de convertir a la excepción en regla. Indultar o amnistiar no puede convertirse en el modo ordinario en que se aplican las normas penales: un Estado en el que el legislador o el gobierno eximiesen de responsabilidad penal al ochenta o noventa por ciento de los imputados antes de la celebración del juicio, por ejemplo, sería como poco un Estado de derecho muy deficiente. Por el mismo motivo, indultar o amnistiar tampoco deberían ser procesos jurídicos ordinarios, sino que deberían ser vistos como algo, por así decir, extraordinario, pues otra cosa cuestionaría que el Estado fuese realmente *de derecho*²³.

En definitiva, tanto amnistías como indultos son, por tanto, excepciones a los principios del Estado de derecho y son permisibles siempre que vengan establecidas por la misma norma que constituye al poder como Estado de derecho y siempre que sean efectivamente excepcionales. Por eso, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que esté constitucionalmente proclamado el Estado de derecho, la potestad para otorgar alguna medida de gracia ha de estar igualmente contemplada en la Constitución. La razón es bien sencilla: siendo la concesión de una amnistía o de un indulto una excepción a los principios que definen el Estado de derecho, la potestad para otorgarla ha de estar expresamente contemplada por la Constitución o, al menos, estar claramente implícita a alguna otra potestad conferida a algún órgano, lo que la convierte en una excepción constitucional-

23. En un sentido similar, y citando a Concepción Arenal, señala García San Martín (2015, p. 54) que el indulto no debería convertirse en una vía alternativa de justicia en manos del ejecutivo mediante un uso abusivo del mismo.

mente admisible. En otro caso, allí donde el Estado de derecho está proclamado, pero no hay una habilitación constitucional clara para otorgar medidas de gracia, ha de concluirse que están constitucionalmente prohibidas, pues reconocerlo equivale a conferir a un órgano la potestad de suspender o dejar sin efecto los principios del Estado de derecho sin estar constitucionalmente habilitado para hacerlo en supuestos específicos.

IV. LA LEY ORGÁNICA DE AMNISTÍA: SU CONSTITUCIONALIDAD Y COMPATIBILIDAD CON EL ESTADO DE DERECHO

Aunque no es fácil un análisis jurídico de la LOA²⁴, en el primer apartado de este cuarto epígrafe me pronunciaré sobre dos aspectos relevantes relativos a la constitucionalidad de la LOA y, en general, de las amnistías presuponiendo que la amnistía, como el indulto, es una medida excepcional de gracia. En el segundo presupondré que amnistiar es una manifestación de la potestad legislativa.

4.1. LOA y amnistía como medida de gracia

Cualquier medida de gracia, como vimos, es por su propia naturaleza incompatible con el principio de legalidad. Sobre este asunto, la amnistía concedida en la LOA no plantea ninguna singularidad.

La incompatibilidad de la LOA con el principio de reflexividad sí merece un comentario. Es relevante que miembros y cargos de algunos de los partidos que componen la mayoría parlamentaria que la aprobó sean beneficiarios de la amnistía, pues eso convierte a la LOA en una autoamnistía. La amnistía no la ha concedido quien gobierna a *terceros*, pues entre los grupos políticos de la mayoría que la aprueba y quien se ha beneficiado directamente de ella hay un solapamiento directo y significativo²⁵. En cualquier caso, para el supuesto de que no se

24. Sus circunstancias —que no formara parte de los compromisos electorales del partido que la promovió, cuyo cabeza de lista se había opuesto reiteradamente a la misma antes de las elecciones, que se formulara en el contexto de una investidura, que haya sido acordada con un prófugo de la Justicia, que se presentase como Proposición de Ley para evitar requerir los informes que hubieran sido precisos de haberse promovido como Proyecto de Ley, que se haya tramitado por la vía de urgencia, que haya sido acordada, si no materialmente redactada, por miembros de partidos a los que pertenecen sus principales beneficiarios, que los tiempos del enjuiciamiento de su constitucionalidad hayan coincidido con los favorables a los propósitos de la mayoría de gobierno, por solo citar algunas— sugieren que nos hallamos ante un enorme fraude democrático.

25. Este es un aspecto que, salvo alguna excepción relevante (Ruiz Robledo, 2024), no se ha explorado suficientemente. El informe de la Comisión Europea al TJUE confirma esta idea cuando señala que «no parece que la LOA responda efectivamente a un objetivo de interés general (...). De entrada, la LOA parece constituir más una autoamnistía, por dos motivos. En primer lugar, porque los votos de sus beneficiarios han sido fundamentales para su aprobación en el parlamento español. En segundo lugar, porque el proyecto de ley es parte de un acuerdo político para lograr la investidura del Gobierno de España. Pues bien, si hay respaldo para considerar que las autoamnistías

admitiera esa identificación entre otorgantes y beneficiarios de la amnistía, al condicionarse la concesión de la amnistía al apoyo en la investidura, es decir, al acordarse impunidad por investidura, se pone de manifiesto que quienes gobiernan hacen un uso instrumental del cumplimiento del derecho, exigiendo o eximiendo del cumplimiento de las normas a quien proceda a cambio de la satisfacción de intereses particulares asociados a la continuidad en el cargo de los que detentan el poder. Por esas razones considero a la LOA incompatible con el principio de reflexividad.

Sobre el principio de exclusividad hay que decir lo siguiente. Se ha señalado que la LOA no es contraria al principio de exclusividad porque la potestad para amnistiar está reconocida por el ordenamiento jurídico español, si bien no de modo demasiado claro. Ausente una habilitación expresa en la Constitución, la misma se supone implícita y se pretende demostrar refiriendo menciones a la amnistía que aún es posible encontrar en diversas leyes preconstitucionales²⁶ o en algunas disposiciones reglamentarias posteriores²⁷. Se obvia el hecho importante de que leyes postconstitucionales que deberían haberla referido si efectivamente fuese una potestad *activa* en la Constitución no lo hacen. Valga como relevante ejemplo de esto último el Código Penal de 1995, que no contenía referencia alguna a la amnistía entre las causas que eximen de la responsabilidad criminal, aunque es del todo obvio que debería haberla contenido si, en efecto, la constitucionalidad de la potestad para amnistiar se probase señalando normas en las que la amnistía aparece mencionada. Por esa razón, es más fácil llegar a la conclusión contraria a la apuntada por los partidarios de la ley, es decir, que el hecho de que el CP/1995 no mencionase a la amnistía, como sí que menciona al indulto, es la prueba de que dicha potestad no está constitucionalmente atribuida a nadie por la sencilla razón de que no es una potestad constitucional. Esa significativa ausencia, que se prolonga desde 1995 hasta 2024, se ha intentado superar señalando que obedece a un inadvertido descuido y se ha pretendido subsanar por la propia LOA mediante una conveniente modificación del art. 130,1, 4º del CP/1995, que incluye la referencia a la amnistía entre las causas que eximen de responsabilidad penal. Sin embargo, lo único que esto demuestra es lo irresponsable y cínico que es quien promueve ese ejercicio de constitucionalización retroactiva.

Una variante del argumento anterior, no menos débil, es la que apunta a que el Tribunal Constitucional en diversas sentencias habría *acreditado* la constitucionalidad de la potestad para amnistiar y su atribución a las Cortes Generales al pronunciarse sobre ella en algunas de sus sentencias. Es verdad que el Tribunal

en las que quien ostenta el poder político pretende blindarse garantizándose su inmunidad jurídica son contrarias al principio del Estado de derecho, parece que el mismo criterio habría que aplicar cuando quien está en el Gobierno garantiza la impunidad de sus socios a cambio de apoyo parlamentario» (Comisión Europea, 2025, párrafo 94).

26. Como el art. 666 LECrim.

27. Como los Reales Decretos 796/2005, 1608/2005, 2003/1986 y 33/1986 que se refieren a la amnistía como causa de extinción de la responsabilidad disciplinaria de algunos cuerpos de funcionarios.

Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de algunas leyes que desarrollaban efectos de la amnistía aprobada en octubre de 1977 referidos —como, por ejemplo, la STC 76/1986— a cuestiones laborales o prestacionales y también sobre algunos recursos de amparo que cuestionaban la aplicación de algunas determinaciones de la amnistía del 77 que distinguían, por ejemplo, entre personal civil o militar, como la STC 63/1983. Sin embargo, eso no acredita que la decisión de amnistiar a alguien concedida postconstitucionalmente sea constitucional.

Especialmente llamativo me parece el caso de la STC 147/1987, de la que se seguiría, según el Preámbulo de la LOA, apartado IV, que no hay en la Constitución restricción directa a las amnistías. Literalmente se señala que «la constitucionalidad de la amnistía fue declarada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 147/1986, de 25 de noviembre, a propósito precisamente de la aplicación de la Ley 46/1977. En este pronunciamiento, se afirma taxativamente que “no hay restricción constitucional directa sobre esta materia”». Siendo bienintencionados, diremos que esa referencia solo puede significar eso si se la presenta descontextualizada. En su contexto no significa eso en modo alguno. El contexto de la STC 147/1986 es un recurso referido a la Ley 1/1986 —no a la ley 46/1977 de Amnistía— en la que se declaraban imprescriptibles ciertas acciones dirigidas, fundamentalmente, al restablecimiento de la relación laboral cuando se hubiera visto finalizada por algún hecho amnistiado en 1977. El Tribunal Constitucional dice que sobre el asunto al que se refiere la Ley 1/86 no hay restricción constitucional directa, es decir, el TC dice que sobre la duración de las acciones laborales no hay restricción directa en la Constitución. No se refiere esa frase, pues, a la potestad para amnistiar, sino a la duración de los plazos de las acciones laborales. Dejo a criterio del lector el determinar si hacer pasar lo que se dice para los plazos por una referencia a la potestad para amnistiar, como hace el Preámbulo de la LOA, es signo de mala comprensión lectora o lisa y llanamente una tergiversación y un engaño.

En definitiva, es importante insistir en que en esas sentencias no se valora la constitucionalidad de la potestad para amnistiar, sino la de algunas medidas subsiguientes a su ejecución y, en particular, a la compatibilidad entre el alcance de esas medidas y el principio constitucional de igualdad. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre ninguna amnistía posterior a la Constitución por la sencilla razón de que no ha habido ninguna amnistía postconstitucional anterior a la de 2024²⁸.

Desde luego tampoco tiene sentido decir que amnistiar es constitucional, puesto que el Tribunal Constitucional no declaró inconstitucional la amnistía de

28. La llamada *Amnistía Fiscal* de 2012 no es propiamente una amnistía, sino un proceso de regularización fiscal extraordinario, es decir, que no borra ilícitos ni exime de sanciones, por mucho que de hecho supusiera una condonación parcial de la cuantía de las obligaciones tributarias. La denominación, probablemente de origen político-periodístico, no debería interferir en el debate jurídico sobre la amnistía. En cualquier caso, la regularización fue declarada inconstitucional y nada en la STC 73/2017 sugiere que hubiera sido constitucional de haberse aprobado por ley.

1977. La razón de que no contemos con esa declaración de inconstitucionalidad es bien sencilla: la Ley de Amnistía de 1977 no fue recurrida porque es preconstitucional. Tampoco se puede llegar a la conclusión de que amnistiar es constitucional porque la Ley de Amnistía no puede considerarse implícitamente derogada por la Constitución en la medida en que siguió aplicándose con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución misma. La razón nuevamente es sencilla: que sea inconstitucional amnistiar después de la Constitución no implica que sea constitucionalmente necesario revertir los efectos de una amnistía preconstitucional. En general, ocurre así con cualquier ley preconstitucional, siempre y cuando los efectos de su contenido no sean inconstitucionales, incluso si fuese inconstitucional acordarla en los términos en que se acordó. De otro lado, siendo la amnistía una norma favorable a los reos, revertir o suspender sus efectos no habría sido jurídicamente posible²⁹, pues la misma Constitución prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos. Es obvio que si se ha extinguido la responsabilidad penal de alguien, previa amnistía, de la responsabilidades que se siguen de sus hechos, no se puede restablecer después de nuevo su responsabilidad alegando una inconstitucionalidad sobrevinida y posterior a la extinción de la responsabilidad: no habría tenido mucho sentido, por ejemplo, liberar a alguien de la prisión con la Ley de Amnistía y pedirle el reingreso a la entrada en vigor de la Constitución alargando su pena por el tiempo en que habría estado indebidamente en libertad. Desde luego, si eso hubiera ocurrido, debería haber sido acordado por la propia Constitución de un modo expreso, mediante alguna disposición sancionadora desfavorable o restrictiva de derechos clara que hubiera suspendido los efectos de la amnistía. Es obvio que esta es una muy mala tarjeta de visita de la norma constitucional, pero, en cualquier caso, en ausencia de ese tipo de disposiciones en la Constitución, no se debe entender que no quiere ser congruente con su propio sentido.

En cualquier caso, si prescindimos de razonamientos más o menos circunstanciales o hipotéticos y vamos a lo que hay en la Constitución sobre medidas de gracia, lo que encontraremos es el art. 62 i), que establece, literalmente, que «Corresponde al Rey: i) El ejercicio del derecho de gracia conforme a la ley, que no podrá autorizar indultos generales».

Hay quienes consideran que del art. 62, i) CE se sigue que constitucionalmente no está permitida la aprobación de leyes de amnistía y para llegar a esa conclusión se valen del argumento *a minori ad maius*. Para Gimbernat (2023), por ejemplo, «si incluso el indulto general está prohibido por la CE, con mayor moti-

29. Ni tampoco políticamente conveniente: las mismas Cortes que aprobaron la Constitución habían aprobado una Ley de Amnistía en octubre de 1977 y, siendo la Ley de Amnistía uno de los pilares claves de la Transición Política y la Constitución la culminación de la Transición misma, no habría sido aconsejable que se hubieran prohibido expresamente las leyes de amnistía o impedido la ejecución de la aprobada, máxime cuando la Ley de Amnistía del 77 estaba siendo objeto de críticas por fuerzas políticas y parlamentaria contrarias a la Constitución. La Transición y la Constitución misma podrían haberse ido al traste por un pronunciamiento de ese género.

vo tiene que estarlo la amnistía, que constituye una medida de gracia mucho más amplia (argumento “*a minori ad maius*”).

Sin embargo, desde posiciones favorables a la LOA se ha señalado que de la prohibición por la Constitución de los indultos generales se sigue que permite los indultos particulares y también las amnistías por ser estas una manifestación del derecho de gracia cualitativamente distinta a los indultos. Este último argumento relativo a la naturaleza de las amnistías se ha dado por respaldado a partir de una alusión incidental del Tribunal Constitucional a ellas, reproducida también por el Preámbulo de la LOA, en la STC 147/1986, en la que se dice que «es erróneo razonar sobre el indulto y la amnistía como figuras cuya diferencia es meramente cuantitativa, pues se hallan entre sí en una relación de diferenciación cualitativa». Insiste en ese argumento, por ejemplo, García Roca (2023), para el que «una interpretación constitucional adecuada permite concluir que el artículo 62. i) CE no prohíbe la amnistía, pues reconoce el “derecho de gracia” lo que incluye la amnistía, y sólo prohíbe expresamente los “indultos generales”, que es una institución muy distinta». Añade, además, en lo que pudiera interpretarse como un argumento distinto y complementario que «las prohibiciones deben ser taxativas y no pueden extenderse mediante analogía, cercenando la libertad del legislador democrático». Este argumento finalmente fue adoptado por el Tribunal Constitucional en la STC 137/2025, en la que se señala que:

(...) la relación existente entre el indulto y la amnistía no es cuantitativa o de grado, sino cualitativa. Esta afirmación se fundamenta en que estas instituciones presentan diferencias sustanciales. Con carácter general, la amnistía supone excepcionar retroactivamente la aplicación de una norma punitiva y eliminar, total o parcialmente, respecto de aquellos a quienes beneficia, la responsabilidad de carácter represivo que se derive de la comisión de ese ilícito. El indulto, sin embargo, solo exime de las penas total o parcialmente impuestas, pero no afecta a otras consecuencias que se derivan del ilícito cometido. Al tratarse de instituciones diferentes, la inconstitucionalidad de una ley de amnistía no puede fundamentarse en la prohibición de los indultos generales que contiene el art. 62 i) CE (Fundamento Jurídico 3.2.1).

Que el Tribunal Constitucional haya razonado así no significa obviamente que el razonamiento será correcto. A mi juicio, algo puede ser cualitativamente distinto a otra cosa en algún sentido, sin que esto excluya cualquier comparación entre ambos elementos en términos cuantitativos, pues la existencia de alguna diferencia cualitativa entre dos objetos no excluye que compartan otros rasgos sobre los que construir la comparación³⁰. Solo si efectivamente el sentido de la diferencia impidiera cualquier comparación en términos de más o menos, esta posibilidad estaría bloqueada. Podría, por tanto, existir una diferencia cualitativa

30. Dicho en términos banales: es obvio que un modelo de coche y otro pueden compararse cuantitativamente en muchos aspectos, valorando, por ejemplo, su potencia, velocidad o su consumo de combustible. Obvio es también que un coche, un avión y un barco, que son cualitativamente distintos, pueden compararse en esos mismos aspectos

entre amnistías e indultos, pero de aquí no se sigue que no haya espacio para un razonamiento en términos *a minori ad maius*. El razonamiento *a minori* queda habilitado por el mayor o menor impacto de dos instituciones sobre el Estado de derecho no porque las instituciones compartan todos sus rasgos y se diferencien solo por ser más o menos la una respecto de la otra. Independientemente de la naturaleza de cada una de las medidas, su impacto sobre el Estado de derecho puede ser mayor o menor, lo que autoriza a razonar en términos de *a minori*, debiendo quien sostiene la constitucionalidad de la amnistía demostrar que ese impacto mayor está justificado y que, por tanto, no implica la inconstitucionalidad de la decisión de amnistiar.

Como ya se ha señalado, desde el punto de vista que ofrecen los principios del Estado de derecho, impacta más en esos principios la suspensión de las consecuencias jurídicas del delito que las de la pena. El indulto exime a quien ha cometido un acto que oficialmente ha sido declarado ilícito de padecer las sanciones que legalmente correspondan, pero deja incólume la sentencia condenatoria y también la condición de responsable de su autor, lo que no ocurre en la amnistía, donde se cancelan todas las consecuencias jurídicas de un acto ilícito. Sobre este punto está de acuerdo incluso el Tribunal Constitucional, aunque en esto no sea coherente con su decisión, cuando afirma que

(...) la amnistía supone excepcionar retroactivamente la aplicación de una norma punitiva y eliminar, total o parcialmente, respecto de aquellos a quienes beneficia, la responsabilidad de carácter represivo que se derive de la comisión de ese ilícito. El indulto, sin embargo, *solo* exime de las penas total o parcialmente impuestas, pero no afecta a *otras* consecuencias que se derivan del ilícito cometido (Fundamento Jurídico 3.2.1 STC 137/2025, resaltado mío).

En efecto, que el indulto afecte *solo* a las penas y no a *otras* consecuencias indica que la amnistía afecta no *solo* a las penas y sí a *otras* consecuencias. No se me ocurre qué más demostración de la existencia de una relación que autoriza la comparación entre ambas instituciones en términos de *a minori*.

Podría, quizás, admitirse lo anterior y señalarse que no es relevante porque esa mayor cantidad de efectos de la amnistía se compensa si tenemos en cuenta que las amnistías las concede el poder legislativo, mientras que lo propio de los indultos es ser concedidos por el ejecutivo. En efecto, los partidarios de la LOA señalan que la prohibición de conceder indultos generales del art. 62 CE afecta al ejecutivo, pero que nada impide que el legislador conceda amnistías³¹, quien no estaría referido por la prohibición constitucional. Así razona también el Tribunal Constitucional (STC 137/2025) cuando afirma que los indultos «tal y como los

31. Una redacción más apropiada al art. 62 CE habría sido, en ese caso, la siguiente «corresponde al Rey el ejercicio del derecho de gracia con arreglo a la ley, que podrá otorgar amnistías y todo tipo de indultos y también autorizar al Gobierno a la concesión de indultos particulares». Sin embargo, es obvio que la norma que se sigue de este enunciado no se corresponde con la que se sigue de la redacción del art. 62 CE.

define la Constitución, son actos del jefe del Estado, sujetos a refrendo del Poder Ejecutivo, que han de ejercerse conforme a la ley [arts. 62 i) y 64 CE] —esto es, cumpliendo los requisitos que la ley que regula el ejercicio de esta potestad establece— y, como esta decisión es un acto del Gobierno, puede ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 106 CE)».

Ese es un razonamiento manifiestamente erróneo que confunde clamorosamente los planos constitucional, legislativo y conceptual, pues define a los indultos en función de lo que establece la Ley de 1870 que circunstancialmente los regula, asumiendo de un modo extraño que esa definición se impone al texto constitucional mismo e incluso que es la única compatible con la naturaleza propia del indulto. Además, quien razona así olvida que tal y como los configura la CE, los indultos son otorgados *con arreglo a la ley*, lo que significa que de la Constitución no se sigue que los indultos sean algo concedido necesariamente por el Ejecutivo, sino que, si acaso, pueden serlo si la ley así lo prevé³².

Despejado ese escollo y habilitado el razonamiento *a minori*, solo cabe concluir en un sentido: amnistiar está constitucionalmente prohibido al legislador. La razón es bien simple: la Constitución prohíbe *a la ley* los indultos generales. La razón no puede ser otra que la falta de justificación de su impacto sobre el Estado de derecho y, adicionalmente, sobre otros principios como la igualdad de los ciudadanos ante la ley. En cualquier caso, siendo el impacto de una amnistía sobre el Estado de derecho mayor que el de cualquier indulto, es obvio que la Constitución prohíbe también *a la ley* su concesión.

Adicionalmente, me parece importante señalar que una interpretación como la de los partidarios de la amnistía introduce una contradicción o, al menos, una discontinuidad en la Constitución. En efecto, si se afirma que la Constitución permite lo menos, prohíbe lo medio y permite lo más, se estaría presuponiendo que la Constitución no es lógica ni racional. Este tipo de interpretaciones, generativas de antinomias y contrarias al ideal del legislador racional, no deberían ser demasiado persuasivas³³.

En resumen, siendo excepciones a un principio de la Constitución como es el Estado de derecho, ninguna manifestación del derecho de gracia puede considerarse objeto de una habilitación tácita del gobernante, que solo podrá otorgarlas

32. Es más, podríamos aceptar el razonamiento del Tribunal Constitucional y, sin embargo, llegar a la conclusión contraria a la que él llega, diciendo que la amnistía las concede el legislador y no el ejecutivo precisamente por su impacto más severo sobre el Estado de derecho, es decir, porque son más o peores que los indultos. En esos términos, estando prohibida a la ley la concesión de indultos generales, la extensión de la prohibición a las amnistías queda despejada.

33. Según Ezquiaga (1987) este presupuesto está en algunos consolidados argumentos jurídicos, como, por ejemplo, el argumento *a cohaerentia* o el *sedes materiae*, que presuponen que existe una sistematización racional de todas las disposiciones jurídicas fruto de la voluntad de una autoridad o legislador o que es atributo del legislador racional su rigor en la ordenación de los textos que obedece a un criterio sistemático y que esa sistemática traduce la voluntad del legislador y sirve de información al intérprete. Lógicamente, lo que vale para el legislador, vale para el constituyente. No debería, por tanto, interpretarse la Constitución presuponiendo que sus normas no son proporcionales o que son ilógicas en sus valoraciones o que contienen discontinuidades poco racionales.

si está jurídicamente habilitado para hacerlo y en las condiciones que jurídicamente se determinen. Lo contrario sería una vulneración del principio de exclusividad³⁴. Es obvio que la Constitución implícitamente, pero con gran claridad, permite a la ley autorizar indultos particulares, lo que significa que el legislador podrá, por ley, autorizarlos o delegar a otro su autorización³⁵. Sin embargo, la ley no puede autorizar ni indultos generales, ni mucho menos amnistías. Lo primero está constitucionalmente prohibido de modo expreso a la ley. Lo segundo es más que lo anterior, con lo que está constitucionalmente prohibido a la ley con más razón. Afirmar que la ley puede autorizar amnistías es, por tanto, atribuir al legislador potestad para hacer algo peor que lo constitucionalmente está prohibido de modo expreso.

4.2. LOA y amnistía como potestad legislativa

Como señalé, el criterio dominante sobre la amnistía es considerar que es una medida de gracia cuya concesión típicamente aparece atribuida a los legislativos, que presenta un alcance mayor, unas limitaciones menores y una justificación distinta a la de los indultos, la otra forma en que comúnmente expresa la gracia. Sin embargo, junto a esta concepción de la naturaleza jurídica de la amnistía, hay otra según la cual amnistiar es expresión de la potestad legislativa ordinaria.

El Preámbulo LOA (apartado IV), por ejemplo, señala que «la amnistía, lejos de ser una figura inconstitucional, forma parte del pacto fundacional de la democracia española y se presenta como una facultad de las Cortes Generales, en las que está representado todo el pueblo español, titular de la soberanía nacional. De esta manera, a quien se halla legitimado para tipificar o destipificar una determinada conducta se le reconoce, en lógica consecuencia, la facultad de amnistiar esos mismos hechos sin otros límites que los que directamente dimanan de la Constitución».

34. Las referencias a las constituciones de otros países que se encuentran en el Preámbulo de la Proposición de Ley de Amnistía se entienden mejor una vez que se comprende cuáles son los principios constitutivos del Estado de derecho. En países como Italia, Francia, Portugal o Austria, hay una autorización constitucional expresa para conceder amnistías: no se incumple, por tanto, el principio de exclusividad. Sí se incumple el principio de exclusividad en el caso español.

35. Sin que, por cierto, quepa en este asunto la iniciativa legislativa popular. En efecto, de cierta relevancia es que la Constitución en su art. 87,3 disponga que «Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley (...) No procederá dicha iniciativa (...) en lo relativo a la prerrogativa de gracia». Esto se ha interpretado como un reconocimiento tácito de que son posibles leyes de amnistía, pero no iniciativas legislativas en materia de amnistía. Sin embargo, a mi juicio, lo que significa en lógica constitucional es simplemente que no se puede instar popularmente la tramitación de proposiciones legislativas con las que se pretenda la concesión por las Cortes de indultos particulares, los únicos constitucionalmente posibles. No cabe, por tanto, que 500.000 compungidos ciudadanos respalden una iniciativa legislativa popular para la aprobación de una ley en la que se indulte a un condenado guapo y famoso tras su deposición televisiva.

Este parece ser también el criterio adoptado por la sentencia 137/2025 con la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la LOA, que considera que la amnistía:

Se caracteriza por ser un acto que, por lo general, tiene como objeto excepcionar con carácter retroactivo la aplicación de normas punitivas, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de ser juzgado por la comisión de los hechos ilícitos que tales normas tipifican, como a la de extinguir, total o parcialmente, las condenas a las que su aplicación ha dado lugar. Por ello, un acto de estas características que, por su propia naturaleza, supone excepcionar de forma retroactiva la aplicación del Derecho para determinados sujetos (los que cometieron los hechos que se consideran exentos de responsabilidad de carácter punitivo) solo puede ser adoptado por el legislador, pues solo el Parlamento, en ejercicio de su potestad legislativa, puede excepcionar la ley (Fundamento Jurídico 3.2.1).

Se sigue de estas referencias que la decisión de amnistiar es una prerrogativa legislativa, de modo que las Cortes Generales *igual* que por ley pueden prohibir algo a futuro, por ley pueden excepcionar retroactivamente lo dispuesto en la propia ley o, dicho de otro modo, excepcionar su *aplicación*, es decir, eliminar la responsabilidad que se sigue de un acto ilícito *ya cometido*. Por lo tanto, la habilitación constitucional al legislador para amnistiar estaría implícita no en el art. 62, i) CE, sino en el art. 66, 2 CE, que confiere al Parlamento la potestad legislativa. En efecto, la STC 137/2025 recuerda que el legislador:

no necesita una habilitación expresa de la Constitución para poder ejercer la potestad legislativa. Si se entendiera que una ley de amnistía no es constitucionalmente admisible por no haber atribuido la Constitución esta competencia al Parlamento, se estaría excepcionando (...) el principio democrático y, en particular, la potestad legislativa que, con carácter general, sin distinción alguna, atribuye el art. 66,2 CE a las Cortes Generales.

Y añade que:

(...) El silencio constitucional, por sí solo, no equivale a la prohibición de una institución. Tal consecuencia solo es posible en los supuestos en los que dicha institución sea incompatible con la propia Constitución. Si no concurre esta circunstancia será el legislador el que, con la libertad de configuración que le es propia, la incorpore a nuestro ordenamiento jurídico y acometa su regulación sin más límites que los que se derivan de la norma fundamental. De otro modo, se estaría privando a la mayoría parlamentaria de opciones legislativas que no le han sido sustraídas por decisión del constituyente, lo que conllevaría, como se acaba de señalar, la infracción del principio democrático, eje vertebrador de nuestro sistema constitucional (Fundamento Jurídico, 3.2.2).

Que la decisión de amnistiar podía tener naturaleza legislativa había sido sugerido en el marco de los debates sobre la LOA, tanto por críticos como por defensores. Según Lascuraín (2024, p. 188), la amnistía ni enjuicia ni absuelve a

los sujetos que cometieron los delitos amnistiados, sino que «excluye la aplicación de la ley a los mismos: delimita el área de la ley, siquiera de un modo bastante singular. La composición final de la ley sería algo así como “el que cometa el delito A será penado con la pena B, salvo que el delito se haya cometido en el momento X y en las circunstancias Z”»³⁶. Por su parte, García Roca (2024, pp. 25-26), citando a Zagrebelsky, afirma que «la amnistía determina de forma retroactiva una derogación o suspensión de la eficacia de la norma penal *ex post facto* para determinados supuestos de hecho, y es un mandato dirigido a los órganos judiciales. Añade García Roca (2024, pp. 28-29) que:

la competencia general de la ley y el concepto formal de ley abarcan la amnistía. No existe en nuestro ordenamiento una reserva general de ley para un elenco de materias: el concepto de ley en la Constitución española es formal. La ley no reclama una habilitación constitucional expresa en cada ocasión para regular un contenido. Existe una amplia libertad de configuración normativa del legislador democrático; también en la selección del objeto, salvo el incumplimiento de previsiones constitucionales que aquí distan de ser evidentes. La amnistía es parte de la ley y de la función legislativa. No es necesario —y sería absurdo— que se previera la amnistía como función del Parlamento en el art. 66 CE, pues supondría la falacia de tomar la parte como el todo: la amnistía es un contenido de la ley. Sería imposible enumerar todas las materias sobre las que la función legislativa se proyecta.

La lectura de la amnistía en esos términos no es nueva: Requejo Pajés (2001, pp. 82-83) ya se había referido a quienes conciben la amnistía como una suerte de derogación retroactiva de la norma que puede afectar bien a la norma que califica a un acto como ilícito, bien a la que dispone —como consecuencia de la verificación de un acto así calificado— la imposición de una sanción. Añadía que el primer caso suele darse con ocasión de una ruptura en la secuencia del ordenamiento por causa de la actuación de un poder constituyente, cuando los nuevos poderes constituidos revisan las calificaciones precedentes de ciertas conductas como ilícitas y disponen su licitud, retrotrayendo esta calificación tanto cuanto sea preciso. Sin embargo, el segundo supuesto implica que la conducta tipificada como ilícita continúa siendo tal, si bien se actúa retroactivamente sobre la sanción a ella conectada³⁷ (Requejo Pajés, 2001, pp. 82-83). Sin embargo, esa lectura no parece que sea mayoritaria en el ámbito de la doctrina penal, pues son numerosos los que piensan que la amnistía ni deroga ni anula la norma, sino que

36. Llamo la atención sobre la combinación de tiempos verbales futuros y pasados, según el momento de ocurrencia de los hechos punibles. Para que quede más evidenciado ese curioso contraste quizás deberíamos escribir «el que *cometiere* el delito A *será* penado con la pena B, salvo si el delito se *cometió* en el momento X y en las circunstancias Z». Veremos más adelante que esto es relevante.

37. Añade, por cierto, que la constitucionalidad de este supuesto es, a su juicio, más que discutible.

realmente afecta a su ámbito de aplicación³⁸, lo que parece apuntar más bien en la dirección de la gracia.

Sobre todos estos asuntos hay que decir, en primer lugar, que en un Estado democrático lo que en verdad honra al principio democrático es que se aplique la ley en vigor a quienes ya la han incumplido. De otro lado, aunque hay buenas razones para que la potestad legislativa sea concebida en términos amplios visto que la legislación es «el método que juridifica las decisiones políticas de la comunidad», es obvio que esa potestad no puede ser ilimitada. Esto último lo reconoce, apenas nominalmente, la STC 137/2025, que señala que la potestad legislativa encuentra límites en la propia Constitución, que impone una vinculación negativa al legislador, en el sentido de que el legislador podría hacer todo aquello que la Constitución no prohíbe explícita o implícitamente (Fundamento Jurídico 3.2).

Ahora bien, el asunto realmente importante es que la potestad para amnistiar sea considerada parte de la potestad legislativa ordinaria. A mi juicio, amnistiar no es legislar si por legislar se entiende un acto de producción de derecho que determina cuáles han de ser las consecuencias de hechos aún no acaecidos y definidos en modo general y abstracto. La clave de la diferencia entre un acto de producción y un acto de aplicación del derecho no es obviamente ningún dato relativo a la denominación del acto o sede del órgano que lo adopta³⁹. Se legisla cuando se establece cuál es el estatuto normativo (prohibido, permitido, obligatorio) de un comportamiento y cuáles serán las consecuencias para aquellos que lo lleven a cabo *antes de la comisión de esos comportamientos*⁴⁰. *Se aplica el derecho cuando se comprueba la compatibilidad de un acto ya llevado a cabo con la norma que lo regula y se declara oficialmente su compatibilidad o incompatibilidad con ella, acordándose en su caso que tengan lugar las consecuencias que esa norma establezca para el caso de que sea incompatible.* Dicho de otro modo: establecer las consecuencias de unos hechos antes de que tengan lugar es legislar

38. En ese sentido, por ejemplo, Pedreira (2020, p. 41), que asume el planteamiento de Cuesta Riezu (2016, pp. 27-28). También Carracedo (2018, pp. 83-84) que señala que, más que una derogación particular de la ley penal, la amnistía es una excepción a su aplicación, dado que las conductas típicas no pierden en ningún momento con ella su vigencia.

39. No tendría sentido, en ningún caso, considerar que legislar es cualquier cosa a la que se otorga la denominación de «ley» o cualquier cosa que haga el órgano legislativo, pues entonces habría que llegar a la conclusión de que legislaría el parlamento que examinara unos hechos y absolviera o condenara a su autor en función de que los reputara compatibles o incompatibles con el sentido de las normas jurídicas vigentes, siempre que eso se hiciera mediante una norma formalmente llamada «ley». Esta conclusión es lisa y llanamente absurda: quien eso hiciera estaría juzgando, por muy parlamento que sea y por mucho que en ese ordenamiento eso se haga formalmente mediante una disposición llamada «ley» cuyo nombre es coincidente con el de las genuinas leyes. Se llamará «ley», pero es sentencia y no debería decirse «legislar» porque es juzgar.

40. Junto a esta diferencia en algún sentido formal y que se refiere a la relación entre dos actos, el de producción o regulación y el de aplicación o enjuiciamiento en la sentencia, hay otra sustancial, según la cual un acto legislativo o de producción de derecho podría ser, a la vez, ejecutivo de alguna norma superior. Este es el sentido de la conocida como teoría de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico y de la afirmación de Kelsen de que todo acto jurídico es ejecutivo y productivo, salvo las normas de la constitución histórica, puramente productivas, y los actos últimos de ejecución material, puramente ejecutivos. Al respecto, Kelsen (1995, pp. 156-158).

y establecer cuál es la calificación jurídica y las consecuencias que se siguen de unos hechos ya verificados a partir de una norma dispuesta con anterioridad es aplicar la norma⁴¹.

No parece que la decisión de «excepcionar retroactivamente la aplicación de una norma punitiva y eliminar la responsabilidad que se deriva del delito» sea una manifestación paradigmática de eso que llamamos «legislar». Conforme a lo dicho, las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado cuando establecen que ciertos actos abstractos, en el sentido de que no han tenido aún lugar, son ilícitos o delictivos. Desde luego, cuando las Cortes excepcionan retroactivamente la aplicación de una norma punitiva y eliminan la responsabilidad que se deriva de unos hechos ya sucedidos no están legislando, porque están declarando oficialmente que ciertos hechos concretos, esto es, ya acaecidos y que incluso podrían haber sido cometidos por personas cuya identidad es conocida, no serán tenidos por ilícitos, pese a que podrían serlo, ni tendrán ninguna de las consecuencias que siguen a su ilicitud. Así las cosas, amnistiar no es legislar, porque se legisla para hechos no acaecidos y se amnistían hechos ya cometidos.

Sostener que el órgano legislativo no es competente para excluir retroactivamente la punición de hechos ya acaecidos no equivale a plantear ningún límite a la potestad legislativa. Es evidente que el legislador es competente para excepcionar el alcance de una norma penal, excluyendo la punición si un hecho típico es cometido, por ejemplo, «para proclamar la independencia de Cataluña». Pero solo si se hace para hechos que aún no han tenido lugar se estaría legislando, mientras que, en caso de que se haga para un hecho que ya ha tenido lugar, se estará declarando oficialmente que ese acto no será tenido por ilícito, pese a su incompatibilidad con la ley vigente en el momento de llevarse a cabo. Como se apreciará, la aparición de un hecho concreto es clave en la distinción entre producción y aplicación de las normas jurídicas: por decirlo gráficamente, antes del hecho estamos en el terreno de la legislación y después en el de la aplicación⁴².

41. Esto no es una mera opción institucional carente de cualquier significación política o moral. Como se sigue de Celano (2022, p. 126), separando entre las funciones de producir y aplicar las normas se garantiza la libertad de sus destinatarios. Estos son independientes de la voluntad de la autoridad que las promulga, porque las normas son acordadas antes de que se someta a juicio su caso y porque esas normas versan sobre clases de casos y no sobre casos individuales o concretos, motivo por el que no pueden ser adoptadas con la pretensión de dañar o favorecer a individuos particulares. También se garantiza así nuestra independencia respecto del juez que juzga, pues este debe aplicar normas previas y no puede establecerlas él mismo. Por eso, quienes son juzgados en esos términos no están sujetos a *la voluntad de la persona* que les juzga, sino a la de las normas que debe aplicar. Cualquier otra solución distinta a esta es estar exclusivamente sujeto a la voluntad de alguien, sea un legislador que puede decidir sobre nuestro caso, sea un juez habilitado para ignorar las normas dispuestas.

42. La excepción son las normas penales y sancionadoras favorables o despenalizadoras que tienen efectos retroactivos. Sin embargo, que estas normas tengan efectos retroactivos no implica que se esté legislando retroactivamente ni que se esté gobernando con ellas el comportamiento pasado de quien se encuentra cumpliendo condena por el incumplimiento de una ley anterior. El comportamiento de quien fue juzgado conforme a la norma que estaba vigente en el momento en que se llevó a cabo estuvo regulado por esa norma y es lícito o ilícito por referencia a ella. Lo que

Como he señalado, si legislar es producir normas para comportamientos aún no acaecidos, excepcionar retroactivamente la aplicación de una norma punitiva a actos ya acaecidos no puede considerarse una manifestación paradigmática ni de legislación ni de producción del derecho, ni mucho menos un acto ordinario de quien es competente para el establecimiento de las normas. Es más, desde mi punto de vista, una decisión del Parlamento que excepciona retroactivamente la aplicación de una norma punitiva se parece mucho más a un acto de aplicación del derecho que a un acto de producción, aunque no es exactamente lo mismo. Para serlo, la decisión de amnistiar tendría que adoptarse en un proceso diseñado para garantizar que la decisión viene exigida por el derecho y no por otras consideraciones distintas. Siguiendo con el caso de los hechos amnistiados por la LOA, si en el Congreso se hubiera constituido una comisión independiente para valorar si los implicados en el llamado *Procés* llevaron o no a cabo actos punibles penalmente y si está comisión hubiera decidido exclusivamente conforme a derecho, tendría sentido decir que el Congreso está juzgando puntualmente. Sin embargo, el legislador cuando amnistia no juzga, porque cuando se amnistian unos hechos ya cometidos el órgano legislativo determina sus consecuencias por razones que no tienen por qué fundarse en lo que se siga de las normas aplicables, pues típicamente el Parlamento decide en función de consideraciones de oportunidad política.

Lamentablemente, nada de lo anterior está en la lógica de la STC 137/2025, que insiste en que una cosa es juzgar hechos pasados y otra es extinguir las responsabilidades punitivas de hechos pasados y que esto último es legislar ordinariamente. Siguiendo la lógica de la Sentencia, el órgano legislativo podría atribuirse por ley la potestad de extinguir las responsabilidades punitivas de todos los procesados, investigados o imputados penalmente en España, sin que eso supusiera una invasión de la potestad jurisdiccional. Es más, siguiendo la lógica que equipara legislación y determinación de las consecuencias punitivas de hechos pasados, el legislador podría imponer responsabilidades punitivas por hechos pasados, es decir, podría castigar retroactivamente. Es obvio que algo así estaría prohibido por el art. 9,3 CE, pero quien identifica legislación con determinación de la responsabilidad de hechos pasados, tendrá que admitir también que esa prohibición de la retroactividad, además de contingente, es una intromisión en la potestad legislativa ordinaria e incluso una vulneración del principio democrático.

En esos términos parece razonar la STC 137/2025 cuando señala que la reserva de jurisdicción no impide al legislador otorgar una amnistía que «extingue las

sucede con la norma penal retroactiva y con quien se ve liberado del cumplimiento de una condena a prisión como consecuencia de la entrada en vigor de una ley más favorable no es, estrictamente hablando, la aplicación de esta nueva ley al comportamiento pasado ya realizado. Es más bien el efecto de constatar la absoluta falta de justificación de la imposición de la pena que se daría si infligiéramos hoy a alguien un sufrimiento por un hecho cometido en el pasado mayor que el consideramos que merece alguien que hubiera llevado a cabo ese mismo acto hoy. Continuar causando dolor a alguien por un acto pasado por encima del umbral que hoy consideramos merece la comisión de ese acto solo puede explicarse como una manifestación de crueldad o sadismo, absolutamente injustificable en un modelo de derecho penal liberal.

responsabilidades de carácter punitivo o represivo derivadas de ilícitos solo *pro praeterito*, pues las conductas amnistiadas siguen siendo punibles *pro futuro*» (p. 82). Es obvio que el legislador puede extinguir responsabilidades *pro futuro*: de hecho, es lo que hace cuando deroga o modifica la ley. Sin embargo, el hecho de que responsabilidades se extingan de actos *pro praeterito* demuestra que el legislador, al amnistiar, no legisla, pues ni cambia ni deroga la ley, sino que condiciona la punición de conductas pasadas sin derogar la norma que las prohíbe. Lo podría hacer, en el mejor de los casos, juzgando, es decir, replicando el proceso jurisdiccional, con sus límites y garantías, y en el común y peor decidiendo oportunamente sobre la inaplicación de la ley, conculcando tanto la potestad exclusiva de quien tiene el deber de aplicarla como los principios fundamentales del Estado de derecho.

Añade la STC 137/2025 que la Constitución prohíbe los llamados *bills of atinder* o *bills of pain and penalties* con los que el legislativo juzga o impone penas a personas acusadas de actuaciones ilícitas sin seguir el procedimiento establecido, pero que no prohíbe la amnistía. Lo primero parece obvio, pero, nuevamente, la razón de esta prohibición es que la función de legislar y la función de juzgar ni son lo mismo ni deben corresponder al mismo órgano: otorgar al legislador la posibilidad de decidir sobre casos concretos, sea para castigar mediante una *bill of atinder* sea para *absolver*, es incompatible con la separación entre producción y aplicación del derecho y, por tanto, con el Estado de derecho. Por esa razón, hay que concluir afirmando que lo que la Constitución prohíbe no es que el legislador castigue, sino que *juzgue* o *haga el equivalente a lo que sería un juicio* a quienes solo deberían de ser juzgados por los jueces y tribunales. Es más, se intuye aquí la ocasión para un argumento *a fortiori a minori ad maius*: si la Constitución prohíbe que el Parlamento juzgue, es decir, que establezca *conforme a derecho* cuáles son las consecuencias de hechos ya producidos, con más razón le prohíbe hacerlo *por motivos de oportunidad política*.

Desde luego, como sucedía con el indulto y la amnistía considerados como medidas de gracia, se podría permitir al parlamento la revisión retroactiva de las responsabilidades que se siguen de hechos delictivos, pero, como ocurría con las medidas de gracia y, en general, con cualquier excepción al Estado de derecho y a la separación entre la producción y la aplicación del derecho, esa potestad debería estar constitucionalmente reconocida y, además, ser interpretada en términos tasados. Cualquier otra cosa es atribuirse una habilitación no para la gracia, pero sí por la gracia de no se sabe quién y, por tanto, una excepción al principio de exclusividad jurisdiccional.

De hecho, ampliar el concepto de legislación para incluir la potestad de amnistiar en la potestad legislativa es una solución muy cuestionable e incluso peligrosa, pues implica incurrir en eso que los angloparlantes llaman arrojar el bebé con el agua del baño (*throwing the baby out with the bathwater*), que, en castellano, bien podríamos traducir como «desperdiciar la harina y aprovechar la ceniza». Para comprobarlo veamos qué se pone en riesgo si legislar y amnistiar acaban asimilándose.

Lo que hacen la STC 137/2025 y quienes identifican legislación y determinación de las consecuencias jurídicas de hechos pasados es tanto como afirmar que hay dos vías a través de las que se pueden determinar esas consecuencias: el ejercicio de la potestad jurisdiccional y el ejercicio de la potestad legislativa, sin que esté claro cuál de las dos es la preferente. La vía legislativa corresponde al titular de la potestad legislativa, cuyo contenido permitiría a su titular —si seguimos la lógica de la sentencia— determinar las consecuencias jurídicas de hechos pasados, si bien con una limitación, pues solo es competente para excluirlas. La otra vía corresponde a jueces y tribunales, que juzgan y hacen ejecutar lo juzgado *conforme a derecho*. Si la amnistía es considerada una expresión ordinaria de la potestad legislativa, no veo razones para relegarla como método para la determinación de las consecuencias jurídicas de los actos ya acaecidos a una posición subsidiaria.

Así las cosas, el mecanismo guarda un inquietante parecido con el modelo de Estado dual descrito por Fraenkel (2022), quien constató, de primera mano, que en la Alemania nazi coexistieron un Estado de medidas (*Massnahmestaat*), a través de las que las autoridades políticas ejercían su discrecionalidad, y un Estado normativo, que existió marginalmente, porque solo actuaba en áreas como el tráfico civil o mercantil, y subsidiariamente, pues las autoridades del Estado de medidas tenían la habilitación para definir el alcance de su propia competencia. Lo que haría, entonces, la STC 137/205 es negar frontalmente el Estado de derecho, apuntando a su transformación en un Estado dual donde el poder legislativo está habilitado para decidir cuándo se excluye la aplicación del derecho basándose en consideraciones puramente políticas. Desde luego, nada de eso está en la lógica ni de la Constitución ni del Estado de derecho. La suspensión del ordenamiento jurídico no puede ser considerada una potestad legislativa ordinaria. Solo será constitucional, pese a seguir siendo una excepción al Estado de derecho, cuando esté expresamente prevista y en los términos que se establezca, que deberían, además, ser interpretados en un sentido muy restrictivo.

En conclusión, en la STC 137/2025 asistimos a una vergonzante pirueta argumentativa de la que se sigue la atribución al juez de la potestad jurisdiccional para absolver, es decir, para determinar las responsabilidades jurídicas de hechos pasados excluyéndola. Lo hace habilitando al legislador a decidir por el juez, pero sin los límites que afectan al juez, quien ha de decidir conforme a derecho y no conforme a consideraciones más abiertas e incluso oportunistas, como ocurre con la amnistía concedida por el órgano legislativo. La solución de la STC 137/2025 es, por tanto, peor que la que se obtendría si se hubiese considerado a la amnistía como una expresión implícita del derecho de gracia. Esta última solución, al menos, no habría deformado la distinción entre producción y aplicación del derecho ni sobredimensionado el poder del legislador de un modo inconvenientemente. La decisión de constitucionalizar la amnistía, así planteada, es aún más incompatible con el Estado de derecho que las alternativas que venían manejándose. Si quienes se suponen sometidos a derecho se declaran competentes para eximir o eximirse de su cumplimiento, el Estado de

derecho no equivale a nada, salvo a una útil herramienta en manos del poder para la satisfacción de sus propios fines, exigiendo o eximiendo del cumplimiento de las normas a quien le convenga. El derecho, inicialmente pensado como una herramienta para asegurar que no se abusa del poder, acaba convertido en una herramienta para facilitar su expresión arbitraria. Nada más contrario al ideal del Estado derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBERIS, M., «Possono governare, le leggi? Il dilemma del rule of law» en *Rule of Law. Le ideale della legalità*, Il Mulino, Bolonia, 2016.
- CARRACEDO CARRASCO, E., *Pena e indulto: una aproximación holística*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- CELANO, B., *El gobierno de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- COMISIÓN EUROPEA, Observaciones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Asunto C 523-24, 2025.
- CUERDA RIEZU, A., «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en el Derecho Penal», en www.researchgate.net, *El Derecho Penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, IVAP, Oñate, 1987.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1991.
- FIERRO, G. J., *Amnistía, indulto y conmutación de penas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- FRAENKEL, F., *El Estado dual*, Trotta, Madrid, 2002.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J., *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.
- GARCÍA ROCA, J., Democracia representativa y amnistía, El País, 2023.
- GARCÍA ROCA, J., «La amnistía en la Constitución: los constitucionalistas divididos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 131, mayo-agosto 2024, pp. 13-47.
- GIMBERNAT, E., Indultos generales y amnistías, ABC, 2023.
- GIMBERNAT, E. y RUIZ ROBLEDO, A. (coords.), *La amnistía en España*, Cóllex, 2024.
- GROSS, O., «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?», *The Yale Law Journal*, 2003, 112, 5, 1011.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., «Sobre el indulto. Razones y sinrazones», en MOLINA, F. *El indulto. Pasado, presente y futuro*, Euros Editores, Buenos Aires, 2019.
- KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995.
- KRYGIER, M., «Rule of Law», en SMELSER, N.J.; BALTES, P.B. (eds.). *International Encyclopedia of Social & Behavioral Sciences* Elsevier, 2014, pp. 13403-13408.
- LASCURAÍN, J. A., «¿Amnistía? No una, sino tres preguntas» en ARAGÓN, M., GIMBERNAT, E. y RUIZ ROBLEDO, A., *La amnistía en España. Constitución y Estado de derecho*, Colex, A Coruña, 2024, pág. 187 y ss.
- PALOMBELLA, G., «The Rule of Law and Its Core», In PALOMBELLA, G. & WALKER, N. (Eds.), *Relocating the Rule of Law*. Hart Publishers, 2009.

- PALOMBELLA, G., «Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il rule of law», In PINO, G. & VILLA, V. (Eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, 2016, pp. 61-88.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *En defensa del indulto. Un ensayo sobre la institución jurídica del indulto penal, su problemática penal y las razones que justifican su pervivencia*. Tirant, Valencia, 2020.
- PEÑA FREIRE, A., «Legalidad y garantismo. Una lectura fulleriana de los principios del derecho penal liberal», *Derechos y libertades*, 2020.
- POSTEMA, G. J., *Law's Rule: The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*. Oxford University Press, 2022.
- RAZ, J., *The Authority of Law*. Oxford University Press, Oxford, 1979.
- REQUEJO PAJÉS, J. L., «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español» en *Historia Constitucional*, 2, 2001. <https://doi.org/10.17811/hc.v0i2>
- RUIZ MIGUEL, A., «Gracia y justicia. Más allá del indulto», en MOLINA, F. *El indulto. Pasado, presente y futuro*. Euros Editores, Buenos Aires, 2019.
- RUIZ ROBLEDO, A., «Europa prohíbe las autoamnistías», *El Español*, 25 de abril de 2024.
- RUNDLE, K., *Revisiting the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., «El perdón. Prólogo para penalistas», en MOLINA, F. *El indulto. Pasado, presente y futuro*, Euros Editores, Buenos Aires, 2019.
- TAMANAH, B., «A Concise Guide to the Rule of Law», In PALOMBELLA, L. & WALKER, N. (Eds.), *Relocating the Rule of Law* (pp. 3-15). Hart Publishing, 2009.
- TORRES AGUILAR, M., *Historia del indulto y la amnistía: de los Borbones a Franco*, Tecnos, Madrid, 2019.
- WALDRON, J., «The Concept and the Rule of Law», *Georgia Law Review*, vol. 43, n. 1, 2009, pp. 1-61.

SECCIÓN II
PERSPECTIVAS DE DERECHO
COMPARADO

Capítulo III

LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN HUNGRÍA, POLONIA Y ESPAÑA: ENTRE *COURT-PACKING* E INTENTOS DE REVERTIR LA *BACKSLIDING**

Valentina Faggiani

Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TENDENCIAS ILIBERALES EN EL MARCO DE LA *RULE OF LAW BACKSLIDING* EN LA UE. III. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO ELEMENTO BÁSICO Y ESTRUCTURADOR DEL ESTADO DE DERECHO. IV. LOS ATAQUES AL SISTEMA DE JUSTICIA. V. EL *COURT-PACKING*. VI. REFORMAS E INTENTOS DE CONTRARREFORMAS DE LOS ÓRGANOS DE AUTOGOBIERNO DE LA MAGISTRATURA. VII. LA DEPENDENCIA DEL FISCAL GENERAL DEL EJECUTIVO. VIII. LAS CAPTURAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. IX. PURGAS JUDICIALES MÁS O MENOS «ENCUBIERTAS». X. LA POTESTAD DISCIPLINARIA. 10.1. El *chilling effect* de las medidas sancionadoras como arma para silenciar a los jueces críticos con el abuso de poder. 10.2. Los estándares del TJUE sobre el sistema disciplinario de Polonia. XI. ¿ES POSIBLE REVERTIR LA *RULE OF LAW BACKSLIDING* Y RESTAURAR LA CONSTITUCIÓN?

I. INTRODUCCIÓN

La justicia está siendo sometida a continuos ataques por parte de los Gobiernos, no solo por los de corte iliberal o autoritario, a fin de controlar el desempeño de la función primordial de los jueces de dirimir conflictos, influenciando los procesos decisorios. Estos ataques llegan al corazón de uno de los elementos constitutivos de los Estados de Derecho (art. 2 TUE), amenazando su mantenimiento.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Módulo Jean Monnet, «Challenges to justice in the EU: perspectives for reform», 2022-2025, ERASMUS-JMO-2022-MODULE, 101085462; y del proyecto de investigación I+D+ i «Proceso Penal y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Garantías, Cooperación Transfronteriza y Digitalización», PID2023-152074NB-I00.

Por ello, el presente estudio pretende indagar cómo las interferencias gubernamentales están modificando el rol de los jueces. El objetivo es reflexionar si es posible y, en su caso, cómo se debería volver a articular el rol de la Justicia en un contexto de *rule of law backsliding* para intentar responder a estas tendencias involutivas, revirtiéndolas y restableciendo una suerte de equilibrio entre política y jurisdicción, tanto ordinaria como constitucional, y de esta forma restaurar la democracia.

Desde el punto de vista metodológico, el trabajo, de corte comparativo, se centrará en las principales medidas involutivas adoptadas en los últimos quince años por algunos Estados de la UE, que han incidido en los nombramientos discrecionales de las instituciones de garantía, como los tribunales constitucionales y los órganos instrumentales, como los Consejos de Justicia o las Fiscalías Generales del Estado. Se considerará, en particular, la experiencia de Hungría, Polonia y España, tres Estados de la UE, que presentan rasgos iliberales pronunciados.

Hungría, a pesar de la intervención de la UE, que en 2022 aplicó por primera vez el Reglamento de condicionalidad¹, tiene un régimen iliberal «consolidado», que además goza del respaldo de los ciudadanos y no cuenta con una oposición interna con función de contrapunto. A Polonia, a pesar del cambio de Gobierno a finales de 2023, tras las elecciones generales, y de los intentos de reforma, le está costando revertir la *backsliding*; y España, que, al contrario, era considerada una democracia «estable», ha entrado desde hace unos años en una espiral muy peligrosa, que la está llevando a una forma de Estado «híbrida».

En cuanto a la estructura, el presente estudio se articulará en tres partes: en la primera, de carácter introductorio, se hará referencia a las tendencias iliberales presentes en la UE, que han podido desarrollarse e imponerse por la intensidad adquirida por el fenómeno de *rule of law backsliding*². El objetivo es contextualizar la problemática objeto de análisis. Al respecto, es interesante observar, atendiendo a la teoría del «*dual state of judiciary*»³, cómo estos Estados han conseguido instituir

1. Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, DOUE, n. 433, de 22 de diciembre de 2020. MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., «Estado de derecho y condicionalidad financiera en la política de cohesión europea», *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 41, 2024.

2. FAGGIANI, V., «La “rule of law backsliding” como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE», *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 71, 2019, pp. 57-99.

3. Este concepto fue desarrollado por Ernst Fraenkel para explicar el régimen nazista. No obstante, esta teoría puede ser aplicada a otros regímenes autoritarios. FRAENKEL, E. (SHILS, E.A., con la colaboración de LOWENSTEIN, E. y KNORR, K. Trad.), *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, 2010. Según MIKULI, P., *Transitional Justice, the Dual State, and the Rule of Law*, *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, n. 2, 2023, pp. 273-285, «In a dual state, there are two parallel realities, and apart from politicized organs there may also exist institutions that have not yet been captured by the ruling party, i.e. institutions that do not recognise the current, unconstitutional legal order» (p. 273). En cambio, según KAROLEWSKI, I.P., SATA, R., «The dual state of judiciary in Hungary and Poland», *Z Vgl Polit Wiss*, n. 19, 2025, pp. 219-246 «we identify the dual state of the judiciary as a feature of creeping authoritarianism. The normative state and the prerogative state do not exist as parallel systems, but they continuously interact and are parts of the same institutional setup, where different conceptions of use of law compete. The prerogative state seeks to overrule and

un nuevo modelo con tendencias autoritarias, desplazando el Estado de derecho a través del Derecho, que ha sido instrumentalizado mediante el uso de los mecanismos previstos por estos mismos ordenamientos. La involución democrática ha puesto en marcha un cambio, que ha alterado sus elementos constitutivos: tanto la Constitución, así como los tribunales constitucionales, que formalmente siguen existiendo, se convierten en instrumentos al servicio de la política, de *la rule of law* se pasa a la *rule by law*⁴, y los mecanismos de *check and balances* se conciben como unos obstáculos; por ello se necesita eliminarlos. De ahí, la necesidad de repensar el diseño constitucional tanto de los Estados miembros como de la UE⁵ para que puedan salir de esta situación, reinventándose.

A continuación, en la segunda parte, se profundizará en los ataques a la independencia judicial, que representa uno de los principales desafíos para la salvaguarda de este modelo de convivencia, ataques que se concretan en la captura o intentos de secuestro de los órganos de autogobierno de la magistratura, de las Fiscalías Generales del Estado y de los tribunales constitucionales nacionales. Por su parte, la tercera sección se ocupará de las medidas de *chilling effect*, que estos Estados suelen adoptar para silenciar las voces disidentes. Dichas medidas pueden concretarse en purgas judiciales más o menos «encubiertas» y en reformas regresivas o un uso distorsionado de la potestad disciplinaria. Este cuadro permitirá tener una idea de si y cómo se podría actuar en estos contextos de crisis, a fin de contrarrestar la involución democrática, y reactivar con éxito la transición constitucional. Y, por último, para concluir, se realizarán algunas consideraciones sobre si es posible revertir la *rule of law backsliding* y restaurar la Constitución en aquellos contextos en los que se han superado los niveles de tolerancia.

II. TENDENCIAS ILIBERALES EN EL MARCO DE LA *RULE OF LAW BACKSLIDING* EN LA UE

El Estado Constitucional de Derecho está siendo amenazado por el desarrollo progresivo de tendencias iliberales, que están incidiendo en sus elementos constitutivos, transformándolo. La erosión de esta forma de Estado y, con ello, de sus garantías básicas es un proceso, que por sus potencialidades expansivas se ha extendido progresivamente, aunque con distinta intensidad, a nivel global. Se trata de un fenómeno complejo, en principio difícil de identificar. Se distingue de lo que ocurre en los «Estados fallidos», como Libia, Siria, Irán, Iraq o Afganistán, en los que la situación de permanente crisis político-institucional les impide consolidar un

undermine the principles of rule of law, resulting in erosion of judicial review and the curtailment of civil and minority rights. The normative state is not only subject to suspension by the prerogative state but becomes remodeled after the ideological principles of the prerogative state as traditional law becomes «infected» with the ideological tenets of the party state» (p. 226).

4. GINSBURG, T. y TAMIR, M., *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

5. KONCEWICZ, T.T., «The Democratic Backsliding and the European constitutional design in error. When will HOW meet WHY?», *VerfBlog*, 18.12.2018.

sistema democrático. Pero, tampoco, es un contexto asimilable al de los Estados «autoritarios», como China, Rusia, Venezuela. En estos contextos no hay *rule of law* y todo se desarrolla al margen y más allá de los principios estructuradores de nuestros ordenamientos. Al contrario, esto no ocurre en los Estados atravesados por derivas iliberales, que por lo menos formalmente siguen siendo Estados de Derecho, pues estos Estados suelen moverse en un manto de aparente legalidad, usan y abusan de la ley, se sirven y juegan con ella, «utilizan el sistema para acabar con el sistema»⁶, vaciando de contenido el ordenamiento. Este es uno de los principales rasgos, que caracteriza estos procesos, haciendo mucho más complicado identificarlos y enfrentarse a ellos.

Por otra parte, en la *backsliding* democrática no se observa la existencia de meros déficits democráticos, los cuales se encuentran en todos los Estados, sino que estamos ante un proceso de mayor envergadura y fuerza, en el que se han superado determinadas líneas rojas. Se asiste a un proceso de transición o transformación progresiva, que se articula en dos fases interconectadas: la primera «destructiva» y la segunda de «reconstrucción». En la primera fase los Gobiernos suelen aprovechar la coyuntura, generalmente caracterizada por contextos, en los que se produce un punto de inflexión —piénsese en la pluralidad de crisis, que han puesto a prueba en las últimas dos décadas a la UE (económica, migratoria-humanitaria, sanitaria, Brexit, bélica)— para llevar a cabo de forma gradual la deconstrucción del orden constitucional y sentar las bases para su reconfiguración, deslizando el sistema hacia un nuevo modelo más indefinido. Se habla al respecto de «constitucionalismo abusivo»⁷ o «iliberal»⁸.

6. GARRIDO CARRILLO, F.J., «Ante la crisis del Estado de derecho la importancia de la defensa de la independencia judicial», en FAGGIANI, V. (Dir.), *Crisis del Estado de derecho. La revisión de la independencia y del gobierno del poder judicial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 35-74.

7. LANDAU, D., «Abusive Constitutionalism», *University of California Davis Law Review*, vol. 47, 2013, pp. 189-260, usa el concepto de «constitucionalismo abusivo» (*abusive constitutionalism*) para describir la situación de Hungría. Por su parte, HALMAI, G., «The making of “illiberal constitutionalism” with or without a new constitution: the case of Hungary and Poland», en LANDAU, D., LERNER, H., *Comparative Constitution Making*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, p. 26, aplica el concepto de *abusive constitutionalism* tanto a Hungría como a Polonia. Sin embargo, como subraya SADURSKI, W., «How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding», *Sydney Law School Legal Studies*, Research Paper, n. 18/01, 2018, p. 4, reenviando a SKĄPSKA, G., «The Decline of Liberal Constitutionalism in East Central Europe», en VIHALEMM, P., MASSO, A. OPERMANN, S. (eds.), *The Routledge International Handbook of European Social Transformations*, Routledge, London 2018, pp. 130-145, en particular v. p. 134, existe una importante diferencia entre estos dos casos porque *the formal constitutional change in Hungary, which made it possible to transform the constitutional order and slide into some form of authoritarianism entirely through legal means*. Y sobre el concepto de autoritarismo constitucional *vid.*: TUSHNET, M., «Authoritarian Constitutionalism», *Cornell Law Review*, 100, 2015, pp. 391-462, esp. pp. 409-410.

8. El concepto de «democracia iliberal», «populismo constitucional» (*populist constitutionalism*), «autoritarismo constitucional» o «constitucionalismo autoritario» parecen un oxímoron y contradicen la esencia del «constitucionalismo», que se basa en el principio de la separación de poderes y su garantía mediante la imposición de *checks and balances* y en la presencia de un sistema de derechos fundamentales que pretende tutelar no solo los derechos de la mayoría sino especialmente de las minorías. No obstante, expresan bien las contradicciones de los sistemas actuales, que si bien siguen

Esta nueva forma de involución democrática más «moderna», en la que no se producen «golpes de Estado» repentinos, se caracteriza por la presencia de cuatro elementos: la debilidad intrínseca, la progresividad, la contradicción entre forma y sustancia y la afectación a los elementos constitutivos del Estado de derecho, *in primis* la separación de poderes, que se difumina, con el consiguiente impacto negativo en los derechos fundamentales y los mecanismos para su protección. Este fenómeno puede ser explicado, considerando la tensión entre «*normative/constitutional state*» vs. *prerogative state*, es decir entre el Estado, que se conforma al Derecho, y resiste a la politización de la justicia, y el Estado, caracterizado por lógicas autoritarias, colocándose más allá y por encima del Derecho⁹, que de límite se convertiría en instrumento del poder. El intento del segundo es subvertir al primero, anulándolo o, en todo caso, instaurando un régimen de completo sometimiento.

Además, este proceso tiene un fuerte componente dominó. Y en efecto, son cada vez más los Estados, en los que estas derivas se están manifestando con una mayor intensidad, superando el umbral de tolerancia. Este carácter ha permitido a dicho fenómeno extenderse en los últimos años de los Estados de Europa del Este, las democracias más jóvenes y frágiles de la UE, a Estados, como España, que parecían tener un modelo democrático más estable y consolidado, o fuera del continente europeo a Estados Unidos, la gran potencia ahora en declive.

La única diferencia es que, al contrario de Hungría y Polonia¹⁰, en España, el Estado de derecho está siendo desmantelado por un Gobierno socialista de izquierdas, apoyado por los nacionalistas independentistas, con connotaciones radicales y antisistema. Se trata de un supuesto inédito en el panorama europeo, que además conlleva un problema adicional. Al ser el Gobierno español «aparentemente» más inclusivo y abierto y al adoptar medidas a primera vista más progresistas, de corte «*woke*», aunque sustancialmente populistas, es mucho más difícil que la ciudadanía comprenda la gravedad de la situación porque no consigue ver la realidad o, aunque la perciba, mantiene una actitud pasiva.

teniendo una apariencia de democracias, manteniendo en vida institutos típicos de estos sistemas, en la sustancia no funcionan como deberían porque se han desmantelado desde dentro. Al respecto, *vid.* SADURSKI, W., *op. cit.*, p. 8. HALMAI, G., *op. cit.* El autor critica el concepto de «*illiberal constitutionalism*» o «*illiberal democracy*» o «*authoritarian*» o «*illiberal constitutionalism*», aunque considera que es legítimo hablar de Constituciones en regímenes autoritarios (p. 2). Del mismo A. v. también: ID, «How the EU can and should cope with illiberal Member States», *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2018, pp. 313-340. Sobre el concepto de democracia iliberal se reenvía a ZAKARIA, F., «The Rise of Illiberal Democracy», *Foreign Affairs*, November/December 1997, pp. 22-43.

9. KAROLEWSKI, I. y SATA, R., «The dual state of judiciary in Hungary and Poland», *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft*, vol. 19, n. 2, pp. 219-246.

10. De forma, más específica, en Hungría y Polonia, la *rule of law backsliding* ha representado supuestamente la reacción, por un lado, a las élites dominantes y a los políticos corruptos del pasado, y, por otro, la reivindicación de una mayor autonomía con respecto a la UE, que es percibida como un opresor más. Esta «política de resentimiento» ha redefinido el marco constitucional, instrumentalizándolo para intereses particulares y ha creado nuevos centros de corrupción y criminalidad organizada.

En efecto, una mirada más atenta permitiría observar que las dos formas de iliberalismo, tanto el de derechas como el de izquierdas, suelen adoptar el mismo *modus operandi*, es decir, suelen moverse con los mismos patrones: el relato de la posverdad, la politización de las instituciones, a través de su colonización, el control del poder judicial y el desafío a la primacía del Derecho de la UE. Con respecto a las técnicas usadas, ante todo, los gobiernos iliberales justifican su proyecto apoyándose en la narrativa del relativismo, que les permite consolidar una «posverdad», capaz de alterar mediante la manipulación de la información y la eliminación de todo tipo de oposición y disidencia la relación entre política y democracia¹¹. La transformación de las estructuras del Estado se lleva a cabo desde dentro, y para ello estos regímenes necesitan colonizar las instituciones y el aparato administrativo. Un sistema politizado y dependiente les permite influir en los procesos decisorios y controlar el sistema judicial y los órganos de garantía y posible contrapeso.

Ahora bien, estos Estados suelen incidir de forma transversal en el sustrato del sistema, adoptando medidas, que afectan a sus elementos constitutivos, suponiendo un retroceso en el nivel de protección asegurado por el Derecho de la UE y, por conexión, por el Derecho convencional del Consejo de Europa. Este enfrentamiento al Derecho de la UE y al principio de la primacía no se produce solo de forma abierta, como en varias ocasiones lo han hecho los Tribunales constitucionales de Hungría¹², Polonia y Rumania, sino también de forma más sutil, a través de reformas regresivas, con las que se transforma gradualmente el sustrato del sistema.

Tales reformas, una vez adoptadas, producen inevitablemente un cambio de régimen, que después es muy difícil revertir. En efecto, dichas modificaciones podrían ser bloqueadas en el ámbito interno por los tribunales constitucionales, que sin embargo estos gobiernos generalmente consiguen controlar, o por el TJUE en el marco de un reenvío prejudicial o de un recurso por incumplimiento. Se trata, no obstante, de mecanismos que requieren tiempo, además, mientras el planteamiento de un reenvío prejudicial se remite a los órganos jurisdiccionales nacionales, la puesta en marcha del recurso por incumplimiento le corresponde a la Comisión, que actúa atendiendo a criterios de oportunidad política. Después, otra cuestión es que dichos Estados cumplan. La intervención de la UE para bloquear estos procesos de crisis puede tardar años y años, empezando a surtir efectos, cuando ya es demasiado tarde para volver al *status quo ante*.

11. ARIAS MALDONADO, M., *(Pos)Verdad y democracia*, Página Indómita, Barcelona, 2024.

12. HALMAI, G., «From the “Rule of Law Revolution” to the Constitutional Counter-Revolution in Hungary», *European Yearbook of Human Rights*, 2012.

III. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO ELEMENTO BÁSICO Y ESTRUCTURADOR DEL ESTADO DE DERECHO

La existencia de un sistema de justicia independiente representa el eje que sustenta y asegura el mantenimiento del Estado constitucional de Derecho. La violación reiterada y sistemática de esta garantía incide en la distribución de los poderes públicos, alterando la necesaria separación equilibrada y perjudicando la protección de los derechos fundamentales. En la Unión Europea no existe un modelo común, siendo la organización de la magistratura una competencia reservada a la autonomía institucional de los Estados miembros¹³. No obstante, estos no pueden eximirse del respeto de las obligaciones derivadas de la adhesión al proceso de integración y, en particular, del principio de separación de poderes, que es un elemento indefectible de la cláusula del Estado de derecho¹⁴, con arreglo al art. 2 TUE¹⁵. Este precepto, que reconoce los valores europeos fundamentales, no es una mera norma programática o una simple «declaración de intenciones políticas», sino que consagra un conjunto de valores, que constituyen parte integrante «de la identidad» «de la Unión, como ordenamiento jurídico común». Tales «valores» «se concretan en principios que contienen obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros»¹⁶.

En dicho marco, la independencia judicial representa un elemento básico y estructurador del sistema de protección de los derechos fundamentales y por ende de la supervivencia del Estado Derecho. Dicho derecho-garantía procesal de carácter fundamental consta de dos dimensiones: una dimensión *ad extra* y una dimensión *ad intra*¹⁷. La independencia externa, que deriva del principio de se-

13. STJUE, de 5 de noviembre de 2019, C-192/18, *Comisión c. Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios)*, 102.

14. Sobre la noción formal y sustancial de Estado de derecho v.: CRAIG, P., «Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework», *Public law*, 1997, p. 467 ss.; PECH, L., «The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union», *Jean Monnet Working Paper*, NYU School of Law, 2009, p. 1 ss.; TAMANAHA, B. Z., «The History and Elements of the Rule of Law», *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, p. 233 ss.; CLOSA, C., KOCHENOV, D. (Eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016; BELLAMY, R., KRÖGER, S., «Countering Democratic Backsliding by EU Member States: Constitutional Pluralism and “Value” Differentiated Integration», *Swiss Political Science Review*, 2021, p. 619 ss.

15. Sobre el art. 2 TUE, *ex multis*, v. MORI, P., «Il primato dei valori comuni dell’Unione europea», *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2021, p. 73 s.

16. En este sentido, se reenvía al TJUE (GS), sentencia de 5 de junio de 2023, C-204/21, *Comisión Europea c. República de Polonia*, 67 ss., que a su vez reenvía a la sentencia del TJUE (GS) del 16 de febrero de 2022, C-156/21, *Hungría c. Parlamento y Consejo*, 232.

17. Sobre la noción de independencia judicial en el Derecho de la UE, *vid.* FAGGIANI, V., «Indici di violazione dell’indipendenza giudiziaria nell’UE da Est a Ovest: l’importanza degli standard di Strasburgo e Lussemburgo», *Studi sull’integrazione europea*, Anno XVIII, n. 2, 2023, pp. 283-313; VILLANI, U., «Sul controllo dello Stato di diritto nell’Unione Europea», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2020, p. 10 ss.; BUSTOS GISBERT, R., *Independencia judicial e integración europea*, Valencia, 2022; CRAIG, P., «Definición y conceptualización del Estado de derecho. La importancia de la independencia judicial», *Teoría y realidad constitucional*, n. 50, 2022, pp. 165-184; LENAERTS, K., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial»,

paración de poderes en el seno del Estado de derecho, se sustancia en la libertad del juez frente a posibles injerencias de otros poderes, en particular el poder legislativo y el ejecutivo¹⁸, que podrían comprometer la evaluación, condicionándola¹⁹. En cambio, la independencia interna pretende asegurar la autonomía de los jueces frente a los demás órganos jurisdiccionales, con la inclusión de los pertenecientes a categorías jerárquicamente superiores.

El respeto de estas dos dimensiones depende del equilibrio que se consiga alcanzar entre el sustrato normativo, es decir las normas, que conforman la «estructura» del estatuto de los jueces, cuya correcta interpretación y aplicación permite asegurar esta garantía *in concreto*, es decir de forma efectiva, transmitiendo una apariencia de independencia. Apariencia y efectividad se configuran, por lo tanto, como dos planos complementarios. Las normas «estructurales»²⁰, que regulan el estatuto y la organización de los órganos judiciales, se refieren, entre otros aspectos, a la composición del órgano jurisdiccional, el nombramiento, el desarrollo y la cesación del servicio, la retribución, la inamovilidad, el régimen disciplinario o los procedimientos penales, en los que los jueces pueden encontrarse involucrados, las causas de recusación y la posibilidad de prórrogas más allá de la edad de jubilación. Tales normas deberían permitir excluir cualquier duda respecto de su «impermeabilidad» para alcanzar un equilibrio entre efectividad y apariencia, es decir entre la confianza y la percepción por parte de los ciudadanos de la administración de la justicia en sus países. Este principio se encuentra perfectamente sintetizado en la máxima citada por el Abogado general en las conclusiones relativas al caso C-216/21, *AFJR, YN c. CSM: «Justice must not only be done, it must also be seen to be done»*²¹.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año 26, n. 72, 2022, pp. 351-368; MAGALDI, N., «La construcción de un Poder Judicial europeo y las garantías de su independencia», *Revista española de derecho constitucional*, 2022, Año 42, n. 125, 2022, pp. 127-157; SARMIENTO, D., ARNALDOS ORTS, E., «La independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de estudios políticos*, n. 198, 2022, pp. 121-151; IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La independencia judicial ante el Tribunal de Justicia de la UE*, Aranzadi, 2024.

18. STJUE (GS), de 16 de noviembre de 2021, C-748/19 a C-754/19, *procedimientos penales a cargo de WB*, 68 ss., en la que se mantiene la noción de independencia judicial, formulada desde la sentencia *L.M.* (STJUE, de 25 de julio de 2018, C-216/18 PPU, *L.M.*).

19. En el Derecho de la UE resulta, en cambio, más problemático el concepto de independencia interna, que el TJUE confunde y superpone al de imparcialidad, olvidándose de que son dos garantías distintas, aunque estrictamente relacionadas. El TJUE la concibe en términos de equidistancia del juez de las partes de la controversia y de sus respectivos intereses respecto al objeto de esta última, cuando, en cambio, dicha garantía pretende asegurar la autonomía de los jueces respecto a los demás órganos jurisdiccionales, con la inclusión de los pertenecientes a categorías jerárquicamente superiores.

20. En relación con el concepto de «independencia estructural» se remite a EUROPEAN COMMISSION, *The 2022 EU Justice Scoreboard*, Communication, COM(2022) 234, 2022, p. 43 ss.

21. Conclusiones C-216/21, *AFJR, YN c. CSM*, 1.

IV. LOS ATAQUES AL SISTEMA DE JUSTICIA

Ahora bien, la independencia judicial suele ser a menudo atacada. Los ataques a esta garantía pueden proceder tanto *ad extra* por las presiones del Poder Ejecutivo o Legislativo o también por vía de los medios de comunicación afines a la mayoría gobernante, como *ad intra*, desde los mismos órganos y asociaciones judiciales, lo cual nos lleva también a plantear si existe de verdad esta garantía o es una mera quimera o una «fábula», en palabras del Prof. Sosa Wagner²². Son conocidas las estrictas relaciones de las asociaciones judiciales con la política, que siempre han orientado el reparto de los cargos discrecionales, a través de acuerdos informales con estos colectivos²³. Esta «influencia» puede ser ejercida tanto de forma «directa» como «indirecta». En el primer caso, se realiza mediante reformas regresivas, que modifican el sistema, instrucciones u ordenes, con las que se indica al órgano jurisdiccional cómo tiene que comportarse; en cambio, en el segundo, se intenta orientar el proceso decisorio para someterlo a un vínculo jerárquico o de subordinación.

En ambos supuestos, la política suele desempeñar una función manipuladora, más inmediata en el primer caso, porque las presiones proceden del gobierno, o interpuesta en el segundo, puesto que el corporativismo de las asociaciones judiciales está funcionalmente orientado a la judicialización de la política. Las dos tendencias son intrínsecas a las tensiones constantes, que caracterizan el dinamismo y la dialéctica del sistema democrático. No obstante, en contextos de involución de más amplio alcance estas manipulaciones y repartos alcanzan niveles muy criticables. En los gobiernos iliberales, como Hungría, Polonia y España, por ejemplo, dichas presiones proceden sobre todo del Ejecutivo.

El porqué de estos ataques al Poder Judicial es el resultado de varios factores. No se trata de la simple reacción al presunto exceso de protagonismo e importancia asumidos por los órganos jurisdiccionales en las últimas décadas, la denominada «juristocracia», también por la influencia de los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo, que han desarrollado una función no solo negativa, de límite y control del poder, sino positiva, favoreciendo la armonización de las normativas nacionales y la creación de nuevos derechos y una tendencial mayor protección de los derechos anteriormente reconocidos.

Esta reacción tiene raíces más profundas y complejas, explicándose más bien a la luz del proceso de *democratic backsliding*, que se está manifestando de forma más o menos intensa en los distintos Estados, cuyo objetivo es difuminar los límites al poder, alterando la separación en favor del Ejecutivo, que de esta forma se refuerza, interfiriendo en la administración y desempeño de las funciones judiciales, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de la jurisdicción constitucional. Y para ello, es necesario «capturar» las instituciones de garantía.

22. SOSA WAGNER, F., *La independencia del juez ¿una fábula?*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2016.

23. KOSAŘ, D., ŠIPULOVÁ, K., URBÁNIKOVÁ, M., *Informality and Courts: Uneasy Partnership*, *German Law Journal*, 24, 2023, pp. 1239-1266.

Según Cartabia el ataque a la justicia es, en realidad, el ataque al sentido de los límites al poder, que es parte de la democracia constitucional contemporánea²⁴. De hecho, estos ataques se concretan en reformas involutivas, a través de las que se pretende modificar el sistema de acceso a la carrera judicial, pues, a través de la politización de los nombramientos y la instrumentalización de la imposición de sanciones disciplinarias, se consigue colonizar las altas instancias judiciales y los órganos de garantía y de control, como el TC y el CGPJ, a fin de excluir las voces disidentes, que se intenta silenciar. Este tipo de política además contribuye a crear centros de corrupción y espacios de impunidad. En definitiva, los ataques de los Ejecutivos a la independencia e imparcialidad judicial, como límites del poder, esto es, a los instrumentos de contrapeso y de denuncia de la arbitrariedad, minan los principios fundamentales de la democracia constitucional, que de esta forma se ve mermada en su esencia, desestabilizando su arquitectura²⁵.

Estas tendencias, que empezaron a desarrollarse hace una década y media, se han intensificado en los últimos años, poniendo en riesgo la arquitectura de los Estados miembros y por ende la supervivencia de la UE. No obstante, la intervención de la Unión para frenar las tendencias iliberales en los Estados miembros, restablecer una equilibrada tensión dialéctica entre *gubernaculum* y *iurisdictio*²⁶, entre poder ejecutivo y poder judicial, y volver a desarrollar una cultura constitucional no ha sido rápida ni ha producido los efectos esperados. A continuación, veremos porqué.

V. EL COURT-PACKING

La politización de la justicia por parte de los gobiernos está funcionalmente orientada a moldearla a sus propios intereses para controlar y anular el margen de autonomía del que dispone en los procesos decisorios. Ahora bien, para alcanzar este objetivo los gobiernos suelen adoptar medidas de *court-packing*, que permiten, por un lado, incidir en los procedimientos de nombramiento y de promoción, a fin de modificar la composición de dichos órganos²⁷; por otro lado, ponen en marcha una estrategia de *chilling effects*, que se concreta en el ejercicio de la potestad disciplinaria y la adopción de decisiones y medidas ejemplares, que sirven no solo para disuadir en el caso concreto, sino que tienen un alcance más amplio, prospectivo.

Estas medidas de «*court-packing*» pueden desembocar en verdaderos ataques a la independencia judicial y en la violación del principio de separación de poderes sobre todo cuando se enmarcan en un contexto de regresión constitucional

24. CARTABIA, M., «Le Corti e la Democrazia», *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2025, pp. 69-96.

25. Ídem.

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

27. El cambio en la composición puede ser cuantitativo o cualitativo.

más generalizado, es decir no se trata de medidas aisladas²⁸. Por eso, para identificar si los fallos en los sistemas de justicia representan meros déficits democráticos o llegan a integrar un supuesto de una crisis sistémica del Estado de derecho es necesario realizar una evaluación *in concreto*, contextualizando dichas reformas en el sistema²⁹.

En efecto, como afirma correctamente la Comisión de Venecia³⁰, no existe un único «modelo» apolítico que asegure de forma cumplida el principio de separación de poderes. En términos generales, se puede observar que en las democracias más antiguas existen sistemas, que, a pesar del rol preponderante del poder ejecutivo en los procedimientos de nombramiento, desde el punto de vista práctico, funcionan bien en virtud de una cultura y de tradiciones jurídicas consolidadas en el tiempo. Al contrario, esto generalmente no ocurre en las democracias «más jóvenes», en las que tales tradiciones no se han desarrollado suficientemente. Al respecto, España representaría un modelo intermedio, porque si bien se solía incluir entre las democracias consolidadas, sobre todo en comparación con los países de Europa centro-oriental, sigue siendo un sistema relativamente incipiente, que ha demostrado ser todavía muy frágil.

Ahora bien, el proceso de captura del poder judicial es un proceso complejo y articulado, que se lleva a cabo a través de modificaciones, que están destinadas a incidir en el acceso a la carrera judicial, en la composición de los órganos de justicia, no solo los de última instancia y los tribunales constitucionales, en las Fiscalías y también en los órganos de autogobierno de la magistratura.

VI. REFORMAS E INTENTOS DE CONTRARREFORMAS DE LOS ÓRGANOS DE AUTOGOBIERNO DE LA MAGISTRATURA

Los órganos de autogobierno de la magistratura desarrollan un rol instrumental para la correcta administración de la justicia y el desempeño de la tarea jurisdiccional en el Estado de derecho, correspondiéndoles la importante función de trazar las líneas básicas de la política judicial, llevar a cabo los nombramientos e incoar los procedimientos disciplinarios. De ahí, el interés de los gobiernos en controlarlos por el papel de contrapoder que desempeñan.

Dichos órganos, tras una primera fase de éxito, seguida a su institución después de la Segunda Guerra Mundial, empezaron un proceso de declive, que los ha expuesto a la captura tanto por parte del Poder Ejecutivo, como de las corporaciones judiciales³¹. Si bien los Consejos de Justicia están atravesando una crisis

28. KOSAŘ, D., ŠIPULOVÁ, K., «Comparative court-packing», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 21, Issue 1, 2023, pp. 80-126.

29. STJUE, de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros*, C-585, 624 e 625/18, 139-144.

30. Venice Commission, *Judicial Appointments - Report adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session (Venice, 16-17 March 2007)*, CDL-AD(2007)028-e.

31. VOLPI, M., «I Consigli della magistratura in Europa», *Cosmopolis. Rivista di Filosofia e Teoria politica*, XIX, n. 1, 2022; KOSAŘ, D.; ŠIPULOVÁ, K. Y KADLEC, O., «The Case for Judicial Councils as Fourth-Branch Institutions», *European Constitutional Law Review*, vol. 20, n. 1, 2024,

generalizada, las experiencias de Polonia, España y Hungría pueden ser útiles para comprender cómo suelen actuar los Estados iliberales. Tanto en Polonia como en España la indefinición del texto constitucional ha favorecido su instrumentalización por parte del poder político. En Polonia, el Gobierno de Pis aprovechó el silencio de la Constitución para reformar por ley el sistema de nombramiento de los vocales del CNJ, que fue sustraído a los jueces y atribuido al *Sejm*³². Este es el ejemplo de un caso-límite de cómo los gobiernos iliberales pueden aprovecharse de un ordenamiento frágil para capturarlo y así manipular la justicia.

En este momento, la contrarreforma polaca, con la que se pretende revertir los efectos de la enmienda de 2017, devolviendo la elección de los 15 miembros de extracción judicial a los jueces, sustrayéndola al *Sejm*, está pendiente de que el TC, todavía «capturado», resuelva el recurso preventivo interpuesto por el Presidente Duda. En dicho marco, la elección de Karol Nawrocki (Pis), en junio 2025, ha determinado un endurecimiento de la oposición al Gobierno y a las reformas pendientes³³, fundamentales para restablecer el Estado de derecho, que de esta forma muy probablemente no serán adoptadas.

En España, en cambio, la reforma del CGPJ, que introdujo el modelo parlamentario, se adoptó en 1985. Dicha reforma fue promovida por el PSOE. El bloqueo en la renovación del Consejo, que se ha extendido durante más de 5 años,

pp. 82-119; CASTILLO ORTIZ, P., «The politics of implementation of the judicial council model in Europe», *European Political Science Review*, vol. 11, n. 4, 2019, pp. 503-520; DONATI, F., «Dal CSM ai Consigli di Giustizia europei. L'incerta diffusione di un modello costituzionale», *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2021, pp. 355; FAGGIANI, V., «Los Consejos de Justicia ante la involución del Estado de derecho: perspectivas de reforma interna y estándares supranacionales», *Revista de Derecho Político*, n. 123, 2025, pp. 251-277.

32. Sobre las reformas del sistema de justicia en Polonia: HALMAI, G., «How the EU can and should cope with illiberal Member States», *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2018, pp. 313-340; KRZYWON, A., «La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): como cuestionar el sistema del equilibrio constitucional en dos años», *TRC*, n. 41, 2018, pp. 359-379; ŚLEDZIŃSKA-SIMON, A., «The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition», *German Law Journal*, vol. 19, n. 7, 2018, pp. 1839-1870; BOJARSKI, L., «Judicial Resistance: missing part of judicial independence? The case of Poland and beyond», *Onati Socio-Legal Series*, 2024, pp. 1-39; MAZUR, D., «From Bad to Worse - The Polish Judiciary in the Shadow of the «muzzle act» (second publication)», *Annual report for 2020. Themis Sedzowie.eu*, 2020; PECH, L., SADURSKI, W., SCHEPPELE, K.L., «Open Letter to the President of the European Commission Regarding Poland's «Muzzle Law»», *VerfBlog*, 2020. Polonia incorporó el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en la Constitución de 1989. Según el artículo 186 de la Constitución su función es «salvaguardar la independencia de los tribunales y de los jueces». A continuación, el artículo 187 de la Constitución establece además que el CNM está compuesto por tres miembros de pleno derecho (el Primer Presidente del TS, el Ministro de Justicia y el Presidente de la Suprema Corte Administrativa), un miembro designado por el Presidente de la República, quince miembros elegidos entre jueces del TS, tribunales ordinarios, administrativos y militares, sin especificar de qué forma, cuatro miembros, también de elección por el *Sejm* entre sus diputados y dos miembros por el Senado entre senadores. Atendiendo a la reforma de 2017, los quince vocales togados ya no tenían que ser propuestos por los magistrados, sino por el *Sejm*, con la consiguiente prevalencia de los nombramientos políticos (23 sobre 25).

33. FELLA, S., «Poland: The Tusk government and the 2025 presidential election», 3.7.25. <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-10300/>.

no ha representado una simple «anomalía institucional», un déficit democrático, sino que es el reflejo de una crisis mucho más profunda³⁴.

En junio de 2024, se consiguió llegar al acuerdo entre PP y PSOE para renovar dicho órgano y poner en marcha el proceso de reforma. Además, mientras tanto se ha intentado paliar los efectos de la LO 4/2021³⁵, que instituyó un Consejo *ad interim* privado de la potestad de nombrar a los altos cargos judiciales, lo cual ha desembocado en una parálisis de la justicia. No obstante, a pesar de los reiterados llamamientos desde el GRECO³⁶, el TEDH³⁷ y las instituciones de la UE³⁸, dicha reforma, que debería devolver a los jueces la designación de los miembros de turno judicial del Consejo, está tardando en aprobarse.

El 25 de octubre de 2025 el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, «ante la resistencia del gobierno al cambio» presentó una Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial³⁹, para la modificación del modelo de elección de los vocales del CGPJ. La propuesta, alineándose al dictamen de la Comisión de Venecia de 9 de octubre de 2025⁴⁰, descartó la opción 2 elaborada por el CGPJ⁴¹, que persistía en el modelo parlamentario, considerando que «no cumple con el estándar de elección entre pares de los miembros judiciales del Consejo». En cambio, asumió la opción 1, que concede a los jueces la facultad para elegir directamente a los miembros

34. Sobre la reforma del CGPJ, MIGUEL BARRIO, R. (2024). «El Consejo General del Poder Judicial en Perspectiva: análisis, desafíos y propuesta de reforma», *RDP*, n. 120, pp. 289-317, un «modelo basado en el sufragio directo permite que los jueces y magistrados ejerzan su derecho de elección sin presiones externas»; CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación», *REDC*, vol. 40, n. 118, 2020, pp. 13-44; VIDAL MARÍN, T., «Una propuesta conciliadora para la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial: la necesaria despolitización del mismo y la superación de las situaciones de bloqueo», *TRC*, n. 51, 2023, pp. 347-384, propone «un sistema ecléctico donde los jueces hacen una primera elección de sus candidatos a vocal del CGPJ, pero la última palabra la tienen las CCGG» (p. 380).

35. Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones, BOE, n. 76, de 30.3.2021.

36. Por último, GRECO, Council of Europe, Fifth evaluation Round, Preventing corruption and promoting integrity in central governments (top executive functions) and law enforcement agencies, Second compliance Report Spain, Adoption 1.12.2023, Publication: 16 April 2025.

37. TEDH, de 22 de junio de 2023, *Lorenzo Bragado y otros c. España*.

38. Por último, COMISIÓN EUROPEA, Informe sobre el Estado de derecho en 2025, Capítulo sobre la situación del Estado de derecho en España que acompaña al documento, Estrasburgo, 8.7.2025, SWD(2025) 909 final.

39. Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el cambio del modelo de elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, BOCG, Congreso de los Diputados, XV Legislatura, 31 de octubre de 2025, núm. 273-1 Pág. 1.

40. VENICE COMMISSION, Spain Opinion on the manner of election of the judicial members of the General Council of the Judiciary, adopted at its 144th Plenary Session (Venice, 9-10 October 2025) on the basis of comments by Ms Marta CARTABIA, Ms Regina KIENER, Mr François SÉNERS (Substitute member, France).

41. *Vid.* Propuestas elaboradas por el CGPJ el 5 de febrero de 2025.

bros judiciales del Consejo, con el objetivo de eliminar la politización en el proceso parlamentario. Respecto de esta opción, la Comisión de Venecia, si bien estimaba que cumple con «el estándar europeo de elección de candidatos judiciales mediante votación entre pares», advertía la necesidad de no «pasarse por alto el riesgo de politización interna, especialmente cuando las asociaciones judiciales pueden ejercer una influencia significativa sobre las nominaciones y las campañas, lo que podría condicionar el proceso electoral».

De forma más específica, con respecto a la elección de los vocales del turno judicial, la presente propuesta modificaría el art. 575 LOPJ, reconociendo el sufragio activo y pasivo en la elección de los dos vocales del CGPJ de procedencia judicial. Serán «electores todos los jueces y magistrados pertenecientes a todas las categorías judiciales que se encuentren en servicio activo en el momento de publicarse la convocatoria de la elección» y «Serán elegibles los mismos electores, excepto los que de ellos estén incurso» en las causas de inelegibilidad, que se detallan en la propuesta⁴². En la elección se respetará la siguiente proporción: «a) Tres serán magistrados del Tribunal Supremo; b) Tres serán magistrados con antigüedad superior a quince años; c) Seis serán jueces o magistrados sin sujeción a antigüedad.

Y, por último, distinto es el caso de Hungría, cuyo órgano de gobierno de la magistratura fue desconstitucionalizado en 2011 (art. 25 Ley fundamental); sus competencias fueron trasferidas a la Oficina Judicial Nacional (*Országos Bírósgi Hivatal*, OBH)⁴³. En este caso, el Gobierno no intervino en la composición del órgano, capturándolo, sino que fue más drástico, desautorizándolo y vaciándolo de contenido⁴⁴.

VII. LA DEPENDENCIA DEL FISCAL GENERAL DEL EJECUTIVO

Otro aspecto muy problemático por su impacto en el correcto funcionamiento de la justicia es la fuerte dependencia del Fiscal General del Ejecutivo. Tanto en Polonia como en España y en Hungría los vicios se encuentran *ab origine*, es decir en la formulación abstracta de las normas, cuya aplicación práctica sobre todo en contextos de crisis impacta negativamente en el correcto desarrollo de la

42. Atendiendo a la propuesta, no pueden ser elegidos quienes: «a) hayan sido nombrados titulares de un Ministerio o de una Secretaría de Estado o de una Consejería de un Gobierno autonómico, o elegidos titulares de una Presidencia de Corporación local; o b) hayan tenido la condición de Diputado, Senador, o miembro del Parlamento Europeo o de una Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma. En ningún caso podrá recaer la elección en Vocales del Consejo saliente».

43. BENVENUTI, S., «Dodici anni di riforme della giustizia in Ungheria», <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/74-main/138-diritti-stranieri/2758-dodici-anni-di-riforme-della-giustizia-in-ungheria-di-simone-benvenuti-2>, 29.4.23. V. Leyes n. 161 y 162 de 28 de noviembre de 2011.

44. La OJN está integrada por 15 miembros, el Presidente de la Curia y otros 14 jueces elegidos en votación secreta por mayoría de votos en la reunión de los jueces delegados.

justicia por su posible instrumentalización. En España el art. 124 CE⁴⁵ facilita el control por parte del Ejecutivo. La fiscalía no goza de independencia sino en todo caso de autonomía funcional. En la cúspide de esta estructura se encuentra el Fiscal General del Estado, que es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno y previa consulta del CGPJ⁴⁶, individualizándose una «sincronización» entre este y el poder ejecutivo⁴⁷. La dependencia jerárquica y el principio de unidad de acción pueden verse así muy tensionados especialmente en contextos involutivos con el principio de legalidad e imparcialidad.

Es lo que ocurrió durante el mandato de Dolores Delgado y que se ha agravado con su sucesor Álvaro García Ortiz, ex FGE, que no solo se ha distinguido por alinearse de forma excesivamente complaciente a la línea política del Gobierno, aunque esto supusiera adoptar decisiones muy críticas. Es el primer FGE, que ha sido condenado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la causa especial 20557/2024, por un delito de revelación de datos reservados, relativos a la investigación por defraudación tributaria y falsedad documental contra la pareja de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, Díaz Ayuso⁴⁸. Es interesante poner de relieve que el FGE, por un lado, no dimitió antes, pero tampoco fue suspendido, como hubiera ocurrido a cualquier otro fiscal⁴⁹.

Por su parte, en Polonia, el Ministro de Justicia es también Fiscal General. Esta identificación es de por sí problemática, produciendo un solapamiento evidente del poder ejecutivo con el poder judicial, cuya separación se altera, difuminándose. Ahora bien, en calidad de Fiscal General, el Ministro de Justicia puede otorgar nombramientos discrecionales con criterios arbitrarios, no publicados anteriormente y sin motivar.

El TJUE, en la sentencia de 16 de noviembre de 2021, C-748/19 a C-754/19, intervino al respecto en relación con la concesión y revocación de las comisiones

45. Atendiendo al art. 124 CE, «1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial».

46. Art. 8.1 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). Sobre esta cuestión *vid.* CAMONI RODRÍGUEZ, D., «Separación de poderes e independencia judicial en España, hoy: control de instituciones y episodios controvertidos», en FAGGIANI, V. (dir.), *Crisis del Estado de derecho. La revisión de la independencia y del gobierno del poder judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 75-112.

47. Art. 25.1 EOMF.

48. El ex Fiscal ha sido condenado a la pena de multa de 12 meses con una cuota diaria de 20 euros e inhabilitación especial para el cargo de FGE por tiempo de 2 años, y al pago de las costas procesales correspondientes incluyendo las de la acusación particular. Además, deberá indemnizar a 10.000 euros por daños morales.

49. RUIZ ROBLEDOS, A., «El Fiscal, al banquillo: Un paso esperado, una suspensión pendiente», *El Español*, 14.9.2025.

de servicio, declarando que las normas nacionales en materia de organización de la administración de la justicia tienen que conformarse al Derecho de la UE⁵⁰. Las normas sobre las comisiones de servicio pueden incidir tanto en la composición del órgano jurisdiccional como en la duración del mandato y afectan directamente a la independencia y a la misma inamovilidad judicial, porque el juez es consciente de que para mantener su condición es necesario satisfacer las pretensiones del Ministro de Justicia, a quien está sometida la concesión y revocación de la comisión de servicios. La revocación además podría ser vista como una sanción disciplinaria.

Por su parte, Hungría en el marco de las reformas requeridas por la UE en materia de justicia, tras la aplicación del reglamento de condicionalidad, a principios de 2025, modificó de nuevo la Ley Fundamental de 2011, en lo que se refiere al procedimiento de elección del Fiscal General, reforzando el rol del Parlamento. No obstante, esto no resuelve los problemas de captura. Antes de la reforma, el art. 29 de la Ley Fundamental preveía que el Fiscal General era elegido a propuesta del Presidente de la República por la Asamblea Nacional por mayoría de los dos tercios. Como se puede observar, el precepto no planteaba formalmente problemas. En cambio, a partir de enero de 2025, el Presidente de la República puede proponer prácticamente a cualquier ciudadano⁵¹. El hecho de no requerirse exigencias particulares, además del periodo obligatorio de tres años de prácticas jurídicas necesarios para aprobar el examen de acceso a la abogacía y el requisito adicional de tener un año de experiencia profesional para desempeñar un cargo de esta tipología, en un contexto como el de Hungría, puede ser muy problemático porque al peligro de nombrar a una persona totalmente sometida al poder se añade la ausencia de los méritos y capacidades necesarias para desempeñar un cargo de esta envergadura. Esta reforma se encuentra, por lo tanto, muy lejos de las recomendaciones dirigidas tanto por la Comisión Europea como por el Greco a Hungría⁵².

50. El TJUE (GS), en la sentencia de 16 de noviembre de 2021, asuntos acumulados C-748/19 a C-754/19, *procesos penales seguidos contra WB*, considera que un sistema como el polaco, atendiendo al que el Ministro de Justicia puede destinar a jueces a tribunales penales superiores y destituirlos en cualquier momento y sin justificación, viola el Derecho de la UE. La necesidad de salvaguardar la independencia judicial impone que las normas que regulen el traslado no supongan el riesgo de que el destino asignado pueda ser instrumentalizado para llevar a cabo el control político sobre el contenido de las resoluciones judiciales, en particular de derecho penal, que, de esta forma, pueden ser utilizadas para ejercer un control político sobre el contenido de las resoluciones judiciales, en particular en el ámbito del Derecho penal.

51. FARKAS, E., Hungary's 14th Constitutional Amendment: Cementing the Incremental Political Takeover of Judicial Power, <https://constitutionnet.org/news/voices/hungarys-14th-constitutional-amendment-cementing-incremental-political-takeover-judicial-power>, 29.4.25.

52. EUROPEAN COMMISSION, Working document 2025, Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Hungary, Strasbourg, 8.7.2025 SWD(2025) 917 final.

VIII. LAS «CAPTURAS» DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

La institución de los órganos *ad hoc* de control de la conformidad de las leyes con la Constitución es uno de los elementos, que caracterizan, junto a la presencia de Constituciones normativas y su rigidez, el modelo de Estado Constitucional de Derecho. La tendencia a la politización de estos órganos y a un reparto entre cuotas de poder no es una novedad, habida cuenta de la importante función de contrapoder que desarrollan, siendo los intérpretes últimos de la Constitución, pues a los tribunales constitucionales les corresponde declarar si el poder legislativo se ha extralimitado, avalando o rechazando las medidas en su seno aprobadas, que son expresión de una determinada política. Además, a través de sus resoluciones, dichos órganos pueden interpretar el texto constitucional, manteniéndolo vivo y yendo más allá de su formulación literal.

Las capturas de los tribunales constitucionales se han producido de distintas maneras. En algunos casos, ha sido un proceso gradual, como en Polonia y España, cuyas normativas no prevén cambios bruscos, sino que establecen renovaciones parciales, precisamente para evitar que su composición refleje la mayoría de Gobierno presente en un determinado momento.

En el caso polaco, en concreto, la captura del TC se puso en marcha tras la toma de poder por parte de PIS a finales de 2015⁵³. El *Sejm* saliente consciente de que su mandato estaba a punto de finalizar y se iba a elegir un nuevo Parlamento, con una mayoría diferente⁵⁴, eligió a cinco jueces del TC para cubrir las vacantes (tres jueces para sustituir a los jueces, cuyo mandato finalizaba el 6 de noviembre de 2015, y dos jueces, que iban a sustituir a aquellos, cuyo mandato expiraba en diciembre de 2015). Los nuevos magistrados empezaron a desarrollar sus funciones, a pesar del rechazo del Presidente de la República a que prestaran juramento⁵⁵.

El *Sejm* entrante con una mayoría diferente, aprovechando la coyuntura, modificó mediante procedimiento acelerado la Ley sobre el TC para declarar sin efectos la elección de cinco jueces del TC por parte del *Sejm* anterior, y procedió a la elección de cinco nuevos jueces. El caos interno, que derivó, impulsó la adopción por parte de la UE y del Consejo de Europa de las medidas políticas en defensa del Estado de derecho: desde el procedimiento de diálogo estructurado a la propuesta de solicitud de aplicación del art. 7, par. 1, TUE, que, no obstante, no surtieron efectos relevantes. Más eficaces, en cambio, fueron los numerosos pronunciamientos del TEDH y del TJUE, que han entablado un diálogo sinérgico. Según los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo, el TC polaco no es un

53. STEDH, *Xero Flor c. Polonia*, de 7 de mayo de 2021, 257-259.

54. Con arreglo al art. 194 de la Constitución el *Sejm* elige a los 15 miembros por mayoría absoluta, ostentando estos un mandato de nueve años no renovable. El Presidente y el Vicepresidente del TC son designados por el Presidente de la República entre los candidatos propuestos por la Asamblea General de los Jueces del TC.

55. STEDH, *Xero Flor c. Polonia*, 259.

tribunal preconstituido por la ley. Al respecto, el Tribunal de Justicia en la sentencia de 18 de diciembre de 2025 (asunto C-448/23), que resuelve el recurso por infracción interpuesto por la Comisión Europea ante la decisión K 3/21 del TC de 7 de octubre de 2021⁵⁶, ha afirmado que este órgano no es ni independiente ni imparcial.

Por su parte, la propuesta para restablecer la composición legal del TC y acabar con su captura, presentada por el actual Gobierno, ha sido remitida por el Presidente de la República al TC⁵⁷. En el proyecto de enmiendas se prevé la renovación completa de sus miembros. Dicha propuesta, sin embargo, ha sido criticada por la Comisión de Venecia. En su opinión, sería más conveniente esperar que se produzcan las vacantes futuras porque la inamovilidad en el cargo de los jueces del Tribunal Constitucional está íntimamente imbricada a la independencia, puesto que pretende protegerlos de la mayoría política del momento. Por lo tanto, se debería optar por un cambio gradual en el TC, porque se impediría que la misma mayoría cualificada pudiera elegir a 15 jueces de una sola vez, dando la impresión de querer sustituir un régimen por otro. Además, en este caso concreto, muy probablemente la reforma no será adoptada⁵⁸. Las desviaciones del Estado de derecho no pueden restablecerse violando sus principios, salvo por supuesto casos excepcionales, en los que se pueden adoptar medidas temporales y proporcionadas⁵⁹.

En cuanto al caso español, si bien la politización del TC, es decir, la influencia de los partidos políticos en la designación de los magistrados nunca ha sido un secreto, antes se procuraba transmitir una «apariencia» de independencia. Dicha apariencia se veía reforzada por la elección en algunos casos de personalidades fuertes que, a pesar de la notoria alineación a una determinada ideología, han sido también capaces de adoptar en asuntos complejos soluciones con criterio propio, permitiendo al TC desarrollar sus funciones con una cierta autonomía y autoridad. Este clima de trabajo a lo largo de la última legislatura ha sido sustituido por una fuerte crispación entre dos bloques contrapuestos, polarización derivada de la evidente «captura de este órgano».

La colonización se ha concretado a finales de 2022, cuando, para permitir la designación de los magistrados propuestos por el mismo Gobierno, cuyo

56. STJUE (GS) de 18 de diciembre de 2025, *Comisión Europea contra República de Polonia*, asunto C-448/23.

57. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Poland opinion on the draft constitutional amendments concerning the constitutional tribunal and two laws on the constitutional tribunal, Strasbourg, 7 December 2024 CDL-AD(2024)035.

58. SCHEPPELE, K. L., «Blinded by Legality: The Venice Commission's Change of Heart on Restoring the Rule of Law in Poland», *VerfBlog*, 23.12.2024 (<https://verfassungsblog.de/blinded-by-legality/>), ha criticado la posición de la Comisión de Venecia considerando que ha priorizado la «legalidad sobre la independencia judicial sustantiva», no dándose cuenta de que la «legalidad es la hoja de parra de moda detrás de la cual se esconde la autocracia en la actualidad. Mientras que antes los Gobiernos democráticos eran derrocados por golpes de Estado, ahora los autócratas elegidos suelen consolidar su poder a través de la ley».

59. En tal sentido, v. CARTABIA, M., *op. cit.*, pp. 81 y 82.

nombramiento se suele realizar junto a los dos magistrados propuestos por el CGPJ, en aquel momento *ad interim*, y evitar un giro de corte más conservador, en toda prisa, se adoptó la LO 8/2022⁶⁰. Dicha normativa modificó la LO 4/2021, adoptada solo unos meses antes, para restituir al Consejo, aunque estuviera en funciones, la facultad de nombrar a los dos magistrados del TC, que le corresponden. Fíjense que la LO 8/2022 ha mantenido la prohibición para el Consejo *ad interim* en relación con todos los demás altos cargos judiciales.

El Gobierno aprovechó así la ocasión para proponer al ex Ministro de Justicia en el primer Gobierno Sánchez y a la Directora General de Asuntos Constitucionales y Coordinación Jurídica todavía en el cargo (y nombrada por el Ministro de la Presidencia). Se trata de personas que tienen una vinculación directa con el Gobierno, habiendo participado activamente en la adopción de las medidas sobre las que el TC estaba llamado a pronunciarse. Por lo tanto, no transmiten aquella apariencia de independencia e imparcialidad, que es fundamental en el desempeño de un cargo de esta tipología. Críticas similares se pueden dirigir también al nombramiento por parte del *Plenum* de Conde-Pumpido Tourón, muy cercano al PSOE, para presidir esta institución⁶¹.

En este caso, se observa que la «captura» del TC español se ha realizado de hecho, es decir, sin modificar la normativa relativa a la composición de este órgano. Los fallos, no obstante, se encuentran en el fondo. Desde entonces, se puede hablar a todos los efectos de «secuestro», pues en estos tres años tanto el Presidente como la mayoría, que se autodenomina progresista, ha avalado en decisiones muy discutibles todas las medidas más controvertidas adoptadas por el ejecutivo.

Al contrario, en Hungría, la mayoría de Gobierno guiada por Orbán, cuando ganó las elecciones en 2010, para asegurarse el control del TC, modificó el texto constitucional. Se incrementó su composición, que se amplió de 11 a 15 jueces⁶², y se extendió la duración del mandato de 9 a 12 años⁶³. Asimismo, se reformaron las competencias y el sistema de nombramiento de los magistrados y del Presidente de esta institución para que no fuera necesario consultar a la oposición.

Este cambio ha permitido al Gobierno construir de forma indirecta, a través de la interpretación «activista» y «deferente» del TC, una «Constitución populista»⁶⁴. Esta tendencia se ha mostrado de forma clara, por ejemplo, en la resolución de casos sobre el Derecho de la UE y el respeto de la primacía, que han llevado a

60. Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE, n. 180, de 28 de julio de 2022.

61. Cándido Conde-Pumpido Tourón fue Fiscal General del Estado durante el Gobierno de Zapatero.

62. Las purgas se encuentran en la experiencia de los países comunistas en el periodo de transición constitucional. Polonia cambió la composición del Tribunal Supremo, que pasó de ser integrado por 81 a 120 miembros.

63. STEDH, de 7 de mayo de 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z.o.o. c. Polonia*, 258 ss.

64. GÁRDOS-OROSZ, F., «Confused Constitutionalism in Hungary - New Assessment Criteria for Recognising a Populist Constitutional Court», *Hague Journal on the Rule of Law*, 16, 2, 225-244, 18.7.2024.

una «interpretación abusiva de la identidad constitucional»⁶⁵, y en los asuntos relativos al impacto de las medidas adoptadas en contextos de emergencia. Con respecto a Hungría, por lo tanto, no nos encontramos solo ante un TC, que en un momento histórico de debilidad ha sido «capturado». La alineación de este órgano al poder en este país parece algo natural, intrínseco, al tratarse de un TC de por sí «populista»⁶⁶. Las modificaciones normativas y las presiones del gobierno, en realidad, han tenido una incidencia menor, más bien este órgano ha sabido beneficiarse de esta dependencia sin coacciones de relieve, siendo algo inherente a su naturaleza.

IX. PURGAS JUDICIALES MÁS O MENOS «ENCUBIERTAS»

Otra técnica de *court-packing* consiste en incidir en la composición del Poder Judicial, bien reduciendo el número de magistrados, que componen las altas instancias judiciales, bien afectando a la judicatura en su conjunto, por ejemplo, con purgas generalizadas, disfrazadas de simples jubilaciones, a fin de sustituir a estos jueces con una nueva clase de profesionales más alineados con el poder.

Esta técnica fue utilizada por Hungría, que la practicó basándose en la ley CLXII de 2011 sobre el «Estatus jurídico y la remuneración de los jueces», que impuso con efecto retroactivo la reducción de la edad pensionable para los magistrados de setenta a sesenta y dos años (art. 26 C.). A pesar de la declaración de inconstitucionalidad de dicha normativa no se pudieron revertir los efectos, porque casi todos los jueces afectados mientras tanto se jubilaron y fueron sustituidos. En concreto, se jubilaron acerca de 236 jueces sobre un total de 2.900 en un periodo de 6 meses, entre los que estaban 8 de los 20 presidentes de tribunales regionales, 2 de 5 presidentes de Tribunales de Apelaciones y 20 de los 80 jueces del Tribunal Supremo.

El TJUE en la sentencia de 6 de noviembre de 2012, asunto C-286/12⁶⁷, afirmó que el régimen nacional que obliga a cesar en su actividad profesional a los jueces, fiscales y notarios, que habían alcanzado la edad de 62 años, es contrario a las obligaciones, que incumben a Hungría en virtud de los artículos 2 y 6, ap. 1, de la Directiva 2000/78⁶⁸, y entraña una diferencia de trato por motivos de edad, que carece de proporcionalidad con los objetivos perseguidos y un menoscabo de la independencia judicial. Según el Abogado general, en las conclusiones, medidas de esta tipología hacen peligrar la «independencia externa», siendo innecesarias y muy drásticas. El «poder ejecutivo no puede retirar de su cargo a los jueces durante su mandato»⁶⁹.

65. HALMAI, G., «Coping Strategies of the Hungarian Constitutional Court since 2010», *VerfBlog*, 27.9.2022.

66. GÁRDOS-OROSZ, F., *op. cit.*, p. 226 ss.

67. STJUE, de 6 de noviembre de 2012, C-286/12, *Comisión Europea c. Hungría*.

68. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DO L 303 de 2.12.2000.

69. STJUE, de 6 de noviembre de 2012, C-286/12, *Comisión Europea c. Hungría*, 54-55.

Aunque en este supuesto no se pretendía interferir en jueces o procedimientos concretos, estamos ante «una grave injerencia en la administración de justicia», que llevó a la separación de un número considerable de jueces, quienes, con arreglo a la normativa anterior, aún debían permanecer en el servicio hasta ocho años más. Para que la interferencia sea relevante no es necesario que se tenga realmente la intención de influir en la administración de justicia, es preciso evitar también cualquier apariencia de influencia⁷⁰. En 2025, tras más de diez años y un proceso de reforma complejo, se ha modificado la normativa al respecto, permitiendo a los jueces jubilarse a los 70 años.

También Polonia intentó adoptar una medida parecida a Hungría en la Ley de reforma del Tribunal Supremo, vigente desde el 3 de octubre de 2018, que redujo la edad de jubilación de los jueces del TS de 70 a 65 años, obligando a 27 de los 72 jueces en ejercicio a jubilarse. En este caso, no obstante, la respuesta de la UE fue más efectiva. El TJUE en el auto de 19 de octubre de 2018 adoptó medidas cautelares, *inaudita altera parte*⁷¹, ordenando a Polonia la suspensión inmediata y con efectos retroactivos de la aplicación de las disposiciones nacionales relativas a la reducción de la edad de jubilación de los jueces de su Tribunal Supremo y la reintegración en sus puestos de trabajo.

A continuación, en la sentencia de 24 de junio de 2019, C-619/18⁷², se declaró que Polonia había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19 TUE, ap. 1, párr. seg., al prever, por un lado, la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces del *Sąd Najwyższy* (Tribunal Supremo) a los jueces de ese Tribunal en ejercicio nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018 y al atribuir, por otro lado, al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de dicho Tribunal, una vez alcanzada la nueva edad de jubilación.

X. LA POTESTAD DISCIPLINARIA

10.1. El *chilling effect* de las medidas sancionadoras como arma para silenciar a los jueces

El ejercicio de la potestad disciplinaria, a través de la imposición de sanciones, como la remoción del cargo por las posiciones y críticas manifestadas y el contenido de las decisiones o por haber interpuesto un reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE, se enmarca en la estrategia de los gobiernos liberales para reforzar el Poder Ejecutivo en detrimento del Poder Judicial. Esta interferencia incide en el equilibrio entre *checks and balances*⁷³.

70. *Ibidem*, 56 y 57-58.

71. TJUE, auto de la vicepresidenta del Tribunal de Justicia, *Comisión/Polonia*, C-619/18 R.

72. STJUE (GS), de 24 de junio de 2019, C-619/18, *Comisión Europea c. República de Polonia*.

73. STJUE, *Miasto Łowicz*. Al respecto, se reenvía también a las conclusiones del Abogado General Pikamäe de 15 de abril de 2021, C-564/19, *Procedimiento penal c. IS*; y a la STJUE (GS) de

La adopción de un régimen disciplinar garantista pretende excluir cualquier duda legítima en las personas involucradas en un proceso para asegurar la «impermeabilidad» frente a «elementos externos», en particular frente a influencias directas o indirectas del Poder Legislativo y Ejecutivo y en relación con su neutralidad respecto a los intereses de la controversia⁷⁴. Tales interferencias pueden incidir negativamente en la «apariencia de independencia o de imparcialidad» de este órgano, vulnerando la confianza que la Administración de la justicia debe inspirar en una sociedad democrática⁷⁵.

Ahora bien, la independencia e imparcialidad aseguran el ejercicio autónomo de la función judicial frente al ejecutivo, el legislativo y las partes. Tales garantías requieren la existencia de normas sobre la composición del órgano jurisdiccional, el nombramiento, la duración del mandato, las causas de inhibición y recusación y sobre la cesación⁷⁶. La existencia de un sistema disciplinario es determinante para asegurar una justicia garantista y, en general, el orden constitucional. A tal fin, es necesario prever no solo las posibles infracciones, que pueden ser aplicadas en caso de incumplimiento del juez, sino también las garantías en el procedimiento, entre las que se encuentra el derecho de presentar recurso⁷⁷. De esta forma, se pretende evitar que el ejercicio de dicha potestad se convierta en un mecanismo de control político del contenido de las decisiones⁷⁸, con la inclusión de los autos de remisión de un reenvío prejudicial al TJUE relativos a eventuales dudas sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE en un caso concreto⁷⁹.

Un ejemplo de esta involución de las tutelas y del uso distorsionado de la responsabilidad disciplinaria se puede encontrar en el impacto de tales políticas en la libertad de expresión de los jueces, en su condición de «poderes del Estado»⁸⁰, tanto en relación con el contenido de sus decisiones como con las posiciones mostradas sobre los intereses profesionales. Su autonomía, de hecho, ha sido fuertemente limitada por las reformas adoptadas y por el clima instaurado. En este sentido, la mayor o menor extensión de la libertad de expresión

23 de noviembre de 2021, C-564/19, *Procedimiento penal c. IS*. En dicho pronunciamiento, se reafirmó que el procedimiento disciplinario contra un juez nacional por haber planteado un reenvío prejudicial ante el TJUE viola el art. 267 TFUE. Para un comentario, v. p. BARD, «The Sanctity of Preliminary References: An analysis of the CJEU decision C-564/19 IS», *VerfBlog*, 2021 ([verfassungsblog.de/the-sanctity-of-preliminary-references](https://www.verfassungsblog.de/the-sanctity-of-preliminary-references)).

74. STJUE (GS), de 15 de julio de 2021, C-791/19, *Comisión c. Polonia*, 59.

75. *Ibidem*, 60.

76. STJUE, C-619/18, *Comisión/Polonia*, 71-74.

77. *Ibidem*, 80.

78. *Ibidem*, 61.

79. STJUE, de 17 de abril de 2018, C-414/16, *Vera Egenberger y Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e V*, EU:C:2018:257. En este supuesto, el TJUE ha otorgado eficacia directa al art. 21 junto al art. 47 de la Carta en las relaciones horizontales entre particulares. Tales argumentos han sido utilizados por el TJUE en la sentencia C-791/19, *Comisión c. Polonia*, para declarar que el régimen disciplinario de este país es contrario tanto al art. 19, par. 1 y 2, del TUE, como al art. 267, par. 2 e 3, del TFUE.

80. M. CARRILLO, «¿Tienen los jueces libertad de expresión? Notas para el debate», en M^a. I. GONZÁLEZ PASCUAL y J. SOLANES MULLOR (coords.), *Independencia Judicial y Estado Constitucional: el estatuto de los jueces*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 219 ss.

puede constituir un indicador inequívoco del nivel de independencia, que un determinado ordenamiento asegura a los jueces, siendo concebida como condición de responsabilidad del deber de lealtad constitucional⁸¹. Sin embargo, este margen de autodeterminación, que constituye una garantía tanto con respecto a los demás poderes como a los demás jueces, con la inclusión de los que se encuentran en una situación de superioridad jerárquica, requiere de una serie de mecanismos de control, a fin, en su caso, de exigir la responsabilidad. Los dos objetivos, que se pretende perseguir, son evitar que el ejercicio de la potestad jurisdiccional desemboque en arbitrariedad, y frenar comportamientos de este tipo, puesto que estos instrumentos no pueden exceder determinados límites ni imponer medidas desproporcionadas de forma reiterada y sistemática.

Tanto el TEDH como el TJUE en los últimos años se han pronunciado sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria en contextos de involución democrática y los efectos en la independencia judicial, afirmando que el sistema de responsabilidad no puede ser considerado solo abstractamente, habida cuenta de la formulación literal de las normas, sino que es necesario considerar cómo se interpretan y aplican en el caso concreto.

El TEDH, desde la sentencia *Baka c. Hungría*⁸², ha reiterado que los jueces, cuando manifiestan sus opiniones, especialmente cuando pongan en discusión la autoridad y la imparcialidad del poder judicial, tienen que ser «moderados y discretos» (*self-restraint*). Aunque la actividad política de los órganos judiciales puede ser limitada por la ley, que puede prohibirles participar «en las actividades públicas incompatibles con el principio de independencia e imparcialidad», no se puede soslayar que «las cuestiones relativas al funcionamiento del sistema de justicia son de interés público», siendo aseguradas por el art. 10 CEDH⁸³.

Estos criterios han sido desarrollados posteriormente en otros asuntos, que involucraban otros países, conocidos por la presencia de sistemas de justicia caracterizados por importantes fallos, como Rumania y Bulgaria. En el asunto *Kovesi c. Rumania* (2020), el TEDH individualizó la existencia de un nexo evidente⁸⁴, un vínculo casual, entre la libertad de expresión de la recurrente, que comprende la posibilidad de comunicar opiniones e informaciones, y la cesación en su mandato⁸⁵, que constituía una medida disciplinaria desproporcionada⁸⁶. Este vínculo entre derecho a la libertad de expresión y el derecho a la tutela judicial efectiva permite al TEDH concluir en dicho asunto que la remoción anticipada contrastaría con la necesidad de independencia del sistema judicial, que es parte integrante del contenido esencial del derecho a un proceso equitativo.

81. En este sentido, *ibidem*, p. 214.

82. STEDH, de 23 de julio de 2016, *Baka c. Hungría*, 164.

83. *Idem*.

84. STEDH, de 5 de mayo de 2020, *Kövesi c. Rumanía*, 157-158.

85. *Ibidem*, 190.

86. STEDH, *Baka c. Hungría*, 158-161; y TEDH, *Kövesi c. Rumanía*, 200-201.

En esta línea, a continuación, en el asunto *Miroslava Todorova c. Bulgaria*, se consideró que la demandante, en su condición de presidenta de la principal asociación de jueces de Bulgaria, tenía el deber de defender los intereses profesionales de sus miembros, estando legitimada a expresar opiniones sobre el funcionamiento del sistema judicial y sobre la necesidad de una reforma o de preservar la independencia del poder judicial⁸⁷. De tales principios junto a la ausencia de pruebas para fundamentar tales críticas, el TEDH dedujo que en la sanción impuesta se podían individualizar un objetivo formal y un objetivo escondido predominante, representado por la retorsión mediante la adopción de sanciones desproporcionadas.

El carácter desproporcionado de las sanciones impuestas a los jueces ha sido resaltado por el TEDH también en el asunto *Danileț*⁸⁸, que ve de nuevo involucrada a Rumania. En este supuesto el Consejo Superior de la Magistratura impuso al demandante sanciones disciplinarias por haber publicado dos mensajes en su página de Facebook, de acceso público⁸⁹. Según el TEDH, publicar en un sitio como Facebook conlleva una serie de riesgos de exposición, que el demandante acepta⁹⁰; no obstante, las declaraciones en el caso concreto no se podían considerar ilegales, difamatorias, ni incitaban a la violencia⁹¹. Y con respecto a la sanción, el TEDH pone de relieve el riesgo de *chilling effect*, no solo en el caso de que se trata, sino en una perspectiva más amplia de futuro con respecto a los demás jueces, que podrían verse coaccionados por participar en debates públicos que tengan por objeto la separación de poderes o reformas legislativas del sistema de justicia y, más en general, problemas concernientes a la independencia judicial. Por lo tanto, la decisión del Alto Tribunal carece de fundamento⁹², integrando una violación del art. 10 CEDH.

10.2. Los estándares del TJUE sobre el sistema disciplinario de Polonia

El sistema disciplinario de Polonia, tal y como fue reformado por PIS, ha estado en el centro del debate jurisprudencial supranacional, desarrollando un diá-

87. STEDH, de 19 de octubre de 2021, *Miroslava Todorova v. Bulgaria*.

88. STEDH, de 20 de febrero de 2024, *Danileț c. Rumanía*.

89. En dichos mensajes se criticaba la credibilidad de las instituciones, apuntando que estaban controladas por el poder político y se proponía como solución la intervención del Ejército. En particular, el segundo mensaje contenía un hipervínculo a una entrevista con un fiscal, usando un lenguaje que superaba los límites de la decencia y era indigno para un juez. El caso fue remitido a la GS, que ha resuelto en diciembre de 2025 (STEDH (GS), de 15 de diciembre de 2025, *Danileț c. Rumanía*).

90. STEDH, *Danileț v. Romania*, 75-76.

91. *Ibidem*, 77-80.

92. *Ibidem*, 81.

logo sinérgico y complementario entre TEDH⁹³ y TJUE, que han declarado su incompatibilidad tanto con los estándares convencionales como con el marco de la UE⁹⁴. Con respecto al marco convencional, según el Tribunal de Estrasburgo la lesión se produciría por la incidencia que el derecho a un juez preconstituido por la ley, que es un derecho autónomo y específico, reconocido en el art. 6.1 CEDH, tiene en las garantías de la independencia e imparcialidad judicial⁹⁵ y en su relación con los procedimientos de nombramiento de los jueces⁹⁶. Tales elementos, si bien tienen una función bien definida en el marco del proceso equitativo, son guiados por el mismo «hilo conductor común»⁹⁷.

Por su parte, según el Tribunal de Luxemburgo, el incumplimiento por parte de Polonia de las obligaciones derivadas del Derecho de la UE supone la violación del artículo 19 TUE, ap. 1, pár. seg., que se convierte en el parámetro de referencia. Su lesión, además, incide en el derecho de los jueces polacos a ser juzgados dentro de un plazo razonable *ex* 47 de la Carta, que constituye una de las garantías cardinales para la salvaguarda de los valores europeos fundamentales reconocidos en el art. 2 TUE, *in primis* el valor del Estado de derecho⁹⁸.

La tutela de los valores europeos requiere, por lo tanto, la necesaria compatibilidad de los sistemas de justicia nacionales a este triángulo, del que el TJ deduce «una nueva esfera del Derecho de la UE»⁹⁹. No obstante, a pesar de la existencia de una equivalencia material entre los dos preceptos, el art. 19 TUE incluye todos los elementos estructurales y sistémicos, que constituyen el marco normativo, a través del que los Estados miembros garantizan los derechos de los individuos en los distintos asuntos concretos.

Configurándose como la base desde la que se desarrollan los sistemas de justicia de la UE, el art. 19 TUE no tendría solo un alcance más amplio, sino que requeriría superar un «umbral de gravedad» más elevado «y/o de naturaleza sistémica», que amenace el buen funcionamiento del sistema de justicia nacional y

93. MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a.L., «Estado de derecho, República de Polonia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista general de derecho constitucional*, n. 39, 2023.

94. Con respecto a las violaciones por parte de Polonia del marco convencional, v. STEDH, de 22 de julio de 2021 (final 22 de noviembre de 2019), *Reczkowicz v. Poland*. Con respecto al régimen disciplinario para los jueces v. también STEDH, de 6 de julio de 2023, *Tuleya v. Poland*.

95. TEDH, *Dolinska-Ficek y Ozimek c. Polonia*, 221.

96. *Ibidem*, 246-247.

97. *Ibidem*, 315. Al respecto, es interesante observar que, a fin de individualizar si en un determinado procedimiento de nombramiento las irregularidades son tan graves de integrar la violación del derecho al juez prestablecido por la ley, el TEDH ha aplicado el test *Guðmundur Andri Ástráðsson*, que se estructura en tres fases. El primer *step* requiere verificar si se asiste a una violación manifiesta del derecho interno que tiene que ser objetiva e identificable. Sin embargo, aunque no se consiguiera demostrar este requisito, no significa que no se haya producido una violación (STEDH (GS), de 1^o de diciembre de 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islandia*).

98. Conclusiones, C-216/21, *AFJR, YN c. CSM*, 26 ss.

99. BONELLI, M., CLAES, M., «Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary. ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses», *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 622 ss.; y MIGLIO, A., «Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 421 ss.

pueda impedir a los individuos el acceso a la justicia para poder constatar la violación. Esto significa que el art. 19 TUE permite evaluar la compatibilidad *in abstracto* de los «instrumentos legislativos o de los elementos estructurales adoptados en los Estados miembros» con el Derecho de la UE¹⁰⁰, que no tengan conexión con un caso específico de violación del derecho individual al proceso equitativo.

En cambio, el art. 47 de la Carta, que reconoce el derecho a un proceso equitativo ante un juez independiente e imparcial preconstituido por la ley, el cual a su vez se conecta con los arts. 6 y 13 del CEDH, en virtud de la cláusula *ex art.* 52, par. 3, de la Carta requiere de una evaluación detallada «*in concreto*» del supuesto. En este sentido, la existencia de eventuales déficit estructurales o sistémicos de la justicia (compatibilidad *in abstracto*) pueden constatarse en un segundo momento en vía incidental a partir de la falta de independencia en un determinado proceso¹⁰¹. De todas formas, en la práctica, es difícil prescindir de una lectura conjunta de los dos preceptos¹⁰².

Según ambos tribunales supranacionales la Sala disciplinaria, instituida *ex novo* por ley en 2017 —al margen por lo tanto de la Constitución—, en el ámbito del TS¹⁰³, no es un órgano independiente e imparcial, no pudiendo controlar las decisiones adoptadas en los procedimientos disciplinarios¹⁰⁴. Atendiendo a la reforma de PIS, a dicha Sala le correspondería la competencia para adoptar en primera instancia y en apelación las decisiones relativas a los supuestos, que involucran a los jueces de los tribunales ordinarios, y para conocer de asuntos tanto en materia disciplinaria como de derecho del trabajo y jubilación forzosa, gozando de un nivel de autonomía organizativa, funcional y financiera particularmente elevado respecto a otras salas de este órgano.

En cuanto a la intervención del legislativo y por ende del ejecutivo, que en su seno ostenta la mayoría, en el procedimiento de nombramiento de los jueces, como en el caso de la Sala disciplinaria, no vulneraría de por sí la garantía de la independencia e imparcialidad. No obstante, en el caso polaco, es necesario

100. Conclusiones C-216/21, *AFJR, YN c. CSM*, 30.

101. *Ibidem* 29 y 30.

102. En este sentido, según CAGGIANO, G., «La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto», *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2020, p. 255, «Tuttavia, appare difficile concepire due “coppie” di combinati disposti normativi (da un lato, articoli 2 e 19, par. 1, co. 2, TUE e, dall'altro, articoli 2 TUE e 47 Carta), che hanno come medesimo oggetto la tutela dell'indipendenza della magistratura, senza che vi sia una fatale attrazione dell'art. 47 Carta (di applicazione più limitata) nell'orbita dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE (di applicazione più ampia). Quest'ultima disposizione dovrebbe consentire all'art. 47 Carta di operare pienamente, configurando un caso di applicazione di diritto dell'Unione (art. 51 Carta). In pratica, la Carta opererebbe sulla base di una triangolazione (art. 2 TUE, art. 19, par. 1, co. 2, TUE e art. 47 Carta), costituendo un'ipotesi di superamento dell'art. 51, ma di sua piena operatività».

103. V. los artículos 27, 73, par. 1, y 97, par. 3, de la ley del Tribunal Supremo y el art. 110, par. 1, de la ley de los Tribunales Ordinarios.

104. Art. 19 TUE, ap. 1, par. 2, y art. 267 TFUE, par. 2 e 3.

tener en cuenta el contexto¹⁰⁵ de ruptura y de «discontinuidad estructural» causado por los paquetes de reforma que han incidido negativamente en el sistema de justicia, perjudicando la «apariencia» y la confianza, que los órganos jurisdiccionales deben inspirar en una sociedad democrática, y la impermeabilidad de la Sala disciplinaria¹⁰⁶. Y, por último, no se puede soslayar que dichos nombramientos se podían considerar viciados también *ab origine*, procediendo su propuesta del CNM, del que también se ha constatado la ausencia de independencia y de imparcialidad. Todo ello acababa afectando a su vez a la legitimidad tanto de los jueces de la Sala disciplinaria como de la Sala de control extraordinario¹⁰⁷ y de las cuestiones públicas¹⁰⁸.

En el pronunciamiento del TJUE se identifican en particular cuatro indicadores, que no han sido respetados por Polonia, de los que se puede deducir la violación de los estándares europeos en materia de justicia (art. 19 TUE y art. 267 TFUE). En primer lugar, los órganos jurisdiccionales ordinarios no pueden ser sancionados por el contenido de sus decisiones, pues tal conducta no puede integrar un ilícito disciplinario. En segundo lugar, el reconocimiento del poder discrecional del presidente de la sección de designar al tribunal disciplinario competente en primera instancia en los asuntos concernientes los jueces de los órganos jurisdiccionales ordinarios no asegura que sean examinados por un juez preconstituido por la ley. En tercer lugar, los sistemas de justicia de los Estados miembros tienen que respetar la razonable duración del procedimiento y los derechos de la defensa. Y, por último, la previsión según la cual el uso del mecanismo del reenvío prejudicial por parte de los jueces (art. 267 TFUE) puede constituir un ilícito disciplinario limita el ejercicio de este derecho-deber, obstaculizándolo de forma excesiva. Es evidente que normas procesales de este tipo pueden aumentar el riesgo de instrumentalización del régimen disciplinario de los jueces, convirtiéndose en un importante «sistema de control político del contenido de las decisiones». El efecto disuasorio impide el correcto desempeño de las funciones judiciales por el miedo a ser sometidos a un procedimiento que no respeta los requisitos del proceso equitativo, en particular los derechos de la defensa.

Estos criterios fueron reiterados también después en la sentencia (C-204/21) de 5 de junio de 2023¹⁰⁹ sobre la ley *muzzle*¹¹⁰ (2019), que modificó la normati-

105. Este concepto ha sido utilizado también en la STJUE, de 11 de mayo de 2023, C-817/21, *R.I. c. Inspección Judicială, N.L.*, 67-72.

106. STJUE, C-791/19, *Comisión c. Polonia*, 64 y 91.

107. Los jueces de la Sala disciplinaria son nombrados por el Presidente previa propuesta del KRS.

108. STEDH, *Reczkowicz c. Polonia*, 281 y 282; y STEDH, *Dolinska-Ficek y Ozimek c. Polonia*, 353-355.

109. STJUE C-204/21, *Comisión Europea c. República de Polonia*.

110. También según la Comisión de Venecia, dictamen n. 977/2020, la medida viola el derecho de los jueces a hacer declaraciones en público y extrajudiciales tanto de forma individual como colectiva, pudiendo estos criticar las reformas del gobierno, en la medida en que sean moderados y proporcionados. MAZUR, D., «From bad to worse - the Polish judiciary in the shadow of the

va sobre el sistema judicial, incidiendo en el régimen de responsabilidad disciplinaria de los jueces, la cual ha constituido una suerte de epílogo de la «saga polaca». También en este caso se han identificado cuatro importantes elementos de incompatibilidad con el Derecho de la UE.

Ante todo, sería contraria al marco normativo de la Unión la facultad atribuida a la Sala disciplinaria, que no es un órgano independiente e imparcial, de decidir respecto de asuntos, que inciden directamente en el status y en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, autorizando por ejemplo el inicio de procesos penales contra jueces y el arresto o pronunciándose sobre controversias en materia de derecho del trabajo y seguridad social relativos a los jueces del Tribunal Supremo o su jubilación.

Un segundo perfil radica en la prohibición para los jueces nacionales de verificar el respeto de los requisitos previstos en el Derecho de la Unión, en particular de las garantías jurisdiccionales, a través del ejercicio del derecho-deber de plantear un reenvío prejudicial, integrando dicha conducta un ilícito disciplinario¹¹¹. De forma análoga, es incompatible con el Derecho de la UE que la Sala de control extraordinario y de los asuntos públicos del TS pueda ocuparse de asuntos en los que se invoca la ausencia de independencia de los jueces.

Y, por último, se observa que la obligación de los jueces de comunicar informaciones sobre sus actividades en el ámbito de asociaciones o fundaciones o sobre la previa afiliación política y su posterior publicación viola el derecho al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales¹¹². En el curso del procedimiento el TJUE impuso a Polonia una multa coercitiva¹¹³, reducida luego, para asegurarse de que se diera actuación a los actos provisionales previstos en el auto de 14 de julio de 2021¹¹⁴. Esta medida exigía la suspensión tanto de la aplicación del régimen de responsabilidad disciplinaria como de los efectos de las decisiones adoptadas por la Sala disciplinaria para reducir los efectos perjudiciales de la normativa polaca en este ámbito. Progresivamente, se están desbloqueando también los fondos del *Recovery Fund*.

«muzzle act» (second publication)», *Annual report for 2020, Themis Sedziowie.eu*, 31.12.2020; PECH, L., SADURSKI, W., SCHEPPELE, K.L., «Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland's «Muzzle Law», *VerfBlog*, 9.3.2020; ZONTEK, W., «You Can't Forbid Judges to Think: Why the Polish Constitutional Tribunal's injunction against the Supreme Court resolution is legally pointless», *VerfBlog*, 5.2.2020.

111. La solución del TJUE fue anticipada por las conclusiones del Abogado General Collins, de 15 de diciembre de 2022, C-204/21, *Comisión Europea c. Polonia*.

112. Artículos 7 y 8, par. 1, de la Carta y Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DOUE, n. 119, de 4 de mayo de 2016.

113. Auto del vicepresidente del TJUE, de 27 de octubre de 2021, C-204/21 R.

114. Auto de la vicepresidente del TJUE, de 14 de julio de 2021, C-204/21 R.

XI. ¿ES POSIBLE REVERTIR LA *RULE OF LAW BACKSLIDING* Y RESTAURAR LA CONSTITUCIÓN?

La regresión democrática no transforma solo las instituciones desde dentro, sino que moldea la cultura y los ciudadanos, intentando comprarlos. Para ello, se colonizan las instituciones y el aparato administrativo del Estado, se consolida una relación de connivencia con los grandes centros privados de poder para desarrollar espacios de impunidad, en los que la corrupción desarrolla un rol determinante, y se crea un imaginario populista y demagógico, una narrativa del relativismo. Ya no existe un confín cierto y predeterminado entre lo que es lícito y lo que no lo es, entre la verdad y la mentira.

Este proceso de transición hacia nuevos modelos de Estado «híbridos», de «casi-democracias»¹¹⁵, impone una «revisión de la independencia y del gobierno del Poder Judicial», a fin de recuperar su esencia y frenar estas peligrosas derivas. Por ello, el concepto de revisión tiene que ser entendido como «contra-tendencia», en función antagonica, frente a las reformas adoptadas en varios Estados en los últimos años, que están incidiendo en el corazón del concepto de independencia judicial tanto subjetiva, del juez *uti singuli*, como objetiva, es decir de la magistratura como cuerpo, y en el rol de los órganos de autogobierno de la magistratura, como órganos instrumentales para el correcto desempeño de las funciones judiciales, y en todas las demás instituciones de Justicia.

El cambio es necesario para contrarrestar el desarrollo de tendencias regresivas, que se han manifestado con mayor intensidad en algunos Estados, más débiles y vulnerables desde el punto de vista constitucional, aunque se están extendiendo por su efecto contagio a otros sistemas, considerados más estables y consolidados. Los Gobiernos necesitan colonizar el Poder Judicial para controlarlo, siendo indispensable para completar la transición hacia un sistema iliberal o autocrático. En algunos casos, como Hungría y México, como ejemplo de Estado extra UE, los Ejecutivos no se han limitado a aprobar meras reformas legislativas, sino que han modificado directamente el texto constitucional, adoptando reformas inconstitucionales o abusivas en el intento de transformar de forma permanente el sustrato normativo básico de tales ordenamientos. Por todo ello, esta exigencia de revisión de la independencia y del gobierno del Poder Judicial, que se reclama, tiene que entenderse en términos de oposición a las tendencias e impulsos autoritarios e iliberales, a fin de recuperar la esencia y el significado originario de las categorías básicas, que se están diluyendo y desvirtuando para finalidades políticas antisistema.

Todos éramos conscientes desde hace años de los déficits en la gestión y funcionamiento de la Justicia y de los órganos de autogobierno de la magistratura en los Estados de la UE y fuera del continente europeo; no obstante, el debate se ha desarrollado demasiado tarde cuando el proceso de involución democrática ya se encontraba en una fase avanzada. De hecho, los ciudadanos

115. PAWEŁ KAROLEWSKI, I., SATA, R., *op. cit.*

suelen darse cuenta de estos procesos demasiado tarde. Además, el carácter progresivo de la *backsliding* democrática refuerza su complejidad, porque en este caso no se produce un cambio repentino de un día al otro, como en un golpe de Estado. Por esto, cuando se supera el umbral de tolerancia después es muy difícil volver al estatus quo ante en tiempos breves.

En dicho marco, el *dual state of judiciary* tiene que interpretarse como un punto de inflexión temporal, que puede llevar tanto a la instauración de un sistema autocrático como a un retorno a la democracia. Para contrarrestar esta situación en los Estados de la UE se han puesto en marcha procesos de reforma. No obstante, ante todo habría que preguntarse si es posible restaurar el Estado de derecho y, en su caso, cómo revertir este proceso, es decir, cuáles serían las reformas más adecuadas para llevar a cabo el cambio. El dilema consiste en si es posible restablecer un equilibrio mediante reformas constitucionales conformes a los principios básicos de nuestros ordenamientos o respondiendo a este proceso con su misma moneda, es decir, mediante reformas drásticas pero inconstitucionales.

En el presente trabajo se ha hecho referencia a Hungría, Polonia y España, tres países de la UE, en los que la crisis del Estado de derecho se ha manifestado, aunque con distintos matices, con intensidad. De forma más específica, se ha analizado cómo los gobiernos iliberales de estos tres países han transformado dichos ordenamientos y se ha reflexionado sobre los mecanismos de garantía, que se podría poner en marcha para contrarrestar estas tendencias. Revertir la *rule of law backsliding* y restaurar la Constitución es un proceso de por sí muy dificultoso y sin duda no inmediato, que requiere muchos sacrificios. Ahora bien, puede ser posible en contextos en los que no ha conseguido consolidarse del todo, como por ejemplo en España, donde sin embargo cada día que pasa la situación es más insostenible. Puede lograrse en cierta medida en Estados como Polonia, aunque el país necesita ser muy bien guiado en su transición constitucional¹¹⁶ por las instituciones del Consejo de Europea y de la UE, para que dicho proceso no sea instrumentalizado para desarrollar otro régimen y las reformas sean respetuosas de los principios básicos del Estado de derecho, llevando a la sustitución de un régimen por otro. En efecto, hay que reconocer que en este país sí ha habido una oposición fuerte al régimen de PIS. Los jueces polacos, los medios de comunicación y la sociedad civil han mostrado una resistencia encomiable¹¹⁷, asumiendo el riesgo de ser sometidos a retorsiones.

Al contrario, parece más difícil restablecer la situación en Hungría, donde la «*counterrevolution*» de Orban ha creado un sistema perfectamente dependiente, en el que se ha conseguido anular todo tipo de oposición, debate interno y resistencia. El bloqueo de los fondos de la UE ha obligado a poner en marcha una serie de reformas, aunque de momento los esfuerzos han sido insuficientes, pues Hungría sigue desafiando el Derecho UE, incumpléndolo de forma reiterada y sistemática. Si bien la UE tiene que intentar obligar a este país a que adopte las

116. HALMAI, G., «The Role of Constitutionalism in Transitional Justice Processes in Central Europe», www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/Professors/Halmaj/Constitutions-and-TJ.pdf.

117. PAWEŁ KAROLEWSKI, I., SATA, R., *op. cit.*

reformas pendientes, el cambio real tiene que venir desde dentro; por lo tanto, todo depende de lo que quiera realmente el pueblo húngaro y si está dispuesto a luchar para que haya un cambio democrático. En este momento, y habida cuenta de la coyuntura actual, en la que las tendencias iliberales y autoritarias se están reforzando, es evidente que Hungría no tiene voluntad de reprimir el Estado de derecho, no le compensa, porque el *statu quo* le permite seguir estando en la UE, y cuando no le conviene, hacer un guiño a los Estados autoritarios como Rusia.

En definitiva, para el Estado de derecho son tiempos difíciles. La transición constitucional para volver a reconstruir y articular esta forma de Estado, tal y como lo hemos conocido, es un proceso muy complejo sobre todo en países especialmente vulnerables a las tendencias iliberales-autoritarias, en los que existe el riesgo de pasar de un régimen a otro. Muy probablemente estamos destinados a ir hacia modelos híbridos, pues en este punto de inflexión los Estados, que están atravesando una crisis más profunda, tendrán que optar entre cambios drásticos, que generalmente pueden ser implementados a costa de los principios básicos de nuestros ordenamientos, y cambios más graduales y sosegados para permitir adaptar las instituciones y también los ciudadanos a una nueva cultura constitucional. La elección del camino a emprender requerirá por supuesto una evaluación individualizada, dependiendo de las circunstancias, de las características y de la gravedad alcanzada por este proceso involutivo y de la capacidad de reacción y resistencia de los Estados interesados.

Capítulo IV

IL POTERE GIUDIZIARIO IN FINLANDIA: ASPETTI DIACRONICI, MODELLISTICA E COMPARAZIONE*

Mauro Mazza

Professore associato di Diritto pubblico comparato

Università di Bergamo

SOMMARIO: I. PROFILO STORICO DEL DIRITTO GIUDIZIARIO FINLANDESE, 1.1. La dominazione svedese. 1.2. La funzione giurisdizionale nell'ordinamento del Granducato di Finlandia. II. IL SISTEMA DEI TRIBUNALI E DELLE CORTI NELLA FINLANDIA INDIPENDENTE, SECONDO LA *LEX FUNDAMENTALIS* DEL 1919 (E SUCCESSIVE MODIFICHE). 2.1 Gli organi della giurisdizione generale (civile e penale). 2.2 La giurisdizione amministrativa. 2.2.1 *Segue:* la fase evolutiva sino al 1919. 2.2.2 *Segue:* il diritto dell'indipendenza 2.3 Le autorità giudiziarie speciali. 2.4 *Segue:* in particolare: l'Alta Corte di giustizia. III. IL NUOVO ASSETTO COSTITUZIONALE DEL 2000 E L'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA. 3.1 *Segue:* strumenti alternativi/stragiudiziali di (ri)composizione delle liti. 3.2 *Segue:* diritto ed organizzazione forensi. 3.3 *Segue:* struttura e funzioni dell'autorità di polizia. 3.4 *Segue:* problemi di tutela delle persone più fragili/vulnerabili: esame di alcuni rilevanti casi giudiziari, nonché della *Housing First policy* (avviata nel 2008). IV. IL GOVERNO DELLA MAGISTRATURA: LE INNOVAZIONI DEL 2020-2021.

* Il presente studio è stato in parte elaborato durante un soggiorno di ricerca effettuato nell'agosto del 2025 alla Facoltà giuridica dell'Università di Helsinki (Finlandia).

I. PROFILO STORICO DEL DIRITTO GIUDIZIARIO FINLANDESE

1.1. La dominazione svedese

Il fatto che, per oltre seicentocinquanta anni, nel periodo compreso tra il 1150 ed il 1809, il territorio finlandese abbia fatto parte del Regno di Svezia¹, ha avuto dirette conseguenze sul piano dell'organizzazione giudiziaria².

L'area finlandese costituiva la provincia orientale (sved.: *Österlanden*) della Svezia, ed in essa trovava applicazione il *corpus* normativo svedese. Dal punto di vista del sistema giudiziario, nelle province svedesi erano operanti delle particolari Corti di giustizia, caratterizzate da una forte partecipazione di componenti laici. Gli organi giurisdizionali nella Svezia medievale davano vita, in realtà, ad una sorta di Tribunale popolare, dal momento che essi si identificavano in assemblee delle comunità locali, che prendevano il nome di «ting». Il Tribunale popolare dell'antico diritto svedese e finlandese era presieduto da un soggetto denominato «lagman», esperto di diritto (ingl.: *law-man*) che svolgeva le funzioni di giudice in nome del re. A quel tempo, le province svedesi non disponevano di un diritto scritto, ma di consuetudini giuridiche tramandate oralmente. Da ciò derivava la sussistenza di elementi di differenziazione tra i sistemi normativi realizzati nelle varie province svedesi.

Il «lagman», peraltro, si occupava (anche) della raccolta delle consuetudini, che costituivano il diritto provinciale (sostanziale e processuale). Queste compilazioni, realizzate in forma privata, rappresentarono la base delle consolidazioni del diritto tradizionale-consuetudinario svedese, portate a compimento nel XIII secolo con la denominazione ufficiale di «codici» (*lagbok*).

1. Si veda, in Italia, il lavoro pionieristico e fondamentale di GIANNINI, A., *Profilo della storia della Finlandia (1157 1941)*, Milano, Istituto per gli studi di politica internazionale, 1942. Sull'identità finlandese, né (pienamente) scandinava né est-europea, posta alla base dell'idea di Stato nazionale, si sofferma l'analisi di LONGO ADORNO, M., *Storia della Finlandia contemporanea*, Milano, Angeli, 2014, spec. *sub* 1, *Una nazione in essere uno stato in fieri*, 11 ss.

2. Per un esame, nella dimensione dello sviluppo diacronico, del sistema giudiziario finlandese, v. MODEEN, T., «La Finlande scandinave: Influences suédoises et scandinaves sur le développement du droit finlandais», *Revue internationale de droit comparé*, 1993, 783 ss.; EEK, H., «Evolution et structure du Droit scandinave», *Revue éllénique de droit intenational*, 1961, spec. 42-47; WRÉDE, A., «L'évolution du droit public finlandais», *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1920-1921, 97 ss.; PIHLAJAMÄKI, H., «From Compurgators to Mixed Courts: Reflections on the Historical Development of Finnish Evidence Law and Court Structure», *Revue internationale de droit pénal*, 2001, *Le jury dans le procès pénal au XXI siècle*, 159 ss.; HARTIKAINEN, T., «The development of Finnish legal system», in MEINCKE, N. (Ed.), *Law Profile of Finland*, Helsinki, The British Council, 1998, 15 ss.; BLOMSTEDT, Y., «A Historical Background of the Finnish Legal System», in UOTILA, J. (Ed.), *The Finnish Legal System*, Helsinki, Finnish Lawyers Publishing Company, 1985, 2^a ed., 26 ss.; Id., «From Elected Magnates to State-Appointed Professionals: Aspects of the History of the Finnish Judiciary», *Scandinavian Studies in Law*, 13, 1969, 9 ss.; VILKKONEN, E., «Court Organization and Procedure», in UOTILA, J. (Ed.), *op. cit.*, 90 ss., *sub* 2, *Development of the Judicial System in Finland*, 91 s.

Nell'ambito di questi codici, le leggi provinciali svedesi erano raccolte, in epoca medievale, sotto titoli distinti, indicati come «tingmälabalk» (o «rättegångsbalk»).

Per iniziativa del re Magnus Eriksson, attorno al 1375, venne realizzata una compilazione generale del diritto consuetudinario svedese e finlandese, nota come «codice nazionale delle leggi». Tale compilazione sarebbe stata portata a termine, secondo una parte minoritaria degli storici del diritto scandinavo, ancor prima, e precisamente negli anni a cavallo della metà del XIV secolo. La consolidazione generale del diritto svedese voluta da Magnus Eriksson comprendeva un «codice rurale» (*allmänna landslagen*) ed un «codice urbano» (*allmänna stadslagen*). A partire dall'inizio del XV secolo, la giurisdizione civile e penale in area finlandese era esercitata, sulla scorta della normativa raccolta nella codificazione regia, da Tribunali urbani e rurali.

Nel 1686 iniziarono i lavori di revisione del «codice nazionale (generale) delle leggi». Il primo progetto di riforma della codificazione svedese fu presentato al Parlamento nazionale (*Riksdag*) nel 1721. Si giunge, quindi, al 1734, allorché venne adottato il nuovo codice generale del Regno di Svezia, vigente anche in Finlandia. Il codice suddetto comprende il diritto civile, penale e procedurale (disciplina dei giudizi ed esecuzione delle pronunce emanate dagli organi giurisdizionali). La codificazione svedese/finlandese del 1734 si presenta suddivisa in Libri (*balkar*).

Ai lavori di redazione del codice generale del 1734, condotti da una apposita «Grande Commissione legislativa» istituita nel 1686, presero parte anche alcuni giuristi finnici.

Nell'ottica specifica del diritto processuale e delle istituzioni giudiziarie, va rilevato che il codice del 1734 è diviso in due parti. La prima, denominata «Libro delle offese» (*rättegångsbalk*), contiene le regole procedurali relative ai giudizi civili e penali. La seconda, che prende il nome di «Libro delle punizioni (o pene)» (*utsökningsbalk*), concerne le conseguenze degli accertamenti giurisdizionali effettuati sulla base delle prescrizioni enunciate nello *rättegångsbalk*, e disciplina inoltre le misure di sicurezza, nonché, più in generale, le modalità di esecuzione dei giudicati civili e penali. L'ordinamento giudiziario, edificato secondo le previsioni della codificazione del 1734, contemplava un sistema di Corti urbane (o cittadine) di giustizia, articolate su due livelli, cui si aggiungeva un sistema parallelo (c.d. *dual system*) di Corti rurali, anch'esso strutturato in due gradi di giurisdizione. La Costituzione svedese del 1789, inoltre, poneva al vertice della magistratura svedese/finlandese la Corte Suprema di giustizia (*könungens högsta domstol*).

Una istanza giudiziaria superiore era entrata in funzione in Finlandia già nel 1410. Si trattava della Corte territoriale di Turku, che assunse il ruolo di Corte Suprema speciale. Questo organo giurisdizionale, peraltro, non essendo previsto dal «codice nazionale delle leggi» del Regno di Svezia, cessò di operare dal 1442.

Nel 1614 venne istituita a Stoccolma una Corte d'appello. Con riguardo alla Finlandia, nel 1623 si insediava nella città di Turku una Corte d'appello speciale, avente giurisdizione nell'area finlandese.

Va notato che, nella seconda metà del XVI secolo, a seguito della parziale recezione in Scandinavia del diritto (e della procedura) romano-canonica, nonché per influsso delle elaborazioni teorico-dogmatiche provenienti dalle scuole giuridiche francese ed italiana, si assistette nei Paesi nordici (e, così, anche in Svezia/Finlandia) ad una progressiva «burocratizzazione» della funzione giudiziaria. La nomina dei giudici venne sottratta all'assemblea popolare (della quale facevano parte, essenzialmente, i proprietari terrieri), per divenire una prerogativa del re. Le Corti popolari di giustizia furono trasformate in autorità giudiziarie statali. In un primo tempo, il re tendeva a nominare come giudici i membri della aristocrazia terriera, i quali provvedevano poi affinché l'esercizio delle funzioni giurisdizionali venisse concretamente svolto da loro sostituti.

I magistrati che giudicavano nelle Corti urbane erano, dal 1650, dei funzionari esperti di diritto, nominati dal re su designazione degli uffici giudiziari. Una analoga riorganizzazione del personale addetto all'esercizio delle funzioni giurisdizionali presso le Corti rurali ebbe luogo dal 1680. Non va trascurato, a tale riguardo, che gli studenti finnici potevano giovare dell'insegnamento accademico del diritto impartito nella Università di Turku (*Turun Akatemia*), fondata nel 1640.

La circolazione del modello romanistico in Nordeuropa, ed in particolare nel Regno di Svezia, determinò un affievolimento dei tratti popolari dell'amministrazione della giustizia, che caratterizzavano le antiche istituzioni giudiziarie scandinave. La concezione burocratica ed il metodo inquisitorio furono accolti nella normativa procedurale svedese contenuta nel codice del 1734, il quale privilegia la forma scritta nello svolgimento dei processi (sia civili che penali)³.

1.2. La funzione giurisdizionale nell'ordinamento del Granducato di Finlandia

A seguito della sconfitta subita dall'esercito svedese/finlandese da parte delle truppe della Russia zarista nella guerra del 1808-1809, il territorio della Fin-

3. Sul codice svedese/finlandese del 1734, v. lo scritto elettronico di MCRAE, J.-A., «The legal code in Sweden» (il saggio è apparso sulle pagine *Web* della rivista di studi scandinavi *online* dal titolo «Nordic Notes»); cfr., inoltre, *Codex legum svecicarum 1734*, redaz. di SIMONI, A., (*Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di PICARDI, N., e GIULIANI, A., II), Milano, Giuffrè, 1996. Per la trad. ingl. del codice di procedura giudiziaria (*rättegångsbalk*) svedese, promulgato nel 1942 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1948, cfr. *The Swedish Code of Judicial Procedure*, New York-London, Rothman-Sweet & Maxwell, 1968, ed ivi, 1-14, l'*Introduction* di BRUZELIUS, A. e BADER GINSBURG, R. Con riguardo a legislazione processuale e organizzazione giudiziaria in Svezia, v. WELAMSON, L., «Lineamenti del processo civile svedese», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, 661 ss.; LINDBLOM, P.H., «La privatizzazione della giustizia: osservazioni circa alcuni recenti sviluppi nel diritto processuale americano e svedese», *ibidem*, 1995, 1385 ss. Nell'ottica della comparazione con il processo civile finlandese, v. ERVO, L., «The Modern Rule of Law in Civil Proceedings - New Swedish and Finnish Components», in ARGREN, R. (Ed.), *Rule of Law in a Transitional Spectrum*, Uppsala, Iustus förlag, 2024, 271 ss.

landia venne ceduto all'Impero russo con il trattato di pace siglato ad Hamina nell'autunno del 1809⁴. Nella primavera dello stesso anno, lo zar Alessandro I aveva formalmente garantito alla Dieta (Parlamento, *Lantdag*) finlandese riunita a Porvoo (finl.)/Borgå (sved.) che l'unione russo-finnica, con la conseguente creazione del Granducato di Finlandia, non avrebbe comportato l'invalidazione del sistema normativo (allora) vigente in area finlandese⁵. Le leggi fondamentali svedesi non subivano, dunque, alcuna abrogazione, a cominciare dalle Costituzioni emanate dal re Gustavo III nel 1772 e 1789⁶. Parimenti avveniva per il sistema amministrativo, come pure —in relazione a quanto qui interessa— per l'apparato giudiziario⁷.

Una significativa innovazione, tuttavia, si era imposta proprio nel campo della amministrazione della giustizia. Poiché, infatti, il Granducato di Finlandia costituiva parte integrante dell'Impero russo-zarista, sia pure sulla base di una formula associativa piuttosto inusuale dal punto di vista del diritto internazionale (impernata su una sorta di commistione di rapporti di subordinazione e di unione personale), la Corte Suprema di Stoccolma non era più legittimata ad esercitare la propria giurisdizione nel territorio finlandese.

Era quindi necessario prevedere una nuova e differente istanza di vertice del sistema giudiziario finlandese. A tale riguardo, la funzione di organo avente grado più elevato nella gerarchia dei Tribunali e delle Corti del Granducato di Finlandia venne inizialmente assegnata al Consiglio governativo imperiale, poi denominato, a partire dal 1816, Senato imperiale finlandese. Il Senato comprendeva un Dipartimento giudiziario, che svolgeva i compiti di Corte Suprema di giustizia. Il Senato imperiale del Granducato di Finlandia, peraltro, non era titolare di competenze unicamente nel settore dell'amministrazione della giustizia. Accanto al Dipartimento giudiziario del Senato, infatti, era stato istituito un Dipartimento finanziario (o economico). I due Dipartimenti, in sessione congiunta, affrontava-

4. Sulle (divergenti) interpretazioni politiche e ideologiche di questi fatti storici, v. WASSHOLM, J., «Conflicting Pasts: The Political Uses of History by Russians and Finns during the Centenary of the Diet of Porvoo and the Peace of Hamina in 1909», *Revue d'histoire nordique*, n. 21, 2025, 177 ss., la quale ivi parla di «memorie in conflitto». Per i finlandesi, si tratta di celebrare il distacco dalla Svezia. Per i russi, si celebra invece l'ampliamento della sfera d'influenza nazionale sulla Finlandia, alla stregua di una «dimostrazione di forza».

5. Sulla Dieta di Porvoo del 1809, v. O. Jussila, S. Hentilä, J. Nevakivi, *From Grand Duchy to a Modern State. A Political History of Finland Since 1809*, (1995), trad. ingl. (dall'orig. finl.), London, Hurst, 1999, 10 ss. La Dieta di Porvoo si riunì da marzo a luglio del 1809; cfr. GROTFELT, K., «Porvoon valtiopäivän satavuotismuisto [Centenario del Parlamento di Porvoo]», *Valvoja*, 1909, 359 ss. (testo in finnico); VON WILLEBRAND, R.F., «Borgå landtdag», *Finsk Tidskrift*, 1909, 185 ss.

6. Si tratta, esattamente, della Costituzione del 21 agosto 1772 e dell'Atto di Associazione e di Sicurezza del 21 febbraio e del 3 marzo 1789.

7. Per gli aspetti concernenti l'amministrazione della giustizia nel Granducato di Finlandia, v. TYYNILÄ, M., «The Senate», in TIIHONEN, S. (Ed.), *Institutions and Bureaucrats in the History of Administration*, Helsinki, Publications of the Commission on the History of Central Administration in Finland (*Studies on Administrative History*, n. 1), 1989, 99 ss., sulle funzioni giurisdizionali del Senato imperiale di Finlandia; GIANNINI, A., «Finlandia», in Id., *Le costituzioni degli Stati dell'Europa orientale*, I, Roma, Istituto per l'Europa orientale, 1929, 243 ss.

no l'esame di problematiche amministrative generali. I Dipartimenti stessi, inoltre, funzionavano come organi di (alta) consulenza giuridico-amministrativa ed economico-finanziaria, nell'ambito del procedimento di adozione delle decisioni politiche che riguardavano il Granducato di Finlandia.

D'altro canto, i membri del Dipartimento giudiziario del Senato imperiale finlandese non possedevano lo *status* di giudici inamovibili, essendo invece nominati per periodi di tempo predeterminati (della durata di tre anni, rinnovabili). Ne discende che imparzialità, terzietà ed indipendenza dei componenti del Senato «giudicante» del Granducato di Finlandia apparivano suscettibili di essere messe a repentaglio per effetto di interferenze, di natura politica, provenienti dall'Esecutivo. La (relativa) debolezza dei supremi magistrati finlandesi nei confronti del potere esecutivo derivava dal fatto che i giudici-senatori, se volevano rimanere tali (e ricevere una conferma nella nomina), dovevano evidentemente godere della fiducia dell'imperatore/granduca di Finlandia (nonché, possiamo aggiungere, dei membri più influenti dell'amministrazione superiore e centrale della Russia zarista).

Non mancarono, peraltro, taluni interventi di razionalizzazione e riorganizzazione dell'ordinamento giudiziario posti in essere in epoca zarista. In particolare, nel 1868 vennero soppresse: a) la seconda istanza delle Corti rurali, relativamente ai giudizi in materia civile; b) le Corti urbane/cittadine di primo grado, per quanto riguarda le controversie di minore importanza (nella terminologia angloamericana, i c.d. *small claims/petty cases*). Nel 1890, inoltre, venne sottoposto ad un'ampia revisione il «Libro dell'esecuzione» (civile e penale) contenuto nel codice del 1734.

Durante la fase storica (1809-1917) caratterizzata dalla «posizione autonoma» del Granducato di Finlandia nel sistema di diritto pubblico dell'Impero zarista, vi furono tentativi di operare una «russificazione» del sistema giuridico finlandese. Nel 1814, lo zar Alessandro I insediò una Commissione, con lo scopo di analizzare le possibili riforme da apportare al codice svedese/finlandese del 1734, in vista di un suo eventuale inserimento nel quadro dei progetti di codificazione del diritto russo. Alcuni giuristi, ed in particolare i professori Nordström e Lagus, espressero l'opinione secondo cui il contenuto del codice del 1734 sarebbe risultato in grande misura alterato, se trasfuso nell'impianto normativo del nuovo codice delle leggi russo. Il codice russo, che venne realizzato nel 1832 ed assunse la denominazione di *Svod Zakonov*, risultava modellato sullo schema concettuale e sistematico dell'*Allgemeines Landrecht* (AL) prussiano del 1794. Lo *Svod Zakonov* rimaneva, quindi, estraneo alle ideologie giuspolitiche sottese alle codificazioni napoleoniche; di tal guisa, non era neppure possibile proporre il codice russo come esempio di compilazione normativa fortemente innovativa, idonea a superare gli arcaismi ancora contenuti nel codice generale svedese del 1734. La sostanziale impossibilità di procedere ad una completa (sia pure progressiva) armonizzazione del diritto finlandese e di quello russo venne riconosciuta dalle stesse autorità centrali zariste. Appare significativo che il successore di Alessandro I, lo zar Nicola I, ebbe a disporre la pubblicazione, avvenuta nel 1824, della traduzione russa del codice svedese/finlandese del 1734. Nuove edi-

zioni vennero predisposte per iniziativa del granduca di Finlandia (e imperatore di Russia); si ebbero, così, le versioni finlandesi del codice svedese del 1734 apparse nel 1822 e 1826, nonché l'edizione in lingua svedese del 1854. Le edizioni in lingua finnica del codice generale del 1734 potevano, forse, generare talune incertezze ed ambiguità, in ordine alla esatta successione cronologica degli «strati» del diritto finlandese, dal momento che esse recavano come intitolazione «Le leggi del Regno di Svezia».

Il successore di Nicola I, lo zar Alessandro II, consentì nel 1863 che il lavoro legislativo riprendesse nel Granducato di Finlandia. Lo sviluppo (e la modernizzazione) del diritto finlandese assunse come modello di riferimento il sistema giuridico svedese. Del resto, i giuristi finnici non avevano particolare dimestichezza con il diritto danese e norvegese, e neppure con quello tedesco (meno ancora con il diritto francese). Di conseguenza, essi adattarono i testi legislativi svedesi alle esigenze del Granducato di Finlandia. Ciò avvenne, sebbene le autorità russe avessero tentato di sostenere il radicamento nella cultura giuridica del Granducato di un movimento detto «finnofono», che intendeva rivendicare l'autonomia dell'esperienza politica e sociolegale finlandese rispetto a quella svedese.

I maggiori gius-pubblicisti finlandesi di quel tempo, tuttavia, mantennero ferma la tradizione svedese del diritto del Granducato. Va ricordato, a tale riguardo, che il giurista accademico Jean-Philippe Palmén curò la pubblicazione, nel 1861, delle antiche Costituzioni finlandesi, rappresentate dalle Leggi fondamentali svedesi (gustaviane) del 1772 e 1789. Degno di menzione è, altresì, l'orientamento di pensiero mostrato da Léon Mechelin nell'opera da lui pubblicata nel 1886 dal titolo «Précis du droit public du Grand-Duché de Finlande»⁸.

8. Per lo sviluppo storico della scienza giuridica scandinava v. JØRGENSEN, S., «Grundzüge der Entwicklung der skandinavischen Rechtswissenschaft», *Juristenzeitung*, 1970, 529 ss. Con riguardo alla ricerca giuridica comparata ed alla «cultura del diritto straniero» in Finlandia, cfr. MODEEN, T., «Le développement de la situation du droit comparé en Finlande», *Revue internationale de droit comparé*, 1999, 875 ss.

Sugli ordinamenti scandinavi/nordeuropei contemporanei v., nella dottrina in lingua italiana, MATTILA, H.E.S., «Diritto dei paesi scandinavi (nordici)», in *Digesto (IV^a ed.) delle discipline privatistiche - sezione civile*, VI, Torino, 1990, 152 ss.; SIMONI, A., VALGUARNERA, F., *La tradizione giuridica dei Paesi nordici*, Torino, Giappichelli, 2008; BIANCHI, P., «Gli ordinamenti scandinavi», in CARROZZA, P., DI GIOVINE, A., FERRARI, G.F. (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 363 ss.; DURANTI, F., *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2009; Id., «La giustizia costituzionale in Scandinavia: origini ed evoluzioni recenti», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 507 ss. Nella letteratura costituzional-comparatistica straniera v., ad es., HUSA, J., *Nordic Reflections on Constitutional Law. A Comparative Nordic Perspective*, Frankfurt am Main, Lang, 2002, il quale individua l'autonoma *Nordic Family of Constitutional Law*; HENNINGSSEN, B., JOCHEM, S. (hrsg.), *Die politischen Systeme Nordeuropas*, Baden-Baden, Nomos, 2025. Vi sono, comunque, non poche differenze tra i sistemi giuridici nordici, come bene evidenziato dalla migliore dottrina finlandese; v. HUSA, J., «The Stories We Tell Ourselves - About Nordic Law in Specific», *Isaidat Law Review (Subalpine Institute for the Analysis and Teaching of Transnational Affaires Law - Università di Torino - Accademia Nazionale dei Lincei)*, 2011.

II. IL SISTEMA DEI TRIBUNALI E DELLE CORTI NELLA FINLANDIA INDIPENDENTE, SECONDO LA *LEX* *FUNDAMENTALIS* DEL 1919 (E SUCCESSIVE MODIFICHE)

Una volta conseguita l'indipendenza dalla Russia, a seguito della rivoluzione bolscevica del 1917⁹, vennero introdotte alcune innovazioni nel sistema degli organi giurisdizionali finlandesi¹⁰. Nel 1918, il Dipartimento giudiziario dell'ex Senato imperiale del Granducato di Finlandia assumeva le funzioni di Corte Suprema, mentre sulle ceneri del Dipartimento finanziario sorgeva la nuova Corte Suprema amministrativa. La Costituzione finlandese del 17 luglio 1919¹¹, adottata secondo la procedura prevista dall'art. 60 della legge organica della Dieta del 20

9. La trad. ingl., condotta (da KRUHSE, P.) sul documento ufficiale in lingua finlandese, del «Manifesto» approvato nel marzo 1917 a Pietrogrado, con il quale il Governo provvisorio russo assicurava al popolo finlandese la «inviolabilità del diritto all'autonomia interna», è disponibile sulla rete Internet all'indirizzo Il «Manifesto» venne sottoscritto dal principe G.E. L'vov, nella sua qualità di Primo Ministro (e Ministro degli interni), da altri Ministri, nonché dal capo dell'Ufficio del Consiglio dei Ministri del Governo provvisorio russo V.D. Nabokov (quest'ultimo, gius-pubblicista ed esponente del Partito costituzional-democratico —c.d. «Partito cadetto»—, fu il padre del noto scrittore e romanziere Vladimir Vladimirovič Nabokov. Egli morì a Berlino nel 1922, vittima di un assassinio). Nel «Manifesto», peraltro, non compare la firma del Ministro della giustizia, l'avvocato A.F. Kerenskij, il quale ebbe allora a dichiarare agli organi di stampa di essere stato impossibilitato a sottoscrivere il documento in questione, in quanto si trovava «in viaggio».

10. Su ordinamento giudiziario ed istituzioni processuali nella Finlandia indipendente, v.: KEKKONEN, J., «The Development of the Finnish judicial system since independence», in Selovuori, J. (Ed.), *Power and Bureaucracy in Finland 1809-1998*, Helsinki, Edita, 1999, 175 ss.; NYHOLM, P., «The Finnish court system», in MEINCKE, N. (Ed.), *op. cit.*, 53 ss.; ERVO, L., «The Reform of Civil Procedure in Finland», *Civil Justice Quarterly*, 1995, 56 ss.; Aarnio, A., «Introduction», in J. Pöyhönen (Ed.), *An Introduction to Finnish Law*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing, 1993, 15 ss.; TOIVIAINEN, H., «L'amministrazione della giustizia civile in Finlandia», in FAZZALARI, E. (cur.), *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, II, Padova, Cedam, 1996, 47 ss.; GIANNINI, A., «Finlandia», cit., 270. In particolare, nello scritto cit. Toiviainen, dopo aver rilevato che «in Finlandia gli studi sul processo sono ritenuti di interesse esclusivamente pratico e a rilevanza interna. Per questo motivo esistono solo pochissime pubblicazioni scientifiche in lingue diverse da quelle ufficiali (finlandese e svedese). Lo stesso discorso vale per i periodici che pubblicano i precedenti della Suprema Corte», osserva che «ciò è probabilmente fonte di non pochi problemi per uno straniero che intenda studiare l'organizzazione giudiziaria finlandese» (cfr. a 68).

Per i profili costituzionali dell'ordinamento giuridico-processuale si veda, in relazione alla garanzia superprimaria del diritto di agire (e di resistere) in giudizio nel sistema di diritto finlandese, MODEEN, T., «Access to Justice as a Fundamental Right», in Id. (Ed.), *Finnish National Reports to the XVth Congress of the International Academy of Comparative Law* (Bristol, 26-7/-1-1998), Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing, 1998, 191 ss.

11. Per la trad. it. della Costituzione finlandese del 1919, sottoposta nel corso del tempo a numerosi emendamenti (*in primis* dalla legge 30 marzo 1922, l. 79/1922) e composta da novantacinque articoli, cfr. PALICI DI SUNI PRAT, E., CASSELLA, F., COMBA, M., *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, «Introduzione» di LOMBARDI, G., Padova, Cedam, 1998, 197 ss. (ed. ivi, 185 ss., il «Saggio introduttivo» di JYRÄNKI, A.); GIANNINI, A., «Finlandia», cit., 280 ss. Una trad. ingl. del testo costituzionale medesimo è stata pubblicata a Helsinki, nel 1996, per iniziativa di Parlamento, Ministero degli affari esteri e Ministero della giustizia finlandesi. L'opuscolo suddetto, dal titolo «Constitutional Laws of Finland - Procedure of Parliament», contiene la cit. traduzione a 5-31 (*sub Constitution Act of Finland*).

luglio 1906, registrava tali cambiamenti intervenuti nell'assetto delle più elevate autorità giudiziarie del Paese (divenuto uno «Stato indipendente e sovrano»; cfr. il Preambolo della L.f. del 1919), mediante le previsioni contenute negli art. 53 e 56. La prima di tali norme poneva la Corte Suprema al vertice della piramide degli organi giudiziari ordinari (o della giurisdizione generale); mentre la seconda stabiliva che la Corte Suprema amministrativa costituiva l'ultima istanza giudiziaria nel campo del diritto amministrativo.

La Legge fondamentale del 1919 affermava, in omaggio al principio della divisione (tripartita) dei poteri, che le Corti di giustizia esercitano la funzione giurisdizionale in modo indipendente dagli altri poteri dello Stato. I giudici, in altri termini, sono vincolati soltanto dall'obbligo di applicare le leggi, e non sono soggetti ad alcuna restrizione o «istruzione» di natura extralegale (art. 2, c. 4, Cost.).

Con riguardo ai diritti fondamentali del cittadino rilevanti sul piano dell'organizzazione giudiziaria, la Costituzione finlandese del 1919, nel testo risultante a seguito degli emendamenti introdotti nel 1995, prevedeva all'art. 16 la garanzia dell'azione (e della difesa) davanti alle autorità giurisdizionali. La norma precisava che i giudici erano tenuti ad esaminare (e decidere) le controversie sottoposte alla loro attenzione in modo «appropriato» e senza «ingiustificato ritardo» (così l'art. 16, c. 1, Cost. previg.). La disposizione medesima contemplava, altresì, il diritto fondamentale ad ottenere il riesame, in sede di impugnazione, delle pronunce giudiziarie.

Il c. 2 dell'art. 16 della Costituzione disciplinava la pubblicità dei procedimenti giurisdizionali ed il principio del contraddittorio, inteso come «diritto di essere sentiti» *apud iudicem*.

Tenuto conto del fatto che le lingue ufficiali della Finlandia sono il finlandese e lo svedese, considerati su un piano di parità (sebbene la grande maggioranza della popolazione sia *Finnish-speaking*), l'art. 14, c. 2, della Cost. previg. contemplava il diritto delle parti, nei procedimenti sia amministrativi che giurisdizionali, di esprimersi nella lingua finlandese o svedese, nonché di ottenere documenti redatti in una di queste lingue. Analogo diritto fondamentale non era invece riconosciuto ai saami¹²

Con riferimento al (previgente) assetto costituzionale finlandese, edificato sulla Legge fondamentale del 1919, v. anche WRÈDE, R.A., *op. cit.*, 124 ss.; ERICH, R., «La constitution finlandaise», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques, politiques et sociales*, 1924, 107 ss.; SCHEININ, M., ROSAS, A., «Les libertés fondamentales figurant dans la Constitution finlandaise», *Revue internationale de droit comparé*, 1995, 643 ss.; KASTARI, P., «The Historical Background of Finnish Constitutional Ideas», *Scandinavian Studies in Law*, 7, 1963, 61 ss.; BOŽYK, S., «The Genesis and Principles of the First Constitution of the Republic of Finland of 1919», *Miscellanea Historico-Iuridica* (edita dall'Università di Białystok, Polonia), t. XX, n. 2, 2021, 29 ss.

12. Sulla condizione giuridica dei saami in Finlandia (e, più in generale, nei Paesi nordici), v. ANAYA, S.J., ÅHRÉN, M., «The Right of Self-Determination, the Sámi Indigenous People, and the Norwegian Finnmark Act», *Arctic Review on Law and Politics*, 2025, 167 ss.; CAMBOU, D., RAVNA, Ø. (Eds.), *The Significance of Sámi Rights. Law, Justice, and Sustainability for the Indigenous Sámi in the Nordic Countries*, London-New York, Routledge, 2024; VALKONEN, S. et al. (Eds.), *The Sámi World*, London-New York, Routledge, 2022; ALLARD, C., SKOGVANG, S.F. (Eds.), *Indigenous Rights in Scandinavia. Autonomous Sami Law*, Farnham, Ashgate, 2015; ALFREDSSON, G., «The Rights of Indigenous Peoples with a Focus on the National Performance and Foreign Policies of the Nordic Countries», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1999, 529 ss.; HOCKING,

ed ai rom¹³, dal momento che la Costituzione prevedeva per essi una più limitata garanzia, consistente nel diritto di «mantenere e sviluppare i loro linguaggi e cultu-

B.A., HOCKING, B.J., «Colonialism, Constitutionalism, Costs and Compensation: A Contemporary Comparison of the Legal Rights and Obligations of and towards the Scandinavian Sami and Indigenous Australians», *Nordic Journal of International Law - Acta Scandinavica juris gentium*, 1999, spec. 39 ss.; JOHNSON, C., LERWALL, L., SPILIOPOULOU ÅKERMARK, A., «Race Equality: Sweden», *Revue Européenne de Droit Public/European Review of Public Law/Europäische Zeitschrift für öffentliches Rechts/Rivista Europea di Diritto Pubblico*, 1999, spec. 1018 ss., sul Parlamento dei saami (*Sametinget*) in Svezia, creato con il *Sametingslagen* (ingl: *Sami Parliament Act*) del 1992 e composto da trentuno rappresentanti; FITZMAURICE, M., «The Sámi People: Current Issues Facing an Indigenous People in the Nordic Region», *The Finnish Yearbook of International Law*, 1997, 200 ss.; BAER, L.-A., «Self-Governemet in Sápmi - Samiland», in HORN, F. (Ed.), *Minorities and Their Rights of Political Participation*, Rovaniemi, Lapland's University Press, 1996, 129 ss.; HANNIKAINEN, L., «The Status of Minorities, Indigenous Peoples and Immigrant and Refugee Groups in Four Nordic States», *Nordic Journal of International Law - Acta Scandinavica juris gentium*, 1996, 1 ss.; MINDE, H., «A Century of Norwegian Research into Sámi Rights», *Scandinavian Studies in Law*, 37, 1995, 109 ss.; SCHEININ, M., «Minorities, Human Rights and the Welfare State - The 1995 Fundamental Rights Reform in Finland», in POHJOLAINEN, K. (Ed.), *Constitutionalism in Finland - Reality and Perspectives*, Helsinki, The Finnish Society of Constitutional Law, 1995, spec. 35; Svensson, T.G., «The Attainment of Limited Self-Determination Among the Sami in Recent Years», in Commission on Folk Law and Legal Pluralism, Proceedings of the Vith International Symposium (Ottawa, 14/18-8-1990), H.W. Finkler Ed., s.n.t. (vol. realizzato per iniziativa della *Commission on Folk Law and Legal Pluralism della International Union of Anthropological and Ethnological Sciences e del Department of Indian Affairs and Northern Development-Circumpolar and Scientific Affairs Directorate* del Canada), I, 1991, 27 ss.; SMITH, E., «Constitutional protection of Minorities: the Rights and Protection of the Sami Population in Norway», *Scandinavian Studies in Law*, 34, 1990, 235 ss.; ROULAND, N. (dir.), PIERRÉ-CAPS, S., POUMARÈDE, J., *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, 389 ss.; BIANCHI, P., «La lotta dei Sámi per la difesa delle loro terre e del patrimonio culturale: recenti sviluppi in Svezia e Norvegia», *Annali della Facoltà Giuridica —Università degli Studi di Camerino, Note*, n. 14/2025 (online, 1-37); MAZZA, M., *Aurora borealis. Diritto polare e comparazione giuridica*, Bologna, Filodiritto, 2014, 131 ss.; Id., «The Protection of Saami (Land) Rights in Finnmark: A Comparative Assessment», in FERRARI, G.F. (Ed.), *Two Centuries of Norwegian Constitution: Between Tradition and Innovation*, The Hague, Eleven, 2015, 159 ss.; MOTTA, R., *L'addomesticamento degli etnodiritti. Percorsi dell'antropologia giuridica teorica e applicata*, Milano, Unicopli, 1994, 229 ss. Sui profili concernenti l'istruzione, che sono essenziali per rivitalizzare e mantenere la lingua e la cultura saami, v. Keskitalo, P., OLSEN, T.A., DRUGGE, A.-L., RAHKO-RAVANTTI, R. (Eds.): *Girjjoballat girjáivuoda - Embracing Diversity. Sami Education Theory, Practice and Research*, Leiden, Brill, 2025.

13. Per le ricerche finlandesi di ziganologia(romologia) (socio-)giuridica, v. MARKKANEN, A., ÅBERG, K. (Eds), *The Culture of the Finnish Roma*, Helsinki, Suomalaisen Kirjallisuuden Seura/Finnish Literature Society, 2024; STENROOS, M., «Lectio Praecursoria: Social Orders, Tensions and Saviourism: An Ethnography of Finnish Roma Policy Implementation», 45(2) *Suomen Antropologi: Journal of the Finnish Anthropological Society*, 51, 2021; Id., «Power and Hierarchy among Finnish Kaale Roma: Insights on Integration and Inclusion Processes», 1(2) *Critical Romani Studies*, 6, 2018; ÅKERLUND, T., «The Case of the Roma in Finland», in F. Horn (Ed.), *op. cit.*, 139 ss.; GRÖNFORS, M., «Social Control and Law in the Finnish Gypsy Community: Blood Feuding as a System of Justice», *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1986, 101 ss. Nella nostra letteratura, per cenni alle comunità di rom finlandesi, v. PIASERE, L., «Storia dei rapporti tra rom e gagé in Europa», in SIMONI, A. (cur.), *Stato di diritto e identità rom*, Torino, L'Harmattan Italia, 2005, 13 ss., nonché PIROSA, R., «La tutela dei diritti linguistici nel contrasto all'antiziganesimo. Tra ordinamento italiano e spazio giuridico europeo», *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2021, 2875 ss. Sulla posizione specifica della donna nella comunità rom della Finlandia, cfr. PARENTE-ČAPKOVÁ, V.,

re» (cfr. art. 14, c. 3, L.f.). Tale assetto della materia, con particolare riguardo alla lingua del processo, trovava conferma nelle disposizioni contenute nel *Language Act* (finl.: *Kielilaki*; sved.: *Språklag*) adottato con la legge finlandese n. 148 del 1° giugno 1922¹⁴. Con riferimento ai territori abitati dai saami, tali previsioni sono state però superate dal *Sámi Language Act* (finl.: *Saamelaiskielilaki*; it.: Legge sulla lingua saami) del 15 dicembre 2003 (l. 1086)¹⁵, vigente dal 1° gennaio 2004, che consente ai saami l'uso della loro madrelingua nei rapporti con le autorità pubbliche.

2.1. Gli organi della giurisdizione generale (civile e penale)

Il sistema giudiziario finlandese prevede una articolata gerarchia di Corti di giustizia che esercitano la giurisdizione generale nelle materie civili e penali.

Sino alla riforma del 1993, le Corti giudiziarie generali di primo grado erano distinte in due categorie. Nelle c.d. città «vecchie», vale a dire nelle città fondate in epoca anteriore al 1960, la giustizia civile e penale veniva amministrata dalle Corti urbane (finl.: *raastuvanoikeus*; sved.: *rådstuvrätt*) composte da tre giudici. Nelle città «nuove» (*id est*, fondate dopo il 1960), come pure nelle zone rurali, operavano organi di giustizia denominati in finlandese *kiblakunnanoikeus* ed in svedese *häradsrätt* (it.: Corti di circuito), formate da un giudice professionale e dalla giuria (finl.: *lautakunta*; sved.: *nämnd*). La giuria popolare era costituita da un numero di giudici laici variabile da cinque a sette. Essi non disponevano di un voto individuale; tuttavia, qualora i giudici laici avessero espresso all'unanimità una opinione diversa da quella del magistrato professionale in ordine al *thema decidendum*, prevaleva l'opinione della giuria.

Con la riorganizzazione giudiziaria del 1993, che ebbe quale modello normativo di riferimento la legislazione processuale svedese, gli organi di prima istanza forniti di giurisdizione generale (civile e penale) vennero unificati, mediante la soppressione del sistema duale di Corti urbane/Corti rurali (o Corti di circuito) e la introduzione delle nuove Corti distrettuali (finl.: *käräjäoikeus*; sved.: *tingsrätt*). La riforma dell'organizzazione giudiziaria è entrata in vigore il 1° dicembre 1993. Per effetto della riforma in Finlandia sono operanti sessantotto Corti distrettuali.

«Kiba Lumberg, la letteratura roma e i Roma di Finlandia», *La Rondine Finlandia (rivista di cultura e informazione tra Italia e Finlandia)*, 7 febbraio 2025.

14. Una trad. ingl., definita «non ufficiale», della «legge sulla lingua» del 1922 (e successive modifiche) è stata pubblicata nel giugno del 1992 a cura del Dipartimento legislativo del Ministero della giustizia della Finlandia. Sui diritti linguistici nell'ordinamento finlandese v. PALICI DI SUNI PRAT, E., «La legge italiana sulla tutela delle minoranze linguistiche storiche nel quadro europeo», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, spec. 108-109.

15. In www.finlex.fi. Cfr. gli art. 7 e seguenti della legge ult. cit. Nella dottrina finlandese, v. VALOMA, L., «Decolonising cultural policy: the cultural and linguistic rights of the Sámi in Finland», *Eur. J. Cult. Manag. Polic.*, 2024, doi: 10.3389/ejcmp.2024.12741. Alcune caute aperture erano già contenute nell'*Act on the Use of the Sámi Language before the Authorities* (l. 516/1991).

Le Corti di giustizia di prima istanza sono abitualmente divise in sezioni. Per quanto riguarda la composizione delle Corti distrettuali, essa dipende dalla natura delle questioni oggetto di esame giudiziario. Va osservato, innanzitutto, che le Corti locali sono competenti a giudicare sia i casi civili che quelli penali. Non è infrequente che la Corte distrettuale, mantenendo la stessa composizione, affronti in una medesima giornata la trattazione o decisione di materie civili e penali.

Nei giudizi penali, come pure in alcuni tipi di controversie civili, l'organo giurisdizionale di prima istanza si compone di un giudice professionale, con funzioni di Presidente, e di tre giudici laici. Il Presidente della Corte distrettuale è denominato *laamanni* in finlandese e *lagman* in svedese. I giudici non-professionali dispongono, nelle rinnovate Corti locali, di un voto individuale. Il voto espresso dai giudici laici ha lo stesso valore di quello manifestato dal giudice togato. Qualora non sia possibile raggiungere un consenso unanime, la decisione viene messa ai voti. Verificandosi un pareggio, nelle cause penali viene irrogata la sanzione più lieve tra quelle prese in considerazione dai membri dell'organo giudicante. Nelle controversie civili, invece, in ipotesi di pareggio di voti prevale l'opinione manifestata dal Presidente del collegio.

Con riferimento al settore del contenzioso civile, nei procedimenti in materia di diritto di famiglia la Corte locale è composta da un magistrato professionale, che funge da Presidente, e da tre giudici laici. Nelle Corti distrettuali di maggiori dimensioni sono istituite apposite sezioni per l'esame delle cause relative a rapporti di locazione. In tali ipotesi, il processo si svolge di fronte ad un giudice professionale, che svolge le funzioni di Presidente, e due giudici laici, i quali rappresentano, rispettivamente, l'associazione dei locatori e quella degli affittuari.

Nei casi che presentano maggiore complessità il Presidente della Corte distrettuale è affiancato da un altro giudice professionale. In modo corrispondente, i membri laici della Corte locale possono essere quattro, anziché tre. Non mancano alcune ipotesi, previste espressamente dalla legge, in cui la Corte distrettuale chiamata a decidere controversie civili è composta da tre magistrati professionali.

Occorre notare, peraltro, che le cause penali di minore importanza sono decise da un giudice professionale monocratico. Ciò avviene nelle ipotesi in cui la pena massima consiste nel pagamento di una sanzione pecuniaria, ovvero nella privazione della libertà personale per un periodo non superiore ad un anno. Dalle statistiche relative all'amministrazione della giustizia risulta che non meno di un terzo dei procedimenti penali sono definiti dalle Corti locali con l'intervento di un solo giudice. Nel settore civile, d'altro canto, le udienze istruttorie nel procedimento di primo grado si svolgono sempre davanti ad un giudice professionale, che opera in composizione monocratica.

Con riguardo alla designazione dei membri delle Corti distrettuali vale quanto segue. I giudici professionali sono nominati dal Presidente della Repubblica, a conclusione di un *iter* procedurale che ha inizio con la proposta formulata dalla Corte d'appello, la quale deve poi essere corredata dal parere della Corte Suprema. I laici che partecipano all'amministrazione della giustizia non fanno parte dell'ordine giudiziario. Questi ultimi sono designati dai Consigli municipa-

li nell'ambito di ciascun distretto. Il mandato dei giudici laici ha la durata di quattro anni.

Dal punto di vista della disciplina del processo¹⁶, una prima significativa innovazione si ebbe con la riforma del diritto procedurale operata nel 1948, con la quale venne introdotto il principio della libera valutazione delle prove.

Una più ampia revisione della disciplina processuale relativa ai giudizi che si svolgono innanzi alle Corti ordinarie di primo grado è stata realizzata nel 1993. I principi ispiratori della riforma del 1993 sono stati l'oralità, l'immediatezza e la concentrazione, quali presupposti per il conseguimento degli obiettivi di chiarezza, semplicità ed effettività nei procedimenti giurisdizionali.

La modernizzazione ed accelerazione del processo finlandese poggia, essenzialmente, sulla articolazione del procedimento in due fasi distinte, rappresentate dalla fase preparatoria e da quella dibattimentale.

La prima di esse, che serve a chiarire la materia del contendere, è caratterizzata da uno svolgimento in parte orale ed in parte scritto, anche in dipendenza dalla natura dei mezzi di prova presentati dalle parti.

È possibile che il procedimento venga definito in questa prima fase, la quale è condotta in ogni caso da un giudice monocratico. Il magistrato esperisce obbligatoriamente il tentativo di conciliazione tra le parti, potendo anche formulare *ex officio* una proposta transattiva per la definizione della controversia.

Se la causa non è decisa nella fase preparatoria, il procedimento prosegue con la fase dibattimentale, che si svolge davanti allo stesso giudice (unico) della fase preparatoria, a meno che venga disposta la fissazione di una udienza separata, che è tenuta dalla corte in forma collegiale.

La trattazione della controversia nella fase dibattimentale è (prevalentemente) orale. Essa si suddivide in tre sotto-fasi: a) l'apertura della discussione; b) la presentazione dei mezzi di prova; c) la chiusura della discussione.

Le sentenze emanate dalle Corti distrettuali possono essere impugnate davanti alla Corti d'appello (finl.: *hovioikeus*; sved.: *ovrätt*). In Finlandia vi sono attualmente sei Corti d'appello. Il termine per proporre l'impugnazione nei confronti della decisione delle Corti locali è di trenta giorni, che decorrono dalla pronuncia medesima.

16. Con riguardo al diritto processuale civile finlandese v. ERVASTI, K., «An assessment of the reform of civil procedure in Finland. Opinions and experiences of lawyers and court officials with the new civil procedure», reperibile sulla rete Internet all'indirizzo <http://www.vn.fi/om/suomi/optula/summary/summa154.html>. A study of lower court practice», all'indirizzo <http://www.vn.fi/om/suomi/optula/summary/summa126.html>. Nella letteratura cartacea, v. SUNDSTRÖM, R., «Prosesioikeudellisen editiovelvollisuuden oikeustaloustieteellinen analyysi (An economic analysis of the Finnish rules governing the disclosure of information between parties in civil procedure)», *Helsinki Law Review*, 2007, 72 ss. (testo in finlandese e sunto in inglese).

Per gli scritti elettronici relativi al diritto ed alla procedura penale, nonché al settore degli studi criminologici e penitenziari v. ANTTILA, I., «Criminal Justice and Trends in Criminal Policy», in UOTILA, J. (Ed.), *op. cit.*, 232 ss.; PÖLÖNEN, P., «Witness Examination in Finnish Criminal Trials», *Scandinavian Studies in Law*, 51, 2007, 437 ss.

I componenti della Corte d'appello sono tutti giudici professionali. Il collegio giudicante è composto, di norma, da tre magistrati. La presentazione della causa è affidata ad un giudice referendario. In alcune ipotesi, tuttavia, la Corte d'appello giudica in sessione plenaria.

Vi sono, altresì, casi in cui la Corte d'appello è organo giurisdizionale di prima istanza. Ciò si verifica, in particolare, per le accuse rivolte contro i giudici delle Corti distrettuali ed alcune categorie di dipendenti pubblici, in relazione a fatti commessi nell'esercizio delle funzioni istituzionali.

Per gli aspetti procedurali del giudizio davanti alle Corti d'appello, va notato che si tratta di un processo che si svolge prevalentemente in forma scritta. È interessante rilevare che la riforma parziale del diritto processuale finlandese entrata in vigore il 1° maggio 1998 ha introdotto l'obbligo per la Corte d'appello di disporre l'udienza orale, qualora una richiesta in tal senso venga formulata da una delle parti. La Corte d'appello, peraltro, può disattendere la richiesta della parte, qualora l'impugnazione sia «chiaramente» infondata, ovvero sussistano altre ragioni per le quali l'udienza orale risulti «in modo chiaro» non necessaria.

Una particolarità del diritto processuale finlandese è rappresentata dal fatto che le parti possono liberamente concludere un accordo, in materia di diritti disponibili, avente ad oggetto la non impugnabilità della sentenza di primo grado.

Per quanto concerne la Corte Suprema¹⁷, essa rappresenta l'istanza più elevata del sistema di Corti generali di giustizia. Tra i compiti istituzionali della Corte Suprema rientra la supervisione sull'attività svolta dagli organi giurisdizionali inferiori, come anche sull'operato delle autorità che si occupano dell'esecuzione delle pronunce giudiziarie (art. 53 Cost. finl. 1919). A tale riguardo, gli organi preposti all'esecuzione forzata nel sistema giudiziario finlandese sono l'«Administrative Board of Enforcement», o «Bailiff», che ha competenza in tema di attuazione dei provvedimenti giurisdizionali emanati dalle Corti distrettuali, nonché i «Local Distrainers», che svolgono le loro funzioni in collaborazione con gli ufficiali di polizia giudiziaria¹⁸.

17. Per notizie sulla Corte Suprema finlandese, considerata nella prospettiva della comparazione tra gli ordinamenti dei cinque Paesi nordici, vale a dire Danimarca, Norvegia, Islanda (c.d. *West Scandinavian countries*), Svezia e Finlandia (c.d. *East Scandinavian countries*), v. LINDBLÖM, H., «The Role of the Supreme Courts in Scandinavia», *Scandinavian Studies in Law*, 39, 2000, 325 ss.; NOUISAINEN, J., «The Role of the Finnish Supreme Court in the Legislative Process», *ivi*, 23, 1979, 131 ss. Nel raffronto con la Corte suprema amministrativa, v. DAHLBERG, M., KELEMEN, K., «Constitutional law in the Finnish Supreme Courts: The role of preparatory works and precedents in constitutional interpretation», *Retfærd: Nordisk Juridisk Tidsskrift [Giustizia: Rivista giuridica nordica]*, 2025, n. 1, 27 ss.

18. Sulla disciplina dell'esecuzione forzata nel diritto nordeuropeo/scandinavo, cfr. TOIVAINEN, H., «L'amministrazione della giustizia», cit., 65-67; COMOGLIO, L.P., «L'individuazione dei beni da pignorare», *Rivista di diritto processuale*, 1992, spec. 113 ss. con riferimento al codice di esecuzione svedese del 1983; MERLIN, E., «Prospettive di riforma parziale del diritto dell'esecuzione forzata: l'individuazione dei beni da pignorare e la garanzia patrimoniale c.d. generica dell'obbligazione civile», *Foro italiano*, 1993, V, spec. 441-443; Id., «L'individuazione dei beni da pignorare e la "trasparenza" dei patrimoni: riflessioni "de iure condendo"», *Giurisprudenza italiana*, 1993, IV, spec. 215-216; JACOBSSON, U., «Il processo civile in Svezia», in FAZZALARI, E. (cur.), *La*

Il c. 3 dell'art. 54 della L.f., nel testo risultante a seguito delle modifiche introdotte nel 1995, stabilisce che la Corte Suprema giudica con l'intervento di cinque membri, salvo che un diverso *quorum* costitutivo sia prescritto separatamente dalla legge. Secondo le previsioni contenute nell'art. 58 della Costituzione del 1919, la Corte Suprema (come pure la Corte Suprema amministrativa) può indirizzare al Presidente della Repubblica proposte in ordine alle modifiche di misure legislative, ovvero di norme regolamentari contenute in ordinanze o decreti, che siano ritenute necessarie.

Il ricorso alla Corte Suprema è soggetto ad autorizzazione. Questa limitazione nell'accesso alla più elevata istanza giudiziaria del Paese è prevista allo scopo di consentire ai giudici supremi di concentrare la propria attenzione su un numero contenuto di casi, che debbono rivestire importanza primaria. La funzione principale della Corte suprema è, infatti, di tipo nomofilattico, essendo la Corte chiamata a garantire l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale ed a guidarne lo sviluppo. In deroga al sistema dell'autorizzazione per promuovere il giudizio davanti alla Corte Suprema, le decisioni emanate dalle Corti d'appello come giudici di primo grado sono sempre impugnabili di fronte alla massima autorità giudiziaria finlandese.

Il termine per proporre il ricorso alla Corte Suprema è di sessanta giorni dalla pronuncia della Corte d'appello. L'autorizzazione all'impugnazione è rilasciata da un collegio ristretto di tre giudici della Corte Suprema. La domanda volta ad ottenere il rilascio dell'autorizzazione deve essere presentata alla stessa Corte d'appello che ha emanato la sentenza, entro il termine stabilito per la presentazione del ricorso alla Corte Suprema. Quest'ultimo atto processuale costituisce un tutt'uno con la richiesta di autorizzazione, nel senso che il medesimo atto contiene la domanda per la concessione del *leave*, i motivi di impugnazione ed i punti (o capi) di sentenza oggetto di censura, con indicazione delle conclusioni che si intendono sottoporre all'esame (ed alla decisione) della Corte Suprema. Sebbene, poi, il codice di procedura non contempli espressamente la possibilità per la controparte di replicare alla domanda per la concessione dell'autorizzazione, la prassi giudiziaria sviluppata dalla Corte Suprema è nel senso che la Corte stessa ha la facoltà di agire di propria iniziativa per acquisire le eventuali controdeduzioni dell'altra parte.

L'autorizzazione in questione viene concessa in presenza di una delle seguenti condizioni: a) il caso risulta importante al fine di assicurare la coerenza delle decisioni giudiziarie che riguardano fattispecie analoghe o simili. In queste ipotesi, si parla di autorizzazione all'impugnazione concessa in considerazione della

giustizia civile nei Paesi comunitari, II, cit., spec. 128 ss.; Id., «Enforcement Proceedings in Sweden», *Reue hellénique de droit international*, 1997, spec. 483 ss.; RUMP CHRISTENSEN, G., «Is the system of civil enforcement up-to-date? Trends of development and review in Denmark», *ivi*, 1997, 521 ss.; KOULU, R., «Enforcement in Finland», *ibidem*, 1997, 537 ss. Nell'ottica del diritto processuale (civile comparato) delle esecuzioni forzate v. anche, se vuoi, MAZZA, M., «Tutela giudiziaria del creditore e procedure di autotutela esecutiva (spunti comparatistici)», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, spec. 474 ss.

rilevanza del caso come precedente giurisdizionale; b) il giudizio svoltosi davanti alle Corti inferiori ha dato luogo ad un *error in procedendo*, o ad altro vizio di nullità, che è censurabile mediante uno dei mezzi straordinari di impugnazione contemplati dal codice di procedura. In tal caso, per ragioni, cui non sono estranee valutazioni connesse al principio di economia processuale¹⁹, è disponibile il c.d. «motivo di annullamento», da porre a base del ricorso alla Corte Suprema; c) sussistono altre e diverse ragioni perché il caso venga portato all'attenzione della Corte Suprema. Si tratta di un motivo di ricorso che, all'apparenza, potrebbe rivelarsi di ampia portata, ma che è stato interpretato dai giudici supremi finlandesi in modo estremamente restrittivo, tanto è vero che ben pochi ricorsi si basano su questo terzo motivo di impugnazione.

Sul piano organizzativo, la Corte Suprema si compone del Presidente e di non meno di quindici giudici. Essa giudica in collegi che sono composti, di norma, da cinque membri. Le cause di minore rilievo sono decise da collegi ristretti, composti da due o tre giudici. La relazione della causa viene svolta dal giudice referendario. Per la decisione delle controversie di maggiore importanza la Corte Suprema si riunisce in sessione plenaria, ovvero in sezione allargata, la quale ultima è composta da undici magistrati.

Con riguardo alla procedura, va notato che il giudizio davanti alla Corte Suprema è (essenzialmente) scritto. Qualora se ne presenti la necessità, è comunque consentito lo svolgimento di udienze orali, la cui fissazione nella prassi della Corte Suprema è, peraltro, fatto eccezionale e del tutto raro.

Le decisioni della Corte Suprema, per quanto autorevoli, non sono vincolanti, né per le Corti inferiori né per la stessa Corte Suprema. Nelle ipotesi in cui la suprema istanza giudiziaria del Paese intende discostarsi da un proprio precedente, adottando una decisione c.d. *overruling*, il Presidente della Corte Suprema può disporre che la questione venga esaminata dalla sessione plenaria o dalla sezione allargata della Corte. Anche a livello di Corte d'appello, se i giudici ritengono di non seguire un precedente della stessa Corte d'appello, ovvero un «principio dominante di diritto» affermato da altra Corte d'appello, il Presidente della Corte d'appello che ha intenzione di innovare l'orientamento giurisprudenziale su una determinata questione può convocare la Corte in sessione plenaria o in sezione allargata.

Circa la provenienza dei giudici della Corte Suprema, va notato che essi sono spesso magistrati che hanno svolto le funzioni presso le Corti di giustizia inferiori, ovvero anche, sin dall'inizio, quali membri della suprema istanza della giurisdizione ordinaria. Una parte dei componenti della Corte Suprema sono stati, in precedenza, docenti universitari in materie giuridiche, funzionari del Ministero della giustizia o avvocati.

19. Per un approfondito esame dei profili storico-comparatistici relativi al principio di «economia processuale» (o di «economia dei giudizi»), con riguardo (prevalentemente) alla giurisdizione civile, ma con accenni anche al giudizio penale ed al processo amministrativo, v. COMOGLIO, L.P., *Il principio di economia processuale*, I-II, Padova; Cedam, 1980-1982.

In ogni caso, soltanto i cittadini finlandesi possono ricoprire la carica di giudice (art. 84, c. 1, Cost. 1919, come modificato nel 1989). L'art. 87, c. 1, n. 3) della Costituzione previg. stabilisce che il Presidente della Repubblica nomina il Presidente della Corte Suprema, nonché, su designazione della Corte Suprema, i membri della Corte medesima ed i Presidenti delle Corti d'appello. Il Capo dello Stato nomina, altresì, i giudici delle Corti d'appello (cfr. art. 87, c. 1, n. 4, L.f. finl. 1919). L'art. 91 della Costituzione del 1919 prescrive, al c. 1, che: a) i giudici non possono essere privati dell'ufficio se non a seguito di regolare giudizio; b) i membri dell'ordine giudiziario non possono essere trasferiti ad altro ufficio, qualora non vi sia il consenso dell'interessato rispetto al mutamento del posto di lavoro; c) il consenso del giudice non è richiesto quando il trasferimento è determinato da una riorganizzazione dell'apparato giudiziario. Il c. 2 del cit. art. 91 Cost. stabilisce che la legge ordinaria fissa il limite dell'età pensionabile per i magistrati. In attuazione del dettato costituzionale, la legge n. 765 del 24 ottobre 1986 sulla condizione giuridica dei dipendenti civili dello Stato dispone che i giudici professionali sono obbligatoriamente collocati a riposo al raggiungimento del settantesimo anno di età²⁰.

2.2. La giurisdizione amministrativa

La disciplina costituzionale della Corte Suprema amministrativa era contenuta negli art. 56-58 della Legge fondamentale del 1919²¹.

20. Sui meccanismi di reclutamento dei magistrati professionali nell'ordinamento finlandese, si veda PORCELLA, A., «Spunti comparativi e prime riflessioni in tema di reclutamento e formazione dei magistrati», *Giurisprudenza italiana*, 1993, IV, spec. 182, ove anche notazioni sulle figure del giudice laico-popolare e del giudice laico-esperto; Giannini, A., «Finlandia», cit., 274 s. Circa lo *status* legale del magistrato professionale finlandese, v. quanto stabilito dalla legge sui funzionari pubblici, in vigore dal 1° gennaio 1988, *sub cap.* 12, art. 45-48. Una trad. ingl. della legge in questione, dal titolo «State Civil Servants' Act», è stata pubblicata ad Helsinki nel 1995, per iniziativa del Ministero delle finanze (*Painatuskeskus Oy*). Con riguardo alla posizione giuridica del magistrato amministrativo cfr. RIHTO, A., «The Status of the Administrative Judges», in BUURE-HÄGGLUND, K., MATTILA, H.E.S., KILPELÄINEN, K. (Eds.), *The Finnish National Reports to the XIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law* (Montréal, 19/24-7-1990), Helsinki, Institutum Iurisprudentiae Universitatis Helsingiensis, 1990, 151 ss.

21. Sulla giurisdizione amministrativa finlandese v.: MODEEN, T., «The Founding of the Supreme Administrative Court in Finland Seen Against Its Historical Background in Sweden and Finland», *Scandinavian Studies in Law*, 21, 1977, 209 ss.; Id., «The Principle of Administrative Legality. The Control System (Le principe de légalité administrative. Le système de contrôle)», in Id. (Ed.), *Public Administration in Finland/L'administration publique de la Finlande*, Helsinki, Helsinki University Printing House, 1994, 87 ss.; Id., «Study on Legal Systems and Procedures for the Delegation of Public Services», *Revue Européenne de Droit Public/European Review of Public Law/Europäische Zeitschrift für öffentliches Rechts/Rivista Europea di Diritto Pubblico*, 1999, spec. 1116; Id., «Dualité de juridictions en Finlande et en Suède», *Revue française de droit administratif*, 1990, 875 s.; ANDERSSON, E., «Appeal Against Council of State and Ministry Decisions in Finland», *Scandinavian Studies in Law*, 16, 1972, 11 ss.; Id., «La protection des droits de l'homme et le rôle des administrations en Finlande», *Revue internationale de droit comparé*, 1995, spec. 664-665; KANNINEN, H., «Le juge administratif finlandais et la Convention européenne des droits de l'homme», *ivi*, 1995, 681 ss.

L'art. 56 della Costituzione affermava che la Corte Suprema amministrativa rappresenta l'istanza giurisdizionale più elevata nelle controversie che riguardano il diritto amministrativo. La Corte Suprema amministrativa, inoltre, sorveglia le autorità inferiori «nella loro amministrazione della giustizia in materie di diritto amministrativo».

L'art. 57 della Legge fondamentale previgente, che contiene un richiamo all'art. 54, c. 3, dello stesso testo costituzionale, stabiliva che la Corte Superiore amministrativa si compone del Presidente e di un numero prescritto di giudici supremi amministrativi. La norma costituzionale aggiungeva, per effetto del citato richiamo, che gli affari contenziosi sono esaminati e decisi dalla Corte Suprema amministrativa mediante collegi giudicanti formati da cinque membri, salvo che un numero diverso, inferiore o superiore, di giudici presenti per deliberare sia determinato da una legge speciale.

2.2.1. *Segue: la fase evolutiva sino al 1919*

Sul piano storico, va notato che la necessità di edificare un sistema di controllo giudiziario della legalità degli atti amministrativi era stata oggetto di ampio esame da parte dei giuristi svedesi e finlandesi nel corso dell'Ottocento ed agli inizi del XX secolo. Il modello per la realizzazione della Corte Suprema amministrativa finlandese fu rappresentato dall'analogo organo di suprema giustizia amministrativa, denominato (in lingua svedese) *Regeringsrätten*, operante dal 1909 nel Regno di Svezia²².

La base legislativa per la creazione, sia in Svezia che in Finlandia, della Corte Suprema amministrativa venne individuata nella prescrizione contenuta nel cap. 10, sez. 26, del codice di procedura del 1734. Tale norma stabilisce che le controversie che traggono origine dai comportamenti tenuti dagli organi amministrativi e dai funzionari pubblici non sono decise dalle Corti ordinarie di giustizia, ma da «coloro ai quali il re ha affidato la cura e la sorveglianza [degli organi e funzionari amministrativi]». I precedenti storici della disposizione in esame vanno ricercati nella evoluzione delle istituzioni giudiziarie svedesi e finlandesi nel corso del XVII secolo, con particolare riguardo alla Ordinanza sulla procedura del 1614 ed allo Strumento di Governo del 1634. Il sistema delineato da questi provvedimenti normativi prevedeva la creazione di Corti d'appello per l'esercizio della giurisdizione di secondo grado nelle materie civili e penali. Le controversie relative al diritto amministrativo erano esaminate e decise dalle autorità centrali

Per quanto concerne i lineamenti del processo amministrativo finlandese, cfr. MODEEN, T., «La loi finlandaise sur la procédure administrative contentieuse», *Revue internationale de droit comparé*, 1999, 369 ss. e *Revue française de droit administratif*, 2000, 337 ss. Su aspetti particolari del giudizio amministrativo, v. MÄENPÄÄ, O., «Interim Relief and Suspensive Effect in Administrative Proceedings», in A. Suviranta (Ed.), *Finnish National Reports to the Fourteenth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing, 1994, 141 ss.

22. Sul contenzioso amministrativo in Svezia v. RAGNEMALM, H., «Administrative Justice in Sweden», in W. Wade, H. Ragnemalm, P.L. Strauss, *Administrative Law - The Problem of Justice*, I, *Anglo-American and Nordic Systems*, PIRAS, A., MOTZO, G. (Eds.), Milano, Giuffrè, 1991, 237 ss.

(organizzate in *Collegia*) e periferiche (a livello di Contea) dell'apparato governativo, le quali erano titolari non solo di poteri amministrativi, ma anche di funzioni giurisdizionali.

Nell'ordinamento del Granducato di Finlandia la trattazione dei ricorsi contro le decisioni adottate dalle autorità amministrative rientrava nella competenza del Dipartimento economico del Senato imperiale finlandese. Il riesame giudiziario degli atti amministrativi era attribuito al Dipartimento economico dagli art. 33, c. 2, e 41 del regolamento imperiale del 18 agosto 1809. Il regolamento imperiale sul Senato finlandese del 13 settembre 1892 confermava tale assetto della materia, stabilendo, all'art. 94, che «il Dipartimento economico è responsabile per il Governo civile della Finlandia e per il riesame giurisdizionale dell'azione amministrativa in ultima istanza e prende in considerazione tutti i casi concernenti l'economia in generale ed il mantenimento della pace e dell'ordine».

La devoluzione, sulla base del cap. 10, sez. 26, del codice di procedura, delle controversie relative agli *administrative-law cases* alle autorità amministrative, in assenza, sino al 1918, di Corti giudiziarie amministrative separate dalle Corti ordinarie di giustizia, era stata sostenuta nella letteratura giuridica finlandese sia da parte dei processualcivili che dagli amministrativisti. La questione della attribuzione di una controversia agli organi della giurisdizione generale o alle autorità amministrative andava risolta tenendo presente la natura della materia oggetto di *litigation*. Per tal modo, il contenzioso relativo alle *administrative-law matters* era affidato alle autorità amministrative, a meno che una disposizione espressa di legge avesse conferito la giurisdizione sul caso in questione alle Corti generali di giustizia. Questa lettura interpretativa del cap. 10, sez. 26, del codice di procedura era stata sostenuta, tra l'altro, nel trattato di diritto processuale civile del barone R.A. Wrede, pubblicato nel 1905, come pure nell'opera sul diritto amministrativi edita da K.J. Ståhlberg nel 1913²³.

Nel Regno di Svezia, facendo seguito ad un progetto presentato al Parlamento (*Riksdag*) in data 28 aprile 1903, il conte Hj.L. Hammarskjöld (a quel tempo Governatore della Contea di Uppsala) pubblicò nel 1907 uno studio sulla istituzione della Corte Suprema amministrativa. Lo studio recava, in appendice, uno schema di legge per la creazione del *Regeringsrätt*. Nel 1908 un nuovo progetto, basato sul lavoro di Hammarskjöld, ma contenente altresì le modificazioni volute dal Segretario di Stato per la giustizia, venne sottoposto all'esame del *Riksdag* svedese. Il Parlamento provvedeva ad approvare il progetto e, il 26 maggio 1909, entrava in vigore la legge sulla istituzione della Corte suprema amministrativa svedese.

Nel Granducato di Finlandia, un progetto che prevedeva l'introduzione della Corte Suprema amministrativa venne presentato al *Lantdag* nel 1907, per iniziativa di J. Castrén e di altri membri della Dieta. Il progetto riproduceva, in larga

23. Si tratta delle seguenti opere: WREDE, R.A., *Finlands gällande civilprocessrätt*, Helsinki, 1905 e STÅHLBERG, K.J., *Suomen hallinto-oikeus. Yleinen osa*, Helsinki, 1913, entrambe menzionate da MODEEN, T., *The Founding of the Supreme Administrative Court in Finland*, cit., 219-220, rispettivamente alle nt. 7 e 8.

misura, un precedente schema di legge elaborato dal barone Wrede nel 1891. Il progetto medesimo non fu approvato, ma venne ripresentato alla Dieta nel 1908 da E.N. Setälä e da altri deputati. Si ebbero altre iniziative parlamentari sull'argomento. In particolare, il deputato O.W. Kuusinen, il quale sarebbe poi divenuto la guida della rivoluzione comunista finlandese del 1918, sostenne la necessità di creare un sistema articolato di Corti giudiziarie amministrative, non reputando sufficienti i progetti che contemplavano l'istituzione della sola Corte Suprema amministrativa. Il 23 ottobre 1908, inoltre, la Dieta finlandese inviava allo zar una petizione nella quale si chiedeva il consenso imperale rispetto alla costituzione della Corte Suprema amministrativa, che avrebbe dovuto esercitare la giurisdizione fino a quel momento attribuita al Dipartimento economico-finanziario del Senato finlandese. La petizione, peraltro, non ricevette alcuna risposta da parte dello zar.

2.2.2. *Segue: il diritto dell'indipendenza*

Dopo il conseguimento dell'indipendenza dalla Russia, venne elaborato un nuovo progetto per l'istituzione della Corte Suprema amministrativa. Il progetto, presentato al Parlamento il 30 luglio 1917, costituiva un sunto della petizione trasmessa allo zar nel 1908. A differenza di quest'ultima, il progetto era corredato da uno schema di articolato normativo. Non mancarono, peraltro, talune perplessità al riguardo. In particolare, venne prospettato il dubbio che il trasferimento delle competenze in materia di contenzioso amministrativo dal (soppresso) Dipartimento economico del Senato imperiale alla (istituenda) Corte Suprema amministrativa concretasse una violazione della (allora) vigente Costituzione finlandese, rappresentata dalle Costituzioni gustaviane del 1772 e 1789. Superate infine le residue incertezze, la legge sulla Corte Suprema amministrativa (finl.: *Korkein hallinto-oikeus*; sved.: *Högsta förvaltningsdomstolen*) venne ratificata dal Presidente della Repubblica il 22 luglio 1922. Dopo un incontro preliminare dei membri della Corte tenutosi il 27 luglio 1918, la suprema istanza giurisdizionale amministrativa della Finlandia entrò ufficialmente in funzione il 2 settembre 1918.

Si può notare che la Corte Suprema amministrativa finlandese ha recepito il modello del *Regeringsrätt* svedese. Poiché, tuttavia, presso il *Lantdag* finlandese circolava all'inizio del XX secolo la copia del lavoro di Hammarskjöld, la normativa sulla Corte Suprema amministrativa della Finlandia ha finito con il rassomigliare maggiormente al progetto elaborato da Hammarskjöld che al testo legislativo sulla *Regeringsrätt* approvato dal *Riksdag* svedese.

Con riguardo al meccanismo di nomina dei giudici supremi amministrativi finlandesi, l'art. 87, c. 1, n. 3 della L.f. del 1919 stabilisce che il Presidente della Repubblica designa il Presidente della Corte Suprema amministrativa, nonché, su proposta della Corte, i membri della Corte stessa.

Il sistema finlandese di giustizia amministrativa è stato integrato nel 1955 con la creazione delle giurisdizioni amministrative inferiori. La legge del 1955 istituiva, al riguardo, i Tribunali provinciali. Questi organi giurisdizionali sono stati ri-

denominati, con legge del 1974, Tribunali regionali amministrativi. I nuovi organi del contenzioso amministrativo hanno operato, inizialmente, presso le prefetture. A partire dal 1989, i Tribunali regionali amministrativi risultano del tutto separati dalle strutture dell'amministrazione dipartimentale finlandese. La legge del 1989 riconosce ai magistrati amministrativi lo *status* e le garanzie di indipendenza spettanti al giudice ordinario. Una nuova disciplina legislativa sui Tribunali regionali amministrativi è divenuta vigente l'11 novembre 1999. I Tribunali regionali amministrativi attualmente operanti in Finlandia sono otto.

Per i lineamenti di diritto processuale amministrativo finlandese, va notato che in epoca anteriore alla legge sulla procedura amministrativa contenziosa del 1996 le norme sul processo amministrativo erano disperse in numerosi testi legislativi. La maggior parte di tali norme era contenuta nella legge sui Tribunali regionali amministrativi del 1974. Altre disposizioni applicabili al procedimento giurisdizionale amministrativo si trovavano: a) nella legge del 1950 sugli appelli amministrativi; b) nella legge del 1966 sui mezzi straordinari di impugnazione; c) nella legge sulla Corte Superiore amministrativa del 1918. Non di rado, peraltro, queste norme si limitano ad operare un rinvio ai principi generali del procedimento giurisdizionale.

Già da tempo, inoltre, esisteva una regolamentazione legislativa generale sul procedimento amministrativo non contenzioso, approvata nel 1982.

La fase di elaborazione della nuova disciplina normativa sul procedimento giurisdizionale amministrativo ha avuto inizio con il rapporto predisposto dal Ministero della giustizia nel 1994. Sulla base di esso, è stato presentato al Parlamento, in data 2 febbraio 1996, un progetto di legge di iniziativa governativa. Il progetto, approvato dall'Assemblea parlamentare, è stato trasfuso nella legge del 26 maggio 1996. La nuova legge sul processo amministrativo finlandese è entrata in vigore il 1° dicembre 1996.

Secondo il novellato procedimento contenzioso amministrativo, i Tribunali regionali amministrativi costituiscono gli organi d'appello generale nelle materie di diritto amministrativo. Occorre ricordare, peraltro, che, sia pure in via eccezionale, talune attribuzioni contenziose sono tuttora attribuite alle prefetture, come anche, in certi casi ancor più limitati, ad alcune direzioni amministrative centrali, ai Ministeri ed al Consiglio dei Ministri.

Il processo amministrativo finlandese si svolge prevalentemente in forma scritta. Le udienze orali davanti alle giurisdizioni amministrative costituiscono un fatto eccezionale. Questa osservazione è valida sia per i Tribunali regionali amministrativi che per la Corte Suprema amministrativa. L'udienza orale viene disposta dai giudici amministrativi qualora se ne ravvisi la necessità per la decisione del caso in esame, ovvero in ipotesi di richiesta in tal senso avanzata da una delle parti.

Un aspetto particolare della nuova disciplina processuale amministrativa adottata dal legislatore finlandese riguarda il rimborso delle spese giudiziali. La legge del 1996 stabilisce che la parte soccombente è tenuta a rifondere le spese legali all'altra parte. I cittadini-amministrati che ricorrono davanti alle giurisdizioni amministrative non sono, però, soggetti a tale obbligo. Essi possono essere condannati al rimborso delle spese di giustizia solamente nell'ipotesi in cui risulti che il ricorrente ha «manifestamente abusato» del diritto di promuovere il giudizio amministrativo.

2.3. Le autorità giudiziarie speciali

Oltre alle Corti ordinarie di giustizia ed alle giurisdizioni amministrative, il sistema giudiziario finlandese contempla alcune Corti speciali. La possibilità di creare o mantenere giurisdizioni speciali è prevista dall'art. 60, c.1, Cost. finl. 1919. Tale norma stabilisce, al c. 2, il divieto di istituire Tribunali straordinari.

Le più antiche Corti speciali dell'ordinamento finlandese sono le *Land Courts*, istituite nel XVIII secolo con il compito di decidere le controversie immobiliari. Le *Land Courts* operanti nel Paese sono quattro. La procedura da osservare davanti ai giudici speciali competenti per la soluzione delle cause relative ai diritti fondiari è stata, per lungo tempo, differente da quella prevista per il processo ordinario. A seguito della legge del 21 aprile 1995, entrata in vigore il 1° gennaio 1997, le norme procedurali del giudizio innanzi alle Corti per le controversie immobiliari sono quasi del tutto analoghe a quelle che valgono per il processo nelle Corti distrettuali. Le sentenze emanate dalle *Land Courts* sono soggette ad impugnazione di fronte alla Corte Suprema.

Le Corti dei diritti immobiliari si occupano di questioni tecniche, come perizie, stime e valutazioni dei beni, rilievi topografici, mappe catastali e divisione in parti degli immobili.

Vi sono, poi, tre Tribunali delle acque (*Water [Rights] Courts*), che sono competenti ad esaminare in primo grado le controversie relative a permessi e licenze previsti dalla legislazione finlandese in tema di navigazione nelle acque interne. I Tribunali delle acque si occupano, altresì, di talune materie civili e di (poche) fattispecie penali. L'impugnazione avverso i provvedimenti giurisdizionali emanati dai Tribunali delle acque deve essere indirizzata al Tribunale superiore delle acque (*Superior Water Court*, denominata anche, nella trad. ingl., *Water Rights Appeal Court*). L'istanza giurisdizionale suprema nelle procedure per la concessione delle licenze di navigazione interna è rappresentata dalla Corte Suprema amministrativa. Nelle ipotesi di competenza civile e penale devoluta alla giurisdizione dei Tribunali delle acque, la Corte Suprema costituisce la massima istanza giudiziaria.

I Tribunali delle acque emanano le sentenze mediante collegi composti da un giudice professionale, che svolge le funzioni di Presidente, e da due ingegneri idraulici. I membri del Tribunale superiore delle acque sono il Presidente, nonché un numero richiesto di giudici d'appello e di ingegneri idraulici stabilito dalla legge.

Il Tribunale del commercio (*Market Court*), istituito ad Helsinki nel 1978, è competente in materia di tutela dei diritti dei consumatori. Esso si occupa di reprimere le forme di pubblicità ingannevole, nonché l'inserimento nei contratti con i consumatori di termini «non ragionevoli». Al Tribunale del commercio risulta affidata, quindi, la protezione dei consumatori in relazione alle problematiche di (a) *marketing*, (b) *contract terms* e (c) *unfair competition*. Le decisioni del Tribunale del commercio sono *final*, non essendo soggette ad alcuna impugnazione. Va notato che sia il Presidente che gli otto membri della *Market Court* non lavorano a tempo pieno (sono, cioè, giudici *part-time*).

La Corte del lavoro, creata nel 1976, ha sede ad Helsinki. La *Labour Court* esercita la giurisdizione in materia di accordi collettivi di lavoro, sia nel settore privato che in quello pubblico. Deve trattarsi, comunque, di controversie collettive di lavoro. La Corte del lavoro, in altri termini, esamina e decide i profili contenziosi del diritto delle relazioni industriali.

Le controversie individuali di lavoro, viceversa, ricadono nella competenza delle Corti generali di giustizia, se relative a rapporti di lavoro subordinato privato, ed in quella degli organi del contenzioso amministrativo, se si tratta di questioni attinenti al rapporto di impiego dei dipendenti pubblici.

Nei confronti delle sentenze pronunciate dalla Corte del lavoro non sono previsti mezzi di impugnazione.

I membri della Corte del lavoro sono in parte giuristi di professione ed in parte giudici laici. In particolare, le funzioni di Presidente e di Vicepresidente della *Labour Court* vengono affidate a magistrati appartenenti all'ordine giudiziario. Gli altri componenti della Corte sono, in numero eguale, rappresentanti dei datori di lavoro (pubblici e privati) e dei lavoratori (subordinati).

Il Tribunale per le cause di sicurezza sociale (*Insurance Court*) è stato istituito nel 1942. Esso si occupa di controversie previdenziali ed assistenziali, con speciale riguardo ai settori delle assicurazioni contro gli infortuni e delle pensioni sociali. Tali questioni sono previamente esaminate, nella maggior parte dei casi, dalle autorità amministrative, avverso le cui decisioni è esperibile il ricorso al Tribunale per le cause di sicurezza sociale. Le sentenze pronunciate dalla *Insurance Court* non sono, di regola, soggette ad impugnazione. Tuttavia, nelle ipotesi di danni derivanti da infortuni verificatisi negli stabilimenti industriali è consentito proporre alla Corte Suprema un ricorso avverso la decisione emanata dalla Corte per le cause di sicurezza sociale.

La *Insurance Court* si compone del Presidente e di sei magistrati, i quali sono tutti giuristi di professione, cui si aggiungono un certo numero di esperti di medicina legale, sociale, delle assicurazioni e del lavoro, nonché altri giudici laici.

Nell'ambito di ciascuna Corte distrettuale può essere creata una sezione per l'esame delle controversie in materia di locazione (c.d. *Housing Court*). La sezione locatizia, solitamente, è istituita presso le Corti generali di giustizia che operano nelle aree urbane, dove si trovano molte case d'abitazione, e, conseguentemente, numerosi appartamenti in affitto.

Va notato che l'organizzazione giudiziaria finlandese non contempla una distinta gerarchia di Tribunali e Corti militari, essendo le controversie in materia di diritto militare devolute alla cognizione di apposite sezioni istituite presso le Corti ordinarie di giustizia.

Per quanto concerne il contenzioso tributario, esso non è affidato ad un ulteriore sistema separato di Corti speciali, dal momento che le liti giudiziarie tra il cittadino e l'amministrazione fiscale sono decise dagli organi giurisdizionali amministrativi. La maggior parte delle questioni sottoposte all'esame dei Tribunali regionali amministrativi della Finlandia riguarda, tra l'altro, proprio le controversie in materia tributaria.

Con riferimento, infine, al settore delle istituzioni giudiziarie che amministrano il diritto penale, occorre ricordare il Tribunale correzionale (*Prison Court*), che si occupa dei minori delinquenti e dei criminali recidivi.

2.4. Segue: in particolare: l'Alta Corte di giustizia

Una giurisdizione speciale caratteristica dell'ordinamento finlandese è rappresentata dalla Alta Corte di giustizia (ingl: *High Court of Impeachment*; franc.: *Haute Cour de justice*; ted.: *Staatsgerichtshof*; finl.: *Valtakunnanoikeus*).

L'art. 59, c. 1, della Costituzione del 1919, nel testo risultante a seguito degli emendamenti introdotti nel 1990, stabilisce che, in caso di messa in stato d'accusa, per atti illegittimi compiuti nell'esercizio delle funzioni istituzionali, di un membro del Consiglio di Stato, della Corte Suprema o della Corte Suprema amministrativa, del Cancelliere di giustizia, dell'Assistente del Cancelliere di giustizia e del Vice-Assistente del Cancelliere di giustizia, ovvero dell'*Ombudsman* parlamentare, come pure dell'Assistente e del Vice-Assistente del Difensore civico parlamentare, la questione viene esaminata e decisa da una Corte speciale, denominata Alta Corte di giustizia, la cui disciplina è contenuta in una legge, avente natura fondamentale (o superprimaria), approvata dal Parlamento.

In attuazione della norma costituzionale, la legge sulla Alta Corte di giustizia venne promulgata a Helsinki il 25 novembre 1922. Il c. 2 dell'art. 1 di questa legge, così come modificato nel 1995, stabilisce che l'Alta Corte di giustizia è composta da: a) il Presidente della Corte Suprema, che funge da Presidente della Corte medesima; b) il Presidente della Corte Suprema amministrativa; c) i tre Presidenti di Corte d'appello aventi maggiore anzianità di servizio; d) un docente universitario, esperto in materie giuridiche, della Facoltà di diritto dell'Università di Helsinki, nominato dalla Facoltà medesima per un periodo di quattro anni; e) sei membri designati dal Parlamento, anch'essi per un mandato di quattro anni. In caso di necessità, la presidenza dell'Alta Corte di giustizia viene assunta dal Presidente della Corte Suprema amministrativa (cfr. art. 59, c. 2, ult. parte, della legge costituzionale sulla Alta Corte di giustizia).

Alla conclusione del procedimento, che è regolato dalle norme processuali generali, l'Alta Corte di giustizia emana una decisione. In relazione alle fattispecie che hanno formato oggetto di esame da parte dell'Alta Corte di giustizia non può essere concessa la grazia o altro provvedimento di clemenza, a meno che una proposta in tal senso sia stata avanzata dalla stessa Alta Corte (così dispone l'art. 2, c. 2, della legge sulla *High Court of Impeachment*).

Le occasioni per convocare l'Alta Corte di giustizia sono state, nel corso della storia giudiziaria finlandese, piuttosto rare. L'ultima sessione, in ordine di tempo, dei lavori dell'Alta Corte di giustizia si è avuta nell'autunno del 1993, allorché la Corte ha dovuto valutare le accuse mosse contro Kauko Juhantalo, ex Ministro del commercio e dell'industria.

Va notato che, nel sistema di diritto costituzionale delineato dalla Legge fondamentale finlandese del 1919, il Presidente della Repubblica può essere messo

in stato d'accusa, per atti o fatti commessi nello svolgimento delle funzioni istituzionali di Capo dello Stato, solamente nell'ipotesi in cui venga accusato di tradimento. La competenza a giudicare in ordine alle accuse rivolte contro il Presidente della Repubblica viene attribuita alla Corte Suprema.

III. IL NUOVO ASSETTO COSTITUZIONALE DEL 2000 E L'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA

L'esigenza di modernizzare l'ordinamento costituzionale della Finlandia era apparsa con sempre maggiore evidenza nel corso degli anni Novanta. A tale riguardo, occorre ricordare che nel periodo 1991-1995 il Parlamento finlandese aveva approvato ben ventotto leggi di emendamento della Costituzione.

Nella primavera del 1995 venne creato il «Gruppo di lavoro Costituzione 2000», formato da esperti di diritto e di politica costituzionale, allo scopo di esaminare le questioni connesse alle modalità per aggiornare ed integrare la Costituzione finlandese, sulla base dei principi di chiarezza, coerenza ed uniformità. Il rapporto predisposto dal «Gruppo di lavoro» fu utilizzato per i lavori della «Commissione Costituzione 2000», insediata dal Governo nel gennaio 1996. La Commissione, composta in prevalenza da parlamentari, ricevette il compito di elaborare il progetto di una nuova Costituzione per la Finlandia. I lavori della «Commissione Costituzione 2000» hanno avuto termine il 17 giugno 1997.

Un progetto di riforma costituzionale di iniziativa governativa, che recepiva le proposte della «Commissione Costituzione 2000», venne sottoposto all'attenzione del Parlamento in data 6 febbraio 1998. Il progetto fu, quindi, valutato in modo ampio ed approfondito da parte della Commissione (di diritto) costituzionale²⁴ dell'Assemblea legislativa, che esercita una forma di controllo preventivo e astratto di costituzionalità integrato nel procedimento legislativo (c.d. *non-judicial ex ante system*, contrapposta alla *judicial ex post review*)²⁵. La Commissione

24. Conosciuta anche come Commissione parlamentare per gli affari costituzionali (*Constitutional Law Committee, CLC*)

25. Sull'importante ruolo della Commissione costituzionale finlandese, che è un organo di natura non giurisdizionale (essendo formata da membri del Parlamento nazionale), durante la pandemia da Coronavirus, v. BUTELLI, A., «Il controllo di costituzionalità nell'emergenza: uno sguardo ai Paesi nordici dalla prospettiva di Norvegia e Finlandia», *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2025, 513 ss. Più in generale, sul controllo di costituzionalità, *ex ante* ed *ex post*, nell'ordinamento finlandese, v. SAARIO, V., «Control of the Constitutionality of Laws in Finland», *American Journal of Comparative Law*, 1963, 194 ss. LAVAPURO, J., OJANEN, T., SCHEININ, M., «Rights-based constitutionalism in Finland and the development of pluralist constitutional review», *International Journal of Constitutional Law*, 2011, 505 ss.; HUSA, J., «Locking in Constitutionality Control in Finland», *European Constitutional Law Review*, 2020, 249 ss.; TUORI, K., «Constitutional Review in Finland», in VON BOGDANDY, A., HUBER, P., GRABENWARTER, C. (Eds.), *Max Planck Handbooks in European Public Law*, III, *Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2020, 183 ss.; DAHLBERG, M., KANTOLA, A. «Tensions in Finland's ex ante constitutional review: The interplay of politics, law, and media», *International Journal of Constitutional Law*, 2024, 376 ss. In lingua italiana, v. gli accurati studi di DURANTI, F., «La giustizia costituzionale in Scandinavia:

presentò il suo rapporto finale il 21 gennaio 1999. A sua volta, il Parlamento finlandese, nella seduta del 12 febbraio 1999, approvò (quasi all'unanimità) la proposta di nuova Costituzione presentata dalla Commissione di diritto costituzionale. Dopo le elezioni politiche svoltesi nel marzo 1999 il Parlamento ha adottato, in data 11 giugno 1999 (l. 731/1999) e senza introdurre emendamenti (nonché con votazione quasi unanime), il testo della nuova Costituzione della Finlandia. Il testo medesimo è stato ratificato dal Presidente della Repubblica in data 11 giugno 1999. L'entrata in vigore della nuova *lex fundamentalis* finlandese è stata fissata per il 1° marzo 2000²⁶.

origini ed evoluzioni recenti», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 505 ss.; Id., «Giustizia costituzionale e comparazione nei paesi nordici», in FERRARI, G.F., GAMBARO, A., (cur.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2006, 515 ss., e, da ultimo, BAGNI, S., NICOLINI, M., *Giustizia costituzionale comparata, Trattato di Diritto pubblico comparato*, fondato e diretto da FERRARI, G.F., Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2021, 150 ss. In definitiva si tratta, per il sindacato giurisdizionale di costituzionalità *a posteriori*, di un modello di controllo c.d. diffuso, ma molto prudente e deferente nei confronti del legislatore; cfr. SMITH, E., «Le contrôle diffus "à la scandinave", in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987 (n. tematico dedicato al tema *Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité des lois*), 105 ss. La dichiarazione di incostituzionalità della norma non comporta il suo annullamento, ma unicamente la disapplicazione della medesima con effetti *inter partes*, a condizione che l'incostituzionalità sia «manifesta». Dispone, infatti, l'art. 106 (*sub cap.* 10) della Costituzione che «Se, in una questione sottoposta al giudizio di un tribunale, l'applicazione di una legge fosse in *evidente conflitto* con la Costituzione, il tribunale darà priorità alla disposizione della Costituzione» (il corsivo è aggiunto). In sintesi, il modello si basa su una combinazione di un controllo parlamentare astratto *ex ante* e di un controllo giudiziario *ex post*, così da configurare una forma pluralistica di meccanismi (e relative dottrine) di revisione costituzionale, basate sia sulle istituzioni legislative che su quelle giudiziarie, con lo scopo di fornire protezione efficace sia ai diritti che ai valori democratici. È da evidenziare, altresì, una tendenza all'accentramento nelle corti di vertice (sia in Finlandia che negli altri Paesi nordici), le quali, in virtù dei meccanismi processuali d'impugnazione, hanno ovviamente l'ultima parola. Ad ogni modo, poiché il presente saggio è specificatamente dedicato all'esame del potere giudiziario, si rinvia agli scritti sopra citati per più approfondite disamine del tema della giustizia costituzionale.

26. La trad. it. della Costituzione finlandese del 2000 con un commento introduttivo è consultabile in FERRARI, G.F., «La Costituzione della Finlandia (1999)», in ORRÙ, R., PARODI, G. (cur.), *Codice delle Costituzioni*, II, *Regno Unito, Austria e altri Paesi europei*, Milano, Wolter Kluwer-Cedam, 2016, 221 ss., e ivi a 227 ss., nonché in PALICI DI SUNI PRAT, E., CASSELLA, F., COMBA, M. (cur.), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2001, 2ª ed., 255 ss., e quivi il «Saggio introduttivo» di JYRÄNKI, A., 243 ss. Nella letteratura conservata mediante supporto cartaceo, v. poi MER, J., «La Finlande, Notes et études documentaires», n. 5100, *La Documentation française*, Paris, 1999, 45 ss., *sub* «La Constitution et les institutions nationales» (45-51) e «Les institutions locales» (51-53); SUKSI, M., «Finland - The Constitution 2000», *European Public Law*, 1999, 338 ss.; JYRÄNKI, A., «Die neue Verfassung Finnlands», *Zeitschrift für öffentliches Recht - Austrian Journal of Public and International Law*, 2001, 113 ss.; LÜTTICKEN, F., PFEIL, F., «Finnlands Neue Verfassung: Abschied Vom Semi-Präsidentiellen System», *Zeitschrift Für Parlamentsfragen*, 2003, 296 ss. Sul procedimento di revisione costituzionale, cfr. DURANTI, F., «Revisione ed evoluzione costituzionale: l'esperienza dei Paesi nordici», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1413 ss. Per l'influenza della CEDU sul sistema costituzionale finlandese, v. VIILANEN, J., «The European Convention on Human Rights and the Transformation of the Finnish Fundamental Rights System», *Scandinavian Studies in Law*, 52, 2007, 299 ss. Con riguardo al diritto parlamentare, cfr. GRATTE-RII, A., «Il ruolo dell'*Eduskunta* nella Costituzione finlandese del 2000», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 688 ss.

Sul piano sistematico, la Costituzione finlandese dell'anno 2000, modificata dalla revisione costituzionale del 2012 (l. 1112/2001, vigente dal 1° marzo 2012)²⁷, risulta strutturata in tredici capitoli. In particolare, il cap. 9 (art. 98-105) è dedicato alla amministrazione della giustizia (giurisdizioni civile, penale, amministrativa e giudici speciali).

L'art. 98 definisce i tratti fondamentali che caratterizzano l'attuale sistema giudiziario finlandese. La giurisdizione generale, relativa alle materie civili e penali, viene attribuita alla gerarchia piramidale rappresentata da Corti distrettuali, Corti d'appello e Corte Suprema (cfr. il c. 1 della norma costituzionale ult. cit.). Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa è devoluto alle Corti regionali amministrative, nonché, in ultima istanza, alla Corte Suprema amministrativa (v. il c. 2 della disposizione costituzionale ult. cit.). L'art. 98 della Costituzione riconosce la competenza giudiziaria delle Corti speciali (cfr. il c. 3), mentre pone il divieto di creare organi giurisdizionali straordinari o eccezionali (così il c. 4 dell'art. 98 L.f. vigente).

Gli art. 99-100 della Costituzione si occupano delle massime autorità giudiziarie del Paese, rappresentate dalla Corte Suprema e dalla Corte Suprema amministrativa. La prima è collocata al vertice del sistema delle Corti generali di giustizia (civile e penale), mentre la seconda costituisce l'istanza giudiziaria più elevata nel settore del contenzioso amministrativo. Le Corti supreme possono presentare al Governo delle proposte d'intervento in campo legislativo (cfr. il c. 2 dell'art. 99 L.f.). Tanto la Corte Suprema quanto la Corte Suprema amministrativa giudicano, di norma, in collegi composti da cinque magistrati (secondo le previsioni contenute nell'art. 100, c. 2, Cost.). Tra i compiti istituzionali affidati alle supreme autorità giudiziarie del Paese rientra, altresì, la sorveglianza generale sulla amministrazione della giustizia, con riguardo ai rispettivi settori di competenza (v. art. 99, c. 2, L.f.).

I giudici professionali sono nominati dal Presidente della Repubblica, come dispone l'art. 102 della Costituzione. Con riguardo allo *status* del giudice finlandese, va notato che l'indipendenza e l'autonomia degli appartenenti all'ordine giudiziario sono garantite, tra l'altro, dalla norma costituzionale in forza della quale l'ufficio di magistrato non è suscettibile di essere revocato se non a seguito di decisione giudiziaria (v. art. 103, c. 1, Cost.). Inoltre, il trasferimento di un giudice ad altro ufficio può avvenire solamente con il consenso dell'interessato, fatta eccezione per l'ipotesi in cui il trasferimento medesimo sia determinato da una riorganizzazione dell'apparato giudiziario (così stabilisce l'art. 103, c. 1, ult. parte della Costituzione).

L'art. 104 della Legge fondamentale prescrive che il Procuratore generale, il quale dirige gli uffici del pubblico ministero nella sua qualità di procuratore dello Stato di grado più elevato, viene nominato dal Presidente della Repubblica. Questa disposizione costituzionale è da porre in relazione con la riforma giudiziaria del 1997, mediante la quale è stata introdotta la nuova figura istituzionale

27. Su cui v., brevemente, FASONE, C., «Finlandia. Approvata la legge di revisione costituzionale», *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2012, n. 1, 1-2.

del Procuratore generale, posto a capo della Procura di Stato. In precedenza, tale ruolo era ricoperto dal Cancelliere di giustizia. Tra gli scopi della riforma in questione rientra quello di rafforzare gli strumenti investigativi, di coordinamento e repressione relativi, in particolare, alla criminalità economica. Con decorrenza dal 1° ottobre 2019, inoltre, è stata riformata la Procura nazionale della Repubblica finlandese. È stato disposto l'accorpamento delle preesistenti undici Procure locali alla Procura nazionale; per altro verso, la durata del mandato del Procuratore generale è stata fissata in cinque anni; infine, la riforma ha istituito i Procuratori specializzati. Le ragioni fondamentali di tale riforma giudiziaria sono da collegarsi all'esigenza di un maggiore controllo e nell'efficientamento del sistema; l'istituzione di Procuratori specializzati è da ritenere essenziale (anche) rispetto alla c.d. Prima strategia anticorruzione, varata nel maggio 2021²⁸. Attualmente (agosto 2025) la Procura nazionale dispone di ventisei Uffici nell'intero territorio finlandese, ai quali sono assegnati circa 470 procuratori di Stato.

L'art. 101 della Costituzione disciplina l'Alta Corte di giustizia. Essa giudica in ordine alle accuse mosse contro i membri del Governo, il Cancelliere di giustizia, l'*Ombudsman* parlamentare, ovvero un componente della Corte Suprema o della Corte Suprema amministrativa, in relazione a comportamenti illeciti posti in essere nell'esercizio delle funzioni istituzionali. La competenza dell'Alta Corte di giustizia si estende, inoltre, all'esame ed alla decisione dei casi di messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica. Tali casi, previsti dall'art. 113 della Costituzione, si riferiscono alle accuse di alto tradimento e di crimini contro l'umanità, che siano stati commessi dal Capo dello Stato nello svolgimento dei compiti d'ufficio (cfr. art. 101, c. 1, ult. periodo, Cost., ove viene richiamato l'art. 113 della Legge fondamentale, relativo alla responsabilità penale del Presidente della Repubblica).

Il c. 2 dell'art. 101 della Legge fondamentale stabilisce che l'Alta Corte di giustizia è composta da: a) il Presidente della Corte Suprema, che assume la presidenza; b) il Presidente della Corte Suprema amministrativa; c) i tre Presidenti di Corte d'appello in possesso della più elevata anzianità nell'esercizio delle funzioni; d) cinque membri nominati dal Parlamento per un periodo di quattro anni.

Con riguardo, infine, ai provvedimenti di clemenza, l'art. 105 della Costituzione stabilisce che quelli relativi a casi individuali sono di competenza del Presidente della Repubblica (il quale è tenuto, previamente, ad acquisire il parere della Corte Suprema), mentre quelli di natura generale devono essere adottati con legge del Parlamento.

Come è agevole rilevare, attraverso il raffronto tra il nuovo disegno costituzionale in tema di Corti di giustizia ed il previgente assetto istituzionale del potere giudiziario, la Costituzione del 2000 non ha modificato i principi fondamentali sui quali si regge il sistema degli organi giurisdizionali nell'ordinamento

28. Sulla «lotta alla corruzione in uno dei Paesi meno corrotti del mondo», v. CERBONE, C., «Il rispetto del *Rule of Law* nell'UE: il virtuoso caso finlandese», in TARCHI, R., GATTI, A. (cur.), «Il *Rule of Law* in Europa», Genova, Consulta OnLine, 2023, 173 ss., spec. 178. L'autrice ivi ricorda che in Finlandia non vi è un'Autorità anticorruzione.

finlandese. Le innovazioni principali sembrano riguardare, da un lato, la composizione e le funzioni dell'Alta Corte di giustizia e, dall'altro, l'avvenuta «costituzionalizzazione» del ruolo del Procuratore generale, quale vertice gerarchico della magistratura requirente.

3.1. Segue: strumenti alternativi/stragiudiziali di (ri)composizione delle liti

Nell'ambito di una trattazione dedicata all'amministrazione della giustizia nel sistema di diritto finlandese, uno sguardo deve essere rivolto ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie che trovano attuazione nell'esperienza giuridico-processuale del Paese in esame²⁹.

Con riferimento al settore della protezione dei consumatori³⁰, dal 1978 l'ordinamento finlandese utilizza particolari «methods of dispute processing». Presso le autorità municipali sono stati istituiti servizi di consulenza e di assistenza legale in favore dei consumatori. Tali servizi si avvalgono dell'opera di consulenti ed esperti, che prestano la loro attività professionale sulla base di rapporti di collaborazione sia *full-time* che *part-time*. I consumatori che sono in conflitto con produttori o distributori per questioni inerenti alla vendita di beni o servizi possono rivolgersi, in via alternativa/concorrente (e non già sostitutiva) rispetto al ricorso alle Corti generali di giustizia di prima istanza, ai servizi comunali di consulenza giuridico-legale, allo scopo di tentare una mediazione/conciliazione.

Non sembra dubbio, anche sulla scorta dei risultati conseguiti da ricerche empiriche di taglio sociogiuridico svolte in argomento, che l'attività dei «municipal consumer advisors» finlandesi contribuisca a rafforzare in modo significativo, nella prospettiva dell'accesso alla giustizia³¹, gli strumenti legali per la difesa dei

29. Un inquadramento comparativo si trova in AA.VV., *ADR in the Nordic and Baltic countries. A comparative study*, Riga, European Consumer Centres in Denmark, Estonia, Finland, Iceland, Latvia, Lithuania, Norway & Sweden-European Innovation Council and Small and Medium-sized Enterprises Executive Agency (EISMEA), 2022.

30. Per un'analisi delle politiche e degli strumenti legali (giudiziari ed extragiudiziari) di tutela dei consumatori in Finlandia v. nella prospettiva della comparazione con il sistema giuridico svedese, cfr. EISENSTEIN, M., «The Swedish Public Complaints Board: Its Vital Role in a System of Consumer Protection», in CAPPELLETTI, M. (Ed.), *Access to Justice*, II, *Promising Institutions* (CAPPELLETTI, M., WEISNER, J. Eds.), 2, Milano-Alphen aan den Rijn, Giuffrè-Sijthoff and Noordhoff, 1979, spec. 491 ss. Per l'esperienza scandinava/nordeuropea in tema di *Ombudsmen* per i consumatori, cfr. GREMENTIERI, V., «L'*Ombudsman* in Europa: valutazioni comparative e prospettive», in PIZZORUSSO, A., VARANO, V. (cur.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, II, Milano, Giuffrè, 1985, spec. 1240; MAZZA, M., «La proliferazione degli *Ombudsmen* negli ordinamenti nordeuropei e il controllo dell'amministrazione: profili di tutela del diritto oggettivo nazionale e dei diritti soggettivi dei cittadini», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1713 ss.; Id., «L'*Ombudsman* nei Paesi dell'Europa del Nord», in AA.VV., *Difesa civica in Europa ed in Italia* (atti del convegno internazionale di Lecce, 9-11-2012), Lecce, 2013, 35 ss.

31. Sul tema, si vedano le riflessioni di CAPPELLETTI, M., «L'accesso alla giustizia dei consumatori», in Id., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario*

consumatori. Pur tenendo conto, infatti, che la proposta di soluzione della composizione della lite avanzata dai «municipal consumer advisory services» alle parti non può essere loro imposta come vincolante (trattandosi di uno strumento di soluzione delle controversie in via non imperativa), né è comunque suscettibile di esecuzione forzata, le rilevazioni statistiche evidenziano che all'incirca i 4/5 dei tentativi di conciliazione stragiudiziale che si svolgono in quella sede ha un esito positivo. Degno di nota appare anche il dato secondo il quale in nove casi su dieci l'accordo transattivo prevede che il consumatore riceva una qualche forma di risarcimento, o comunque una rettificazione della fornitura da parte dell'imprenditore.

Un altro interessante organismo che si occupa della definizione extragiudiziarica (*out-of-court*) delle c.d. *consumer disputes* è rappresentato dal «Comitato finlandese per i reclami in materia assicurativa», che ha sede ad Helsinki³².

comparato, Bologna, il Mulino, 1994, 103 ss., spec. 1, «Libero mercato e tutela dei consumatori», 103 ss. e 2, «La necessaria metamorfosi del diritto processuale: nuove «soluzioni» per la tutela dei consumatori», 108 ss. Per l'esperienza italiana, v. MARTINELLO, P., «Accesso dei consumatori alla giustizia e Camere di commercio», *Questione giustizia*, 1998, 402 ss.

32. Nell'ottica della comparazione con il diritto britannico, v. CRISCUOLI, G., «L'«insurance ombudsman»», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, 183 ss.; DELFINO, R., «L'«ombudsman» come modello di «alternative dispute resolution» nel settore privato», *ivi*, 1995, 247 ss.; DESANA, E.R., «Ombudsman bancario», *Digesto (IV ed.) delle discipline privatistiche - sezione commerciale, Aggiornamento*, Torino, 2000, spec. 519 s. Nella comparazione con il diritto tedesco, v. BASEDOW, J., «Small Claims Enforcement in a High Cost Country: The German Insurance Ombudsman», *Scandinavian Studies in Law*, 50, 2007, 49 ss. In relazione ai procedimenti di mediazione in Finlandia, v. anche ERVASTI, K., «Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland», *Scandinavian Studies in Law*, 51, 2007, 185 ss.

Sul piano del giudizio arbitrale finlandese, va ricordato che una nuova disciplina è entrata in vigore il 1° dicembre 1992. La normativa del 1992, che sostituisce la legge del 1928, riguarda sia (principalmente) l'arbitrato interno che quello internazionale (del quale ultimo la legge del 1992 si occupa agli art. 51-55). Per gli aspetti processuali del giudizio arbitrale finlandese, è da notare che le norme procedurali sono in massima parte derogabili, fatta eccezione per il principio del contraddittorio («audiatur et altera pars»; «the right to be heard»). La lingua del procedimento arbitrale viene stabilita dagli arbitri, in mancanza di decisioni assunte al riguardo dalle parti. Il lodo arbitrale può essere pronunciato anche in applicazione del diritto straniero, se così le parti hanno convenuto. Mentre la disciplina del 1928 prescriveva che il lodo degli arbitri era soggetto a deposito presso la cancelleria della Corte generale di giustizia di primo grado, la legge del 1992 non richiede più il suddetto deposito, precisando altresì che il lodo arbitrale è immediatamente esecutivo. La decisione degli arbitri può essere impugnata davanti alla Corte distrettuale in alcune ipotesi di mancanza di requisiti materiali necessari a garantire l'effettività delle difese legali, ovvero qualora si ritenga violato il principio d'imparzialità. La competenza per territorio, in questi casi, è attribuita alla Corte di giustizia di prima istanza nel cui distretto risulta essere stato emanato il lodo. Per i lineamenti essenziali del «processo di giustizia privato/arbitrale» (contrapposto al «processo di giustizia pubblico/giurisdizionale») in Finlandia, v. TOIVIAINEN, H., *op. cit.*, sub «Arbitrato», 67 s.; KURKELA, M.S., «Recent Developments of Arbitration in Finland», *Journal of International Arbitration*, 2000, n. 5, 165 ss. Nella dimensione dello studio del diritto processuale (civile) comparato dei Paesi scandinavi v., per il procedimento arbitrale in Svezia: Ek, R., «Das neue schwedische Schiedsverfahrensrecht», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2000, 31 ss.; BENIGNI, F., RECCHIA, G., «Nuove norme sull'arbitrato in Svezia», *Rivista dell'arbitrato*, 2000, 179 ss.; «Legge e Regolamento svedesi sull'arbitrato (marzo-aprile 1999)», *ibidem*, 1999, 843 ss., ove le versioni in lingua inglese

La competenza del Comitato si riferisce alle materie concernenti le assicurazioni non obbligatorie. Esso rilascia opinioni/raccomandazioni, che possono essere richieste da assicurati, parti danneggiate e beneficiari di contratti assicurativi. Non vi sono limitazioni territoriali o di competenza per valore rispetto all'attività del Comitato. L'intervento del Comitato è, tuttavia, escluso in pendenza di un procedimento giurisdizionale avente il medesimo oggetto della richiesta presentata all'organo conciliativo e di mediazione. Il Comitato stesso, peraltro, può ricevere richieste di pareri da parte dell'autorità giudiziaria, in relazione a casi individuali giuridicamente controversi. Il Comitato applica, in via esclusiva, il diritto finlandese; di conseguenza, non vengono rilasciati pareri se il contratto assicurativo è regolato da una normativa straniera.

Per i profili organizzativi, va ricordato che i casi sono esaminati da una delle quattro sezioni in cui è suddiviso il Comitato. Le questioni di maggiore rilevanza, tuttavia, sono oggetto di considerazione da parte del Comitato riunito in sessione plenaria. Il Comitato comprende tra i suoi membri il Presidente e due Vice-Presidenti. La presidenza del Comitato è tradizionalmente attribuita a docenti universitari o a consiglieri giuridici del Ministero della giustizia. Le sezioni del Comitato operano con l'intervento di due rappresentanti dei consumatori e due delle compagnie assicurative. I membri del Comitato per i ricorsi assicurativi sono designati dal Comitato di supervisione dell'Ufficio dell'*Ombudsman* finlandese per le assicurazioni. Il mandato ha la durata di tre anni.

Sul piano procedurale, occorre osservare che il consumatore deve presentare la richiesta al Comitato per i ricorsi in materia di assicurazioni in forma scritta. Non sono richieste ulteriori formalità, né la domanda di parere deve contenere formule particolari. Alla richiesta, inoltre, non deve necessariamente essere allegata la copia della decisione comunicata dalla compagnia all'assicurato, sebbene appaia preferibile, nell'interesse stesso del consumatore, non trascurare di trasmettere al Comitato tale documento.

La fase istruttoria è di competenza dell'Ufficio del Difensore civico finlandese per le assicurazioni, il quale funziona da segretariato del Comitato per i reclami assicurativi. Il consumatore, peraltro, può anche contattare direttamente l'Ufficio dell'*Ombudsman* assicurativo. L'Ufficio provvede a raccogliere le prove dei danni lamentati, conduce i negoziati con le società di assicurazione in vista di una definizione transattiva delle controversie, svolgendo tutte le investigazioni e gli accertamenti ritenuti necessari per la preparazione della discussione dei casi davanti al Comitato per i reclami assicurativi.

Nella fase ulteriore (post-istruttoria e deliberativa) del procedimento, che si svolge davanti al Comitato per i reclami in materia assicurativa, viene utilizzata la forma scritta.

L'opinione espressa dal Comitato non è giuridicamente vincolante per le parti. A tale riguardo, va tuttavia notato che da un esame statistico condotto sulle

della legge svedese sull'arbitrato del 4 marzo 1999 e del Regolamento dell'Istituto di arbitrato della Camera di commercio di Stoccolma (*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, c.d. «SCC Institute»), in vigore dal 1° aprile 1999.

decisioni adottate dal Comitato negli anni 1995-1997 è emerso che, su un totale di circa duemilaquattrocento opinioni formulate dal Comitato, con una percentuale di valutazioni favorevoli al richiedente pari al 33 % dei casi considerati, le compagnie assicurative hanno aderito alla decisione del Comitato con una frequenza assai elevata, assestata sul 99.6 %.

Il procedimento innanzi al Comitato è esente da oneri fiscali. Il Comitato stesso, però, non è legittimato a pronunciare condanne al rimborso delle (eventuali) spese legali sostenute dalle parti, indipendentemente dal fatto che il reclamo sia stato accolto o meno.

3.2. *Segue: diritto ed organizzazione forensi*

Per gli aspetti relativi all'ordinamento forense, che sono intimamente connessi a quelli che riguardano l'organizzazione giudiziaria e ne richiedono una disamina contestuale —secondo la migliore dottrina³³ e come evidenziato dalle ricerche di diritto (processuale) comparato³⁴—, va notato che la disciplina fondamentale per l'attività svolta dagli aderenti all'Associazione finlandese degli avvocati (finl.: *Suomen Asianajajaliitto*; sved.: *Finlands Advokatförbund*)³⁵ è contenuta nella «Legge sull'Avvocatura» del 1958, entrata in vigore il 1° luglio 1959 (come dispone l'art. 14 della legge stessa). Il regolamento sull'esercizio della professione forense in Finlandia è stato adottato il 24 aprile 1959³⁶.

Dall'esame della normativa sull'Avvocatura finlandese risulta che l'Associazione professionale dei legali è suddivisa in sezioni, ciascuna delle quali è diretta da un Comitato. Le sezioni eleggono annualmente un certo numero di delegati e

33. Cfr. DENTI, V., *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, il Mulino, 2004, nuova edizione riveduta e aggiornata (a cura di TARUFFO, M. *et alii*), 189 ss.

34. V. al riguardo, DONDI, A., «Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering - Un breve riepilogo», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2023, 1 ss.; Id., «Realtà evolutiva della professione legale. Sfide della globalizzazione, «glocalizzazione» e adeguatezza degli standard professionali», *Politica del diritto*, 2008, 623 ss.; Id., «Spunti in tema di «Legal ethics» come etica della difesa in giudizio», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, 261 ss.; Id. (cur.), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 1993; Id., *Introduzione della causa e strategie di difesa*, I, *Il modello statunitense in prospettiva di legal ethics*, *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2023, 3021 ss.; Id., *Legal ethics and lawyering in transnational litigation. Some scattered hints*, *ibidem*, 2022, 51 ss.; HAZARD, G.C., DONDI, A., *Legal Ethics - A Comparative Study*, Stanford, Stanford University Press, 2004; DANOVÌ, R., «Diritto forense e Law of lawyering nel processo», *Rivista di diritto processuale*, 1994, 504 ss., sui rapporti tra (regole di) deontologia forense e sistema giudiziario. Dall'angolatura del processual-civilista comparatista, cfr. DONDI, A., ANSANELLI, V., COMOGLIO, P., *Processi civili in evoluzione - Una prospettiva comparata*, prefazione di TARUFFO, M., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, 2ª ed., *passim*, specialmente i riferimenti nel capitolo introduttivo, 2018, *passim* (ma in particolare per i riferimenti nel capitolo introduttivo).

35. Cfr. *The Finnish Bar Association*, in *Scandinavian Studies in Law*, 46, 2004, 299 ss.

36. Sulla posizione dell'avvocato nel sistema giuridico finlandese v. LAGER, I., «Landesbeicht Finnland», in G. Walter (Ed.), *Professional Ethics and Procedural Fairness/Anwaltliche Ethik und Fairness im Prozess*, Bern-Stuttgart, Haupt Verlag, 1991, 299 ss.

vice-delegati, in ragione di uno ogni quaranta membri iscritti alla sezione. I delegati compongono la Delegazione, provvedendo altresì a nominare il Presidente ed il Vice-Presidente della Delegazione medesima. Il Comitato direttivo dell'Associazione degli esercenti la professione legale, che costituisce l'organo di vertice dell'Avvocatura finlandese, è nominato dalla Delegazione. I membri del Comitato direttivo sono il Presidente, il Vice-Presidente ed altri sette avvocati.

La Delegazione ha il compito, tra l'altro, di eleggere i nove membri della Commissione disciplinare. I lavori della Commissione si svolgono alla presenza di almeno cinque membri. La più grave tra le sanzioni che possono essere irrogate dalla Commissione di disciplina è rappresentata dalla radiazione dall'Albo degli avvocati (c.d. sanzione disciplinare di carattere espulsivo). Il provvedimento di radiazione deve essere ratificato dal Comitato direttivo dell'Avvocatura. Occorre rilevare, peraltro, che il legale al quale sia stata applicata la massima sanzione afflittiva prevista dall'ordinamento professionale forense può richiedere, dopo tre anni dalla conclusione del giudizio disciplinare, di essere nuovamente iscritto all'Albo degli avvocati.

Le sanzioni disciplinari irrogate nei confronti degli avvocati sono comunicate al Cancelliere di giustizia, il quale è legittimato a proporre ricorso contro le decisioni adottate dagli organi dell'Avvocatura davanti alla Corte d'appello di Helsinki.

È prevista una Assemblea generale degli avvocati, che viene convocata almeno ogni tre anni. La Conferenza annuale della Delegazione si tiene al più tardi nel mese di giugno. Una Conferenza straordinaria della Delegazione può essere organizzata su richiesta proveniente dal Comitato direttivo, ovvero da non meno di un terzo dei delegati. Le decisioni sono validamente adottate dalla Delegazione con la presenza di almeno la metà dei delegati. Ogni delegato dispone di un voto. Il *quorum* deliberativo della Delegazione è costituito, di norma, dalla maggioranza semplice dei voti espressi.

Agli avvocati finlandesi è consentito svolgere la professione riuniti in società. Tra le formule associative (o di organizzazione collettiva) previste dal «diritto societario dell'avvocatura» finlandese rientra anche la società a responsabilità limitata. Delle società in questione possono fare parte solamente gli esercenti la professione forense. Il Comitato direttivo dell'Avvocatura, peraltro, è legittimato ad accordare deroghe, sulla base di motivi specifici, rispetto a quest'ultima regola.

L'Associazione finlandese degli avvocati, organismo di diritto pubblico, è composta da circa millecinquecento membri, ai quali spetta il titolo di «asianajaja» (finl.) o «advokat» (sved.). In Finlandia, inoltre, sono attivi approssimativamente trecento giuristi che lavorano come dipendenti delle *law firms*, nonché all'incirca un centinaio di consulenti legali-amministrativi, i quali non sono iscritti all'Associazione professionale forense. L'Avvocatura pubblica finlandese, che opera prevalentemente a livello municipale, è composta da circa ottanta legali.

Le norme deontologiche per gli avvocati (*professional legal ethics*) hanno costituito oggetto di apposita codificazione, approvata dalla Delegazione dell'Associazione forense in data 15 maggio 1995. Le *Ethical Guidelines for Lawyers* (c.d. *Code of Conduct*), destinate ai legali finlandesi, sono strutturate in dodici articoli.

L'Associazione dei professionisti legali finlandesi cura altresì, dal 1945, la pubblicazione di una rivista dal titolo «Lakimiesuutiset (finl.) - Juristnytt (sved.)» (ingl.: «Lawyers' News»), la quale contiene informazioni su riforme (e politiche) legislative che interessano l'Avvocatura e l'amministrazione della giustizia.

3.3. *Segue: struttura e funzioni dell'autorità di polizia*

Con riferimento al ruolo della polizia, in rapporto all'autorità giudiziaria, nel settore della prevenzione/repressione criminale in Finlandia, valgono le osservazioni che seguono.

Le competenze, i doveri e l'organizzazione delle forze di sicurezza in Finlandia sono regolati dalla legge sulla polizia (*Poliisi*) del 1995³⁷. Le operazioni di polizia giudiziaria si svolgono, in ogni caso, nel rispetto degli accordi sovranazionali in materia di diritti umani, nonché delle norme internazionali relative all'etica della polizia. Sotto il profilo ordinamentale, la polizia finlandese comprende il comando supremo nazionale, i comandi provinciali e le unità di polizia locale. Dal punto di vista operativo, le forze di polizia possono trattenere una persona sospetta, ovvero che rifiuta di fornire le proprie generalità, per un periodo massimo di ventiquattro ore. Prima della scadenza del termine stabilito per il fermo

37. Nella letteratura cartacea, v. KÄÄRIÄINEN, J., «Why Do the Finns Trust the Police?», *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2008, 141 ss.; HE, N., DAS, D.K., *Policing in Finland. The Cultural Basis of Law Enforcement*, Lewiston (NY), 2006, dove si osserva che, a differenza di ciò che avviene in altri Paesi, i finlandesi, per un insieme di fattori sociali che trascendono l'effettività del lavoro della polizia, classificano costantemente la loro forza di polizia come la più affidabile tra tutte le istituzioni pubbliche. Ad ogni modo, la fiducia del pubblico nella polizia si colloca a un livello piuttosto alto in tutti i Paesi nordici. Tra i migranti, comunque, specialmente se provenienti dall'Africa, la fiducia nella polizia diminuisce (anche) in Finlandia; non diversamente per gli appartenenti alla minoranza rom. Cfr. KESKINEN, S., HIMANEN, M., «Institutional racism, inclusivity and colour-blindness in the Finnish police», *Policing and Society*, 1-18. Si tenga conto che il numero di residenti in Finlandia nati all'estero e dei loro figli è gradualmente aumentato negli ultimi decenni. Nel 2024, l'Ufficio statistico finlandese ha riportato che la quota di parlanti di lingue straniere in Finlandia era pari al 10,7% della popolazione; cfr. HAN-KANIEMI, A., «Useampi kuin joka kymmenes puhuu nyt äidinkielenään muuta kuin suomea tai ruotsia - kolme syytä piikkiin [Più di una persona su dieci parla ormai una lingua madre diversa dal finlandese o dallo svedese: tre motivi per essere preoccupati]», *Yle News*, 18 novembre 2024. Emerge, insomma, l'esigenza di un aggiornamento professionale degli agenti e funzionari di polizia; v. KESKINEN, S., HIMANEN, M., «Human Rights, Criminalisation of Migrants and Racism Debates: Public Discussions About Police Stops and Ethnic Profiling in Finland», in DE MAILLARD, J., ROWE, M., VERFAILLIE, K. (Eds.), *The Politicization of Police Stops in Europe. Public Issues and Police Reform*, Basingstoke, 2024, 147 ss. D'altra parte, non mancano neppure condanne a carico di (alti) dirigenti della polizia; per esempio, l'ex capo della polizia antidroga di Helsinki, Jari Aarnio, è stato arrestato nel 2013 e condannato nel 2016 a tredici anni di reclusione per traffico di stupefacenti e altri reati. Nella pronuncia di condanna, confermata dalla Corte d'appello nel 2017 con decisione avverso la quale il ricorso alla Corte suprema è stato dichiarato inammissibile nel 2019, si afferma che Aarnio, con le sue azioni, ha «causato sfiducia da parte dei cittadini nei confronti della polizia» (v. «Sentenza shock in Finlandia, 10 anni a ex capo polizia per traffico di droga», *La Repubblica*, 29 dicembre 2016). Aarnio era stato nominato «Poliziotto dell'anno» nel 1987.

di polizia, il comandante della unità di polizia locale ha il potere di disporre l'arresto del soggetto trattenuto. Entro il mezzogiorno del terzo giorno successivo al fermo operato dalle forze di polizia, la persona sospettata deve essere o rilasciata o sottoposta a misura detentiva. La decisione relativa è di competenza dell'autorità giudiziaria, la quale valuta sulla base del rapporto (e della proposta ivi contenuta) presentato dagli organi di polizia.

Le modalità di conduzione delle investigazioni di polizia sono regolate dal cap. 4 della legge sulla polizia. Esso disciplina, tra l'altro, la ricerca delle persone scomparse, le indagini sulle cause degli incidenti sul lavoro, gli accertamenti da effettuare con riguardo alle domande di asilo politico ed alle richieste di estradizione. Per quanto concerne i diritti e gli obblighi dei testimoni nel corso delle attività di investigazione criminale demandate alla polizia, trovano applicazione le disposizioni contemplate nel cap. 17 del codice di procedura. Con particolare riferimento alla ricerca delle persone scomparse, ogni persona di età compresa tra i sedici ed i cinquantaquattro anni ha, di norma, il dovere di collaborare, se richiesto, alle indagini della polizia. A tale ultimo proposito, va notato che le investigazioni della polizia sulla scomparsa di una persona vengono avviate quando si ha motivo di ritenere che la vita o la salute del soggetto in questione siano in pericolo, ovvero si teme che la persona medesima possa essere rimasta vittima di un crimine o di un incidente. Le forze di polizia hanno, comunque, il potere discrezionale di valutare caso per caso se iniziare o meno le investigazioni sulle circostanze inerenti alla scomparsa di una persona.

I poteri della polizia assumono particolare rilievo in relazione, tra l'altro, al diritto dei cittadini di riunirsi liberamente in assemblea, convocata in luogo pubblico e per scopi non illeciti. La disciplina normativa in tema di organizzazione (e partecipazione) ad incontri e dimostrazioni era originariamente contenuta nella legge sulle riunioni pubbliche del 1907. Una nuova regolamentazione della materia è stata introdotta dalla legge n. 530 del 1999, in vigore dal 1° settembre 1999³⁸. Sulla base della legislazione vigente, le riunioni e le dimostrazioni pubbliche (*id est*, che si svolgono in luogo pubblico) devono essere previamente comunicate alla polizia, con anticipo di almeno sei ore rispetto all'inizio previsto per l'assemblea pubblica. La polizia verifica che sussistano le condizioni di sicurezza, anche in relazione al traffico automobilistico. Avverso le determinazioni assunte dalle unità di polizia locale in materia di dimostrazioni pubbliche è esperibile il ricorso alle Corti generali di giustizia di primo grado.

Sul piano dei rimedi legali disponibili nei confronti dei provvedimenti (e dei comportamenti) delle forze di sicurezza, occorre rilevare che i reclami amministrativi possono essere presentati ai dipartimenti provinciali di polizia ed al dipartimento di polizia del Ministero degli interni, nonché ai comandanti dei distretti locali e delle unità della polizia nazionale. Il reclamo, pur non richiedendo

38. A commento dell'*Assembly Act* finlandese (sved.: «Lag om sammankomster») del 1999, cfr. MAJURI, T., «The Reform of the Legislation on Public Meetings, Demonstrations and Public Events in Finland», in M. NIEMIVUO, T. MAJURI (Eds.), *Outlooks on Democratic Institutions in the Baltic Sea Region*, Helsinki, Ministry of Justice - CBSS, 1999, 51 ss.

formalità particolari, deve essere redatto per iscritto. L'esame del reclamo è regolato dalle norme sul procedimento amministrativo. Non sono prescritti termini di decadenza per la proposizione del reclamo. Se dalle indagini svolte risulta la commissione di illeciti da parte degli agenti o funzionari di polizia, si fa luogo all'applicazione di misure disciplinari, ovvero anche, ricorrendone i presupposti, alla trasmissione della documentazione all'autorità giudiziaria per le necessarie verifiche in ordine alla eventuale sussistenza di ipotesi di reato.

Piuttosto interessanti sono, altresì, le norme sul trattamento dei dati personali ed il diritto di accesso, rispetto agli archivi detenuti dalle autorità di polizia. L'originaria legge finlandese sui dati personali è stata approvata dal Parlamento nel mese di marzo del 1999, entrando quindi in vigore il 1° giugno dello stesso anno³⁹. Essa trova applicazione anche in relazione alle informazioni in possesso dell'autorità di pubblica sicurezza, salvo che sia diversamente disposto dalla legge sui dati personali della polizia. Quest'ultima normativa in tema di banche-dati si riferisce a tre sotto-sistemi: a) il sistema di dati sulle materie di polizia; b) il sistema di dati sulle materie amministrative; c) il sistema di dati sulle persone sospette. La conservazione e l'aggiornamento in forma elettronica degli archivi della polizia è affidata all'Ufficio nazionale di investigazione, il quale opera sotto il controllo del Comando supremo di polizia.

Le limitazioni all'esercizio del diritto di accesso, previste dall'art. 27 della legge sui dati personali del 1999, riguardano, tra l'altro, la necessità di salvaguardare la sicurezza e la difesa nazionali, come pure l'ordine pubblico, la prevenzione e l'investigazione del crimine (cfr. art. 27, c. 1, n. 1, l. cit.). In aggiunta, l'art. 15, c. 1, della legge sui dati personali della polizia esclude l'accesso alle informazioni contenute nelle banche-dati relative alle persone sospette ed alle operazioni di sicurezza e sorveglianza svolte dalle forze di polizia. Va notato, peraltro, che in tali ipotesi è comunque consentito l'esercizio in forma indiretta del diritto di accesso, mediante richiesta da inoltrare all'Ufficio dell'*Ombudsman* per la protezione dei dati personali (istituito nel 1987), con la quale si chiede di verificare la correttezza e la conformità alle disposizioni legislative delle operazioni di trattamento dei dati effettuate dall'autorità di polizia. In ogni caso, il diniego di accesso alla documentazione (cartacea o elettronica) detenuta dagli organi di polizia

39. Sul diritto alla riservatezza ed accesso ai documenti pubblici nel sistema giuridico della Finlandia cfr., altresì, SILENTI, T., «Access to Information Held by the State and Privacy in Finland», in K. Buure-Häggglund, H.E.S. Mattile, K. Kilpeläinen (Eds.), *op. cit.*, 129 ss., con riferimento al *Personal Data File Act* del 1987 ed all'*Act on the Publicity of Official Documents* del 1951 e successivi emendamenti (ivi, per i profili della tutela giurisdizionale e le sanzioni contemplate in caso di violazione delle norme sulla *privacy*, v. *sub* 3, «The Personal Data File Act», 131 ss., 3.7, «Appeals, sanctions and remedies», 138 ss.); WALLIN, A.-R., «Act on the Openness of Government Activities - The Finnish Approach», in NIEMIVUO, M., MAJURI, T. (Eds.), *op. cit.*, 25 ss. in relazione all'*Act on the Openness of Government Activities* del 1999, ove anche, 36 ss., la trad. ingl. della legge in questione, che è strutturata in trentotto articoli. Con riguardo a organizzazione, funzionamento e poteri istituzionali del Difensore civico (*Ombudsman*) finlandese per la protezione dei dati personali cfr. RIEKKINEN, J., «A Brief History of the Finnish Data Protection Authorities: With an Eye Towards the Future», in A. Saarenpää, A. Wiatrowski (Eds.), *Society Trapped in the Network. Does it have a Future?*, Rovaniemi, Lapin yliopisto [Università della Lapponia], 2016, 170 ss.

può essere posto a base di un ricorso all'*Ombudsman* per la protezione dei dati. Il nuovo *Data Protection Act* finlandese del 5 dicembre 2018 (l. 1050/18), vigente dal 1° gennaio 2019, riprende e ribadisce all'art. 2, c. 3, e all'art. 7 le limitazioni già contemplate dall'art. 27 della legge del 1999. La legge finlandese del 2018 specifica e integra il regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Da ultimo, l'*Ombudsman* per la tutela dei dati⁴⁰ ha pubblicato, il 20 maggio 2025, le Linee-guida per garantire l'uso legittimo dei dati personali nei sistemi di intelligenza artificiale, ponendo in particolare risalto la valutazione del rischio e le misure di sicurezza. Secondo le Linee guida dell'Ufficio del Difensore civico per la protezione dei dati in Finlandia, le organizzazioni devono realizzare sistemi di intelligenza artificiale con caratteristiche tali da garantire i diritti degli interessati. Le medesime Linee-guida specificano, inoltre, quando è richiesta una «Valutazione d'Impatto sulla Protezione dei Dati».

Con riguardo, poi, all'accesso ai documenti pubblici, va ricordato che nuove norme sono state introdotte dalla legge adottata dal Parlamento finlandese il 21 maggio 1999 (l. 621/99). La disciplina suddetta⁴¹ è entrata in vigore il 1° dicembre 1999, in conformità a quanto dispone l'art. 37, c. 1, della legge medesima. Sono pubblici, secondo quanto specificato dall'art. 4 della legge in questione, i documenti formati o comunque detenuti da: a) pubblica amministrazione; b) imprese pubbliche; c) autorità municipali; d) Parlamento; e) corti di giustizia. L'art. 24 della legge pone una serie di restrizioni all'esercizio del diritto di accesso, con riferimento, tra l'altro, alle esigenze connesse alla prevenzione e repressione della criminalità. Sul piano dei rimedi giurisdizionali, l'art. 33 della legge stabilisce che le decisioni in materia di accesso ai documenti pubblici possono essere impugnate davanti all'autorità giudiziaria, sulla base delle previsioni (già) contenute nella legge sul procedimento contenzioso amministrativo del 1996 (l. 586/96), (nonché ora) sostituita dalla disciplina legislativa adottata nel 2019 (l. 808/19), quest'ultima vigente dal 1° gennaio 2020⁴².

Per quanto concerne, infine, le statistiche relative al settore dell'amministrazione della giustizia penale, esse evidenziano che in Finlandia il livello della criminalità risulta comparativamente basso, se valutato nel contesto delle esperienze dei Paesi dell'Europa occidentale. Una curiosa eccezione, tuttavia, è rappresentata dai furti di biciclette, reato per la cui commissione la Finlandia si trova al vertice delle rilevazioni statistiche eurooccidentali in tema di (micro)criminalità. In aumento sono, inoltre, le infrazioni di rilevanza penale connesse al consumo di droghe (c.d. *drug-related crime*). In particolare, dall'esame delle statistiche elaborate dalla polizia finlandese emerge che nel mercato illegale

40. La cui sigla è: DPA (*Data Protection Ombudsman*).

41. Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale (lett. «Raccolta delle Leggi della Finlandia») il 31 maggio 1999.

42. V. le cronache di KUUSIKKO, K., «Administrative Law/Droit administratif-Finland/Finlande», *Revue Européenne de Droit Public/European Review of Public Law/Europäische Zeitschrift für öffentliches Rechts/Rivista Europea di Diritto Pubblico*,

degli stupefacenti le anfetamine e l'*ecstasy* provengono in prevalenza dall'Estonia, mentre l'eroina viene importata di contrabbando soprattutto dalla Russia. Circa la metà dei reati legati al traffico di droga viene commesso nell'agglomerato urbano di Helsinki.

I crimini economici, tra i quali rientra la frode e l'evasione fiscale (semplici e aggravate)⁴³, appaiono in diminuzione. In un rapporto della polizia, redatto sulla base dei dati forniti dall'Ufficio nazionale di investigazione, è stato evidenziato che il riciclaggio di denaro viene praticato in Finlandia da soggetti appartenenti a ben venti differenti nazionalità. Oltre la metà delle fattispecie di commissione di quest'ultimo reato sono state addebitate a cittadini finlandesi, e ben il 20% a cittadini russi. Sono state avanzate, altresì, proposte per impedire l'acquisto di beni immobili in Finlandia ai cittadini extra-UE, con evidente intento di vietare le acquisizioni immobiliari da parte dei russi. La legge che prevede e sanziona penalmente il riciclaggio del denaro «sporco»⁴⁴ (l. 444) è stata approvata il 28 giugno 2017⁴⁵.

3.4. *Segue: problemi di tutela delle persone più fragili/vulnerabili: esame di alcuni rilevanti casi giudiziari, nonché della Housing First policy (avviata nel 2008)*

Non trascurabili sono, in Finlandia, i reati commessi a danno delle minoranze etniche presenti nel Paese. Essi comprendono insulti, minacce e violenze posti in essere per motivi razzisti o discriminatori. Vittime principali di questo tipo di crimini sono i circa quindicimila somali residenti in Finlandia⁴⁶. Per esempio, con sentenza dell'8 giugno 2022, la Corte Suprema della Finlandia ha condannato un (importante) politico, Jussi Halla-aho (attuale⁴⁷ presidente del Parlamento ed esponente del partito dei Verdi Finlandesi), al pagamento di una sanzione pecuniaria⁴⁸, per avere pubblicato nel 2008 sul suo *blog* un *post* nel quale affermava che i somali sono predisposti al furto e al sostentamento sociale («leading a pa-

43. In Finlandia, peraltro, il livello di evasione fiscale è decisamente contenuto; secondo dati riferiti al 2025, la mancata contribuzione fiscale si è attestata al valore di 270 milioni di euro, mentre per esempio in Italia ha raggiunto 1,7 miliardi di euro.

44. C.d *dirty money*. Talvolta si tratta di cittadini dei Paesi baltici che riciclano in Finlandia denaro ottenuto illecitamente in Russia. Per esempio, nel 2019 due cittadini estoni sono stati processati per avere riciclato in Finlandia ben 135 milioni di euro provenienti da attività illecite poste in essere in Russia. È stato il più rilevante processo penale per riciclaggio della storia giudiziaria finlandese (le indagini della polizia finlandese erano state avviate nel 2014). Nel 2013, l'ex ministro russo per le Telecomunicazioni, Leonid Reiman, è stato processato in Finlandia con l'imputazione di riciclaggio di denaro di provenienza illecita.

45. È vigente dal 3 luglio 2017 (data della relativa pubblicazione sulla G.U.).

46. Buona parte dei quali sono arrivati nel Paese come richiedenti asilo, a partire dagli anni novanta del secolo scorso. Fuono i primi a giungere in Finlandia dall'Africa. Cfr. TIILIKAINEN, M., *Somali Life in Helsinki*, *Open Society Foundations, Voices*, 20 novembre 2013.

47. Dal 2023.

48. Di ammontare pari a 300 euro.

rasitic life by living off welfare»). I supremi giudici finlandesi hanno considerato tali affermazioni alla stregua di un incitamento all'odio contro un gruppo etnico, condotta quest'ultima che non rientra nella tutela offerta dalla libertà di parola⁴⁹. Bersaglio di violenze (verbali e, talvolta, fisiche) appaiono, altresì, gli appartenenti ai gruppi minoritari cileno e vietnamita, nonché i rom (abituamente chiamati in Finlandia, Paese dove vivono dalla fine del XVI secolo, kaale, sved. kalé)⁵⁰ e, sia pure meno frequentemente, gli stessi aborigeni saami⁵¹. Si è parlato, al riguar-

49. KKO: 2012: 58, R2010/1101. A commento, v. *Supreme Court orders Halla-aho to pay for hate speech*, <https://yle.fi>, 8 giugno 2012. Da notare che sia la Corte distrettuale di Helsinki che la Corte d'appello avevano, invece, assolto l'imputato dal reato di incitamento all'odio. La Corte suprema della Finlandia ha richiamato alcune pronunce della Corte europea dei diritti umani, in particolare la sentenza nel caso *Féret v. Belgium*, decisione del 16 luglio 2009. All'epoca dei fatti, Halla-aho era presidente della Commissione parlamentare che si occupa delle questioni legate all'immigrazione (pochi giorni dopo la sentenza, il 13 giugno 2012, rassegnò le dimissioni dalla Commissione).

La sentenza della Corte suprema finlandese (testo nel sito www.finlex.fi) è di speciale rilevanza, in quanto chiarisce il concetto di incitamento all'odio e il suo rapporto con la libertà di espressione. I giudici di vertice hanno affermato che l'intenzione dell'imputato potrebbe effettivamente essere stata quella di criticare la stampa e le autorità. Tuttavia, tale intenzione non giustificava comunque la diffamazione e l'insulto. La Corte ha, quindi, concluso che l'imputato aveva chiaramente compreso la natura diffamatoria e ingiuriosa del testo pubblicato nel *blog*, sebbene parte di esso sia stata scritta in uno stile sarcastico. La Corte medesima ha, altresì, affermato che l'imputato era stato attivamente coinvolto in politica e che questa posizione doveva essere tenuta in considerazione nel definire i confini tra la libertà di espressione e le sue restrizioni.

50. V. le ricerche etnografiche/etnostoriche di BONTEMPELLI, S., *I rom. Una storia*, Roma, Carocci, 2022; PIASERE, L., *I rom d'Europa. Una storia moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2024; BOGDAL, K.-M., *L'Europa inventa gli zingari. Una storia di fascino e disprezzo*, Milano-Udine, 2025, e prima Asséo, H., *Les tsiganes, une destinee europeenne*; Paris, Gallimard, 1994. In epoca molto risalente, v. inoltre GRELLMANN, H.M.G., *Die Zigeuner. Ein historischer Versuch über die Lebensart und Verfassung, Sitten und Schicksale dieses Volkes in Europa, nebst ihrem Ursprunge*, Dessau-Leipzig, Buchhandlung der Gelehrten, 1783. I rom possiedono, tra l'altro, metodi «tradizionali» per dirimere le controversie «interne» a gruppi e sotto-gruppi; cfr. MAZZA, M., «I metodi di risoluzione delle controversie nel diritto degli Zingari (Profili di antropologia della giustizia)», in *Sociologia del diritto*, 2000, n. 1, 115 ss.; GAMELLA, J.F., MUNTEAN, V.M., «Kris in a Roma diaspora: New insights on transnational conflict resolution», 34(2) *Romani Studies (continuing Journal of the Gypsy Lore Society)* 147, 2024. Le regole, sostanziali e processuali, sono trasmesse oralmente, anche attraverso la tradizione canora (o storia cantata); v. ÅBERG, K., *I canti tradizionali dei Rom finlandesi*, Roma, 2022; Id., «These Songs Tell About Our Life, You See»: *Music, Identity and Gender in Finnish Romani Music*, Lausanne, Lang, 2015; Id., «The traditional songs of the Finnish Romany: Silent tradition», in 18(1) *Romani Studies* 71 (2008); Id., *Nää laulut kato kertoo meidän elämästä - Tutkimus romanien lauluperinteestä ItäSuomessa 1990-luvulla* [«Queste canzoni raccontano le nostre vite» - *Uno studio sulla tradizione canora rom nella Finlandia orientale negli anni '90*], Helsinki, Suomalaisen Kirjallisuuden Seura/Finnish Literature Society, 2002 (in finlandese). Si potrebbe, forse, discutere di un «potere» giudiziario dei rom (e sinti). Sulla (diffusa) «romofobia», v.: SIMONI, A., «La mendicizia, gli zingari e la cultura giuridica italiana: uno schizzo di tappe e problemi», *Polis - Ricerche e studi su società e politica*, 2000, 371 ss.; Id., *Rom, antiziganismo e cultura giuridica. Prospettive di analisi*, Roma, 2019 (rec. di G. Decarli, in *Antropologia Pubblica*, 2019, 155 ss.); PIASERE, L., *L'antiziganismo*, Macerata, 2015; BONTEMPELLI, S., «L'invenzione degli zingari. La questione rom tra antiziganismo, razzismo ed etnicizzazione», in *Iperstoria - Testi letterature linguaggi*, VI, autunno 2015, 43 ss.; MANCONI, L., FANTAUZZI, M., «Poveri e stranieri: scoprire i rom solo per odiarli», *Il manifesto*, 17 agosto 2025.

51. Anche in passato, peraltro, (almeno) una parte della popolazione finlandese ha manifestato sentimenti di ostilità nei confronti di differenti gruppi etnici o confessioni religiose.

do, di «offensive identitarie contro l'immigrazione»⁵². Per altro verso, la ex ministra degli Interni della Finlandia⁵³ e già presidente del partito dei Democratici-Cristiani Finlandesi, Päivi Räsänen, che è altresì attualmente membro del Parlamento nazionale, è stata sottoposta a processo penale per avere espresso «discorsi d'odio», consistiti nell'aver pubblicato un *tweet* nel 2019 nel quale criticava la Chiesa evangelica luterana della Finlandia per il sostegno da essa offerto al *Gay Pride*. L'imputata, che non ha certamente ricevuto un trattamento favorevole da parte della polizia finlandese (che l'ha interrogata per oltre 13 ore), è stata assolta in primo grado dalla Corte distrettuale di Helsinki con decisione del marzo 2022⁵⁴, che ha rigettato le richieste formulate dalla Procuratrice generale Raija Toiviainen (tuttora in carica)⁵⁵, decisione poi confermata dalla Corte d'appello nel novembre 2023⁵⁶. Si è⁵⁷ in attesa della sentenza della Corte suprema finlandese, che ha concesso il relativo *leave*⁵⁸, a seguito del (nuovo) ricorso proposto dalla Procura di Stato⁵⁹. La decisione finale è attesa per la metà di ottobre del 2025, in maniera tale da contenere la durata del processo davanti alla Corte suprema entro i diciotto mesi⁶⁰. Päivi Räsänen ha fatto sapere che, se il verdetto dei supremi giudici sarà a lei sfavorevole, presenterà ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando quindi una violazione dei diritti umani fondamentali. I pubblici ministeri sostengono che le dichiarazioni *online* di Räsänen sono offensive nei confronti delle persone *gay* come gruppo, a causa appunto del loro orientamento sessuale. Räsänen, peraltro, ha fermamente negato le accuse⁶¹. Il caso ha suscitato molto clamore in Finlandia, dal momento che è stato processato⁶² e assolto, insieme a Päivi Räsänen, anche il vescovo finlandese Juhana Pohjola⁶³, dal 2022 presidente del Consiglio luterano internazionale, il quale ha promosso la pubblicazione di un *pamphlet*⁶⁴ nel quale Räsänen ribadiva le sue convinzioni

52. PERRIGUEUR, É., «Les limites du modèle d'intégration finlandais», *Le Monde diplomatique*, luglio 2025, 16.

53. In carica dal 2011 al 2015, nella compagine governativa guidata da Jyrki Katainen.

54. Sentenza del 30 marzo 2022. Päivi Räsänen

55. Titolare dell'indagine avviata il 4 novembre 2019.

56. Pronuncia del 14 novembre 2023.

57. *Status iuris*, settembre 2025.

58. Il 19 aprile 2024.

59. EYTE, C., «Finnish MP faces third trial for Christian views on marriage», *Christian Daily*, 19 aprile 2024. Il ricorso alla Corte suprema è sottoscritto dal Procuratore generale della Finlandia.

60. Nel 2024, la durata media dei processi davanti alla Corte suprema è stata di 16,5 mesi.

61. In particolare, Päivi Räsänen, che è madre di cinque figli e nonna di dieci nipoti, ha dichiarato che, nonostante la persecuzione che sta affrontando, confida «che l'intero processo sia nelle mani di Dio», aggiungendo di essere sicura che verrà assolta dalle accuse di incitamento all'odio.

62. Dopo essere stato interrogato dalla polizia per cinque ore.

63. Sposato e padre di quattro figli.

64. Si tratta di un opuscolo di 23 pagine, pubblicato (per i tipi della Luther Foundation) nel 2004 e dal titolo *Male and female He created them* (orig. finl.: *Mieheksi ja naiseksi hän beidät loi*, *Luther Foundation Finland's series Aamutähti* [*Morning Star*]),

al riguardo⁶⁵. Il vescovo J. Pohjola, non diversamente dalla deputata p. Räsänen⁶⁶, ha annunciato che, in caso di condanna, ricorrerà alla Corte europea dei diritti umani. Nelle parole del vescovo Phjola: «sono fiducioso che anche la Corte suprema emetterà un'assoluzione, il che, come precedente, potrebbe in futuro contribuire a garantire che nessun altro in uno Stato di diritto debba affrontare un processo così incomprensibile e macchinoso». Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è legale in Finlandia, dal 1° marzo 2017⁶⁷; esso consente ai coniugi omosessuali di adottare figli, inclusa la *stepchild adoption*, ossia la possibilità di adottare il figlio biologico del *partner*⁶⁸. Nel corso degli anni duemila, il sostegno

65. Sembra, insomma, di capire che vi siano divisioni interne sia alla Chiesa luterana finlandese che al movimento luterano internazionale. Del resto, la Räsänen si è sempre professata membro attivo della Chiesa evangelica luterana finlandese.

66. V. poco sopra. Räsänen fa parte del Parlamento finlandese fin dal 1995.

67. Sulla base dell'emendamento alla Legge sul matrimonio (finl: *Äktenskapslag*) del 13 giugno 1929, modificata con provvedimento legislativo del 20 febbraio 2015, data di promulgazione della Legge, adottata dal Parlamento il 28 novembre 2014, con 105 voti a favore e 92 contrari. La Legge ha dovuto attendere parecchio tempo prima di entrare in vigore perché, nel 2015, il Presidente della Repubblica, Sauli Niinistö, decise di firmare un provvedimento per sospendere l'entrata in vigore della Legge approvata solo l'anno prima, spostandone l'applicazione al 2017. Il motivo addotto fu che la Legge era stata approvata con una maggioranza risicatissima, nonché il fatto che fosse stata adottata in difformità del parere espresse dall'Ufficio legale del Governo. L'art. 1 della Legge, nel testo post-revisione, pone sullo stesso piano il matrimonio eterosessuale e quello omosessuale. L'innovazione ha, inoltre, determinato una marcata polarizzazione nella Chiesa luterana finlandese; v. KETOLA, K., HELANDER, E., «Same-sex marriage and the Lutheran Church in Finland: How rapid change in values and norms challenges the church and its decision-making», *Zeitschrift für Religion, Gesellschaft und Politik*, 2020, 315 ss. La posizione ufficiale, manifestata dai vescovi, è contraria; tuttavia, metà dei sacerdoti ritiene che la Chiesa luterana-evangelica dovrebbe sposare coppie dello stesso sesso, e alcuni hanno già celebrato matrimoni *gay* (cfr. KORHONEN, M., «Matrimoni omosessuali nella Chiesa luterana finlandese? Per ora è improbabile che i piani dei vescovi abbiano successo», *Evangelical Focus*, 27 marzo 2024). Sul piano comparativo, la Chiesa luterana di Finlandia è la sola Chiesa luterana nazionale dei Paesi nordici a riconoscere unicamente il matrimonio tra uomo e donna; in particolare, la Chiesa luterana-evangelica della Svezia è stata la prima al mondo a riconoscere, nel 2009, i matrimoni omosessuali (in Svezia i matrimoni *same-sex*, sia civili che religiosi, hanno riconoscimento mediante la Legge sul matrimonio neutro rispetto al genere del 1° aprile 2009; la Chiesa luterana di Svezia ha consentito le relative cerimonie religiose sei mesi dopo, quindi dal 1° novembre; v. il breve commento di UGOLINO, F., «Svezia. Approvata la legge sul diritto al matrimonio anche per le coppie formate da persone dello stesso sesso», *Civitas Europa*, 2009, 129 s.). I vescovi finlandesi propongono di distinguere due tipologie di matrimoni, il primo di essi tra marito e moglie, il secondo tra due persone. Ciascun sacerdote potrebbe scegliere quale tipo di matrimonio celebrare, così lasciando libertà di unire o meno in matrimonio persone omosessuali. La proposta è finalizzata a preservare l'unità della Chiesa luterana. Intervistati al riguardo, i membri del Sinodo Generale della Chiesa luterana-evangelica di Finlandia hanno risposto nel modo che segue: 38 contrari, 29 favorevoli, 6 non si pronunciano e 36 non sono risultati raggiungibili. Dal punto di vista statistico, matrimoni e unioni registrate omosessuali (legalizzate nel 2002) sono stati, in Finlandia: nel 2014, 117 femminili e 216 maschili; nel 2015, rispettivamente 97 e 221; nel 2016, 94 e 157; nel 2017, 202 e 388; nel 2018, 145 e 242; nel 2019, 113 e 263; nel 2020, 123 e 272; nel 2021, 110 e 265; nel 2022, 132 e 291; nel 2023, 119 e 254; nel 2024, 134 e 291.

68. Cfr. SENEGHINI, F., «Finlandia, sì a nozze e adozioni *gay*. Approvata legge di iniziativa popolare», *Corriere della Sera*, 28 novembre 2014. *Tabdon*, cioè «lo voglio» in finlandese, è il nome della legge di iniziativa popolare sui matrimoni *gay*.

popolare al *same-sex marriage* è (quasi) costantemente cresciuto in Finlandia: nel 2006, erano favorevoli il 45% dei finlandesi; nel 2010, a favore il 54%; nel mese di gennaio 2013, 57%; nel marzo 2023, 58%; nel marzo 2014, 65%; nel giugno 2014, tra i membri del clero luterano i favorevoli rappresentavano il 44%; nel 2015, favorevoli il 66%; nel 2017, una lieve flessione dei favorevoli, fissata al 64% (nello stesso anno, era favorevole l'84% dei non-fedeli ad alcuna religione, il 62% dei Cristiani non-praticanti e il 30% dei Cristiani praticanti); nel 2019, favorevoli il 76%; nel 2023, a favore la stessa percentuale del 2019 (*id est*, 76%)⁶⁹. Si ha (fondato) motivo di ritenere che le posizioni conservatrici sul tema, appoggiate da parte della Chiesa luterana finlandese, abbiano determinato l'allontanamento dalla Chiesa stessa di migliaia⁷⁰ di fedeli.

Infine, si segnala il carattere (molto) avanzato delle politiche finlandesi nei riguardi dei soggetti (più) fragili/vulnerabili, quali sono le persone senza dimora. La Finlandia ha, infatti, adottato⁷¹ il programma denominato *Housing First* (finl: *Asunto ensin*) nel 2008⁷², integrandolo nelle politiche nazionali. Il Governo, in collaborazione con organizzazioni non profit e comuni⁷³, ha investito nella costruzione e riqualificazione di alloggi⁷⁴ destinati ai senzatetto, garantendo contratti di affitto regolari e supporto continuo. I risultati sono stati i seguenti: oltre 4.500 persone hanno ottenuto una casa stabile; il numero di senzatetto è diminuito del 68% tra il 2008 e il 2022; nel 2008 i senza dimora erano oltre 18.000,

69. Dati desunti da *Eurobarometer surveys*.

70. Intorno ai 40.000; in totale sono (nel 2022) 3.625.007, i quali rappresentavano il 65,2% della popolazione finlandese. Secondo i dati sulla demografia religiosa della Finlandia, elaborati nel 2023 da Aiuto alla Chiesa che Soffre Onlus nel *Rapporto sulla libertà religiosa nel mondo*, i Cristiani nel Paese scandinavo sono il 78,6% (78,6% nel 2021, 78,58% nel 2016), i Musulmani 2,06% (2,06% nel 2021, 1,81% nel 2016), i Buddisti 0,09% (identica la percentuale sia nel 2021 che nel 2016), gli Induisti 0,01% (0,01% nel 2021, 0,02 nel 2016); Ebrei 0,02% (come nel 2021 e 2016); Nuove Religioni 0,05% (così anche nel 2021 e 2016).

71. In esito a un dibattito politico iniziato fin dal 1987.

72. L'approccio *Housing First* (HF) è nato negli Stati Uniti d'America (a New York) nel 1992; v. PADGETT, D.K. *et al.*, *Housing First. Una storia che cambia le storie*, (2016), trad. it., Milano, Angeli, 2018; MOLINARI, P., ZENAROLLA, A. (cur.), *Prima la casa*, Milano, Angeli, 2018. Teorico e (primo) proponente dell'HF è il professore universitario (di origine greca) Sam Tsemberis. In Finlandia, il dibattito ha avuto inizio nel 2007, con la pubblicazione del rapporto, redatto da quattro persone - un sociologo, un medico, un politico e un vescovo —, chiamato *Nimi Ovesa* (lett. «un nome sulla porta», a simboleggiare l'idea che ogni senzatetto merita una casa e un posto da chiamare proprio, quindi appunto con il nome sulla porta.). La Danimarca ha adottato (dal 2009) un approccio simile alla Finlandia; v. BENJAMINSEN, L., «Housing First in Denmark: An Analysis of the Coverage Rate among Homeless People and Types of Shelter Users», *Social Inclusion*, 2018, 327 ss. Una delle maggiori criticità del programma danese è stata la difficoltà a coinvolgere i senzatetto (appena uno su venti ha aderito). D'altro canto, il programma HF è pensato per i senza dimora involontari, non invece per quelli c.d. intenzionali. Su scala più ridotta, progetti «*Housing First*» sono stati intrapresi in alcune città della Svezia (dal 2009), della Norvegia (dal 2013) e dell'Islanda (dalla metà degli anni dieci del duemila).

73. Nonché con il supporto di *know-how* dell'Istituto nazionale per la salute e il benessere (finl: *Terveyden ja hyvinvoinnin lait*os, TH).

74. Attraverso la riconversione soprattutto di vecchi ostelli e case popolari.

scesi a poco più di 3.500 nel 2023; nelle grandi città, come Helsinki⁷⁵, il fenomeno è quasi scomparso⁷⁶. In Finlandia, l'80% delle persone assistite mantiene la propria abitazione a lungo termine⁷⁷. In definitiva, il programma *Housing First* si basa sull'idea che l'alloggio sia un diritto umano fondamentale. L'espressione *Housing First* —c.d. *rights-based strategy* (o *approach*)— fa riferimento alla priorità della questione abitativa rispetto ad altre eventuali problematiche dei senza-tetto, come potrebbero essere l'abuso di sostanze ovvero l'insanità mentale⁷⁸, in maniera da rovesciare il tradizionale modello *treatment first*, ossia il c.d. *staircase model*, che richiede alle persone di risolvere i problemi prima di ottenere l'assegnazione di un alloggio⁷⁹.

I costi economici di *Housing First* non sono però molto chiari, essendo ripartiti tra Governo, municipalità e associazioni convenzionate. È stato calcolato, ad ogni modo, che tra il 2008 e il 2019 la spesa sia stata di circa 270 milioni di euro⁸⁰. Secondo *Y-Foundation* (finl: *Y-Säätiö*), ente non profit, che acquista immobili da destinare alle persone senza fissa dimora, garantire una casa e il supporto a una persona in difficoltà fa(rebbe) risparmiare tra i 15.000 e i 52.000 euro all'anno⁸¹, grazie alla riduzione di spese per sanità, assistenza e giustizia; per *Y-Foundation*, quindi, si tratta di una soluzione non soltanto «umana», ma anche

75. Dove la diminuzione, nel periodo di tempo indicato nel testo, è stata del 72%. La strategia finlandese, e in particolare l'esperienza di Helsinki, viene abitualmente considerata un modello di successo a livello internazionale. Cfr., per esempio, HENLEY, J., «*It's a miracle*»: *Helsinki's radical solution to homelessness*, in *The Guardian*, 3 giugno 2019.

76. Si pensi che la capitale Helsinki è passata (secondo dati del giugno 2025) da centinaia di posti letto nei dormitori a un solo centro di accoglienza con 52 letti. Più in generale, v. STAGLIANÒ, R., «In Finlandia i senzatetto stanno scomparendo: come? Più case per tutti», *La Repubblica*, 29 luglio 2022.

77. Cfr. «La casa prima di tutto. In Finlandia non si dorme più in strada», *Fuori Binario*, n. 275, estate 2025, 11, e prima *A Home of Your Own. Housing First and ending homelessness in Finland*, Keuruu (Finlandia), Y-Foundation, 2017; SANNINO, A., «Counteracting the stigma of homelessness: The Finnish Housing First strategy as educational work», *Educação (Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS)*, v. 41, n. 3, 2018, 385 ss.; MERILUOTO, T., «Finnish Housing First Policy - Designing and Implementing With People Having Experienced Homelessness», www.un.org, 2019; DIETZ, L., *A Look Into Finland's Housing First Initiative*, Washington (DC), Pulitzer Center, 2024. Solitamente, gli edifici destinati dalle autorità pubbliche ad accogliere gli ex senza-tetto (come avviene, ad esempio, per il complesso *Silta*, poco fuori Helsinki, che ha 75 inquilini) sono divisi in unità abitative, rispettivamente per i dipendenti da sostanze, i soggetti con problemi mentali e le persone anziane.

78. Oppure, più banalmente, la disoccupazione.

79. Potremmo dire, brevemente: l'abitazione non come una ricompensa alla fine di un percorso, ma come il punto di partenza; in altri termini ancora, si parte dalla dignità e si arriva all'autonomia, mediante un capovolgimento dell'approccio al disagio, offrendo un supporto personalizzato senza precondizioni. I tradizionali modelli «a scala» (o «a gradini») prevedono, invece, che una persona debba prima affrontare una serie di tappe —*id est*, disintossicazione, inserimento lavorativo, percorsi psicologici, ecc.— prima di «meritare» un alloggio stabile,

80. Si v. ROJAS MORALES, L.M., *Finland's «Housing First» Policy successfully tackles long-term homelessness (2008-ongoing)*, New York (NY), New York University Center on International Cooperation, 2024.

81. In base ad altre, più caute, stime, il risparmio sarebbe compreso tra 9.000 e 15.000 euro per persona all'anno.

sostenibile sul piano dei conti pubblici. L'agenzia statale ARA⁸² ha il compito di coordinare fondi, edilizia e operatori locali.

Nel dettaglio, *Housing First* presenta due differenti modalità di funzionamento: le persone senza (fissa) dimora hanno accesso a un alloggio permanente in c.d. alloggi sparsi, vale a dire appartamenti privati in qualsiasi parte della città, che rappresentano l'80% del totale, oppure in una c.d. unità comunitaria, ossia un condominio con una media di 60 appartamenti per ogni persona, dove gli inquilini hanno accesso al supporto 24 ore su 24, 7 giorni su 7 da parte di *team* medici e di assistenza sociale⁸³.

Le previsioni sono che, entro il 2030, non vi saranno più persone senzate in Finlandia⁸⁴. Tuttavia, a seguito del cambio della compagine governativa, avvenuto nel 2023⁸⁵, dalla *leadership* socialdemocratica a un Governo di coalizione, vi sono stati cambiamenti sostanziali nel sistema di previdenza sociale e di alloggi a prezzi accessibili e si hanno timori⁸⁶ che ciò possa avere ripercussioni sul programma abitativo per i senzate. L'attuale Governo ha, però, annunciato che la Finlandia eliminerà il problema dei senzate entro il 2027⁸⁷, sebbene molti operatori del settore siano abbastanza scettici, e si orientino sulla fine degli anni venti del duemila o l'inizio degli anni trenta. Questo perché non mancano, comunque, le criticità⁸⁸. Nelle unità abitative «*Housing First*», statisticamente le più richieste⁸⁹, i tempi di attesa possono variare dai sei ai nove mesi prima che un appartamento diventi disponibile; in generale, è invece molto più rapido ottenere un appartamento nelle «case sparse»; l'attuale (estate 2025) tempo di attesa a Helsinki per uno di questi appartamenti è compreso tra un mese e sei settimane⁹⁰. Inoltre, il 20% degli ex

82. Sigla di *Asumisen rahoitus- ja kehitämiskeskus* (it. Centro per lo sviluppo e il finanziamento dell'edilizia abitativa).

83. Del *team* fanno parte, altresì, infermieri, psicologi, terapisti del lavoro e, in certi casi, persino un consulente per l'empatia. D'altra parte, le sessioni di formazione all'empatia sono rivolte anche ai vicini, perché non tutti sono entusiasti di avere decine di ex senzate che vivono proprio accanto a loro.

84. KAHILA, J., «The power of homes. Four walls can change a life», all'indirizzo Internet ult. cit.

85. Dopo le elezioni politiche del 2 aprile 2023.

86. Ovviamente, tra i sostenitori del programma *Housing First*.

87. Ancora più ambizioso è il programma governativo per la capitale Helsinki, dove le persone che vivono per strada dovrebbero «sparire» entro la fine del 2025.

88. Su cui v. KAAKINEN, J., TURUNEN, S., «Finnish but not yet Finished - Successes and Challenges of Housing First in Finland», *European Journal of Homelessness*, 2021, 81 ss., dove si parla di una idea o visione «over-optimistic» (cfr. 83). Secondo JUHILA, K., RAITAKARI, S., RANTA, J., «Housing First: Combatting Long-Term Homelessness in Finland», in DE LA PORTE, C. *et al.* (Eds), *Successful Public Policy in the Nordic Countries. Cases, Lessons, Challenges*, Oxford, Oxford Academic, 2022, 495 ss., vi sono «zone grigie», ovvero, accanto al *full success*, elementi di c.d. *resilient success* o *conflicted success* (per questa terminologia, cfr. in precedenza MCCONNELL, A., «Policy Success, Policy Failure and Grey Areas In-Between», *Journal of Public Policy*, 2010, 345 ss.).

89. Anche perché dotate di una sala comunitaria e, spesso, di una sauna nonché di una palestra.

90. Durante l'attesa, viene loro assegnato un alloggio temporaneo o un «rifugio», oppure possono alloggiare presso amici e familiari. La procedura prevede che, se una persona è senza fissa dimora, debba incontrare un assistente sociale con cui discutere su quale sia la soluzione abitativa migliore, dopodiché il richiedente viene inserito in una lista. Gli alloggi assegnati al termine della

senzatetto⁹¹ abbandona il programma per vari motivi, incluso il desiderio di tornare a vivere in strada. Ancora, si manifestano difficoltà nel raggiungere e supportare le donne senza fissa dimora, che spesso «nascondono» la loro situazione di emergenza e la vivono in condizioni diverse rispetto agli uomini⁹². Per affrontare il problema del c.d. senzatetto femminile, in Finlandia è stato avviato nel 2018 il progetto nazionale *Securing Housing for Women*, basato sul principio HF (affiancato, in questo caso, al principio *Safety First*). Come è ovvio, le donne senzatetto hanno talvolta alle spalle condizioni difficili; per loro vivere all'aperto è certo traumatico, ma preferiscono la strada a una casa in cui non sono al sicuro. Sia pure in misura ridotta rispetto ai senzatetto di sesso maschile, anche le donne che vivono per strada hanno frequenti problemi di tossicodipendenza e alcolismo, nonché rapporti conflittuali con la polizia⁹³.

Sembra, comunque, si possa conclusivamente affermare che la fine del fenomeno dei senzatetto, con le questioni di legalità che vi sono inevitabilmente connesse, sia in Finlandia un obiettivo condiviso da tutti i governi, siano essi di destra o di sinistra. La filosofia del senzatetto «accasato» —(almeno) nel sistema finlandese— è basata sulle seguenti riflessioni: è sempre più conveniente porre fine al fenomeno dei senzatetto invece di cercare semplicemente di gestirlo; gli investimenti per porre fine al problema dei senzatetto sono sempre remunerativi, a parte poi ovviamente le ragioni umane ed etiche.

IV. IL GOVERNO DELLA MAGISTRATURA: LE INNOVAZIONI DEL 2020-2021

Anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 2000, l'amministrazione delle Corti finlandesi era attribuita alla competenza del Ministro della giustizia. Il graduale percorso di riforma ha preso avvio con la nomina, nel corso del 2003, di una Commissione parlamentare sul sistema giudiziale; il processo si è quindi concluso nel 2019, con l'approvazione da parte del Parlamento nazionale della legge n. 209 del 2019, che ha introdotto, dal 1° gennaio 2020, una nuova autorità amministrativa indipendente, denominata *National Court Administration*, con

procedura consistono normalmente in un monolocale piuttosto spoglio, dotato semplicemente di una poltrona, un letto e un angolo cottura. Per non pochi assegnatari, costituisce un notevole successo potersi fare una doccia quando vogliono, cucinare o lavare i vestiti. Si ricordi che, ancora negli anni ottanta del secolo scorso, parecchi senzatetto in Finlandia dormivano nei bidoni della spazzatura, in inverno, per non congelare.

91. Dunque, uno su cinque.

92. Sfortunatamente, non sono disponibili dati specifici sulle donne senzatetto.

93. La percentuale di donne detenute, sul totale della popolazione carceraria, è piuttosto bassa in Finlandia, pari al 3,6% (in Italia, per esempio, costituisce il 3,9%; v. i dati elaborati da *Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR)*, della *Birkbeck, University of London*, sub *World Female Imprisonment List*). È anche pur sempre possibile che le donne commettano in Finlandia più reati di quelli ufficialmente censiti, nei confronti di bambini, turisti (che non conoscono la lingua locale), malati o disabili.

il compito di assicurare che i tribunali siano in grado di mantenere un elevato livello di qualità nell'esercizio dei loro poteri giudiziari e che l'amministrazione dei tribunali stessi sia organizzata in modo efficiente e appropriato. La *National Court Administration* deve, inoltre, rafforzare l'autonomia e l'indipendenza delle Corti dagli altri poteri dello Stato. La *National Court Administration* si occupa di amministrazione finanziaria delle Corti; ha competenza, altresì, unitamente al *Judicial Training Board*, in tema di formazione dei magistrati. Dal 1° gennaio 2021, la *National Court Administration* ha ulteriori competenze in merito al reclutamento di personale presso le Corti giudiziarie, occupandosi delle questioni relative a tali rapporti di lavoro. È ormai un convincimento generale che la creazione della *National Court Administration* abbia determinato un efficientamento del sistema giudiziario finlandese⁹⁴.

Con riguardo alla nomina dei magistrati di ruolo, è istituita, con legge del marzo 2000, una distinta autorità indipendente, vale a dire il *Judicial Appointment Board*, i cui membri sono nominati dal Governo. Il *Judicial Appointment Board* raccoglie le candidature e le valuta, proponendo quindi al Ministro della giustizia una lista di candidati, preventivamente classificati in base al merito. Spetta, infine, al Presidente della Repubblica provvedere alla nomina formale dei magistrati. Il Capo dello Stato recepisce, per prassi, l'indicazione pervenuta al Ministro dal *Judicial Appointment Board*.

Alla *National Court Administration* non sono, in ogni caso, attribuite competenze in materia disciplinare. Queste ultime, infatti, sono di competenza del Presidente di ciascun tribunale, o del Cancelliere di Giustizia e dell'*Ombudsman* parlamentare. Il conseguente procedimento rimane di esclusiva competenza della magistratura penale.

In un'epoca storica, come quella attuale, caratterizzata da tendenze involutive, o, comunque, da disfunzioni dei sistemi giudiziari, l'ordinamento finlandese si conferma improntato ai principi di stabilità, efficienza, garanzia e affidabilità⁹⁵. Si è ricordato, infatti, sotto il profilo qui in esame dello *status* della magistratura, che «Il livello di autonomia e indipendenza del giudiziario finlandese è considerato particolarmente elevato secondo i parametri europei»⁹⁶.

94. CERBONE, C., «Il rispetto del *Rule of Law* nell'UE: il virtuoso caso finlandese», cit., 176.

95. V., in luogo di molti, FAGGIANI, V., «Los Consejos de Justicia ante la involución del Estado de derecho: perspectivas de reforma interna y estándares supranacionales», *Revista de Derecho Político*, n. 123, maggio-agosto 2025, 251 ss. In Italia, si vedano soprattutto VOLPI, M., «Il governo autonomo della magistratura: una situazione complessa e dinamica», *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2020, 4851 ss., e DAL CANTO, F., *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2024, 3^a ed., 11 ss. La (più recente) legislazione emergenziale, adottata in Finlandia a seguito dell'invasione russa dell'Ucraina, ha suscitato qualche (motivata) preoccupazione; cfr. SCHEININ, M., «Is Finland Joining the Backsliding Trend in Europe?», *Verfassungsblog*, 10 luglio 2022, secondo il quale «The worst is yet to come».

96. DURANTI, F., «Governo autonomo della magistratura: il modello nordico», *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2020, spec. 5111. *Adde* AARLI, R., SANDERS, A., «Judicial Councils Everywhere? Judicial Administration in Europe, with a Focus on the Nordic Countries», *International Journal for Court Administration*, 2023.

Capítulo V

PRUEBAS DE ESTRÉS CONSTITUCIONAL: PODER EJECUTIVO, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ESTADO DE DERECHO EN EE. UU.

Michael M. Epstein

Full Professor of Southwestern Law School
Los Angeles, United States

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DISEÑO ANTIDEMOCRÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS. III. LA RAMA LEGISLATIVA IV. LA RAMA JUDICIAL. V. LA RAMA EJECUTIVA. 5.1. Evolución Histórica del Poder Ejecutivo. 5.2. Teoría del Ejecutivo Unitario. 5.3. Uso de Poderes de Emergencia por Trump. d. Respuesta Judicial. VI. CÓMO EL ECOSISTEMA MEDIÁTICO CONTRIBUYE AL DEBILITAMIENTO DE LA GOBERNANZA. VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien la Constitución de los Estados Unidos establece un marco de poderes separados y controles institucionales, su vitalidad depende de normas, entendimientos públicos y la disposición de los funcionarios a actuar conforme a la ley y con un espíritu de contención. En 2025, el poder ejecutivo ha actuado desafiando estos fundamentos, poniendo a prueba los límites del Artículo II y generando no solo preocupaciones políticas, sino también constitucionales. Sin embargo, las inquietudes sobre los excesos de poder ejecutivo pueden ser anteriores a la presidencia estadounidense actual. Con el tiempo, la Constitución ha estado sometida a tensiones que han relajado gradualmente las restricciones sobre el poder presidencial en ambos partidos políticos, acompañadas por poco interés de las demás ramas del gobierno a intervenir. La administración actual podría estar acelerando el ritmo de lo que ha sido un lento retroceso de las normas destinadas a atenuar los defectos antidemocráticos incorporados en la Constitución estadounidense. Esta aceleración se ha visto facilitada por un entorno de redes sociales que con-

tribuye a amplificar la desinformación y polarizar el debate político en cuestiones de las que no se rinden cuentas. Este retroceso democrático no ha surgido de manera repentina, sino que constituye la culminación de desgaste largo y que se ha ido incrementado con el tiempo, con el objetivo de conseguir la fractura del sistema una vez sometido a la suficiente presión.

II. EL DISEÑO ANTIDEMOCRÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

Si bien se ha prestado mucha atención, con razón, al exceso de poder ejecutivo y a la erosión institucional, también es necesario enfrentar una verdad más profunda: la propia Constitución de los Estados Unidos contiene características estructurales que posibilitan resultados antidemocráticos. Estas características —arraigadas en los compromisos del siglo XVIII— continúan moldeando la vida política de manera que frustran la gobernanza mayoritaria y distorsionan la rendición de cuentas democrática.

Muchas personas de derechas nos recuerdan que Estados Unidos es una «república», no una democracia¹. Los redactores fueron «profundamente escépticos» respecto de la democracia pura². Según James Madison, una democracia pura o «directa» es aquella en la que «el pueblo se reúne y ejerce el gobierno en persona»³, mientras que un gobierno republicano se administra por representantes y agentes. Los fundadores temían que un «exceso de democracia» condujera a que tiranos o dictadores tomaran el poder⁴, por lo que una forma republicana de gobierno ofrecía protección frente a ese riesgo. Madison advirtió que, bajo demasiada democracia, las personas inevitablemente formarían «facciones» y promoverían intereses «adversos a los derechos de otros ciudadanos o a los intereses permanentes y agregados de la comunidad»⁵. Madison reconocía que una facción podía constituir una mayoría, y que la voluntad de esa mayoría no debía gobernar sin control. En su opinión, la solución no era una democracia directa, sino una república basada en representantes electos, idealmente provenientes de una clase más

1. ELVING, R., «Is America a democracy or republic? Yes, it is», *NPR*, 10.9.2022, <https://www.npr.org/2022/09/10/1122089076/is-america-a-democracy-or-a-republic-yes-it-is>.

2. THOMAS, G., «'America Is a Republic, Not a Democracy' Is a Dangerous - And Wrong - Argument», *The Atlantic*, 2.11.2020, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/11/yes-constitution-democracy/616949/>.

3. MADISON, J., *The Federalist No. 14*, quoted in Thomas, *supra* note 2.

4. CARLE, S.D., «Why the U.S. Founders' Conceptions of Human Agency Matter Today: The Example of Senate Malapportionment», *Tex. A&M L. Rev.*, 9, 2022, 533, 555.

5. MADISON, J., *The Federalist No. 10*, quoted in CARLE, *supra* note 4, 549.

«virtuosa» y elitista⁶. La legislación se aprobaría a través de esta clase representativa⁷, de manera que «refinara y ampliara las opiniones públicas»⁸.

La separación vertical de poderes fue diseñada para contrarrestar el temor a que surgieran distintas facciones asegurando que estas facciones populares no pudieran llevar a cabo sus planes, al tiempo que se preservaba «el espíritu y la forma del gobierno popular»⁹. Las restricciones a la voluntad mayoritaria se incorporaron además mediante un diseño institucionalizado: los ciudadanos elegirían únicamente a la mitad del poder legislativo, los miembros de la Cámara de Representantes, mientras que las legislaturas estatales seleccionarían a los senadores; el presidente sería elegido indirectamente a través del colegio electoral; y ese presidente elegido indirectamente nombraría, a su vez, a los jueces de la Corte Suprema¹⁰. Esta estructura colocaba, por tanto, capas de filtración entre la voluntad del pueblo y el ejercicio del poder soberano. Los redactores lo hicieron intencionalmente: si bien creían que la libertad dependía de la voluntad popular, también consideraban necesarias estas «precauciones auxiliares»¹¹. El diseño de los redactores reflejaba una visión de gobernanza por élites que actuarían como guardianes del interés público, más que como instrumentos de la voluntad popular directa¹². Esta forma de representación constituye un problema para quienes defienden la democracia cuantitativa. Pero para otros muchos, no suponen ningún defecto.

III. LA RAMA LEGISLATIVA

En primer lugar, comenzamos con el problema del *malapportionment* en el Senado. El Senado asigna representación igualitaria a los Estados sin considerar la población. Como resultado, un votante en Wyoming ejerce una influencia mucho mayor que un votante en California. Este desequilibrio se ha vuelto más pronunciado con el tiempo¹³. En 1790, las poblaciones de los Estados pequeños representaban el 27,4% del total nacional, mientras que hoy constituyen solo el 16,9%¹⁴. En 2020, California tenía una población de 39.538.223 habitantes y Wyoming de 576.851, sin embargo, ambos Estados están representados por dos sena-

6. *Id.*

7. FELDMAN, S.M., «The Roberts Court and the Meaning of 1937: Individual Rights, Democracy, and Minority Rule», *Ala. C.R. & C.L.L. Rev.* 1, 16, 2025, 15.

8. MADISON, J., *The Federalist No. 10*, quoted in Carle, *supra* note 4, 555.

9. MADISON, J., *The Federalist No. 10*, quoted in Carle, *supra* note 4, 562.

10. FELDMAN, *supra* note 7, 15-16.

11. MADISON, J., *The Federalist No. 51*, Library of Congress (last visited 17.10.2025), <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-51-60#s-lg-box-wrapper-25493427>.

12. FELDMAN, *supra* note 7.

13. CLARK ARCHER, J., et al., *United States Senate Malapportionment: A Geographical Investigation*, Political Geography, Vol. 113, 2024, <https://doi.org/10.1016/j.polgeo.2024.103129>.

14. *Id.*

dores¹⁵. Esto significa que los residentes de Wyoming poseen casi sesenta y ocho veces más poder representativo que un residente californiano. Este *malapportionment* no es una anomalía menor: es una característica estructural que consolida el gobierno de la minoría. En la práctica, permite que una coalición de estados escasamente poblados bloquee legislación respaldada por una mayoría nacional, socavando el principio de igualdad política.

La estructura del Senado se origina en el Compromiso de Connecticut de 1787, que otorgó a cada Estado representación igualitaria sin importar la población¹⁶. La concesión apaciguó a los estados pequeños, pero incorporó un sesgo estructural contra la proporcionalidad democrática. James Wilson, defensor de la proporcionalidad, advirtió que, a medida que el país creciera, el compromiso permitiría que una pequeña minoría de Estados controlara el Senado¹⁷. Como señaló James Madison en sus notas de la Convención, el plan era «imperfecto y objetable... [y] decidido por una escasa mayoría de Estados y por una minoría del pueblo de los Estados Unidos», advirtiendo que permitiría a una minoría de ciudadanos dominar el proceso legislativo¹⁸. Se consideró además que la representación igualitaria de los Estados no podía ser enmendada mediante el Artículo V, que prohíbe modificar la igualdad de sufragio en el Senado sin el consentimiento unánime de los Estados¹⁹. Aunque la Decimoséptima Enmienda (1913) sustituyó la designación legislativa por la elección popular directa de los senadores, no alteró la estructura de igualdad estatal, dejando intacto el diseño antidemocrático²⁰.

El Colegio Electoral agrava esta distorsión al incorporar directamente el sesgo de los Estados pequeños en el Senado²¹. Tras una elección, cada uno de los 50 Estados y el Distrito de Columbia designa electores que emiten votos formales para presidente y vicepresidente, reflejando cómo votó la población estatal. Cada Estado recibe un número de electores igual a su representación total en el Congreso: sus miembros de la Cámara más sus dos senadores²². Esto garantiza dos votos adicionales para cada estado, sin importar la población²³. En casi todos los Estados, quien gana el voto popular estatal obtiene todos los votos electorales (regla de «el ganador se lleva todo»), salvo en Maine y Nebraska, que los dividen por distrito congresual²⁴. Dos veces en la historia reciente —2000 y 2016— la presidencia fue otorgada a candidatos que ganaron el Colegio Electoral, pero

15. *Id.*

16. *Id.*

17. CARLE, *supra* note 4, 569.

18. ARCHER, *supra* note 13.

19. CARLE, *supra* note 4, 573-74.

20. *Id.* 566.

21. *What is the Electoral College?* National Archives, (last visited 18.10.2025) <https://www.archives.gov/electoral-college/about>.

22. *Id.*

23. HERNANDEZ, J., «How Swing States Came to be Critical in U.S. Presidential Elections», *NPR*, (29.8.2024), <https://www.npr.org/2024/08/29/nx-s1-4936052/swing-states-presidential-elections>.

24. *Id.*

perdieron el voto popular²⁵. El sistema incentiva campañas estratégicas en Estados bisagra y margina a los votantes en Estados seguros, amplificando la influencia de los estados pequeños y reforzando la lógica antidemocrática del Senado.

El *gerrymandering* distorsiona aún más la representación democrática. Aunque no es un mandato constitucional, el silencio de la Constitución sobre estándares de redistribución ha permitido que las legislaturas estatales dibujen distritos que consolidan ventajas partidistas. La decisión de la Corte Suprema en *Rucho v. Common Cause* sostuvo que las reclamaciones por *gerrymandering* partidista son no justiciables²⁶. El Congreso no ha logrado prohibir el *gerrymandering* partidista, debido a los filibusteros republicanos en el Senado que bloquearon legislación demócrata, dejando el asunto en manos de los Estados²⁷. Recientemente, los republicanos de Texas añadieron cinco escaños congresuales tras redibujar los distritos estatales²⁸. Esto podría afectar el control de la Cámara de Representantes, por lo que California respondió buscando añadir cinco escaños favorables a los demócratas mediante la Proposición 50, declarando explícitamente en la boleta de noviembre de 2025 que era en «Respuesta al rediseño partidista de Texas»²⁹. El 14 de noviembre de 2025, la medida fue aprobada sustancialmente, con el 64,4% de votos a favor³⁰. Al no abordar de manera significativa el *gerrymandering* partidista, el Congreso y la Corte Suprema han fallado en proteger un aspecto clave de la igualdad política. El *gerrymandering* partidista distorsiona el proceso electoral debilitando la participación significativa de los votantes y socavando el sistema democrático.

Si bien estas distorsiones estructurales debilitan la representación mayoritaria, una crisis igualmente preocupante no radica en el diseño constitucional, sino en la abdicación del Congreso de su función constitucional. Los redactores anticiparon un sistema de pesos y contrapesos; en cambio, el Congreso se ha vuelto complaciente, cediendo su función de control al partidismo político. La baja productividad histórica del Congreso ha dejado al poder ejecutivo como actor predominante, permitiendo que la autoridad presidencial se expanda ante la ausencia de resistencia. Solo 27 proyectos de ley fueron aprobados en 2023³¹. La falta

25. <https://www.fec.gov/introduction-campaign-finance/election-results-and-voting-information/>.

26. *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. 684, 721 (2019).

27. LO WANG, H., «Is Drawing a Voting map that Helps a Political Party Illegal? Only in some States», *NPR*, (17.5.2023), <https://www.npr.org/2023/05/17/1173469584/partisan-gerrymandering-explainer-north-carolina>.

28. LOPEZ, A., «The California Redistricting Measure Cites Texas, Highlighting the Partisan Stakes», *NPR*, (13.9.2025), <https://www.npr.org/2025/09/13/nx-s1-5527103/california-redistricting-ballot-measure-language-texas>.

29. *Id.*

30. *Proposition 50: Congressional Redistricting*, California Statewide Special Edition, <https://electionresults.sos.ca.gov/returns/maps/ballot-measures/prop/50> (last visited 16.11.2025).

31. MCDANIEL, E., «Congress wasn't very productive in 2023. Here are the 27 bills it passed», *NPR*, (29.12.2023), <https://www.npr.org/2023/12/29/1222245114/congress-wasnt-very-productive-in-2023-here-are-the-27-bills-it-passed>

de bipartidismo, debido al aumento de la polarización entre demócratas y republicanos, podría explicar los bajos niveles de legislación³².

La rama legislativa debería funcionar como el «muro contra la tiranía», la primera línea de defensa contra los excesos del ejecutivo. Sin embargo, la Cámara hoy está ausente en la configuración de la política nacional. Recientemente, el gobierno experimentó el cierre más largo de su historia, terminando un enfrentamiento sobre la financiación gubernamental tras 43 días³³. Aparentemente dormido al volante, el Congreso corre el riesgo de perder su relevancia. La Constitución prevé el *impeachment* como remedio contra un ejecutivo desbordado, pero ese remedio solo es significativo si el Congreso tiene la voluntad de invocarlo. Es incierto, bajo la administración Trump, qué se requeriría para condenarlo. Cuando el presidente Nixon enfrentó el escándalo de Watergate, tres senadores republicanos le informaron en privado que su apoyo en el Congreso se había derrumbado, y en pocos días renunció³⁴. Hoy, ese tipo de integridad es más difícil de encontrar. Incluso si el Congreso tuviera la voluntad, la cultura política actual en la era de las redes sociales coloca a los legisladores en una posición donde cada movimiento es escrutado. Comprometerse o deliberar entre partidos se percibe como debilidad, más que como expresión de lealtad institucional. Especialmente ahora con el presidente Trump, cuando la lealtad se extiende más allá de la política hacia el ámbito personal³⁵.

IV. LA RAMA JUDICIAL

A continuación, en la rama judicial, abordamos los problemas relacionados con la Corte Suprema. Compuesta por jueces designados por el presidente y no elegidos directamente por el público en general, la Corte posee, sin embargo, el poder de declarar inconstitucionales las leyes³⁶. Si bien el Congreso puede resolver interpretaciones divergentes de los estatutos mediante nueva legislación, cuando la Corte considera que una ley es inconstitucional, el único remedio es una enmienda constitucional³⁷. Esta tensión —jueces no electos con nombramiento vitalicio que anulan leyes aprobadas por representantes electos— se conoce como la «dificultad contra-mayoritaria», término acuñado por el profesor

32. WARBURTON, M., «Why Congress is Becoming Less Productive», Reuters (12.3.2024), <https://www.reuters.com/graphics/USA-CONGRESS/PRODUCTIVITY/egpbabmkwvq/>

33. HUBBARD, K., «How the Longest Government Shutdown in History Came to an End», *CBS News* (13.11. 2025), <https://www.cbsnews.com/news/how-the-longest-government-shutdown-in-history-came-to-an-end/>

34. CRARY, D., «GOP Unlikely to Reprise Role it Played in Nixon's 1974 Exit», *AP News*, 5.10.2019, <https://apnews.com/article/ff1504ddaa5446e5903d4e883e79ff51>

35. *Id.*

36. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177 (1803).

37. *Art. III, Sec. 2, Cl. 1.10.3 Counter-Majoritarian Difficulty*, Constitution Annotated, https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII-S2-C1-10-3/ALDE_00013155/#ALDF_00019820 (last visited 18.10.2025).

Alexander Bickel³⁸. Bickel escribió que la revisión judicial implica «la realidad de que cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un ejecutivo electo, frustra la voluntad de los representantes del pueblo real del aquí y ahora; ejerce control, no en favor de la mayoría prevaleciente, sino en su contra»³⁹. Si bien la revisión judicial es necesaria para proteger la Constitución, el poder judicial depende en última instancia de las otras ramas del gobierno para ejecutar sus fallos, lo que deja una «paradoja de naturaleza antidemocrática»⁴⁰.

Como lo articuló el juez Stone en el Pie de Página Cuatro del caso *United States v. Carolene Products Co.*, la autocontención judicial cede cuando la legislación viola derechos constitucionales explícitos, restringe «los canales del cambio político» o discrimina contra «minorías discretas e insulares»⁴¹. Ese marco reafirma el deber de los tribunales de intervenir cuando el proceso político se ve socavado, especialmente para grupos que carecen de poder político⁴². Esta premisa constitucional entra en conflicto con la trayectoria actual de la Corte Suprema, que se ha alejado de la visión según la cual debe aplicarse un mayor grado de escepticismo judicial cuando se imponen restricciones al voto⁴³.

La decisión de la Corte Suprema en *Rucho v. Common Cause* sostuvo que las reclamaciones por *gerrymandering* partidista son «no justiciables»⁴⁴. La mayoría de 5-4 afirmó que la Constitución no ofrece una medida objetiva para evaluar si un mapa de distritos es justo o no⁴⁵. El efecto es la eliminación de la supervisión federal sobre una de las amenazas más trascendentales a la equidad electoral. El voto disidente subrayó este peligro, enfatizando que no se trata de cualquier violación constitucional, sino de la privación de uno de los derechos más fundamentales: la participación en el proceso político para elegir a sus representantes⁴⁶. Especialmente en la actualidad, cuando la redistribución se basa en tecnología de mapeo precisa, impulsada por datos y altamente eficiente, en lugar de simples «suposiciones»⁴⁷. La mayoría en *Rucho* pasa por alto la autoridad bien establecida del poder judicial para salvaguardar el proceso democrático. El concepto de «cuestión política no justiciable» se fundamenta en la separación de poderes, pero esa doctrina no protege a los actores políticos cuando su conducta socava las garantías constitucionales. Al

38. *Id.*

39. BICKEL, A.M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962, 16-17, *quoted in* KARLAN, P.S., «The New Countermajoritarian Difficulty», *Cal. L. Rev.* 109, 2021, 2323.

40. NOLAN, A., *The Doctrine of Constitutional Avoidance: A Legal Overview*, Library of Congress, 2.9.2014, <https://www.congress.gov/crs-product/R43706>.

41. TANG, A., «Rethinking Political Power in Judicial Review», *Cal. L. Rev.*, 106, 2018, 1755, 1757 (2018), *quoting United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

42. *Id.*

43. KARLAN, *supra* note 39, 2347.

44. *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. 684, 721 (2019).

45. *Id.*, 708.

46. *Id.*, 721-22.

47. *Id.*, 729.

retirar el escrutinio judicial, la Corte ha permitido la erosión al excluirse de la conversación precisamente cuando se necesitaba refuerzo: para proteger el proceso político. El poder judicial, por tanto, está declinando cumplir la función de control propia de la separación de poderes, fundamental para la democracia constitucional.

V. LA RAMA EJECUTIVA

5.1. Evolución histórica del Poder Ejecutivo

El poder presidencial está definido de manera ambigua. El Artículo II ofrece una concesión vaga de autoridad ejecutiva, que ha sido interpretada de forma expansiva a lo largo de la historia estadounidense. Desde los poderes de guerra de Lincoln hasta las intervenciones del *New Deal* de Roosevelt y los programas de vigilancia posteriores al 11 de septiembre bajo Bush, la presidencia ha evolucionado hacia un centro de acción unilateral. La vaguedad del Artículo II permite esta deriva, otorgando a los presidentes la posibilidad de reclamar poderes inherentes con limitadas restricciones judiciales o legislativas.

Trump no es el primer presidente en ejercer tal poder. El presidente Franklin D. Roosevelt centralizó la toma de decisiones en tiempos de guerra, emitió órdenes ejecutivas de gran alcance y expandió el Estado administrativo bajo la justificación de una emergencia nacional⁴⁸. Cuando su administración restringió la venta privada de armas y reclamó amplia autoridad sobre la política exterior, la Corte Suprema validó esta posición y describió al ejecutivo como el «órgano único» del gobierno federal en materia de relaciones internacionales⁴⁹. Posteriormente, la Corte también confirmó la orden ejecutiva de Roosevelt que autorizaba el internamiento de estadounidenses de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial, aceptando el argumento de seguridad nacional a pesar de sus implicaciones raciales⁵⁰. El uso del poder ejecutivo por parte de FDR, junto con la reafirmación judicial, demuestra que la emergencia nacional puede justificar un control presidencial amplio.

El Congreso también cedió poderes de guerra al presidente Bill Clinton, quien los utilizó en intervenciones militares internacionales en Kosovo, Haití, Bosnia y otros lugares⁵¹. Clinton además ejerció su poder ejecutivo al emitir 140 indultos en sus últimas horas en el cargo⁵².

48. YOO, J., «Franklin Roosevelt and Presidential Power», *Chap. L. Rev.*, 21, 2018, 205, 206-7.

49. *U.S. v. Curtiss-Wright Export Corporation*, 299 U.S. 304, 312, 320 (1936).

50. *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214, 219, 223 (1944).

51. HENDRICKSON, R. C., *The Clinton Wars: The Constitution, Congress, and War Powers*, *Project Muse*, 161, 164, Vanderbilt Univ. Press 2002.

52. FISHER, L., «The Law»: When Presidential Power Backfires: Clinton's Use of Clemency», *Presidential Studies Quarterly*, 586, 592, 2002.

Posteriormente, la administración de George W. Bush hizo operativa la teoría del poder ejecutivo inherente en el contexto de la seguridad nacional tras el 11 de septiembre y la guerra contra el terrorismo, invocando la cláusula de comandante en jefe para justificar programas de vigilancia, detenciones indefinidas e intervenciones militares. El presidente Barack Obama también promovió un modelo de ejecutivo fuerte, afirmando control sobre agencias administrativas y universidades, y utilizando acciones ejecutivas para eludir al Congreso. Este patrón continuó con el presidente Joe Biden, cuya administración afirmó autoridad similar a la de emergencia a través de agencias de salud pública durante la pandemia de COVID-19 para imponer mandatos de vacunación y medidas de seguridad laboral. La administración Biden también enfrentó litigios alegando que la presión federal sobre plataformas de redes sociales para eliminar desinformación constituía censura en violación de la Primera Enmienda⁵³; el caso fue desestimado por falta de legitimación activa⁵⁴.

Cada presidente en la historia de EE. UU. ha utilizado el poder ejecutivo de manera distinta, algunos empujando los límites más que otros. Estos patrones sugieren una trayectoria que deja abierta la posibilidad de que un futuro presidente aproveche la oportunidad para afirmar una autoridad unilateral aún mayor. El enfoque de Trump en su segundo mandato se ajusta a esta trayectoria, ilustrando cómo fácilmente estos poderes pueden redirigirse hacia prioridades personales y políticas en lugar de objetivos de política pública más amplios.

5.2. Teoría del Ejecutivo Unitario

La teoría del ejecutivo unitario, que sostiene que el presidente posee control total sobre la rama ejecutiva, ha desempeñado un papel central en la expansión de la autoridad presidencial. Basada en la cláusula de investidura del Artículo II —«el Poder Ejecutivo será conferido a un Presidente de los Estados Unidos de América»—, la teoría ha evolucionado de una interpretación textual a una doctrina constitucional con implicaciones de gran alcance. Históricamente, la teoría ganó fuerza durante la administración Reagan, particularmente a través del trabajo de juristas y funcionarios como Steven Calabresi y Christopher Yoo. Fue desarrollada en la Oficina de Asesoría Legal y adoptada por el juez Antonin Scalia a finales de la década de 1980.

Tres mecanismos son fundamentales para la teoría del ejecutivo unitario: el poder del presidente para remover a funcionarios subordinados con facultades normativas a voluntad, el poder para instruir a dichos funcionarios sobre cómo ejercer su autoridad discrecional y el poder para vetar o anular el ejercicio de esa autoridad discrecional⁵⁵. En *Morrison v. Olson*, la Corte confirmó el estatuto que

53. *Murthy v. Missouri*, 603 U.S. 43, 43 (2024).

54. *Id.*, 76.

55. G. CALABRESI, S.G. & YOO, C.S., «The Unitary Executive During the Second Half-Century», *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, 26, 2003, 667, 668.

creaba el Fiscal Independiente para investigar a altos funcionarios y sostuvo que restringir la remoción a «causa justificada» no violaba el Artículo II⁵⁶. El único voto disidente de Scalia defendió la teoría del ejecutivo unitario al afirmar que la cláusula de investidura del Artículo II no significa que «parte» del poder se confiera al presidente, sino que significa «todo»⁵⁷.

El presidente Andrew Jackson representa un ejemplo temprano de ejecutivo fuerte⁵⁸. Jackson utilizó su poder de veto, su poder de remoción y sus facultades sobre la ejecución de la ley más que cualquier presidente anterior⁵⁹. Adoptó el «sistema de botín», que recompensaba la lealtad política mediante nombramientos federales, afirmando que los funcionarios ejecutivos servían bajo la dirección del presidente y no del Congreso⁶⁰. Jackson creía que el presidente era el representante directo del pueblo y debía incluso tener derecho a participar en la interpretación constitucional⁶¹.

Sin embargo, parece haber una diferencia con Trump. Bajo Trump, la teoría del ejecutivo unitario se ha convertido no solo en un argumento jurídico, sino en un arma política. La destitución de inspectores generales, la afirmación de inmunidad frente a citaciones del Congreso y la reclasificación de funcionarios civiles bajo la *Schedule F* reflejan la creencia de que el presidente no es simplemente el jefe de la rama ejecutiva, sino su única autoridad constitucional. Esta interpretación socava la visión de Madison de pesos y contrapesos y corre el riesgo de transformar la presidencia en una institución por encima de la ley.

Schedule F fue una orden ejecutiva firmada hacia el final del primer mandato de Trump para eliminar las tutelas del servicio civil y permitir al presidente reclasificar funcionarios como nombramientos políticos⁶². La orden fue revocada bajo Biden, pero reimplementada al inicio del segundo mandato de Trump⁶³. *Schedule F* evoca ecos del sistema de botín de Jackson y esfuerzos recientes por politizar la burocracia. Durante el primer mandato de Trump, los intentos de remodelar el servicio civil enfrentaron resistencia y litigios. El renovado impulso en 2025 amenaza el principio constitucional de una burocracia neutral y profesional, un diseño institucional destinado a preservar la experiencia y la continuidad entre administraciones. La *Ley Pendleton* de 1883 fue una corrección constitucional al clientelismo que estableció que los empleos federales debían

56. *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 657 (1988).

57. *Id.* at 705 (Scalia, dissenting).

58. CALABRESI, S.G. & S. Yoo, C., «The Unitary Executive: Presidential Power from Washington to Bush», *Yale Univ. Press*, 2008, 95-104.

59. CALABRESI, S.G. & Yoo, C., S., «The Unitary Executive During the First Half-Century», *Case W. Res. L. Rev.*, 47, 1997, 1451, 1526.

60. National Archives and Records Administration, <https://www.archives.gov/milestone-documents/pendleton-act> (18.11.2025).

61. CALABRESI, *supra* note 59 at 1527, 1529.

62. MOYNIHAN, D., «Trump, Personalism, and US Administrative Capacity», *Pols. & Pol'y*, 53, 2025, <https://doi.org/10.1111/polp.70059>.

63. *Id.*

basarse en el mérito, mediante examen competitivo, y que la remoción por razones políticas era ilegal⁶⁴. *Schedule F* corre el riesgo de revertir ese principio y un siglo de profesionalización gubernamental.

5.3. Uso de poderes de emergencia por Trump

La presidencia de Trump representa un cambio cualitativo en el uso histórico del poder ejecutivo: de una gobernanza orientada a políticas hacia un gobierno impulsado por la personalidad. Aunque Trump haya realizado incursiones en las aguas de los poderes unitarios del Artículo II, no ha mostrado tal contención al declarar poderes de emergencia bajo distintos estatutos. Si bien presidentes anteriores han puesto a prueba los límites de la autoridad ejecutiva, la presidencia de Trump marca una aceleración histórica distinta. Invocó poderes de emergencia ocho veces solo en sus primeros 100 días en el cargo⁶⁵. Al contrario, durante toda su presidencia, Biden los utilizó 11 veces, Obama 12 y George W. Bush 14⁶⁶. Utilizando la seguridad fronteriza, las guerras en Ucrania y Gaza, regulaciones climáticas, inflación y déficits comerciales como justificaciones, Trump ha ejercido estos poderes prácticamente sin control⁶⁷. Aunque su invocación de poderes de emergencia evoca precedentes históricos y recientes, a menudo empuja el límite de lo que constituye una «emergencia» legítima.

Trump ha llevado este límite más allá al adaptar sus objetivos políticos a poderes de emergencia bajo estatutos, que normalmente no serían aplicables. Por ejemplo, ha recurrido a poderes de emergencia para impulsar restricciones migratorias bajo la Ley de Extranjeros Enemigos de 1798. Este estatuto fue una medida en tiempos de guerra que autorizaba al presidente a remover «cualquier extranjero» considerado «peligroso para la paz y seguridad de los Estados Unidos» o sospechoso de actuar contra el gobierno⁶⁸. Trump utilizó el estatuto para ordenar la expulsión como «enemigos extranjeros» de todos los ciudadanos venezolanos de 14 años o más, que fueran miembros de una organización terrorista designada y que no fueran residentes permanentes⁶⁹. El estatuto históricamente se ha invocado solo en contextos formales de guerra contra naciones enemigas, no como mecanismo para restringir la inmigración o ejecutar depor-

64. *See supra* note 60.

65. LONSDORF, K., «What Trump's National Emergencies Could Mean for American Democracy», *NPR*, 9.6.2025, <https://www.npr.org/2025/06/09/nx-s1-5424666/trump-national-emergencies-democracy-supreme-court-constitution>.

66. *Id.*

67. *Id.*

68. ELSEA, J.K., «The Alien Enemy Act: History and Potential Use to Remove Members of International Criminal Cartels», <https://www.congress.gov/crs-product/LSB11269#:~:text=The%20Alien%20Enemy%20Act%20of%201798%20is%20a%20wartime%20measure,restraining%20citizens%20or%20nationals%20of>, Library of Congress (2.4.2025).

69. *Id.*

taciones⁷⁰. Estas acciones difuminan la línea entre delegación legal e iniciativa presidencial unilateral, planteando serias preocupaciones sobre la separación de poderes. Tal capacidad para utilizar una «emergencia» como herramienta socava la legitimidad del Congreso⁷¹.

Las acciones en política exterior, incluida la suspensión unilateral de las contribuciones estadounidenses a organizaciones internacionales, plantean preocupaciones constitucionales adicionales. La Corte Suprema confirmó recientemente la decisión unilateral de Trump de retener fondos asignados por el Congreso para ayuda exterior⁷². Si bien el presidente goza de amplia discreción en asuntos exteriores —como se afirmó en *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*⁷³— el poder de gasto sigue siendo competencia del Congreso⁷⁴. La desvinculación abrupta sin consulta legislativa desafía la asignación constitucional de la autoridad presupuestaria y el principio de deliberación interinstitucional. Tensiones similares surgieron durante la intervención en Libia bajo la administración Obama, donde se puso a prueba la Resolución de Poderes de Guerra (WPR) sin una resolución definitiva. En 2011, Obama ordenó acciones militares en Libia sin obtener autorización previa del Congreso⁷⁵. Según la WPR, se requiere aprobación legislativa después de sesenta días, pero Obama argumentó que no estaban involucrados en «hostilidades», un componente exigido por la WPR⁷⁶. Este es solo otro ejemplo de cómo los presidentes pueden sortear restricciones mediante marcos interpretativos.

Una ilustración trascendental es la amenaza de Trump de invocar la Ley de Insurrección para desplegar al ejército en respuesta a protestas civiles ordinarias y disidencia política⁷⁷. La Ley de Insurrección otorga al presidente amplios poderes basados en estándares permisivos y excluye al Congreso y cualquier revisión judicial significativa⁷⁸. Trump ya ha desplegado la Guardia Nacional en Los Ángeles, Chicago y Portland bajo un estatuto que permite su uso para

70. *Id.*

71. El 20 de febrero de 2026, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó la afirmación del gobierno de Trump de poseer autoridad de emergencia para imponer aranceles al amparo de la International Emergency Economic Powers Act (IEEPA). En *Learning Resources, Inc. v. Trump*, el presidente de la Corte Suprema, John Roberts, sostuvo que únicamente el Congreso detenta el poder constitucional de imponer aranceles y que la interpretación que Trump proponía de la IEEPA habría generado una expansión sin precedentes de la facultad tributaria del Poder Ejecutivo. Quizá el poder judicial aún logre reivindicar su autoridad frente al ejecutivo, al menos en materia económica.

72. HURLEY, L., «Supreme Court allows Trump to withhold \$4 billion in foreign aid funding», <https://www.nbcnews.com/politics/supreme-court/supreme-court-allows-trump-withhold-4-billion-foreign-aid-funding-rcna230348>, 26.9.2025.

73. *Curtiss-Wright*, 299 U.S. at 320.

74. U.S. Const. art. I § 9, cl. 7.

75. HENDRICKSON, R.C., *Obama at War: Congress and the Imperial Presidency*, 69, 2016.

76. *Id.*

77. BAUER, B., GOLDSMITH, J., «Here's What Trump Could Unleash by Invoking the Insurrection Act, N.Y. Times», <https://www.nytimes.com/2025/10/18/opinion/trump-insurrection-act.html?smid=nytcore-ios-share&referringSource=articleShare>, 18.10.2025.

78. *Id.*

proteger instalaciones federales si existe una «rebelión» o «peligro de rebelión» y las «fuerzas regulares no son adecuadas»⁷⁹. Este estatuto es conforme a la Ley Posse Comitatus, una norma posterior a la Guerra Civil que prohíbe el uso de fuerzas militares federales para la aplicación de la ley civil salvo «autorización expresa por la Constitución o por ley del Congreso»⁸⁰. La Ley de Insurrección constituye una excepción a la Ley Posse Comitatus⁸¹. El presidente podría autorizar el uso de fuerzas armadas regulares y gozar de amplia discreción, incluyendo una disposición que establece «según lo considere necesario»⁸². La invocación de esta ley podría permitir que el ejército sustituya a la Oficina de Inmigración y Control de Aduanas, así como a las fuerzas del orden interno para reprimir la violencia en las calles⁸³. La Ley de Insurrección fue útil para responder a la violencia racial del Ku Klux Klan tras la Guerra Civil, pero en manos de un presidente «desviado» podría emplearse contra enemigos políticos y protestas pacíficas, o para llevar a cabo deportaciones masivas⁸⁴. La ley se ha utilizado en varias ocasiones históricas, generalmente en situaciones extremas y comúnmente por invitación de gobernadores estatales; la más reciente por el presidente George H. W. Bush en respuesta a los disturbios de Los Ángeles en 1992⁸⁵.

Que tales poderes de emergencia se discutan actualmente no en respuesta a una guerra civil o rebelión, sino como instrumento de gobernanza ordinaria, perturba el equilibrio del derecho democrático⁸⁶. La democracia sigue siendo vulnerable cuando los ejecutivos conservan la capacidad de invocar la aplicación de un estatuto de emergencia sin que exista una base fáctica para una emergencia. Este riesgo de abuso persiste para cualquier futuro presidente, no solo para Trump. Actualmente la atención se centra en Trump, pero la Ley ha requerido reformas durante décadas para prohibir una autoridad sin control⁸⁷.

Lo que emerge con Trump no es simplemente una afirmación ejecutiva, sino una «reformulación del significado constitucional». La caracterización por parte de la administración de la resistencia institucional como obstrucción ilegítima reinterpreta la Constitución —no como un sistema de restricción mutua, sino como una barrera a la voluntad popular—. Esta reformulación es constitucionalmente trascendental: altera la comprensión pública de lo que implica la gobernanza constitucional. En la afirmación de su poder, la administración actual parece fu-

79. 10 U.S. Code § 12406.

80. BAUER, *supra* note 76.

81. DICKINSON, L.A., «Protecting the U.S. National Security State from A Rogue President», 16 *Harv. Nat'l Sec. J.*, 16, 1, 2025, 7.

82. BAUER, *supra* note 76.

83. *Id.*

84. DICKINSON, *supra* note 80, 8.

85. SCHMALL, E., SHALAL, A., AX, J., «Trump's Threat to Invoke Insurrection Act Escalates Showdown with Democratic Cities», <https://www.reuters.com/world/us/trumps-threat-invoke-insurrection-act-escalates-showdown-with-democratic-cities-2025-10-07/> 7.10.2025.

86. DICKINSON, *supra* note 80, at 8.

87. DICKINSON, *supra* note 80, at 12.

sionar la autoridad profesional del gobierno, descalificada como «Estado profundo», con el poder personal de la presidencia.

En otras palabras, mientras que los usos controvertidos de la autoridad ejecutiva por parte de sus predecesores perseguían políticas que podían ser divisivas, Trump utiliza el poder como extensión de su voluntad personal. A veces ni siquiera existe el pretexto de un objetivo político. Por ejemplo, presionó para el enjuiciamiento del exdirector del FBI James Comey, lo que los abogados de Comey argumentan estuvo motivado por «animadversión personal» y no por un interés nacional⁸⁸. También ha atacado a figuras mediáticas que lo critican abiertamente. Recientemente se ejerció presión sobre ABC para suspender el programa *Jimmy Kimmel Live* después de que Kimmel hiciera distintos comentarios sobre la muerte del podcaster conservador Charlie Kirk⁸⁹. Estas acciones evocan prácticas autoritarias de silenciamiento de la crítica⁹⁰. Se trata de una agenda política que pone en duda su lealtad al juramento del cargo, que exige al presidente defender la Constitución de buena fe. El mismo juramento se aplica a quienes integran la administración, quienes se espera sean leales a él, no a la Constitución.

Existe un remedio para este desequilibrio: el Congreso podría afirmar su autoridad legislativa y eliminar las bases para la autoridad invocada por el presidente. Aunque esto es posible en teoría mediante la modificación o revocación de autorizaciones legales, es políticamente improbable, ya que el Congreso dudaría en enfrentarse a Trump. El Poder Judicial también es poco probable que imponga restricciones significativas; de hecho, lo contrario: parece dispuesto a aceptar estas afirmaciones de poderes de emergencia en ausencia de acción legislativa. El problema aquí es que no existe un deber constitucional hacia el país que parezca exigible contra un presidente infractor. El *impeachment* sigue siendo el único remedio formal, pero requiere un entendimiento bipartidista sobre lo que significa la Constitución, algo cada vez más ausente en el entorno polarizado actual. El resultado es un peligro constitucional de confundir unidad con supremacía. Si bien el presidente debe poder dirigir la política ejecutiva, la teoría —llevada al extremo— erosiona la independencia de las agencias, la integridad de la supervisión y el principio de que nadie está por encima de la ley. La teoría del ejecutivo unitario, ante un debate académico, se ha convertido en un mecanismo práctico para la deriva constitucional.

88. TUCKER, E. & DURKIN, A., «Comey's lawyers say case against him is driven by Trump's "personal animus" and must be thrown out», *PBS News*, 20.10., <https://www.pbs.org/newshour/politics/comeys-lawyers-say-case-against-him-is-driven-by-trumps-personal-animus-and-must-be-thrown-out>.

89. KAHL, P., «Kimmel Suspended, Colbert Outraged: How Trump Turns Dissent Into Disobedience», *Lex et Radio Ltd*, 2, 20.9.2025, https://www.researchgate.net/publication/395674879_Kimmel_suspended_Colbert_outraged_How_Trump_turns_dissent_into_disobedience?channel=doi&linkId=68ce6e62d221a404b2a13cfc&showFulltext=true.

90. *Id.*, 4.

5.4. Respuesta judicial

La respuesta del poder judicial a la expansión moderna del poder ejecutivo ha sido desigual. Históricamente, ha habido momentos de contención y momentos de afirmación de independencia. Esta función constituye un control fundamental cuando la rama ejecutiva no logra autolimitarse. En la era actual, la revisión judicial por parte de la Corte Suprema parece entrelazada con la política personal, dejando en duda su capacidad para imponer las limitaciones constitucionales necesarias.

La Corte Suprema, en *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, trazó un límite crítico al rechazar el intento del presidente Truman de incautar las acerías durante la Guerra de Corea⁹¹. La opinión concurrente del juez Jackson dejó a la Corte un marco duradero para evaluar el poder ejecutivo, enfatizando tres categorías distintas de autoridad presidencial⁹²:

1. Cuando el presidente actúa con autorización expresa o implícita del Congreso, su autoridad está en su punto máximo, combinando tanto su poder constitucional como todo lo que el Congreso puede delegar⁹³.
2. Cuando el presidente actúa sin autorización ni prohibición del Congreso, opera en una «zona de penumbra», confiando únicamente en sus poderes independientes, donde los límites son inciertos y moldeados por la necesidad práctica⁹⁴.
3. Cuando el presidente actúa contra la voluntad expresa o implícita del Congreso, su poder está en su «punto más bajo», pues solo puede apoyarse en su propia autoridad constitucional menos cualquier poder que el Congreso posea en la misma área⁹⁵.

En tales casos, los tribunales deben examinar con gran cautela las afirmaciones de control presidencial unilateral, ya que lo que está en juego es el equilibrio constitucional entre las ramas del gobierno⁹⁶. La incautación de las acerías por Truman cayó en la tercera categoría⁹⁷. La Corte también se mantuvo firme cuando el presidente George W. Bush utilizó poderes ejecutivos tras el 11 de septiembre para responder a los ataques terroristas⁹⁸. Individuos considerados combatientes militares fueron detenidos y sometidos a comisiones militares en lugar de tribunales federales ordinarios. La Corte falló en contra del gobierno en cuatro de cinco casos relacionados con tales «combatientes enemigos»⁹⁹. En am-

91. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 589 (1952).

92. *Id.*, 634 (Jackson, J. concurring).

93. *Id.*, 635.

94. *Id.*, 636.

95. *Id.*

96. *Id.*

97. *Id.*, 640.

98. *Id.*, 86.

99. *Id.*, 87.

bos escenarios, la Corte se negó a permitir que el estado de emergencia dictara la interpretación constitucional¹⁰⁰.

Sin embargo, la Corte no siempre ha estado dispuesta a controlar el poder ejecutivo —especialmente durante la administración actual. La intervención judicial se percibe cada vez más asimétrica, con mayor probabilidad de examinar acciones ejecutivas de presidentes demócratas mientras ejerce gran contención frente a administraciones republicanas, particularmente la de Trump. Un ejemplo reciente es *Biden v. Nebraska*, donde la Corte anuló el plan de alivio de deuda estudiantil de Biden por exceder la autoridad ejecutiva¹⁰¹. En contraste, la Corte ha sostenido repetidamente órdenes ejecutivas de la era Trump. Un factor que contribuye a ello es el auge del «*shadow docket*» de la Corte Suprema, que emite fallos de emergencia sin explicación ni alegatos orales. Sin razonamiento formal, el público carece de base para comprender las decisiones. Trump presentó diecinueve solicitudes al *shadow docket* en sus primeras veinte semanas en el cargo, tantas como Biden durante toda su presidencia y más que Obama y George W. Bush juntos¹⁰². Las resoluciones han incluido despidos masivos de funcionarios, la eliminación de financiación de investigaciones, autorización de perfiles raciales en redadas migratorias, despliegue de la Guardia Nacional en ciudades estadounidenses, entre otras¹⁰³. Aunque no son fallos definitivos, su impacto en el público estadounidense es significativo, dejando sin respuesta cuestiones constitucionales clave y sin revisión el poder ejecutivo.

La limitación de controles sobre la toma de decisiones presidenciales es una tendencia coherente con la lógica de la teoría del ejecutivo unitario. Con el tiempo, los tribunales han seguido definiendo los límites de tales controles, a menudo en contraste con los límites firmes antes mencionados. *Nixon v. Fitzgerald* sostuvo que un presidente goza de inmunidad absoluta frente a responsabilidad civil por actos oficiales¹⁰⁴. Esto permite que un presidente actúe contra la ley sin temor a responsabilidad, colocándolo por encima de la ley y dejando tal conducta sin remedio¹⁰⁵. Esto es incompatible con el principio en *Marbury v. Madison*: «El gobierno de los Estados Unidos ha sido enfáticamente denominado un gobierno de leyes, y no de hombres. Ciertamente dejará de merecer esta alta denominación si las leyes no proporcionan remedio para la violación de un derecho legal adquirido»¹⁰⁶. En contraste, en *Trump v. Vance*, la Corte reafirmó el principio existente desde *U.S. v. Burr*, según el cual el presidente no «está exento de las disposiciones generales de la Constitución» y no goza de inmunidad categórica

100. MACDONNELL, T.C., «The Supreme Court During Covid-19: Keeping Its Head When Those About It Were Losing Theirs», *S.D. L. Rev.* 70, 61, 2025, 85.

101. *Biden v. Nebraska*, 600 U.S. 477, 507 (2023).

102. *Supreme Court Shadow Docket Tracker - Challenges to Trump Administration Actions*, Brennan Center for Justice, 13.11.2025), <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/supreme-court-shadow-docket-tracker-challenges-trump-administration> (last visited 18.11.2025).

103. *Id.*

104. *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731, 757-58 (1982).

105. *Id.*, 766, (Berger, dissenting).

106. *Id.*, 767, quoting *Marbury v. Madison*, *supra* note 36, 163.

frente al proceso judicial, incluso en procedimientos penales estatales¹⁰⁷. Sin embargo, solo cuatro años después, en *Trump v. U.S.*, la Corte sostuvo que los ex-presidentes pueden gozar de amplia inmunidad penal por «actos oficiales», reduciendo así el ámbito de responsabilidad posterior al mandato¹⁰⁸. Este estrechamiento judicial de los controles sobre el presidente aísla la acción presidencial de consecuencias legales y refuerza la teoría del ejecutivo unitario al dejar el poder ejecutivo cada vez más independiente de restricciones externas.

El poder judicial, durante mucho tiempo piedra angular de la democracia constitucional, ha enfrentado tanto ataques institucionales como retóricos. En *Cook v. Trump*, un tribunal federal bloqueó la destitución de un gobernador de la Reserva Federal, citando protecciones legales¹⁰⁹. La respuesta de la administración —denunciando el fallo como «tiranía judicial»— recuerda la negativa de Andrew Jackson a cumplir la decisión de la Corte Suprema en *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515 (1832), que negaba a Georgia el derecho a aplicar su ley en territorio cheroqui¹¹⁰. Trump mantiene un patrón prolongado de condenar públicamente a jueces que fallaron en su contra, desde la negación de su prohibición de viaje en 2017 hasta aquellos que presidieron sus casos personales. Estos ataques a la legitimidad judicial no son meramente retóricos: corren el riesgo de socavar la confianza pública en la adjudicación constitucional.

VI. CÓMO EL ECOSISTEMA MEDIÁTICO CONTRIBUYE AL DEBILITAMIENTO DE LA GOBERNANZA

En paralelo con los desarrollos institucionales, el auge de las plataformas de redes sociales impulsadas algorítmicamente ha introducido una fuerza nueva y en gran medida no regulada en lo que alguna vez fue un amplio consenso constitucional: la amplificación masiva del discurso sin una responsabilidad correspondiente. Históricamente, la gobernanza constitucional ha dependido no solo de instituciones formales, sino también de una cultura de discurso razonado. *The Federalist Papers* imaginaron una república sostenida por la razón pública y los controles institucionales. Las plataformas algorítmicas actuales —diseñadas para maximizar la interacción— con frecuencia recompensan la indignación, la desinformación y la polarización. La arquitectura de estos sistemas no es neutral: está optimizada para elevar contenido emocionalmente cargado, a menudo a expensas de la precisión y la matización. Como observa Thomas Edsall, las nuevas tecnologías han «contribuido significativamente a la fragmentación política

107. *Trump v. Vance*, 591 U.S. 786, 796, 810 (2020), quoting *U.S. v. Burr*, 25 F.Cas. 30, 33-34 (No. 14,692d) (CC Va. 1807).

108. *Trump v. U.S.*, 603 U.S. 593, 642 (2024).

109. *Cook v. Trump*, No. 25-CV-2903 (JMC), 2025 WL 2607761, 22 (D.D.C. Sept. 9, 2025).

110. MILES, E. A., «After John Marshall's Decision: Worcester v. Georgia and the Nullification Crisis», *The Journal of Southern History*, 39, 519, 1973, 59, <https://doi.org/10.2307/2205966>.

que agita casi todas las democracias occidentales»¹¹¹. Estas plataformas permiten una participación más amplia, pero hacen que los desafíos a la acción gubernamental sean constantes y fácilmente movilizables¹¹². Francis Fukuyama señaló que «sin internet, toda la narrativa de Trump sobre las elecciones de 2020 nunca habría ganado tracción»¹¹³. Eswar S. Prasad explica que «las grandes plataformas tienen pocos incentivos para filtrar información errónea», ya que sus algoritmos alimentan selectivamente información que confirma las creencias existentes de los usuarios¹¹⁴. Así, mientras la tecnología ha concentrado el poder comunicativo en manos de unas pocas plataformas masivas, simultáneamente ha fragmentado la calidad y coherencia del discurso público, erosionando la capacidad para una gobernanza efectiva.

Los estudios muestran que la ira y la indignación moral generan mayor interacción en las plataformas que los contenidos positivos¹¹⁵. Las redes sociales amplifican estas publicaciones «emocionalmente provocativas» para perpetuar el conflicto¹¹⁶. YouTube opera de manera similar mediante un algoritmo de recomendación que determina qué videos aparecen en la barra lateral del usuario¹¹⁷. Las plataformas se benefician del compromiso, pero la sociedad sufre el impacto negativo de la polarización¹¹⁸.

Si bien la Primera Enmienda protege la libertad de expresión frente a la interferencia gubernamental, no exige que las plataformas privadas moderen el contenido de manera responsable. El resultado es una paradoja: una plaza pública digital que promueve un discurso sin restricciones mientras erosiona las normas deliberativas esenciales para la democracia constitucional. La democracia deliberativa se basa en la premisa de que los individuos deben participar en las deliberaciones que generan las leyes y políticas que gobiernan la sociedad —esto busca producir políticas que reflejen el sentimiento público¹¹⁹. Cuando los sitios de redes sociales pueden distribuir libremente opiniones extremistas sin regulación, la democracia se ve atacada. Las herramientas que en algunos aspectos expanden y conectan a los seres humanos también son responsables de la división, impulsando algorítmicamente a los usuarios hacia contenidos extremos¹²⁰.

111. EDSALL, T.B., «The Rise of the Smartphone and the Fall of Western Democracy», *N.Y. Times*, 14.10.2025, <https://www.nytimes.com/2025/10/14/opinion/social-media-populism-trump-smartphones.html?smid=nytcare-ios-share&referringSource=articleShare>.

112. *Id.*

113. *Id.*

114. *Id.*

115. WU, C., et al., *Research on the influence mechanism of emotional communication on Twitter (x) and the effect of spreading public anger*, 260 Acta Psychologica 105560, 2025, <https://doi.org/10.1016/j.actpsy.2025.105560>.

116. *Id.*

117. ROOSE, K., «The Making of a YouTube Radical», *NY Times*, 8.6.2019, <https://www.nytimes.com/interactive/2019/06/08/technology/youtube-radical.html>.

118. CHUNQIOG, *supra* note 104.

119. BRESCIA, R.H., «Social Change and the Associational Self: Protecting the Integrity of Identity and Democracy in the Digital Age», *Penn St. L. Rev.*, 125, 773, 782, 2021.

120. *Id.*, 801-802.

Las plataformas no se limitan a actuar como vehículos del discurso, sino que avanzan hacia la corrosión de las condiciones deliberativas e identitarias que la democracia constitucional requiere¹²¹. Estos algoritmos permiten que los individuos se expongan solo al contenido que ellos mismos eligen, interactuando únicamente con información que refuerza sus creencias y creando una relación adversarial con perspectivas diferentes¹²². Por ejemplo, los usuarios liberales de Facebook terminan consumiendo noticias políticas completamente distintas a las que reciben los usuarios conservadores¹²³.

Esta dinámica tiene consecuencias constitucionales. Los redactores no anticiparon un mundo en el que actores privados pudieran moldear la opinión pública a gran escala, fuera de los límites de la responsabilidad institucional. El resultado es una distorsión de la esfera pública: el extremismo político, antes marginal, ahora encuentra una amplificación rápida. Las teorías conspirativas circulan con una velocidad sin precedentes. Otros países, incluidos Rusia y China, han aprovechado el descontento político patrocinando campañas de desinformación para impulsar narrativas antidemocráticas¹²⁴. Los actores institucionales —tribunales, legislaturas, agencias— son vistos cada vez más no como árbitros legítimos, sino como obstáculos partidistas. Las estrategias autoritarias suelen incluir «capturar a los árbitros, marginar a los jugadores clave y reescribir las reglas para inclinar el campo de juego»¹²⁵.

Las implicaciones para el poder ejecutivo son profundas. Cuando los ecosistemas digitales refuerzan narrativas de ilegitimidad institucional, crean un terreno fértil para la erosión constitucional. Los actores ejecutivos pueden explotar estas dinámicas, presentando la revisión judicial, la supervisión legislativa y la pericia burocrática como enemigos del pueblo. Trump critica constantemente a la prensa; durante su primer mandato la llamó «enemiga del pueblo»¹²⁶. Esta estrategia retórica no es nueva: Richard Nixon atacó a la prensa y a la burocracia. Sin embargo, la escala y velocidad de la amplificación actual son inéditas: primero la imprenta, luego la radio, la televisión por cable, y ahora los cambios vertiginosos con redes sociales y la IA, donde cualquier noticia —real o falsa— está disponible en segundos.

121. *Id.*, 802.

122. JACOBS, R.N., «Virality, Algorithms, and Illiberal Attacks on the Press: Legitimation Strategies for a New World», *Sociologica*, 14, 2020, 217, 221.

123. JINGAN, H. & BOND, S., «New study shows just how Facebook's algorithm shapes conservative and liberal bubbles», 27.7.2023, <https://www.npr.org/2023/07/27/1190383104/new-study-shows-just-how-facebooks-algorithm-shapes-conservative-and-liberal-bub>.

124. HSU, T., THOMPSON, S.A., & MYERS, S.L., «Elections and Disinformation are Colliding Like Never Before in 2024», <https://www.nytimes.com/2024/01/09/business/media/election-disinformation-2024.html>, 11.1.2024.

125. LEVITSKY, S., & ZIBLATT, D., «How Democracies Die», 2018, 141 <https://ia800803.us.archive.org/21/items/HowDemocraciesDieStevenLevitsky/How%20Democracies%20Die%20-%20Steven%20Levitsky.pdf>.

126. GINSBERG, J., «Trump called the Press “the enemy of the people.” Now it's time to defend Ourselves», *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2025/feb/14/trump-press-journalists-enemy>, 14.2.2025.

Además, la ausencia de regulación significativa o transparencia sobre el diseño algorítmico plantea cuestiones normativas. ¿Deberían las plataformas estar obligadas a revelar cómo se prioriza el contenido? ¿Deberían existir límites constitucionales a la amplificación algorítmica cuando socava la estabilidad democrática? Estas no son meras preguntas tecnológicas, sino constitucionales: conciernen a las condiciones bajo las cuales la libertad de expresión sostiene, en lugar de subvertir, la gobernanza democrática. Obligar a divulgar los algoritmos presionaría a las empresas a autorregularse de manera responsable¹²⁷. El desafío es reconciliar las protecciones de la Primera Enmienda con la necesidad de una cultura constitucional saludable. El objetivo no es la censura, sino la rendición de cuentas. Así como las leyes de financiación de campañas buscan evitar la distorsión de los procesos democráticos, la transparencia algorítmica podría servir como salvaguarda constitucional. Sin tales medidas, la esfera pública digital corre el riesgo de convertirse en un espacio donde las normas constitucionales no se debaten, sino que se desmantelan.

VII. CONCLUSIÓN

La segunda administración de Trump no se ha limitado a ejercer el poder ejecutivo: lo ha «reinventado». Las implicaciones constitucionales son profundas. La erosión de las normas procedimentales, la deslegitimación de la revisión judicial, la politización de la burocracia, el uso de poderes de emergencia y de la fuerza federal, la amplificación algorítmica del extremismo y el propio diseño estructural de la Constitución apuntan a una «reconfiguración del significado constitucional». La expansión del poder ejecutivo tras el 11 de septiembre, la dependencia de acciones ejecutivas durante la era Obama ante el bloqueo legislativo y las confrontaciones del primer mandato de Trump con las normas institucionales sentaron las bases del momento actual. Sin embargo, la historia muestra que cada episodio también provocó resistencia institucional: a través de controles internos, tribunales que reafirmaron su independencia y una sociedad civil que exigió rendición de cuentas. Solo el tiempo dirá si tal resistencia perdura.

¿Podría ser que el presidente esté dando al país el reinicio que una mayoría del electorado reclamaba? Trump ganó el voto popular en 2024¹²⁸. ¿Fue su victoria un referéndum sobre una economía que ha dejado atrás a muchos? ¿Sobre la alienación cultural y religiosa? ¿Sobre el cansancio frente a élites que priorizaron la igualdad racial y de género por encima de los llamados «problemas de mesa de cocina»? En el derecho corporativo, la ratificación por los accionistas subsana violaciones del deber fiduciario si los accionistas actuaron con plena divulgación y de buena fe. De manera análoga, las elecciones podrían funcionar como una forma de ratificación política: un mecanismo mediante el cual el público reafirma

127. SUN, H., «The Right to Know Social Media Algorithms», *Harv. L. & Pol'y Rev.*, 18, 1, 2023, 6.

128. FEDERAL ELECTION COMMISSION, «Election Results and Voting Information», <https://www.fec.gov/introduction-campaign-finance/election-results-and-voting-information/> (31.10.2025).

su aprobación a un candidato imperfecto. Podría incluso buscarse una aprobación formal mediante una enmienda que permita un tercer mandato, como ocurrió con la prohibición. Sin embargo, el margen de Trump —poco más de dos millones de votos— distó de ser una victoria aplastante, representando más bien un país profundamente dividido que un consenso mayoritario. Además, el público no tuvo acceso a una divulgación completa, que es el nivel de transparencia requerido para una verdadera ratificación en el mundo corporativo. Trump juró el cargo, y ahora estamos en una situación donde el *impeachment* es el único remedio. Las respuestas a estas preguntas pueden no ser evidentes hasta la próxima elección presidencial, o quizás la siguiente. Pero algo es claro: la naturaleza de la gobernanza en la era de las redes sociales ha cambiado.

La Constitución exige más que reglas formales. Depende de una cultura de restricción, de un compromiso con la gobernanza razonada y de un público capaz de debatir críticamente el valor de los límites institucionales esenciales. La democracia solo puede perdurar mediante controles estructurales y sociales sobre el poder y compromisos deliberativos. Este es un problema normativo que concierne a lo que, como ciudadanos, reconocemos como sentido común. Incluso en momentos divisivos de la historia —como la pérdida del Sur bajo la administración Johnson, la «estrategia sureña» de Nixon o la realineación posterior a los derechos civiles que convirtió a demócratas blancos en republicanos— el sistema se sostuvo gracias a la contención institucional. Estas restricciones no son obstáculos para la gobernanza; son los guardarraíles que previenen el extremismo. Cuando esos compromisos se debilitan, el sistema constitucional no colapsa de inmediato, pero comienza a derivar. Heather McGhee acuñó el término «política de piscina vacía», refiriéndose a un ideal más amplio que se remonta a las decisiones de las ciudades de cerrar piscinas públicas en lugar de desagregarlas¹²⁹. La Corte Suprema se negó a sancionar a Jackson, Misisipi por tal acción, explicando que el cierre de la piscina no constituía una negación de igual protección para las personas negras¹³⁰. Esta idea de que «si ellos pueden tenerlo, entonces nadie puede» se observa en la exclusión de otros ámbitos: atención médica universal, cuidado infantil o una red de seguridad social¹³¹. Los ideales de la democracia pueden ser siempre imperfectos, pero esas imperfecciones han preservado una sociedad regida por la ley y el orden, en lugar de la tiranía que inevitablemente sigue cuando tales límites desaparecen.

129. «What “Drained-Pool” Politics Costs America», *N.Y. Times: The Ezra Klein Show*, <https://www.nytimes.com/2021/02/16/opinion/ezra-klein-podcast-heather-mcghee.html>, 16.2.2021.

130. *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217, 219 (1971).

131. *See supra* Note 128.

Capítulo VI

¿UNA REGRESIÓN GLOBAL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL? SOBRE ALGUNAS RECIENTES REFORMAS CONSTITUCIONALES EN PERSPECTIVA COMPARADA

Daniel Camoni Rodríguez

Ricercatore in Diritto Pubblico Comparato

Università degli Studi di Milano

SUMARIO: I. PREMISA INTRODUCTORIA. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EL PANORAMA COMPARADO: ¿UN MIRLO (CADA VEZ MÁS) BLANCO? II. INDEPENDENCIA Y NOMBRAMIENTOS JUDICIALES: LOS CASOS DE ISRAEL (PRIMERA PARTE) Y PAKISTÁN. III. INDEPENDENCIA Y ELECCIÓN POPULAR DE LOS JUECES: LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA. IV. INDEPENDENCIA Y REFORMA DE LAS FUNCIONES JUDICIALES: ISRAEL (SEGUNDA PARTE), MÉXICO Y EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN BRASIL. V. ALGUNAS CONCLUSIONES COMPARADAS: POPULISMO, REGRESIÓN DEMOCRÁTICA Y «RESISTENCIA» JUDICIAL. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. PREMISA INTRODUCTORIA. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EL PANORAMA COMPARADO: ¿UN MIRLO (CADA VEZ MÁS) BLANCO?

La reflexión contemporánea sobre el «nivel democrático» de los Estados no invita, en principio, a hacer gala de un optimismo excesivo, más bien todo lo contrario: de acuerdo con los últimos datos del prestigioso semanal británico *The Economist* publicados en 2025 (y referidos al año 2024) sobre la calidad de la democracia en el mundo, de 167 Estados sólo 25 pueden considerarse democracias «plenas» (*full democracies*), mientras que 46 son clasificados como democracias «defectuosas» (*flawed democracies*), 36 como regímenes híbridos —a mitad de camino entre democracia y autocracia y peligrosamente inclinados hacia la se-

gunda— y 60 como Estados autoritarios¹. Las cifras son todavía más preocupantes si consideramos que sólo el 15% de los Estados analizados y el 6,6% de la población mundial goza de sistemas institucionales plenamente democráticos mientras que el 49% de los Estados y el 54% de la población vive en contextos político-institucionales que tienden hacia modelos autocráticos o ya son directamente tales, por un lado y que en el último año únicamente 37 Estados han mejorado su rendimiento, mientras que, por otro lado, 83 han sufrido un empeoramiento de sus estándares democráticos.

Más en detalle, no es posible discurrir de manera satisfactoria de democracia —y de Estado democrático de Derecho, en el sentido más amplio del término²— sin considerar atentamente un índice específico y decisivo (entre otros) al respecto: el nivel de independencia del que disfrutan (o no) los sistemas judiciales a nivel institucional y los profesionales que de estos forman parte. Por ello, parece correcto realizar una primera distinción entre las dimensiones subjetiva (o personal) e institucional (o funcional) de este poder³.

En relación con el primer aspecto, la Comisión de Venecia ha destacado que «las decisiones relativas al nombramiento y a la carrera profesional de los jueces deberían basarse en el mérito, evaluado a través de criterios objetivos en el marco de la ley»⁴, lo que debe implicar una cautela especial respecto a la modificación de las modalidades de acceso a dicha carrera o de designación de los componentes de determinados Tribunales (ej. Tribunales Constitucionales y/o Supremos). En segundo lugar, la posible alteración de las competencias (ya atribuidas al poder judicial —sobre todo cuando se decide privarlo de ciertas funciones ejercidas hasta entonces o de «recortar» las mismas por contingentes razones políticas—, con el objetivo de «reconducir» un supuesto activismo de este, puede repercutir de forma negativa sobre el principio medular de independencia «externa», entendida como ineludible declinación del principio de separación de los poderes, *sub specie* de distinción radical entre el poder judicial y la influencia de los poderes políticos (legislativo y ejecutivo) sobre el primero.

Partiendo de esta doble premisa, el objetivo es reflexionar en perspectiva comparada sobre algunos episodios concretos de erosión de la independencia

1. DEMOCRACY INDEX 2024, «What's wrong with representative democracy?», [en línea] (February 2025), <[Democracy Index 2024 - Economist Intelligence Unit](#)>, p. 8.

2. MILIONE, C., «Estado de derecho y derecho a la independencia judicial: un binomio insoslayable», *Estudios de Deusto*, 72(1), 2024, pp. 21-51. Sobre la independencia judicial como «piedra angular de la democracia», SHETREET, S., CHODOSH, H. (eds.), *Judicial Independence: Cornerstone of Democracy*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2024.

3. Cfr. WEBER, A., «The independence of the judiciary as a pillar of the rule of law», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. especial 1, 2024, quien distingue entre «independence of the judiciary as an institution» e «independence of the organs or actors, i.e., of the judges in the courts». Sobre la «*independencia funcional* —también llamada *sustantiva* o *decisional*» y la «independencia personal», DÍEZ-PICAZO, L.M., «Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, pp. 20 ss.

4. COMISIÓN DE VENECIA, «Informe sobre la independencia del sistema judicial, Parte I: la independencia de los jueces», Estudio núm. 494/2008, [en línea] (16 de marzo de 2010), <[Venice Commission: Council of Europe](#)>, §27.

judicial por parte del poder político en determinados ordenamientos (Israel, México, Pakistán y Brasil)⁵. Aun tratándose de sistemas jurídicos y judiciales profundamente diferenciados entre sí, varios índices permiten en esta sede una comparación razonable desde una perspectiva de homogeneidad que se refiere a la «individuazione di elementi identificanti comuni a[gli] istituti oggetto di raffronto»⁶, en términos formales y materiales. En primer lugar, destaca el hecho que en estos países las correspondientes reformas (o, en algunos casos y respecto de ciertas cuestiones, los intentos de revisión en curso o sin éxito) se han concebido o realizado al máximo nivel normativo posible, es decir a través de reformas constitucionales.

Se demostrará en las conclusiones que el carácter formal y procedimentalmente correcto de estas revisiones no contradice su utilización concreta bajo peligrosas formas de *abusive constitutionalism*, lo que implica el uso de mecanismos «of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before»⁷. De esta forma, se intenta alterar los equilibrios del sistema democrático, modificando su propio fundamento normativo, para así dejar el ordenamiento jurídico «atado y bien atado» en el caso de un futuro cambio (fisiológico) del escenario político⁸. Todo ello, en contextos de fondo de fortísima polarización institucional y de crecientes tensiones entre los poderes político y judicial que cada vez más desembocan —sin importar tiempos o formas— en indisimulados intentos de «embridar» la independencia de este último.

En relación con la dimensión subjetiva del poder judicial, mientras que en Israel y Pakistán este perfil entra en juego de forma (aparentemente) «indirecta» —ya que el objeto del debate se ciñe aquí a la modificación de la composición de las instituciones encargadas del nombramiento de los jueces, sin alterar el sucesivo procedimiento de selección— en el caso de México se establece la elección popular (y, por lo tanto, directa) de todos los jueces federales, incluidos los de la Suprema Corte de Justicia (SCJ).

Finalmente, la nueva configuración «a la baja» de las competencias del poder judicial se ha dado en formas distintas en Israel, México y Brasil: en los primeros dos casos se ha intentado limitar o concretamente limitado determinadas funciones del Tribunal Supremo (TS) —la aplicación de la *reasonableness doctrine*, en el primero o la posibilidad (en realidad controvertida) de enjuiciar reformas constitucionales, en el segundo—, mientras que en Brasil e Israel se está discutiendo sobre la posible introducción de *override clauses*, a partir de cuya aplicación el Parlamento podría determinar la anulación de sentencias del mismo TS.

5. De acuerdo con el mencionado DEMOCRACY INDEX 2024, cit., pp. 53 ss., Israel y Brasil son clasificados como *flawed democracies*, México como *hybrid regime* y Pakistán como *authoritarian regime*.

6. DE VERGOTTINI, G., *Diritto costituzionale comparato*, CEDAM, Padova, 2022, p. 46.

7. LANDAU, D., «Abusive Constitutionalism», *U.C. Davis Law Review*, 47, 2013, p. 195. En términos más amplios, cfr. PETROV, J., «How to Detect Abusive Constitutional Practices», *European Constitutional Law Review*, 2024, pp. 191-221.

8. Cfr. DIXON, R., LANDAU, D., *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 23-35.

Por todo ello, es necesario asumir en primer lugar una perspectiva descriptiva, que dé cuenta del contenido innovador de las mencionadas reformas, del imprescindible escenario político que representa el telón de fondo y del contexto normativo y ordinamental sobre el que las reformas inciden (o pretenden incidir): se trata de una comparación en el ejercicio de funciones constitucionales (regulación normativa de la composición del poder judicial y funciones del mismo) útil para enmarcar el tema de la independencia judicial en una dimensión más amplia, entre las analogías de una garantía fundamental del Estado de derecho cada vez más en discusión y algunas diferencias⁹.

II. INDEPENDENCIA Y NOMBRAMIENTOS JUDICIALES: LOS CASOS DE ISRAEL (PRIMERA PARTE) Y PAKISTÁN

Procediendo en orden cronológico, el primero de los países mencionados en poner en marcha un procedimiento de reforma del sistema judicial ha sido Israel, a raíz de las elecciones generales del 1 de noviembre de 2022 y la formación del último Gobierno presidido por Benjamin Netanyahu (29 de diciembre de 2022-en curso). En realidad, se trata de un amplio y variado «paquete» de reformas que tocan varios aspectos de la judicatura: desde la introducción de una *override clause* parlamentaria para revertir declaraciones judiciales de inconstitucionalidad¹⁰ hasta la exclusión de las denominadas Leyes Fundamentales del control de constitucionalidad; desde la supresión del control de razonabilidad por parte del TS sobre los actos administrativos del Gobierno y los Ministerios¹¹ hasta el debilitamiento del carácter vinculante de los informes de los asesores jurídicos del Ejecutivo (en particular, el Fiscal General) y la modificación de la composición del Comité de Selección de los jueces¹².

Cabe ante todo destacar que, desde su fundación en 1948, Israel carece de una Constitución en el sentido «clásico» del término, es decir como única Ley Fundamental del Estado dotada de superioridad jerárquica respecto de las otras fuentes del Derecho y rigidez en cuanto a su posible modificación y relación con las fuentes subordinadas¹³. Por el contrario, a partir de la «Resolución Harari» de la *Knéset* (Parlamento unicameral) de 1950, Israel decidió dotarse de una serie de Leyes Fundamentales (*Basic Laws*), aprobadas con la misma mayoría (simple) necesaria para las leyes ordinarias y llamadas a regular los principales aspectos

9. Cfr. DE VERGOTTINI, G., «Comparazione e diritto costituzionale», *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2, 2018, p. 13.

10. *Infra*, §IV.

11. *Ibid.*

12. ROZNAI, Y., DIXON, R., LANDAU, D., «Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel» y NAVOT, S., «An Overview of Israel's "Judicial Overhaul": Small Parts of a Big Populist Picture», *Israel Law Review*, 56, 2023, respectivamente pp. 292-304 y 482-501.

13. PIERDOMINICI, L., *Evoluzioni, Rivoluzioni, Involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, CEDAM, Padova, 2022. Vid. también DORNER, D., «Does Israel Have a Constitution? », *Saint Louis University Law Journal*, 4, 1999, pp. 1325-1336.

de la vida institucional¹⁴: Leyes entonces entendidas como «provisionales» y momentos de un camino «por etapas»¹⁵ que deberían haber confluído —lo que finalmente no ha sucedido— en una Carta constitucional «tradicional». Hasta 1995 el TS había declarado en varias ocasiones que las Leyes Fundamentales no debían considerarse superiores a la legislación ordinaria¹⁶; no obstante, ese mismo año adoptó una decisión histórica —una auténtica «revolución constitucional» en palabras de Aharon Barak, Presidente del TS (1995-2006) y principal impulsor de este cambio¹⁷— que reconocía el carácter formal y materialmente superior de dichas Leyes y atribuía al propio TS el poder de enjuiciar eventuales discrepancias entre leyes ordinarias y Leyes Fundamentales, introduciendo así el control de constitucionalidad¹⁸.

Peculiar es también el sistema de nombramiento de los componentes del poder judicial. De acuerdo con la Ley judicial de 1953 y, sucesivamente, la Ley Fundamental sobre el poder Judicial de 1984, todos los jueces son elegidos por un Comité integrado por nueve miembros: el Presidente del TS, dos Magistrados del TS elegidos por el mismo órgano, el Ministro de Justicia y otro Ministro designado por el Gobierno, dos miembros de la *Knéset* elegidos por la misma y dos representantes de los Colegios de Abogados elegidos por el Consejo Nacional de la Abogacía. El Ministro de Justicia preside el Comité.

A pesar de ser una solución original, se trata de un mecanismo de conformación del poder judicial profundamente arraigado en el ordenamiento israelí y que ha dado buena prueba de sí en garantizar la independencia de los jueces y una selección de los mismos alejada del control político-partidista¹⁹: al respecto, es de destacar que la elección de los Magistrados del TS requiere del voto favorable de al menos siete vocales, lo que impone la búsqueda de candidatos de consenso.

La reforma presentada inicialmente preveía que la nueva Comisión —once miembros— estaría compuesta por los tres magistrados actuales y ocho miembros de procedencia político-parlamentaria: el Ministro de Justicia y otros dos

14. Hasta hoy, pueden contarse catorce Leyes Fundamentales: la *Knéset* (1958); Tierras de Israel (1960); el Presidente del Estado (1964); el Gobierno (1968); la economía estatal (1975); el Ejército (1976); Jerusalén Capital de Israel (1980); el poder judicial (1984); el contralor del Estado (1988); dignidad humana y libertad (1992); libertad de ocupación (1994); el Gobierno (2001); referéndum (2014); Israel como el Estado-nación del pueblo judío (2018).

15. TONIATTI, R., «Israele: una Costituzione a tappe», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 1977, pp. 510-535.

16. HCJ 98/69, *Bergman v. Minister of Finance* (1969) (I) 23 P.D. 693.

17. BARAK, A., «A Constitutional Revolution: Israel's Basic Laws», *Constitutional Forum*, 4, 1992-1993.

18. CA 6821/93, *United Mizrahi Bank PLC v. Migdal Cooperative Village* (1995) 49 (iv) PD 221. Sobre el papel decisivo jugado al respecto por Barak, WEILL, R. «The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath: On Judicially-led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding», *Law & Ethics of Human Rights*, 14(2), 2020, pp. 227-272.

19. LURIE, G., «The Invisible Safeguards of Judicial Independence in the Israeli Judiciary», *German Law Journal*, 24, 2023, pp. 1456 ss.

ministros, tres parlamentarios de la mayoría y dos que representarían a las fuerzas de la oposición²⁰.

Posteriormente, a raíz de una serie de acontecimientos «intermedios» (el estallido del conflicto en la Franja de Gaza tras los hechos del 7 de octubre de 2023 y la anulación de la reforma constitucional por el TS en relación con la doctrina de la razonabilidad (1 de enero de 2024)—, este proyecto fue abandonado para retomarse, de forma diferente, con la aprobación de otra reforma legislativa en marzo de 2025. El nuevo texto mantiene el número y la formación profesional de los miembros de esta Comisión, pero establece que dos miembros serán elegidos por la mayoría parlamentaria y la oposición, respectivamente, en sustitución de los dos representantes de los Colegios de Abogados. De este modo, el nuevo sistema parece garantizar (sobre todo) al Gobierno —y a su mayoría parlamentaria— un poder de veto frente al modelo anterior, en el que la frecuente «alianza» entre los tres vocales judiciales y los dos abogados permitía a la Comisión funcionar con normalidad.

Menos conocido —aunque no menos problemático— es el caso pakistaní. En efecto, el 21 de octubre de 2024 la variada mayoría parlamentaria sobre la que se sostiene el Gobierno del Primer Ministro Shehbaz Sharif consiguió aprobar con inusitada rapidez y nocturnidad una Enmienda (26^a) a la Constitución de 1973, que cercena la independencia del poder judicial y aumenta el control político-parlamentario sobre el mismo²¹. La reforma asume todavía más importancia en un Estado que, desde su independencia de Reino Unido (1947), ha oscilado problemáticamente entre gobiernos «civiles» y dictaduras militares²² —manteniendo el estamento castrense en todo caso una presencia muy relevante en la vida política del país—, con paralelas repercusiones (negativas) sobre el principio de independencia judicial²³ y el propio sistema constitucional²⁴. Al mismo tiempo, tampoco han faltado críticas hacia un poder judicial que ha pasado de ser un «hombre de paja» en manos de los Gobiernos de turno a volverse una suerte de poder omnímodo y «activista», sobre todo durante la Presidencia del TS por parte de Iftikhar Chaudhry (2005-2013)²⁵.

20. Bill to amend Basic Law: The Judiciary (Amendment No 3) (Strengthening the Separation of Powers).

21. CHEEMA, M., KHAN CHEEMA, M. «Fractured Foundations and Pakistan's Kafkaesque Constitutional Amendment», *Verfassungsblog.de*, 21 de octubre de 2024.

22. SHAFQAT, S., *Civil-military relations in Pakistan: from Zulfikar Ali Bhutto to Benazir Bhutto*, Westview, Boulder, 1997.

23. NEUDORF, L., *The Dynamics of Judicial Independence A Comparative Study of Courts in Malaysia and Pakistan*, Springer, Cham, 2017, pp. 125-219. En términos más amplios, KHAN, H., *A history of the judiciary in Pakistan*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

24. KALHAN, A., «“Gray Zone” Constitutionalism and the Dilemma of Judicial Independence in Pakistan», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 46(1), 2013, pp. 1-96 y NEWBERG, P.R., *Judging the state: courts and constitutional politics in Pakistan*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

25. CHEEMA, M.H., «Two steps forward one step back: The non-linear expansion of judicial power in Pakistan», *International Journal of Constitutional Law*, 16(2), 2018, pp. 503-526 y «The “Chaudhry Court”: Deconstructing the “Judicialization of Politics” in Pakistan», *Washington International Law Journal*, 25, 2016, pp. 447 ss.

Entre los aspectos más relevantes, se prevé en primer lugar una modificación del art. 175A sobre la composición de la Comisión para el nombramiento de Magistrados del TS y de los Tribunales Superiores de Justicia (*High Courts*). Antes de la reforma, dicho órgano estaba compuesto por el Presidente del TS, cuatro Magistrados del mismo TS con mayor antigüedad, un Presidente o Magistrado emérito del TS (nombrado por el Presidente del TS de acuerdo con los cuatro Magistrados mencionados, para un período de dos años), el Ministro de Justicia, el Fiscal General y un abogado con capacidad para ejercer ante el TS (nombrado por el Consejo Nacional de la Abogacía para un período de dos años).

A raíz de la revisión constitucional, salen de esta Comisión un Magistrado del TS y el Presidente/Magistrado emérito del TS y entran a formar parte de ella cuatro nuevos vocales de procedencia parlamentaria —nombrados a partes iguales por el líder de la mayoría y el líder de la oposición entre miembros del Senado y la Asamblea Nacional (dos en cada Cámara)— así como una mujer o persona de origen no-musulmán elegida por el Presidente de la Asamblea Nacional. Dicha Comisión también nombrará a los Magistrados del TS que formarán parte de las nuevas Salas constitucionales —creadas en el seno del propio TS— llamadas a ejercer el control de constitucionalidad de las leyes (art. 191A). En relación con el nombramiento del Presidente del TS, se establece también que dicho cargo ya no será asumido de forma automática por el Magistrado con mayor antigüedad (como venía siendo hasta ahora), sino que este será elegido por un Comité parlamentario especial de doce miembros —ocho procedentes de la Asamblea Nacional y cuatro del Senado— entre los tres Magistrados con mayor antigüedad.

Por todo ello, si bien es cierto que Pakistán ha tenido que convivir con un poder judicial a menudo «tutelado» por el poder político²⁶, la reforma en cuestión parece incrementar esta histórica situación de crisis²⁷ y consolidar un escenario de regresión que repercute sobre un sistema democrático en general bastante frágil²⁸. Valga la siguiente «advertencia»: con la adopción de la 19ª Enmienda a la Constitución (2011) se estableció que los nombramientos de Jueces realizados por la mencionada Comisión judicial (en composición distinta) podían ser rechazados por un Comité parlamentario. No obstante, el TS declaró —revirtiendo en concreto (aunque no formalmente) la reforma constitucional— que, de aceptarse esta posibilidad, «an anomalous and even absurd situation can result. It would not be possible or justifiable (without adversely affecting the independence of the Judiciary) to interpret Article 175A in a manner which grants a virtual veto to the Committee enabling it to reverse the recommendations of the Commission»²⁹.

26. YAP, P.J., *Courts and democracies in Asia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 135-156.

27. Críticas han sido expresadas por la [Comisión Internacional de Juristas](#) (21 de octubre de 2024) y por la [Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de magistrados y abogados](#) (14 de octubre de 2024).

28. Recuérdense, por ejemplo, que la primera transición de poder entre gobiernos «civiles» elegidos a raíz de elecciones parlamentarias se ha dado sólo en 2013: MALIK, A., «Pakistan in 2013: A Milestone in Democratic Transition», *Asian Survey*, 54(1), 2014, pp. 177-189.

29. PLD 2011 SC 407, §72.

¿Quizá la independencia judicial pueda estar al acecho para una anulación futura de dicha reforma constitucional?

III. INDEPENDENCIA Y ELECCIÓN POPULAR DE LOS JUECES: LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA

El 16 de septiembre de 2024 la reforma constitucional aprobada por el Congreso de la Unión mexicana ha entrado en vigor, determinando una revolución copernicana en el sistema de elección de (casi) todos los integrantes de la judicatura³⁰ y que prácticamente no tiene equivalentes en el panorama comparado³¹. Una vez más, cabe destacar que es imposible entender el contenido de esta revisión sin antes contextualizar en breve el (crispadísimo) escenario político en el que ha sido concebida y aplicada.

Desde que Andrés Manuel López Obrador llegara a la Presidencia de la República (2018-2024), el sistema judicial ha sido objeto de violentos ataques por parte de este y de su mayoría parlamentaria³², ambos incapaces de aceptar la existencia de un contrapoder jurisdiccional que pudiera «obstaculizar», por razones estrictamente jurídicas, la implementación de su programa político. Destacan en particular la declaratoria de inconstitucionalidad del denominado proyecto de reforma legislativa «Plan B» —con el objetivo de cercenar las competencias del Instituto Nacional Electoral (respetado guardián de la regularidad de las elecciones)— y del acuerdo que declaró que ciertos proyectos infraestructurales estaban amparados por razones de seguridad nacional (incluido el conocido como «Tren Maya»)³³.

El 5 de febrero de 2024 López Obrador reaccionaba a dichas decisiones judiciales a través de la presentación de un proyecto detallado para la revisión constitucional de todo el poder judicial («Plan C»), con el declarado objetivo —político— de lograr un auténtico «*azzeramento dei vertici del potere giudiziario e in particolare della Corte suprema*»³⁴: la elección del momento no era para nada casual, ya que la presentación del texto coincidía con el inicio oficial de la campaña electoral para las elecciones presidenciales y legislativas (1 de marzo de

30. Un primer comentario en la doctrina italiana (también en una perspectiva comparada) en RAGONE, S., BRITO MELGAREJO, R., «La riforma messicana del potere giudiziario: analisi contestuale e comparata», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2024, pp. 895-921.

31. Salvo el caso de Bolivia, en relación con la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental y del Tribunal Constitucional Plurinacional, así como de los Vocales del Consejo de la Magistratura. Véase DRISCOLL, A., NELSON, M.J., «Judicial Selection and the Democratization of Justice. Lessons from the Bolivian Judicial Elections», *Journal of Law And Courts*, 3(1), 2015, pp. 115-148.

32. *Cfr.* RÍOS FIGUEROA, J., «El poder judicial ante el populismo y la erosión democrática. El caso de México, 2018-2021», *Revista de Estudios Políticos*, 198, 2022, pp. 202 ss.

33. AGUIAR AGUILAR, A.A., *Subverting Judicial Legitimacy: Presidential Rhetoric and Democratic Erosion in Mexico*, CEU DI Working Papers 2024/23.

34. GROPPPI, T., «“Judicial overhaul” e regressione democratica in Messico», *Federalismi.it*, 23, 2024, p. vii.

2024), que se han celebrado el 2 de junio de 2024³⁵. La reforma dispone que todos los jueces (desde la Suprema Corte hasta los jueces de distrito de primera instancia, un total de aproximadamente 1.600 personas) sean elegidos por el pueblo en ocasión de la celebración de las elecciones federales, cesando los que ahora ocupan sus cargos; los únicos Jueces no afectados por la reforma son aquellos que forman parte de los tribunales administrativos, agrarios y militares, pues su nombramiento ya está en manos del Presidente de la República.

Los profundos cambios contenidos en esta reforma afectan a varios niveles de la judicatura: respecto de la SCJ y la Sala Superior del Tribunal Electoral, la elección popular reemplaza la del Senado con una mayoría de dos tercios (respectivamente, a propuesta del Presidente de la República y de la SCJ). Además, se reduce su mandato (de quince a doce años, en el primer caso y de nueve a seis, en el segundo) y, para la SCJ, también el número de sus miembros (de once a nueve). En cuanto a los jueces restantes, el escenario se vuelve —si es posible— aún más complejo, ya que la elección directa del órgano electoral para mandatos limitados elimina las dos grandes garantías previstas para proteger la independencia del poder judicial: el acceso mediante oposición y la duración vitalicia del cargo.

En este contexto, las listas «preliminares» de los candidatos judiciales, que se someterán a la elección popular, serán elaboradas por distintos Comités de Evaluación integrados en los tres poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial), a través de un complejo mecanismo de selección. En efecto, estos Comités indicarán las diez personas mejor calificadas para cada cargo en los casos de Ministros de la Suprema Corte, Magistrados de la Sala Superior y Salas regionales del Tribunal Electoral e integrantes del Tribunal de Disciplina Judicial (TDJ), así como las seis personas mejor calificadas para cada cargo en los casos de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. A continuación, a partir de este listado se realizará un sorteo público para «ajustarlo» al número de postulaciones para cada cargo, observando el requisito de la paridad de género. Formados los listados definitivos, los Comités los remitirán a la autoridad que represente a cada Poder de la Unión para su aprobación y envío al Senado, quien a su vez transmitirá los listados al Instituto Nacional Electoral para la celebración de la competición electoral en base a las postulaciones realizadas por los tres poderes.

En relación con el órgano de (auto)gobierno del poder judicial, el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) es sustituido por un Tribunal de Disciplina Judicial: si el primero estaba compuesto por siete miembros de procedencia diferenciada —el Presidente de la SCJ (Presidente del CJF *ex officio*); tres Consejeros designados por el Pleno de la SCJ por mayoría de dos tercios entre los jueces de circuito y de distrito; dos Consejeros nombrados por el Senado y uno por el Presidente de la República— el segundo estará formado por cinco miembros elegidos por el cuerpo electoral. También se dispone que las decisiones de este órgano no podrán ser recurridas.

35. *Cfr.* OLIVETTI, M., «Le elezioni messicane del 2 giugno 2024: consolidamento della democrazia pluralistica o anteprima dell'erosione democratica?», *Federalismi.it*, 15, 2024, pp. iv-xv.

La referencia a un órgano sin competencias jurisdiccionales no es para nada extraña al tema de la independencia de la judicatura: más bien al contrario, «dado que los consejos tienen que velar por la independencia judicial, sus miembros deben de estar dotados de las mismas garantías de independencia que los propios jueces»³⁶. Por ello, el control sobre estos Consejos conlleva un dominio «indirecto» del propio poder judicial, quizá no inmediato en sus premisas, pero muy dañino en las consecuencias a medio y largo plazo³⁷. En efecto, los Consejos de Justicia son la primera ficha de un peligroso dominó del sistema judicial: si los poderes políticos consiguen «capturarlos», es probable que caigan en cascada los órganos que ejercen la jurisdicción, con la consiguiente quiebra del sistema democrático de poderes y de su independencia³⁸.

IV. INDEPENDENCIA Y REFORMA DE LAS FUNCIONES JUDICIALES: ISRAEL (SEGUNDA PARTE), MÉXICO Y EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN BRASIL

La independencia judicial exige no sólo preservar métodos de selección «subjetiva» de los jueces, que impidan un control político desde la fase «inicial» (el acceso a los Tribunales), sino también garantizar el correcto ejercicio de las funciones judiciales en los casos concretos. Por ello, modificar las competencias «objetivas» de un órgano judicial aun sin alterar la composición del mismo puede tener graves repercusiones sobre el ejercicio de un control jurisdiccional que sea efectivo y completamente libre de las injerencias del poder político (*Court curbing*)³⁹.

La aprobación en Israel, el 24 de julio de 2023, de un *Reasonableness Standard Bill* por parte de la *Knéset* representa un intento casi exitoso de quebrar el

36. BIGLINO CAMPOS, P., «Los retos a la independencia judicial», en M. ARAGÓN REYES, D. VALADÉS, J. TUDELA ARANDA (eds.), *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023, p. 393. Sobre la independencia judicial y composición de los Consejos de Justicia, FAGGIANI, V., «Los Consejos de Justicia ante la involución del Estado de derecho: perspectivas de reforma interna y estándares supranacionales», *Revista de Derecho Político*, 123, 2025, pp. 251-277 y GAROUPA, N., GINSBURG, T., «Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence», *American Journal of Comparative Law*, 57, 2009, pp. 103-134.

37. Sobre el anterior modelo de CJF y la crítica de su dependencia de la Suprema Corte, RIVERA LEÓN, M.A., «De directores y orquestas: análisis comparado de la posición institucional del Consejo de la Judicatura Federal en México», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 159, 2020, pp. 1139-1179.

38. Al respecto, véase FAGGIANI, V., «¿Hacia una revisión de los Consejos de Justicia? Propuestas de reforma y estándares europeos», en V. FAGGIANI (dir.), F.J. GARRIDO CARRILLO (coord.), *Crisis del Estado de derecho. La revisión de la independencia y del gobierno del poder judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 113-154.

39. CLARK, T.S., «The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy», *American Journal of Political Science*, 53(4), 2009, p. 978: «A Court-curbing bill is defined as a legislative proposal to restrict, remove, or otherwise limit judicial power».

principio de separación de poderes y evitar un control judicial sobre determinadas acciones del poder político⁴⁰. Para entender el significado de esta reforma, cabe ante todo detenerse sobre el contenido preliminar de la denominada «doctrina de la razonabilidad» y su implementación judicial. En concreto, de acuerdo con la Ley Fundamental sobre el poder judicial (1984), el TS tiene competencias «to order State and local authorities and the officials and bodies thereof, and other persons carrying out public functions under law, to do or refrain from doing any act in the lawful exercise of their functions or, if they were improperly elected or appointed, to refrain from acting»⁴¹, lo que implica la posibilidad de anular tanto decisiones ilegítimas de las autoridades administrativas mencionadas como el propio nombramiento de estas últimas⁴².

Sobre los motivos que pueden determinar la anulación de dichos actos, el propio TS ha elaborado —siguiendo la estela de la tradición de los sistemas de *common law*, particularmente Reino Unido⁴³ y Estados Unidos, cuya influencia es evidente en el Derecho administrativo israelí⁴⁴— una doctrina que, fundamentada en el parámetro de la razonabilidad, impone la necesidad de atribuir «proper weight to the various interests that the administrative authority must take into consideration in its decision, in the case of fundamental or extreme unreasonableness»⁴⁵. Dicha doctrina no sólo se ha consolidado desde entonces, sino que —frente a la ausencia de una Constitución propiamente dicha y de una legislación que impusiera límites a las autoridades administrativas y al poder ejecutivo— se ha ido progresivamente ensanchando a partir de los años Ochenta, «enabling the assessment and correction of an administrative act considered to be the result of unreasonable action, also without the additional condition of extremeness»⁴⁶. Se ha hablado al respecto de una auténtica «revolución adminis-

40. Sobre los factores institucionales que han favorecido esta crisis (la ausencia de restricciones al poder legislativo y de una Constitución rígida, la extrema flexibilidad para adoptar reformas constitucionales o el reconocimiento de un número limitado de derechos fundamentales), ROZNAI, Y., COHEN, A., «Populist Constitutionalism and the Judicial Overhaul in Israel», *Israel Law Review*, 56, 2023, pp. 509 ss.

41. Art. 15(D)(2).

42. Al respecto, recuérdese que, pocos años antes, dicho principio había sido enunciado por primera vez por Barak en el asunto HCJ 389/80, *Yellow Pages v. Broadcasting Authority*, 35 PD 421 (1980) (Isr.): *vid.* WEILL, R., «The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath», *cit.*, p. 236.

43. *Vid.* [1948] 1 KB 223, *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*: «It is true to say that, if a decision on a competent matter is so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it, then the courts can interfere».

44. BARAK-EREZ, D., «Israeli Administrative Law at the Crossroads: Between the English and American Model», *Israeli Law Review*, 40(1), 2008, pp. 56-71.

45. HCJ 389/80, *Dapei Zabav vs The Broadcasting Authority*, IsrSC 35(1) 421 (1980).

46. SADOWSKI, P., «Israel - In Search of Constitutional Common Sense», *Review of European and Comparative Law*, 55(4), 2023, p. 249. Véase, al respecto, BARAK, A., «Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy», *Harvard Law Review*, 116(16), 2002, p. 146, cuando afirma que «it is appropriate to use the reasonableness test in reviewing executive actions, including issues of government ethics. Naturally, in countries where there is self-restraint in government, there may be no need to develop the principle of reasonableness in government ethics. But

trativa» que, en cierto modo, ha sembrado el terreno para la «revolución constitucional» de los años Noventa simbolizada por la sentencia en el mencionado caso *Mizrabi Bank*⁴⁷.

Elaborada esta teoría, el TS ha tenido ocasión de aplicarla en numerosas ocasiones respecto del nombramiento de autoridades administrativas y Ministros, con ello rozando la delicada frontera entre lo político y lo jurídico. Así, en *Eisenberg vs Minister of Construction & Housing* el TS anuló el nombramiento de Yosef Ginosar como Director General del Ministerio de Infraestructuras y Vivienda, cuya responsabilidad penal por falso testimonio y obstrucción a la justicia había sido declarada por una Comisión gubernamental (*Landau Commission*) aunque nunca fuera confirmada en sede judicial por razón de un perdón presidencial: en concreto, el TS consideró irrazonable proponer para un cargo institucional de esta relevancia una persona que había cometido hechos tan graves, observando en particular que «the gravity of the offence is determined not by its “position” in the Penal Law, but by its implications on considerations that underlie the appointment»⁴⁸.

En *Plonit v Chief of the General Staff*⁴⁹ el TS rechazó el nombramiento de un candidato como Mayor-General en las Fuerzas de Defensa, con el argumento de que había sido condenado en un procedimiento disciplinario varios años antes de la propuesta para este cargo por haber mantenido una relación sexual consentida con su secretaria, lo que condujo a la suspensión de su ascenso militar durante dos años. En este caso, el TS dictaminó que no era razonable concederle el rango militar propuesto, a pesar de que el período de suspensión ya había terminado.

En último lugar, en *Movement for Quality in Government in Israel v State of Israel*⁵⁰ el TS declaró irrazonable que el Primer Ministro Isaac Rabin no hubiera destituido a su Ministro del Interior Aryeh Deri después de que se le abriera a este juicio oral por cargos de corrupción, ya que su negativa a hacerlo comprometía la confianza pública en el Gobierno. El caso se volvió nuevamente de actualidad en enero de 2023, cuando el TS declaró nulo el nombramiento de Deri como Ministro del Interior (esta vez por parte de Netanyahu), calificándolo como «unreasonable in the extreme» por razón de una serie de condenas judiciales anteriores.

Dicho control jurisdiccional debería haber venido menos con la aprobación de una enmienda «radical» a la Ley fundamental sobre el poder judicial por parte del Gobierno Netanyahu, según la cual «those holding judicial power by law, including the Supreme Court sitting as the High Court of Justice, shall not hear [a case] nor issue an order against the Government, the Prime Minister or a Government minister, on the reasonableness of their decision; in this section, “decision” means any decision, including on appointments, or a decision to refrain from exercising authority».

in countries where this self-restraint is lacking — and the concept of “it is not done” is insufficiently developed — it is proper to extend the principle of reasonableness to all government actions».

47. DOTAN, Y., «Israel's Constitutional Moment», *Israel Law Review*, 56(3), 2023, pp. 523 ss.

48. HCJ 6163/92 (March 23, 1993), §55.

49. HCJ 284/99, IsrSC 53(2) PD, 1999.

50. 2094/93, IsrSC 47(5) 404 (1993).

Sin embargo, con una sentencia histórica de 1 de enero de 2024⁵¹, el TS ha anulado esta reforma, reestableciendo el *status quo ante*. Cabe ante todo detenerse sobre las dos grandes cuestiones medulares que el TS ha tenido que afrontar para resolver esta controversia: 1) ¿está legitimado este órgano para ejercer un control de constitucionalidad sobre el contenido de una Ley Fundamental, es decir sobre una ley que tiene ella misma naturaleza materialmente constitucional?; 2) en caso de respuesta afirmativa, ¿vulnera esta reforma de la Ley Fundamental sobre el poder judicial el carácter fundamental de Israel como Estado democrático de Derecho y sobrepasa las fronteras entre las que la *Knéset* puede legítimamente desarrollar un poder constituyente, debiendo por ello ser anulada?⁵²

En relación con el primer punto, para la casi totalidad del TS (doce de quince Magistrados) este último tiene la legítima autoridad para llevar a cabo una revisión judicial incluso de las Leyes Fundamentales e intervenir en casos excepcionales y extremos en los que la *Knéset* abuse de su poder constituyente. Si bien es cierto que nunca antes el TS había tenido ocasión de pronunciarse al respecto, cabe destacar por un lado que, de acuerdo con su propia jurisprudencia, incluso el ejercicio de este poder no es ilimitado⁵³; y por otro —y aquí está la novedad de esta sentencia— que «in rare cases in which the beating heart of the “Israel-style” constitution» is harmed⁵⁴, el TS tiene el poder de declarar nula una reforma de una Ley Fundamental por «desviación» en el uso del poder constituyente.

Respecto del contenido de la reforma, según la mayoría del TS (ocho de quince Magistrados) esta ha provocado un daño de alcance sin precedentes a dos de las características centrales del sistema democrático israelí: el principio de separación de poderes y el principio del Estado de derecho. Por una parte, se considera vulnerada la división de poderes, ya que suprimiendo la doctrina de la razonabilidad se niega a cualquier recurrente toda posibilidad de presentar argumentos sobre la *reasonableness* de las decisiones del Gobierno, el Primer Ministro y los Ministros, así como la posibilidad de obtener una reparación judicial⁵⁵; por otra, y en paralelo, se asesta un golpe mortal al principio de la *rule of law*, configurándose un nuevo sistema jurídico en el que «there is “law” (the duty of reasonableness) but no “judge” who can examine the observance of the duty because the Amendment abolishes the jurisdiction of anyone holding judicial

51. HCJ 5658/23, *Movement for Quality Government v. Knesset*. Una traducción en lengua inglesa de la sentencia puede leerse en: <<https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/movement-quality-government-israel-v-knesset>>. Sobre el contexto político y jurídico en el que se enmarca esta decisión, TONIATTI, R., «L'identità costituzionale di Israele: un *work in progress*, fra *judicial activism* della Corte suprema e insidie illiberali della democrazia elettorale», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2024, pp. 87-126.

52. CAMPELLI, E., «*Reasonableness Standard Bill in Israele: soluzione o involuzione?*», *DPCE online*, 4, 2023, pp. 3169-3185 y BARAGGIA, A., «Tensioni e torsioni nel rapporto tra Corti e Legislatori: i casi di Mongolia e Israele», *DPCE online*, núm. especial 1, 2025, pp. 589-609.

53. HCJ 5555/18, *MK Akram Hasson and others vs Knesset of Israel and others*, IsrSC, 2021.

54. *Ivi*, §96.

55. Cfr. *ivi*, §156.

authority to hear arguments in regard to the reasonableness of decisions by the Government and its members or to grant relief on the basis of that ground»⁵⁶.

El carácter histórico de esta sentencia ha dejado por el momento de lado el debate (ya plasmado en otro proyecto de ley) sobre la introducción, igualmente problemática, de una *override clause*, cuyo efecto sería —a través del voto mayoritario de la *Knéset* (61 diputados de 120)— el mantenimiento en vigor de leyes declaradas inconstitucionales por el TS. Al respecto, ya que la mayoría parlamentaria coincide con el Gobierno, ello significaría dejar en manos de este último la (in)eficacia de las decisiones judiciales, poniendo en peligro el sistema de derechos fundamentales y atribuyendo al Ejecutivo poderes absolutos⁵⁷.

En el caso mexicano, es de destacar que, aunque la reforma judicial afecta sobre todo al procedimiento de elección de los Magistrados y a la composición de los órganos implicados, el funcionamiento del sistema de justicia constitucional también se ha visto alterado de forma no secundaria, a pesar de que la cuestión aparentemente parece haber suscitado un menor interés. En detalle, merecen atención tres aspectos: dos relativos a la suspensión de las leyes y al alcance de los efectos de la acción de amparo y uno —precisamente a raíz de la adopción de esta reforma— en relación con la posibilidad de enjuiciar mediante control de constitucionalidad o acciones de amparo reformas de rango constitucional.

La cuestión de la aplicación de medidas cautelares y/o suspensivas siempre ha representado un terreno resbaladizo en la implementación de los distintos instrumentos procesales reconducibles al control de constitucionalidad «a la mexicana»⁵⁸. En relación con la acción de inconstitucionalidad, en el silencio de la Constitución vigente, la cuestión encuentra su regulación en la legislación ordinaria, que establece que la admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada⁵⁹. En concreto, el 5 de diciembre de 2018, algunos Senadores interponían una acción de inconstitucionalidad contra la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, solicitando en paralelo su suspensión cautelar. Sorprendentemente, el Ministro relator de la Suprema Corte Pérez Dayán suspendía la Ley, al declarar que el art. 64.3 de la Ley Reglamentaria debía ser interpretada en una perspectiva constitucionalmente orientada, atendiendo en particular al reconocimiento de los derechos humanos y a la garantía de su protección prevista en el art. 1 de la Constitución. En consecuencia, de acuerdo con este planteamiento innovador, podía entonces admitirse —de manera excepcional— que «en aquellos casos en que la controversia se fundamente en normas generales que impliquen o puedan implicar la transgresión irreversible de algún derecho humano, si es posible conceder la suspen-

56. *Ivi*, §160.

57. ROZNAI, Y., DIXON, R., LANDAU, D., «Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel», cit., p. 296.

58. RODRÍGUEZ, M.R., SOBERANES DÍEZ, J.M. (eds.), *Las medidas cautelares en los procesos constitucionales*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2022.

59. *Cfr.* art. 64.3, Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

sión, más aún en los casos en que, de obligarse a completar el mandato de la ley, el daño se vuelve irreparable⁶⁰. Esta decisión sería posteriormente confirmada por la Sala Segunda de la SCJ⁶¹.

Sin embargo, incluso ante esta «creación» jurisprudencial, la interpretación de la SCJ al respecto no siempre ha sido unívoca, oscilando entre sentencias que niegan esta posibilidad y otras que, en cambio, sobre la base de la innovación pretoria descrita anteriormente, admiten la producción de efectos suspensivos. La reforma de López Obrador pone fin a tales incertidumbres, constitucionalizando el principio según el cual «tratándose de controversias constitucionales o de acciones de inconstitucionalidad planteadas respecto de normas generales, en ningún caso su admisión dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada»⁶².

Respecto de los efectos de la acción de amparo contra actos de carácter legislativo (amparo indirecto, arts. 103 y 107 de la Constitución), el debate doctrinal es igualmente complicado, habiéndose discutido en varias ocasiones sobre la posibilidad de ampliar la eficacia de la declaratoria de inconstitucionalidad más allá de los límites del caso específico⁶³. El punto de partida histórico está representado por el llamado principio de relatividad de las sentencias de amparo (también conocido como «fórmula Otero», a partir del nombre de Mariano Otero, «inventor» del recurso de amparo en México), según el cual estas sólo tienen eficacia *inter partes*, protegiendo únicamente a quienes logran un amparo contra leyes.

Una reforma del art. 107 de la Constitución (2011), implementada mediante la nueva Ley de Amparo de 2013 ha derogado parcialmente el carácter restrictivo de este principio: en particular, se establece ahora que, cuando la SCJ determine con sentencia de amparo la inconstitucionalidad de una ley (excepto en materia tributaria) en dos procedimientos separados, esta informará la autoridad correspondiente. Paralelamente, se informará la autoridad cuando, en el marco del amparo directo, la Corte Suprema desarrolle una jurisprudencia⁶⁴, según la cual una disposición (salvo en materia tributaria) es inconstitucional. Transcurrido el plazo de noventa días sin que se haya resuelto el vicio de inconstitucionalidad,

60. Incidente de suspensión de la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, p. 5.

61. Recurso de Reclamación 91/2018-CA (13 de febrero de 2019). Críticamente, SOBERANES DÍEZ, J.M., «La suspensión de las normas generales en las acciones de inconstitucionalidad», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 42, 2020, pp. 418 ss.

62. Art. 105.III.4, Const.

63. Sobre la contrariedad a la limitación de los efectos de las sentencias de amparo, valga por todos FIX-ZAMUDIO, H., «La declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica y el juicio de amparo mexicano», *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 6, 2022, pp. 87-142 y «La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 10-11, 1971, pp. 53-98.

64. Como bien ha recordado PASSAGLIA, P., «Da Tocqueville a Marshall, passando per Kelsen: il sincretismo del sistema messicano di giustizia costituzionale», *DPCE online*, 3, 2020, p. 3587, «la Corte suprema stabilisce una *jurisprudencia* quando conferma la stessa *ratio* in cinque successive decisioni rese in diverse sessioni. Per attribuire efficacia vincolante ad una *ratio* ripetuta, le pronunce debbono essere adottate dal *plenum* con una maggioranza di almeno otto voti su undici oppure da una sezione della Corte con una maggioranza di almeno quattro voti su cinque».

la SCJ podrá pronunciar una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, siempre que sea aprobada con una mayoría de al menos ocho votos (sobre once). La revisión deseada por López Obrador integra la disposición constitucional en cuestión trasponiendo a un nivel normativo «superior» (y más amplio) lo que ya fue introducido por su propia mayoría a través de otra Ley de reforma de la Ley de Amparo (15 de junio de 2024), que a su vez había excluido la posibilidad de otorgar medidas cautelares con efectos generales.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la aprobación de la reforma constitucional no sólo ha exacerbado tensiones políticas y sociales ya existentes, sino que también ha determinado la presentación de numerosos recursos judiciales —en forma de amparo— para frenar su implementación efectiva. En lo que respecta el control de constitucionalidad de las revisiones constitucionales, el derecho positivo parece representar un obstáculo insalvable: en efecto, el art. 61.I de la Ley de Amparo dispone que «el juicio de amparo es improcedente: contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos».

Sin embargo, como ya ha ocurrido en relación con la suspensión de leyes en casos de amparo, el tenor preclusivo de la disposición literal debe leerse en combinación con una jurisprudencia de la SCJ no siempre tan clara al respecto: inicialmente, la SCJ sostuvo que «cuando se impugna el proceso de reforma constitucional no es la Carta Magna, sino los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma, lo que se pone en tela de juicio» con la consecuencia que «aun cuando el proceso de reforma hubiese sido elevado a la categoría de norma suprema, tal situación no podría desconocer la eficacia protectora del juicio de amparo como medio de control constitucional, puesto que de ser así no habría forma de remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el artículo 135 de la Carta Magna ni, por ende, podría restablecerse a los agraviados en los derechos que estiman violados»⁶⁵.

Posteriormente, sin embargo, esta ha cambiado su interpretación, sosteniendo que la revisión constitucional representa una «función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía»⁶⁶. En cualquier caso, el cambio a favor de la no-impugnabilidad no parecía definitivo, ya que el propio TS no había excluido (en abstracto) la posibilidad de que, en un futuro próximo, «todos los Tribunales colegiados se pronuncien sobre la procedencia del juicio de amparo contra una reforma y/o adición a la Constitución Federal en virtud de los vicios del procedimiento legislativo que preceda a su emisión, esto es, por una violación al procedimiento regulado en el artículo 135 de la Norma Fundamental»⁶⁷.

65. Amparo en revisión 1334/98 (*Manuel Camacho Solís v. Congreso de la Unión y otros*). Anteriormente, la SC había admitido el control judicial de las revisiones constitucionales en el Amparo en revisión 2996/96 (*Manuel Camacho Solís v. Congreso de la Unión y otros*).

66. Tesis P./J. 39/2002 (6 de septiembre de 2002), ratificada con Acción de inconstitucionalidad 168/2007 (26 de junio de 2008).

67. Contradicción de tesis 105/2021 (18 de febrero de 2022), §48.

Al mismo tiempo, también ha evidenciado la posibilidad que los recurrentes «consideren en su argumentación la inconventionalidad que se haga valer en contra del numeral en el que se prevé la improcedencia del amparo»⁶⁸, deduciéndose un contraste entre la Constitución y la fuente «superior» representada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en particular el art. 25, que garantiza el derecho a un recurso efectivo contra actos que violen los derechos fundamentales allí reconocidos.

Cabe señalar que, ante la concesión de un (primer) amparo por parte de una jueza de distrito —que ordenó retirar el texto de la reforma del Diario Oficial de la Federación—, el Gobierno reaccionó con la aprobación de una nueva revisión constitucional (31 de octubre de 2024) que establece que «son improcedentes las controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto controvertir las adiciones o reformas a esta Constitución» y que «no procederá el juicio de amparo contra adiciones o reformas a esta Constitución, incluyendo proceso deliberativo, correlativo y debida votación».

En último lugar, es necesario detenerse sobre una reciente propuesta de reforma constitucional presentada en la Cámara de los Diputados de Brasil⁶⁹. Como ya se ha mencionado en relación con Israel y México, también este intento de revisión se inscribe en el marco de un conflicto entre el poder judicial y el poder político y de críticas del segundo hacia el primero. En efecto, más allá de la posibilidad (cuando no necesidad) de mover legítimos reproches a ciertos desarrollos de la función jurisdiccional —sobre todo en relación con actitudes del mismo consideradas impropiaemente «activistas»⁷⁰—, en el contexto brasileño se registra desde hace cierto tiempo un auténtico «acoso y derribo» hacia el ordenamiento judicial, a «strategy of repeated and continual aggressions against the Court in the context of a populist government that has sought to clog up the system of checks and balances»⁷¹.

La tónica de esta reforma no es del todo nueva: ya en 2011 se presentó una propuesta de revisión constitucional⁷² (finalmente no aprobada) que, entre otros aspectos, establecía la posibilidad de «anular» en sede parlamentaria —por mayoría absoluta— el carácter vinculante de las denominadas *súmulas* o sentencias de unificación del Supremo Tribunal Federal (STF) y atribuía al Congreso Nacional el poder de «suspender» —por mayoría de tres quintos— las declaraciones de inconstitucionalidad de enmiendas a la Constitución por parte del STF, remitiendo la decisión final a una consulta popular.

68. *Ibid.*

69. PEC 28/2024 (Proposta de Emenda à Constituição), de 10 de julio.

70. Sobre dicho activismo (si bien considerado en términos positivos), SACCOLITI, F., «Pro-Active Judicial Review: Countering Authoritarian Populism in Modern Democracies», *Federalism.it*, 1, 2025, pp. 111-137.

71. SALOMÃO LEITE, G., «Passiveness, Activism and Constitutional Bullying: The Supreme Federal Court and Brazil's Fragile Rule of Law», *ICL Journal*, 17(3), 2023, p. 245.

72. PEC 33/2011 (Proposta de Emenda à Constituição), de 25 de mayo. Dicha propuesta también proponía cambiar el número mínimo de votos necesarios en los Tribunales colegiados para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pasando de una mayoría absoluta a otra de cuatro quintos.

Ambas propuestas se inscriben, a su vez, en un marco institucional más amplio, el de una forma de gobierno de corte (hiper)presidencialista que, a pesar de la derivación teórica de la forma de gobierno de los Estados Unidos, en (casi) nada puede equipararse a este último, ni en términos formales ni en lo que concierne su aplicación concreta⁷³. En este sentido, la distancia entre ambos modelos —en una reflexión que bien puede extenderse a buena parte de los presidencialismos latinoamericanos⁷⁴— se puede observar a partir de un triple orden de factores:

- 1) la presencia o ausencia de una sólida tradición constitucional «de partida», fruto del origen de los respectivos ordenamientos institucionales y del opuesto desarrollo histórico: democrático y *balanced*, desde 1787, en el caso estadounidense; objeto de innumerables crisis y, en ocasiones, duraderos regímenes dictatoriales, en relación con muchos Estados de América Latina⁷⁵;
- 2) la configuración de las instituciones y la evolución de un sistema equilibrado de separación de poderes y control recíproco entre ellos (*checks and balances*), mucho más estables y consolidados en los Estados Unidos, si bien es cierto que, también en este último caso, recientemente han empezado a vislumbrarse algunas fisuras y momentos de ruptura⁷⁶;
- 3) la combinación entre partidos políticos, Parlamentos y fórmula electoral, con leyes electorales latinoamericanas de cariz y efectos proporcionales que generan Asambleas legislativas fragmentadas y polarizadas que el Presidente de la República —elegido, cada vez con mayor frecuencia, por su carisma personal y no por ser el líder de una fuerza política estructurada entre el electorado— no consigue controlar, lo que favorece el «choque de trenes» entres dos poderes dotados de la misma legitimación popular.

Respecto del contenido del proyecto brasileño de revisión constitucional en trámite, se prevé que «en las decisiones del Supremo Tribunal Federal, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, ya sea en casos concretos o abstractos, si

73. Recuerda VOLPI, M., «Le molte facce del presidenzialismo», *DPCE online*, 1, 2023, p. 767, que «nella maggioranza degli Stati latinoamericani, [...] si è avuta quindi una degenerazione “presidenzialista”, caratterizzata dalla preminenza del Presidente, talvolta fondata sul ruolo di un partito egemone e sul sostegno dell’esercito, a fronte di una debolezza del Parlamento e degli organi di garanzia e in qualche caso di un sistema politico multipartitico».

74. MEZZETTI, L., «I presidenzialismi latinoamericani: scenari critici e prospettive evolutive», *DPCE online*, 1, 2023, pp. 799-814.

75. CECCHERINI, E., «Le democrazie incerte in America Latina. Le ragioni di un mancato consolidamento», *DPCE online*, 3, 2020, pp. 4057-4078 y MEZZETTI, L., *Le democrazie incerte*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 331 ss.

76. D’IGNAZIO, G., «La forma di governo presidenziale negli Stati Uniti: gli effetti della Presidenza Trump», *DPCE online*, 1, 2023, pp. 785-798 y PIERINI, A., «Il presidenzialismo statunitense tra polarizzazione politica e conflitti istituzionali: verso un mutamento dei tradizionali paradigmi classificatori?», *Federalismi.it*, 27, 2022, pp. 91-130.

el Congreso Nacional considera que la decisión excede el ejercicio propio de la función judicial y crea nuevas disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto, podrá suspender sus efectos con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada una de sus Cámaras legislativas, por un período de dos años prorrogable una sola vez por otro período igual».

En paralelo, también se establece que, de ejercer el Congreso dicha prerrogativa, el STF tendrá en todo caso la última palabra, pudiendo confirmar la decisión «revocada» por el poder legislativo con una mayoría de cuatro quintos de sus componentes. Enmarcada en la historia del constitucionalismo brasileño, la propuesta retrotrae las agujas del reloj a un pasado sombrío: el de la Constitución de 1937 (la denominada «Polaca»), sobre la que se asentó el régimen dictatorial del *Estado Novo* de Getúlio Vargas y cuyo texto contemplaba una disposición análoga⁷⁷.

El debate sobre el contenido «abstracto» de esta tipología de mecanismo jurídico no es del todo nuevo, como bien demuestra el debate sobre la *notwithstanding clause* del art. 33 de la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades de 1982. En concreto, esta cláusula establece que el Legislador federal o de una Provincia tiene la facultad de limitar la aplicación de las disposiciones sobre derechos fundamentales, durante un período de tiempo de cinco años (prorrogable por otros cinco), siempre que especifique en un acto formalizado la voluntad política de establecer una excepción temporal a los arts. 2 y 7 a 15 de la Carta. Como ha destacado la doctrina, este peculiar instrumento representa una suerte de gigante dormido dentro de la Carta, en general tranquilo y no «amenazante» —a raíz de su escasa aplicación— pero, al mismo tiempo, todavía capaz de cambiar significativamente el panorama constitucional y legislativo de Canadá en caso de ser «despertado» a través de una utilización que, en realidad, ha sido implementada en pocas ocasiones⁷⁸.

Además, la simple existencia «abstracta» y el funcionamiento de dicha cláusula en el ordenamiento de Canadá no son de por sí suficientes para tener la garantía de que un posible trasplante —descontextualizado, por cierto— no producirá una crisis de rechazo⁷⁹. Es más: correctamente se ha puesto en evidencia que la *notwithstanding clause* en tanto puede insertarse «harmónicamente»

77. Cfr. SANTOS CUNHA, B., BORGES ULIANO, A., «Taming the Brazilian Supreme Court, *Verfassungsblog.de*, 20 noviembre de 2024, quienes afirman, no obstante, que «the experience during the Vargas regime was significantly different, including the fact that Congress was closed, and the overridden powers were exercised monocratically by the dictatorial head of the Executive branch».

78. BILLINGSLEY, B., «Section 33: The Charter's Sleeping Giant», *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 21, 2002, p. 331 y KAHANA, T., «The Notwithstanding Clause in Canada: The First Forty Years», *Osgoode Hall Law Journal*, 60(1), 2023, pp. 1-72.

79. Vid. DIXON, R., LANDAU, D., *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 36, quienes expresan perfectamente el concepto a través de la idea del «préstamo» constitucional abusivo (*abusive constitutional borrowing*) como «use of designs, concepts, and principles taken from core aspects of liberal democratic constitutionalism, but which are turned into attacks on the minimum core of electoral democracy».

en un contexto normativo y funcionar sin sobresaltos en cuanto el sistema de referencia se caracterice por una forma de *weak judicial review* (control judicial «débil»), en contraposición a un control judicial «fuerte» (*strong judicial review*)⁸⁰. Todo ello sin olvidar que la presencia de sistemas de *weak judicial review* debe necesariamente caracterizarse por una aceptación mutua del complejo equilibrio entre poder judicial y poderes políticos, descansando «on a particular commitment on the part of legislators to constitutional values»⁸¹, ya que de lo contrario «weak-form systems with legislators not committed to constitutional values might override judicial interventions too readily, re-establishing a system of parliamentary supremacy»⁸².

En el caso de Brasil, la Constitución de 1988 ha diseñado un sistema judicial (muy) fuerte, con un control de constitucionalidad difuso —cada Juez puede declarar la inaplicabilidad de una norma jurídica en el caso de considerarla contraria a la Constitución— y la posibilidad de promover acciones individuales para la protección «directa» de derechos fundamentales (*mandados de segurança*); a ello, añádasele también la notable caracterización del texto constitucional en el sentido de un reconocimiento fuerte de varios derechos sociales —«blindados» a través de la cláusula pétrea del art. 60.4.III— y de la paralela justiciabilidad de los mismos⁸³. Por ello, se ha afirmado en consecuencia que introducir dicha cláusula en el ordenamiento brasileño «would embody a completely disruption in a strong-type judicial review system that is functioning quite properly in order to safeguard fundamental rights entrenched in the Constitution»⁸⁴.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES COMPARADAS: POPULISMO, REGRESIÓN DEMOCRÁTICA Y «RESISTENCIA» JUDICIAL

La homogeneidad de las vicisitudes descritas en relación con los medios empleados para reformar el sistema judicial en Israel, México, Pakistán y Brasil también se traduce en la existencia de un *fil rouge* acerca de los efectos perseguidos (y, en algunos casos, lamentablemente conseguidos): el de una utilización populista «de libro» de las categorías tradicionales del Derecho constitucional, sobre todo en una perspectiva de «parasitismo constitucional», es decir con el objetivo de alterar «the equilibrium between the majoritarian and counter-majoritarian parts of the constitution, to change the axiological hierarchies on which the cons-

80. TUSHNET, M., «Alternative Forms of Judicial Review», *Michigan Law Review*, 101, 2003, p. 2781.

81. TUSHNET, M., «Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures», *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2(1), 2004, p. 7.

82. *Ivi*, p. 23.

83. PIOVESAN, F., «Brazil. Impact and Challenges of Social Rights in the Courts», en M. LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 182-191.

84. DINIZ ARAÚJO, L.E., «Does Brazil need a notwithstanding clause?», *Revista de Investigações Constitucionais*, 9(2), 2022, p. 337.

titution is based»⁸⁵. En este sentido, el enfoque populista se manifiesta en toda su intensidad, cuando contraponen «dos grupos homogéneos y antagónicos, el pueblo puro y la élite corrupta»⁸⁶, el «nosotros» del cuerpo electoral (soberano) al «ellos» de las instituciones —en este caso judiciales, percibidas como elitistas y alejadas de la realidad social— y «rifiuta con fermezza l'esistenza di principi assiologicamente superiori al volere manifestato dal corpo elettorale, delegittimando in varie forme l'azione contro-maggioritaria affidata alle istituzioni di garanzia»⁸⁷.

Inmersos en dicha lógica demagógica, el ataque sistemático al poder judicial —llevado hasta el extremo de alterar su composición estructural—, que es por naturaleza independiente, lamentablemente no sorprende, debido a que «independent judges and courts are understood as an illegitimate constraint on majority rule, and hence legal means are to be employed to counter this situation»⁸⁸. Se trata, por el contrario, de consolidar, en una lógica de *extreme majoritarianism*⁸⁹, una especie de poder «revolucionario» permanente destinado a sobrevivir aunque desaparezca la mayoría político-parlamentaria que al mismo dio origen⁹⁰: de ahí el uso de la norma jurídica de rango constitucional (y no de la «simple» ley ordinaria) para la implementación de reformas que, al eliminar *hic et nunc* los contrapesos a la acción de la mayoría, perpetúen su «tiranía»⁹¹, en manos de órganos ejecutivos monocráticos y, en general, del poder político. El modelo aplicado es, por tanto, el de las denominadas democracias. iliberales, en las que «le elezioni sono formalmente *free and fair*, ma il potere è concentrato nelle mani dell'esecutivo, il quale spesso estende la propria influenza sulla magistratura e sugli organi di giustizia costituzionale, con effetti particolarmente negativi sulla tutela dei diritti e delle libertà»⁹².

El escenario comparado que hemos descrito muestra una variedad de situaciones normativas a disposición: reformas aprobadas pero anuladas en sede judi-

85. MARTINICO, G., *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 171.

86. SALVADOR MARTÍNEZ, M., «Populismo y crisis del Estado democrático de Derecho», en FAGGIANI, V. (dir.), GARRIDO CARRILLO, F.J. (coord.), *Independencia judicial y crisis del Estado de derecho en perspectiva comparada y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 58. La referencia a la corrupción no está del todo destituida de fundamento: véase, en el caso de México, BORRERO ESTRADA, F., «Estudio sobre redes familiares y clientelares en el Consejo de la Judicatura Federal», *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 1(26), 2018, pp. 159-191.

87. GIANELLO, S., ZICCHITTU, P., «Interpretazione costituzionale e populismo: una comparazione tra Italia e Ungheria», *DPCE online*, 4, 2020, p. 4548.

88. BLOKKER, P., «Populism as a Constitutional Project», *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2019, p. 547.

89. URBINATI, N., «Populism and the Principle of Majority», en C. ROVIRA KALTWASSER, P.A. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 537.

90. Recuérdense al respecto las palabras de ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas* [1930], Ciudad de México, 2010, p. 130: «una revolución no dura más de quince años, período que coincide con la vigencia de una generación».

91. Cfr. ROZNAI, Y., «Clownstitutionalism: Making a Joke of the Constitution by Abuse of Constituent Power», *Jurídica Ibero*, 15, 2023, p. 87.

92. DE VERGOTTINI, G., «Quali costituzionalismi?», *Percorsi costituzionali*, 3, 2022, p. 557.

cial (Israel); reformas definitivamente en vigor y ya productivas de efectos jurídicos (Pakistán y México) y proyectos de reformas todavía en tramitación en sede parlamentaria (Brasil y, en cierto modo, también Israel). En todos los casos, el contexto institucional en el que han surgido y las indisimuladas razones políticas que han llevado a las mismas han marginalizado cualquier tipo de debate sobre interesantes cuestiones específicas: el control judicial de razonabilidad (en relación con el activismo judicial)⁹³, el enjuiciamiento constitucional de reformas de la propia Constitución⁹⁴ o la posible previsión de formas de *weak judicial review*⁹⁵. En efecto, en vez de llevar a la atención doctrinal el debate sobre estas cuestiones en escenarios político-institucionales «sosegados», se ha decidido hacerlo de forma «muscular» y abrir la caja de Pandora de la reforma constitucional con claros intentos sancionadores hacia el poder judicial, perdiendo con ello toda legitimidad y bondad de intenciones.

¿Es esta situación de degradación de la independencia judicial entonces irreversible? A pesar del tono sombrío y pesimista inicial, creemos que todavía queda un espacio razonable para la esperanza y que, de acuerdo con el ya mencionado principio de homogeneidad en la comparación jurídica, el poder judicial puede encontrar un puerto seguro para su «resistencia» en el debate —cada vez más objeto de atención doctrinal— sobre la justiciabilidad de las reformas constitucionales inconstitucionales⁹⁶ que, a su vez, se fundamenta sobre la existencia de prohibiciones absolutas a determinadas modificaciones de la Carta Magna, de acuerdo con la *basic structure doctrine*.

En el caso de Israel, la anulación de la reforma de la Ley Fundamental sobre el poder judicial descansa explícitamente sobre esta teoría⁹⁷, lo que implica la imposibilidad de modificar —siquiera a través de una reforma (concretamente) constitucional— disposiciones supremas del ordenamiento que representan la base sobre la que se fundamenta el moderno Estado democrático de Derecho. Defendiendo este último, el TS también se defiende a sí mismo erigiendo, a través de la creación de auténticos principios pétreos, una barrera infranqueable para frenar peligrosas embestidas políticas contra la independencia judicial.

93. Cfr. DOTAN, Y., «Judicial Accountability in Israel: The High Court of Justice and the Phenomena of Judicial Hyperactivism», *Israeli Affairs*, 8(4), 2002, pp. 87-106 y SHAKED, M., «Notes on the Reasonableness Standard in Administrative Law», *Mishpatim (Hebrew University Law Review)*, 12, 1982, pp. 102 ss. La necesidad de repensar a nivel general el uso de la doctrina de la razonabilidad —si bien no por vía de una reforma legislativa (como se ha intentado)— también ha sido expresada por Noam Sohlberg, Magistrado del TS desde 2012: véanse <<https://www.timesofisrael.com/judge-who-inspired-reasonableness-bill-says-he-didnt-intend-legislative-changes/>> (17 de julio de 2023) y <<https://www.timesofisrael.com/the-coalition-says-its-reasonableness-bill-is-backed-by-top-judge-sohlberg-is-it/>> (12 de julio de 2023).

94. RAGONE, S., *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012.

95. Sobre este debate, DIXON, R., «The forms, functions, and varieties of weak(ened) judicial review», *International Journal of Constitutional Law*, 17(3), 2019, pp. 904-930.

96. Sobre los orígenes de esta teoría, ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

97. *Movement for Quality Government v. Knéset*, cit., §§60 ss.

En relación con México, cabe destacar que, con sentencia de 5 de noviembre de 2024, la SCJ ha rehusado pronunciarse sobre el contenido material de la constitucionalidad de la reforma judicial⁹⁸ y, por lo tanto, también ha eludido el ejercicio de un control de convencionalidad que necesariamente va aparejado al primero⁹⁹. No obstante, quizá quede todavía a disposición en un futuro próximo la posibilidad de una decisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *En efecto*, fuertes preocupaciones sobre la independencia judicial han sido expresadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en audiencia pública (12 de noviembre de 2024) a raíz de la queja interpuesta por jueces y personal del Poder Judicial. Al respecto, recuérdese que dicha Comisión es el único sujeto legitimado —junto a los Estados— a someter un caso a la decisión de la Corte por vulneración de los derechos recogidos en la CADH¹⁰⁰.

Finalmente, respecto de Pakistán y Brasil, es interesante detenerse sobre las características «locales» de la *basic structure doctrine*. En el ordenamiento brasileño, el art. 60.4 de la Constitución declara literalmente que no podrá *ser* objeto de deliberación la propuesta de enmienda (constitucional) que tienda a abolir: i) la forma federativa del Estado; ii) el voto directo, secreto, universal y periódico; iii) la separación de los Poderes; iv) los derechos y garantías individuales. Si bien nada se dice acerca de un posible control judicial sobre reformas constitucionales que intenten modificar dichos principios, desde 1991 el STF admite la posibilidad de enjuiciar —en términos abstractos (*a priori*) y concretos (*a posteriori*)— el contenido de dichas modificaciones¹⁰¹: más en detalle, al tratarse de un poder constituyente secundario o derivado (es decir, que incide sobre el texto de una Constitución que ya existe), «procedures to introduce constitutional changes, are expression of an instituted constituent power, thus limited by nature [...]», lo que conlleva que «constitutional changes deriving from a revision are subject to judicial control and scrutiny as regard the petrous clauses»¹⁰².

98. *Vid.* el Comunicado de prensa No. 370/2024: «Si bien una mayoría de siete ministras y ministros se pronunció en favor de la procedencia de las acciones analizadas, al no contarse con la votación calificada de ocho votos necesaria para invalidar diversos preceptos contemplados en el proyecto de resolución, el Pleno del Máximo Tribunal Constitucional desestimó los conceptos de invalidez», lo que «no implica que se haga pronunciamiento alguno sobre su validez».

99. *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman v. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, 20 de marzo de 2013, §88: «la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria».

100. *Vid.* art. 61.

101. ADIMC 466/91 DF.

102. ADIMC 981-8/600/93 PR, Dec. 93 (citado por SCOTTI, V.R., «Constitutional amendments and constitutional core values: the Brazilian case in a comparative perspective», *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(3), 2018, p. 70).

Por último, otra vez en el caso de Pakistán, aunque el texto de la Constitución no reconoce de forma expresa la existencia de cláusulas pétreas, es de destacar el rol «innovador» jugado por el TS al respecto. En efecto, si bien en el asunto *Mahmood Khan Achakzai v. Federation of Pakistan*¹⁰³ el TS sostuvo que la Carta constitucional de 1973 no contemplaba una *basic structure doctrine*, al mismo tiempo señaló que todas las Constituciones pakistaníes compartían el mismo Preámbulo, basado en la *Objectives Resolution* adoptada por la Asamblea Constituyente de Pakistán el 12 de marzo de 1949. De ello se desprende que el Parlamento era libre de modificar cualquier parte de la Constitución «as long as salient features and basic characteristics of the Constitution [...] are untouched and are allowed to remain intact as they are»¹⁰⁴; entre dichos elementos troncales inmodificables el TS menciona el modelo federal, la democracia parlamentaria y las disposiciones islámicas, incluida la independencia del poder judicial¹⁰⁵.

En conclusión, no hay que perder la fe en la capacidad de resiliencia del poder judicial, por muy difícil que sea continuar a creer con optimismo en ella en estos tiempos convulsos y en muchos ordenamientos jurídicos. Israel nos demuestra que es posible enfrentar reformas «punitivas» de la judicatura y salir victoriosos de esta batalla a través de una escrupulosa aplicación del Derecho constitucional y de una opinión pública que ha demostrado tener profunda conciencia de lo que estaba sucediendo, movilizándose para defender su propia democracia y Estado de derecho¹⁰⁶; ojalá en los otros Estados mencionados el camino y el resultado final sean los mismos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR AGUILAR, A.A., *Subverting Judicial Legitimacy: Presidential Rhetoric and Democratic Erosion in Mexico*, CEU DI Working Papers 2024/23.
- BARAGGIA, A., «Tensioni e torsioni nel rapporto tra Corti e Legislatori: i casi di Mongolia e Israele», *DPCE online*, núm. especial 1, 2025, pp. 589-609.
- BARAK, A., «A Constitutional Revolution: Israel's Basic Laws», *Constitutional Forum*, 4, 1992-1993.
- BARAK, A., «Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy», *Harvard Law Review*, 116(16), 2002, pp. 19-162.
- BARAK-EREZ, D., «Israeli Administrative Law at the Crossroads: Between the English and American Model», *Israeli Law Review*, 40(1), 2008, pp. 56-71.
- BIGLINO CAMPOS P., «Los retos a la independencia judicial», en M. ARAGÓN REYES, D. VALADÉS, J. TUDELA ARANDA (eds.), *Derecho constitucional del siglo XXI*:

103. PLD 1997 SC 426.

104. *Ivi*, §56.

105. *Ibid.*

106. *Vid.* SHINAR, A., «Constitutional Overhaul, the War in Gaza, and the Puzzle of Civic Mobilization in Israel», *German Law Journal*, 26(1), 2025, pp. 1-21.

- desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023, pp. 377-396.
- BILLINGSLEY, B., «Section 33: The Charter's Sleeping Giant», *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 21, 2002, pp. 331-346.
- BLOKKER, P., «Populism as a Constitutional Project», *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2019, pp. 535-553.
- BORREGO ESTRADA, F., «Estudio sobre redes familiares y clientelares en el Consejo de la Judicatura Federal», *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 1(26), 2018, pp. 159-191.
- CAMPELLI, E., «Reasonableness Standard Bill in Israele: soluzione o involuzione?», *DPCE online*, 61(4), 2023, pp. 3169-3185.
- CECCHERINI, E., «Le democrazie incerte in America Latina. Le ragioni di un mancato consolidamento», *DPCE online*, 3, 2020, pp. 4057-4078.
- CHEEMA, M., KHAN CHEEMA, M., «Fractured Foundations and Pakistan's Kafkaesque Constitutional Amendment», *Verfassungsblog.de*, 21 de octubre de 2024.
- CHEEMA, M.H., «The "Chaudhry Court": Deconstructing the "Judicialization of Politics" in Pakistan», *Washington International Law Journal*, 25, 2016, pp. 447-487.
- CHEEMA, M.H., «Two steps forward one step back: The non-linear expansion of judicial power in Pakistan», *International Journal of Constitutional Law*, 16(2), 2018, pp. 503-526.
- CLARK, T.S., «The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy», *American Journal of Political Science*, 53(4), 2009, pp. 971-989.
- DE VERGOTTINI, G., «Comparazione e diritto costituzionale», *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2, 2018.
- DE VERGOTTINI, G., «Quali costituzionalismi?», *Percorsi costituzionali*, 3, 2022, pp. 557-559.
- DE VERGOTTINI, G., *Diritto costituzionale comparato*, CEDAM, Padova, 2022.
- DÍEZ-PICAZO, L.M., «Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, pp. 19-39.
- D'IGNAZIO, G., «La forma di governo presidenziale negli Stati Uniti: gli effetti della Presidenza Trump», *DPCE online*, 57(1), 2023, pp. 785-798.
- DINIZ ARAÚJO, L.E., «Does Brazil need a notwithstanding clause?», *Revista de Investigações Constitucionais*, 9(2), 2022, pp. 329-345.
- DIXON, R., «The forms, functions, and varieties of weak(ened) judicial review», *International Journal of Constitutional Law*, 17(3), 2019, pp. 904-930.
- DIXON, R., LANDAU, D., *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 23-35.
- DIXON, R., LANDAU, D., *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- DORNER, D., «Does Israel Have a Constitution?», *Saint Louis University Law Journal*, 43(4), 1999, pp. 1325-1336.
- DOTAN, Y., «Israel's Constitutional Moment», *Israel Law Review*, 56(3), 2023, pp. 521-540.

- DOTAN, Y., «Judicial Accountability in Israel: The High Court of Justice and the Phenomena of Judicial Hyperactivism», *Israeli Affairs*, 8(4), 2002, pp. 87-106.
- DRISCOLL, A., NELSON M.J., «Judicial Selection and the Democratization of Justice. Lessons from the Bolivian Judicial Elections», *Journal of Law And Courts*, 3(1), 2015, pp. 115-148.
- FAGGIANI, V., «¿Hacia una revisión de los Consejos de Justicia? Propuestas de reforma y estándares europeos», en V. FAGGIANI (dir.), F.J. GARRIDO CARRILLO (coord.), *Crisis del Estado de derecho. La revisión de la independencia y del gobierno del poder judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 113-154.
- FAGGIANI, V., «Los Consejos de Justicia ante la involución del Estado de derecho: perspectivas de reforma interna y estándares supranacionales», *Revista de Derecho Político*, 123, 2025, pp. 251-277.
- FIX-ZAMUDIO, H., «La declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica y el juicio de amparo mexicano», *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 6, 2022, pp. 87-142.
- FIX-ZAMUDIO, H., «La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 10-11, 1971, pp. 53-98.
- GAROUPA, N., GINSBURG, T., «Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence», *American Journal of Comparative Law*, 57, 2009, pp. 103-134.
- GIANELLO, S., ZICCHITTU, P., «Interpretazione costituzionale e populismo: una comparazione tra Italia e Ungheria», *DPCE online*, 4, 2020, pp. 4545-4581.
- GROPPI, T., «“Judicial overhaul” e regressione democratica in Messico», [Federalismi.it](#), 23, 2024, pp. iv-xii.
- KAHANA, T., «The Notwithstanding Clause in Canada: The First Forty Years», *Osgoode Hall Law Journal*, 60(1), 2023, pp. 1-72.
- KALHAN, A., «“Gray Zone” Constitutionalism and the Dilemma of Judicial Independence in Pakistan», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 46(1), 2013, pp. 1-96.
- KHAN, H., *A history of the judiciary in Pakistan*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- LANDAU, D., «Abusive Constitutionalism», *U.C. Davis Law Review*, 47, 2013, pp. 189-260.
- LURIE, G., «The Invisible Safeguards of Judicial Independence in the Israeli Judiciary», *German Law Journal*, 24, 2023, pp. 1449-1668.
- MALIK, A., «Pakistan in 2013: A Milestone in Democratic Transition», *Asian Survey*, 54(1), 2014, pp. 177-189.
- MARTINICO, G., *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- MEZZETTI, L., «I presidenzialismi latinoamericani: scenari critici e prospettive evolutive», *DPCE online*, 1, 2023, pp. 799-814.
- MEZZETTI, L., *Le democrazie incerte*, Giappichelli, Torino, 2000.
- MILIONE, C., «Estado de derecho y derecho a la independencia judicial: un binomio insoslayable», *Estudios de Deusto*, 72(1), 2024, pp. 21-51.
- NAVOT, S., «An Overview of Israel’s “Judicial Overhaul”: Small Parts of a Big Populist Picture», *Israel Law Review*, 56, 2023, pp. 482-501.

- NEUDORF, L., *The Dynamics of Judicial Independence A Comparative Study of Courts in Malaysia and Pakistan*, Springer, Cham, 2017, pp. 125-219.
- NEWBERG, P.R., *Judging the state: courts and constitutional politics in Pakistan*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- OLIVETTI, M., «Le elezioni messicane del 2 giugno 2024: consolidamento della democrazia pluralistica o antepresa dell'erosione democratica?», *Federalismi.it*, 15, 2024, pp. iv-xv.
- ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas* [1930], Ciudad de México, 2010.
- PETROV, J., «How to Detect Abusive Constitutional Practices», *European Constitutional Law Review*, 2024, pp. 191-221.
- PIERDOMINICI, L., *Evoluzioni, Rivoluzioni, Involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, CEDAM, Padova, 2022.
- PIERINI, A., «Il presidenzialismo statunitense tra polarizzazione politica e conflitti istituzionali: verso un mutamento dei tradizionali paradigmi classificatori?», [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 27, 2022, pp. 91-130.
- PIOVESAN, F., «Brazil. Impact and Challenges of Social Rights in the Courts», en M. LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 182-191.
- RAGONE, S., BRITO MELGAREJO, R., «La riforma messicana del potere giudiziario: analisi contestuale e comparata», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2024, pp. 895-921.
- RAGONE, S., *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012.
- RÍOS FIGUEROA, J., «El poder judicial ante el populismo y la erosión democrática. El caso de México, 2018-2021», *Revista de Estudios Políticos*, 198, 2022, pp. 187-217.
- RIVERA LEÓN, M.A., «De directores y orquestas: análisis comparado de la posición institucional del Consejo de la Judicatura Federal en México», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 159, 2020, pp. 1139-1179.
- RODRÍGUEZ, M.R., SOBERANES DÍEZ, J.M. (eds.), *Las medidas cautelares en los procesos constitucionales*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2022.
- ROZNAI, Y., «Clownstitutionalism: Making a Joke of the Constitution by Abuse of Constituent Power», *Jurídica Ibero*, núm. 15, 2023, pp. 51-98.
- ROZNAI, Y., COHEN, A., «Populist Constitutionalism and the Judicial Overhaul in Israel», *Israel Law Review*, 56, 2023, pp. 502-520.
- ROZNAI, Y., DIXON, R., LANDAU, D., «Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel», *Israel Law Review*, 56, 2023, pp. 292-304.
- ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- SACCOLITI, F., «Pro-Active Judicial Review: Countering Authoritarian Populism in Modern Democracies», [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 1, 2025, pp. 111-137.
- SADOWSKI, P., «Israel - In Search of Constitutional Common Sense», *Review of European and Comparative Law*, 55(4), 2023, pp. 243-260.

- SALOMÃO LEITE, G., «Passiveness, Activism and Constitutional Bullying: The Supreme Federal Court and Brazil's Fragile Rule of Law», *ICL Journal*, 17(3), 2023, pp. 233-250.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M., «Populismo y crisis del Estado democrático de Derecho», en V. FAGGIANI (dir.), F.J. GARRIDO CARRILLO (coord.), *Independencia judicial y crisis del Estado de derecho en perspectiva comparada y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 45-82.
- SANTOS CUNHA, B., BORGES ULIANO, A., «Taming the Brazilian Supreme Court», [Verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de), 20 noviembre de 2024.
- SCOTTI, V.R., «Constitutional amendments and constitutional core values: the Brazilian case in a comparative perspective», *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(3), 2018, pp. 59-76.
- SHAFQAT, S., *Civil-military relations in Pakistan: from Zulfikar Ali Bhutto to Benazir Bhutto*, Westview, Boulder, 1997.
- SHAKED, M., «Notes on the Reasonableness Standard in Administrative Law», *Mishpatim (Hebrew University Law Review)*, 12, 1982, pp. 102 ss.
- SHETRETT, S., CHODOSH, H. (eds.), *Judicial Independence: Cornerstone of Democracy*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2024.
- SHINAR, A., «Constitutional Overhaul, the War in Gaza, and the Puzzle of Civic Mobilization in Israel», *German Law Journal*, 26(1), 2025, pp. 1-21.
- SOBERANES DÍEZ, J.M., «La suspensión de las normas generales en las acciones de inconstitucionalidad», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 42, 2020, pp. 409-424.
- TARCHI, R., «Le “democrazie illiberali” nella prospettiva comparata: verso una nuova forma di stato? Alcune riflessioni di sintesi», *DPCE online*, 3, 2020, pp. 4155-4187.
- TONIATTI, R., «Israele: una Costituzione a tappe», *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 1977, pp. 510-535.
- TONIATTI, R., «L'identità costituzionale di Israele: un *work in progress*, fra *judicial activism* della Corte suprema e insidie illiberali della democrazia elettorale», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2024, pp. 87-126.
- TUSHNET, M., «Alternative Forms of Judicial Review», *Michigan Law Review*, 101, 2003, pp. 2781-2802.
- TUSHNET, M., «Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures», *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2(1), 2004, pp. 7-23.
- URBINATI, N., «Populism and the Principle of Majority», en C. ROVIRA KALTWASSER, P.A. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 571-589.
- VIDAL MARÍN, T., «Independencia judicial y composición de los Consejos Superiores de la Magistratura», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 3, 2008.
- VOLPI, M., «Le molte facce del presidenzialismo», *DPCE online*, 1, 2023, pp. 765-784.
- WEBER, A., «La independencia del poder judicial como pilar del Estado de derecho», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. especial 1, 2024.

WEILL, R., «The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath: On Judicially-led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding», *Law & Ethics of Human Rights*, 14(2), 2020, pp. 227-272.

YAP, P.J., *Courts and democracies in Asia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

SECCIÓN III
LA UNIÓN EUROPEA EN LA
SALVAGUARDIA DEL ESTADO
DE DERECHO

Capítulo VII

THE EVOLUTION OF THE PRINCIPLE OF THE *RULE OF LAW* IN THE EU FROM THE «COMMUNITY BASED ON THE RULE OF LAW» TO THE UNION OF VALUES

Barbara Guastaferrò

Full Professor of comparative public law
University Federico II, Naples

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. A «COMMUNITY BASED ON THE RULE OF LAW». III. THE «EXOGENOUS VARIABLES» EXTENDING THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF THE *RULE OF LAW*: PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND RESPECT FOR COMMON VALUES. IV. POLITICAL AND JUDICIAL INSTRUMENTS TO SANCTION BREACHES OF THE RULE OF LAW. V. THE REGULATION ON BUDGETARY CONDITIONALITY. VI. THE «EUROPEAN CONSTITUTIONAL IDENTITY» CONSTRUED BY THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE ON THE BASIS OF ART. 2 TEU. VII. WHICH FUTURE FOR THE PROTECTION OF THE RULE OF LAW? 7.1 The possibility to invoke a self-standing infringement of Art. 2 TEU. 7.2 The proposals to amend the treaties introduced by the European Parliament to protect the rule of law.

I. INTRODUCTION

The European Union (EU) has been considered for a long time a legal order endowed with *rule of law without democracy*¹. Its constitutionalization, indeed, has been characterized by the primacy of law over politics, and has been basically driven by the protection of rights and the separation of powers, rather than

1. HABERMAS, J., «On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy», *European Journal of Philosophy*, 1995, p. 12 ss; MENY, Y., «Can Europe be Democratic? Is it Feasible? It is Necessary? Is the Present Situation Sustainable?», *Fordham International Law Journal*, vol. 34, 5, 2011, pp. 1287-1303.

by the existence of an authentic *demos* or of a fully-fledged *Constitution*. Nevertheless, and interestingly enough, the populist drift in some of the Member States of the Union, as well as their «constitutional regression»², prompted the idea that *democracy* can exist *without* the principle of the *rule of law*. Just to give an example, the choice of Hungary and Poland to opt for the regime of the so-called «illiberal democracies» sacrificed two pillars of liberal constitutionalism — such as the separation of powers and the right of freedom — in the name of the power of the majority and on behalf of popular consensus, declined in the forms of populism³. In a similar vein, the choice of the Visegrad group⁴ — which adds the Czech Republic and Slovakia to Poland and Hungary — to oppose the relocation of migrants during the migration crisis of 2015-2016, overtly infringed upon two principles explicitly provided by the treaties, namely the principles of solidarity among the Member States of the Union and the principle of loyal cooperation informing the relation between the Union and its Member States. These phenomena, although varied and not always comparable to each other, strongly undermined the values of the Union enshrined in Article 2 TEU, among which the principle of the rule of law is included, and prompted the European Union to address the problem of how to deal with the so-called «rule of law backsliding»⁵ in some of its Member States. Indeed, the only political instrument expressly provided for by the Treaties to sanction any systematic violations of the values of the Union, namely Article 7 TEU, already proved its inadequacy⁶,

2. The «constitutional retrogressions» unlike «authoritarian regressions» — which involve sudden regime changes driven, for instance, by coups d'état — are slow and incremental processes that affect three cornerstones of democracy: the quality of elections, the rule of law, and the freedoms of expression and association. See HUQ, A., GINSBURG, T., «How to Lose a Constitutional Democracy», *UCLA Law Review*, 65, 1, 2018, 83.

3. FROSINI, T.E., «La dimensione costituzionale del consenso popolare», [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), paper, 13 July 2022, pp. 2-3. AMATO, G., BARBISAN, B., PINELLI, C. (eds.), *Rule of Law vs. Majoritarian Democracy*, Hart, Oxford, 2021, warn against the risks to the rule of law — and to the courts that serve as its main interpreters — posed by political systems that place «nothing above the will of the people» (translation by the Author).

4. DI GREGORIO, A., «La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?», *DPCE*, 1/2022, p. 126. With respect to this issue, *ex multis*, see GROPPI, T., CARLINO, V., MILANI, G., (eds.), «Framing and Diagnosing Constitutional Degradation: A Comparative Perspective», *Consulta OnLine*, 2022.

5. The expression is present in MÜLLER, J.W., «Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?», *European Law Journal*, Vol. 21, 2, 2015, pp. 141-160 and was subsequently taken up by PECH, L., SCHEPPELE, K.L., «Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, 2017, 3 ss. On the rule of law backsliding in the cases of Hungary, Poland and Romania see also FAGGIANI, V., «Rule of Law Backsliding y libertad de expresión en la UE», *Il diritto dell'Unione Europea*, 3-4, 2021.

6. On the inefficiency of the instruments currently provided for by the Treaties, *ex multis*, see PECH, L., «The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox», *RECONNECT Working Paper* No. 7, March 2020. Among those who call for the introduction of systemic infringement procedures see SCHEPPELE, K.L., KOCHENOV, D.V., GRABOWSKA-MOROZ, B., «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*, Vol. 39, 2020, pp. 3-12.

due to the reluctance of the Governments of the Member States to activate it the mechanisms referred to in Article 7 TEU. On the one hand, if we focus on the fact that Article 7 represents the only provision conferring the Union the power to infringe upon areas of competence of the Member States that are «outside the scope of EU law»⁷, the opposition of the executives of the Member States to activate Article 7 might be to a certain extent understandable. On the other hand, in a multilevel system such as the European one, based on the so called *decentralized enforcement of EU law*, the effective implementation of EU law depends almost entirely on the Member States. In this respect, infringements of the principle of the rule of law in an individual Member State should not be allowed to have a negative impact on the smooth functioning of the integration process. This contribution aims to shed light on the diachronic evolution of the principle of the *rule of law* in the European legal order, from the original interpretation of the European Economic Community as a «Community based on the rule of law» construed by the Court of Justice of the EU, to the most recent developments aimed at consolidating a «Union of values» based on the «European constitutional identity» embedded in Article 2 TEU.

II. A «COMMUNITY BASED ON THE RULE OF LAW»

The principle of the *rule of law* was well rooted within the political-institutional environment at an early stage of the European integration process.⁸ Walter Hallstein, the first President of the European Commission, in his speech to the European Parliament on 17 June 1965, stated that «no holder of public authority relies on the law for the performance of its tasks as the Community. The Community does not have direct power of coercion; it does not have an armed force or police. It has a limited administrative infrastructure... in short, it is not a State: the law it creates is its only strength». However, the idea that the European Economic Community (then Union) constitutes a «community based on the *rule of law*» was asserted by the Court of Justice in its famous *Les Verts* judgment in 1986. According to the Court, the European Economic Community is «a Community based on the rule of law in the sense that neither the Member States nor its institutions are exempt *from review of the conformity of their acts with the basic constitutional charter constituted by the Treaty*»⁹. The very same Treaty, as also confirmed by the following *Weber* judgment, established a complete system of

7. BESSELINK, L., «The Bite, the Bark, and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives», in JAKAB, A., KOCHENOV, D. (eds.) *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, OUP, Oxford, 2017, 128 ss.

8. Consider, for example, the Tindemans Report (1975), which regarded the principle of the rule of law as a means of legitimizing the Community's bureaucratic apparatus.

9. ECJ, Judgment of 23 April 1986, Case C-294/83, *Partie écologiste «Les Verts» v. Parliament*, ECR, 1986.

legal remedies and procedures designed to entrust the Court of Justice with the review of the legality of the acts of the institutions».¹⁰

In other words, the presence of a judicial body, such as the Court of Justice, entitled by Article 220 TEC (now Art. 19 TEU), to «ensure respect for the law in the interpretation and application of the Treaties» (the wording is the very same of the current treaties), has for a long time embodied the very existence of the principle of the *rule of law* in the Community legal order, leading the Court to use Article 220 TEC and the principle of the rule of law indiscriminately in its case-law¹¹. Moreover, as one can understand from the previous statements drawn from *Les Verts*, besides Article 19 TEU (ex Article 220 TEC), Article 263 TFEU (ex Article 230 TEC), introducing the possibility to bring an action for annulment of the acts of the European institutions before the Court, is equally crucial to understand the depiction of the Community as «based on the rule of law»: the Court of Justice is the only institution entitled by the Treaties to review the legality of the acts of European institutions and also of the Member States when acting within the scope of EU law. Indeed, the Member States cannot invoke domestic reasons, not even of a constitutional nature, to justify their failure to fulfil to comply a Community obligation and cannot invoke the basic principle of international law known as *inadimplenti non est adimplendum*.

It is also worth emphasizing that the Court did not interpret in a stringent and formal way Article 263 TFEU but gradually enlarged the scope of action of the provision. Just to give an example, it allowed to bring an action for annulment also against the European Parliament which was not mentioned in the very first versions of the article. As stated by the Court itself, «an action for annulment must be able to be brought against any measure adopted by the institutions (whatever its nature and form) which is intended to produce legal effects».¹² In other words, the strong connection between law and remedy, expressed in the Latin maxim *ubi jus ibi remedium* and crucial in several domestic legal orders, seems to strongly characterize the supranational legal system. Indeed, also other factors convey the message that the treaties are creating a new legal order based on the principle of rule of law. The statement provided in *Les Verts* and in the following judgments, according to which the treaty provided for a complete system of judicial remedies¹³, clearly refers to the other provision of the Treaties empowering the Court to decide on infringement procedures against Member States who did not comply with EU law, or to rule upon the interpretation or the validity of EU law through the preliminary ruling procedure provided for in Art. 267 TFEU.

10. ECJ, Judgment of 23 March 1993, *Beate Weber v European Parliament*, C-314/91, in ECR p. 1093.

11. In this sense, see FERNÁNDEZ ESTEBAN, M., *The Rule of Law in the European Constitution*, London, 1999, p. 104 ss. Along similar lines, PALERMO, F., *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, CEDAM, 2005, p. 85 ss.

12. Judgment of 16 June 1993 in Case C-325/91 *France v. Commission*, ECR 1993, I, p. 3283 et seq.

13. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., *The Rule of Law*, cit., p. 109.

To sum up, the qualification of the European Union as a *Rechtsgemeinschaft*, as a «community based on the rule of law», especially at the beginning of the European integration process, has mainly concerned the principle of the rule of law as a way to constraint the «public» power of the Community (*objective facet of the Rule of Law*) or as a way to ensure an effective judicial protection before the Courts (*subjective facet of the Rule of Law*).¹⁴ Against this backdrop, the statement according to which the Community was a system of rule of law without democracy is easily understandable: the legitimacy through law permeating the evolution of the integration process was considerably much more developed than the legitimacy through politics related to representation, democratic legitimacy, and popular sovereignty.

III. THE «EXOGENOUS VARIABLES» EXTENDING THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF THE *RULE OF LAW*: PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND RESPECT FOR COMMON VALUES

The qualification of the Community as based on the rule of law goes hand in hand with its constitutionalization. In the very same judgment *Les Verts* the Court of Justice refers to the Treaties as the «constitutional charter» of the European legal order. In this respect, the possibility of reviewing the legality of the Community acts in light of their compliance with the treaties construed as a «Constitution», endows the EU with a supranational «constitutional» legality.¹⁵ In an attempt to theorize the main features of this system of supranational constitutional legality created by treaties, I argued that its pivotal core is represented by the concept of the Community as «based on the rule of law», thus emphasizing the role and functions of the Court of Justice above analysed, while its necessary corollaries can be represented by the «principle of conferral», on the one hand, and the principle of «institutional balance», on the other. The «principle of conferral» could be considered the representation, at a supranational level, of the «principle of legality» in its basic function of *founding* the power (a sort of European *Positive Bindung*), while the principle of «institutional balance» could be considered the representation, at a supranational level, of the «principle of legality» in its basic function of *limiting* the power (a sort of *Negative European Bindung*).¹⁶ In fact, in the years in which the concept of «Community based on the rule of

14. The distinction between *subjective and objective facets of the Rule of Law* can be attributed to FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., *The Rule of Law*, cit.,

15. As observed by FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., in *The Rule of Law*, cit. p. 109, in the case *Les Verts*, «the principle of the Rule of Law was reaffirmed not only as a principle of legality but also as a principle of constitutionality».

16. The proposed taxonomy draws on the distinction outlined by WINKLER, G., *Der Bescheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt*, Vienna, 1956, between *Positive* and *Negative Bindung*, with reference to two distinct ways of interpreting the relationship between legislative and executive power within the French and German state-national contexts.

law» was developing, the Court of Justice was a purely «federal» Court: it judged both on the vertical allocation of powers between the Member States and the European Union and on the horizontal distribution of powers between the European institutions in the decision-making process. The considerable litigation before the Court concerning the legal basis of Community acts emerging in the eighties¹⁷ allowed the Court to verify, at the same time, that the Union acted within the powers conferred on it by the Member States (and therefore to review the *foundation* of the Community public power), but also that each institution acted within the powers conferred on it by the Treaties rather than infringing upon the competences of other institutions (and therefore to review the *limitation* of power itself).

What I am trying to argue is that the concept of the *rule of law* as we know it today, which contemplates both respect for fundamental rights and the protection of common values shared by the Member States, was born after the founding treaties, basically focused on a concept of *rule of law* almost identifiable with the role of the Court as a guardian of both the vertical and horizontal allocation of power. The «community based on the *rule of law*» gradually becomes a «community of *rights*» and, then again, a «union of *values*». It is telling, in this respect, that, while the provisions relating to the Court of Justice were present in the very first treaties, both the provision relating to the protection of rights (Article 6 TEU) and the provision relating to the values on which the Union is founded (Article 2 TEU) were introduced later on. Actually, they go hand in hand with the well-known political *spill-over* of the process of European integration driven by the Maastricht Treaty. The reference to fundamental rights appears for the first time in Art. F of the Treaty on European Union introduced by the Maastricht Treaty, which states that «The Union shall respect fundamental rights as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms... and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, *as general principles of Community law*». The reference to values (expressly classified as such only by the Treaty of Lisbon) was introduced shortly thereafter in the same Article F TEU, as amended by the Treaty of Amsterdam, according to which «The Union *is founded* on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles that are common to the Member States».

Interestingly enough, besides being included into the treaties only during the nineties, both the protection of rights and the protection of values find an express codification thanks to specific historical events. They are triggered, so to say, by exogenous variables. On the one hand, the multilevel protection of fundamental rights, as currently codified in Article 6 TEU (formerly Article F), follows a saga of constitutional conflicts between some Constitutional Courts of the Member States and the Court of Justice, which leads the latter to recognize fun-

17. TEMPLE LANG, D., «Checks and Balances in the European Union: The Institutional Structure and the «Community Method»», *ELR*, vol. 12, 1, 2006, p. 130

damental rights as «general principles of Union law», departing from an earlier case law which did not consider the importance of fundamental rights guaranteed in national Constitutions for EU law.¹⁸ The well-known *Solange* jurisprudence led by the German and Italian Constitutional Courts made clear that Member States could disregard the principle of supremacy of EU law upon national law, if the Community action did not adequately respect fundamental rights. The threat of non-compliance with the principle of the primacy of European Union law over domestic law clearly solicited the Court of Justice to take the protection of fundamental rights at the supranational level seriously.

Similar considerations can be made with regard to the axiological moment linked to the protection of values in the Union legal system. Their codification within the treaties, indeed, also stems from an exogenous event of pivotal importance for the history of European integration such as the enlargement process to several Eastern countries. In fact, after the Second World War, the political discourse on the need for a set of shared values among the Member States was taken for granted in some ways, due to the relative homogeneity of the founding countries, all belonging to the family of constitutional democracies engaged with the consolidation of the welfare state. By way of contrast, after the fall of the Berlin Wall, the following political choice to allow many of the countries belonging to the former Soviet bloc to start negotiations to join the European Union placed the Union in front of what Chabod would call the «polemical foundation of the self»¹⁹. In other words, the identity of the Member States previously belonging to the European Community started to be defined *by difference*, namely in relation to the identity of potential *newcomers* espousing for a long time a different political ideology.

Even if the cultural opposition within the European Union between sound democracies of the West, on the one hand, and fragile or illiberal democracies of the East, on the other, should not be emphasized²⁰, the European Council in Copenhagen on 22 and 23 June 1993, while launching negotiations for the possible future membership of the Eastern European countries, required compliance with specific accession criteria (therefore known as the Copenhagen Criteria), namely with essential conditions that candidates should have met before joining the Union. These conditions concern political criteria, related to the presence of stable institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for minorities, economic criteria, related to the ability to face competition and support the proper functioning of the common market, and criteria related to the administrative and institutional capacity of the candidates to implement the *acquis communautaire*.

18. For example, in the *Stork* judgment (C-1/58) of 4 February 1959, the Court of Justice refused to scrutinize a Community measure in light of certain fundamental rights contained in the German Constitution.

19. CHABOD, F., *Storia dell'idea d'Europa*, Laterza, 1995.

20. DI GREGORIO, A., «La crisi dello Stato di diritto», cit., p. 124.

As sharply observed in scholarly literature, Article 2 TEU, as we know it today, is nothing more than a «constitutionalization» of the Copenhagen criteria²¹, and in particular a codification within the treaties of the political criteria. According to Article 2 TEU, in fact, «the Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society characterised by pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men». It can be argued, in this respect, that the codification of the values common to the member countries of the Union was introduced with the goal to look at the external borders of the Union, as also demonstrated by art. 49 TEU according to which «any European State which respects the values referred to in Article 2 and undertakes to promote them may apply to become a member of the Union».

Against this backdrop, the current crisis of the *rule of law* in Europe is basically represented by what has been defined the «Copenhagen dilemma», namely the mismatch between the stringent political conditionality imposed upon on candidate countries and the difficulty to enforce the respect of values once a State becomes a Member of the Union.²² The following paragraphs will analyse the measures provided by the Treaties to sanction the countries that, while being already members of the Union, at a certain stage of their political-constitutional history, decided to depart from the values enshrined in Art. 2 TEU.

IV. POLITICAL AND JUDICIAL INSTRUMENTS TO SANCTION BREACHES OF THE RULE OF LAW

The text of Article 7 TEU²³ is sufficient to understand the burdensome procedure required to sanction any infringement of the Union's values by Member States: a four-fifths majority vote is imposed on the Council to «ascertain» only the «clear risk» of a serious violation of Art. 2 TEU, and even the unanimity (minus the State concerned) is subsequently required for European Council to ascertain the actual «existence of a serious and persistent breach» of Art. 2 TEU. In this respect, Article 7 TEU has been defined, not surprisingly, as a «dog that does not bite»²⁴, since the institutions never went through the procedures provided for by

21. VON BOGDANDY, A., KOTTSMANN, M., ANTPOHLER, C., DICKSCHEN, J., HENTREI, S. et al., «Reverse Solange. Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States», *Common Market Law Review*, 49, 2, 2021, 489-519, p. 489.

22. DI GREGORIO, A., «La crisi dello Stato di diritto», cit., p. 142, VON BOGDANDY, A., KOTTSMANN, M., ANTPOHLER, C., DICKSCHEN, J., HENTREI, S. et al., «Reverse Solange», cit., 489.

23. For further discussion on this Article, see KOCHENOV, D., «Article 7 TEU: A Commentary on a Much Talked-about «Dead» Provision», *Polish Yearbook of International Law*, 38, 2019, p. 165 ss.

24. SADURSKI, W., «Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider», *Columbia Journal of European Law*, 2010, 385 ss e BESSELINK, L., «The Bite, the Bark», cit., p. 128 ss.

the treaties to use it. Neither the activation of Article 7 TEU against Poland²⁵, after four unfulfilled recommendations by the Commission to the Warsaw government as part of the *Rule of law framework* introduced in 2014, nor the activation by the European Parliament against Hungary, without, however, first resorting to the mechanisms provided for by the *Rule of Law Framework*²⁶, were followed up by the intergovernmental institutions involved in the procedures, such as the Council and the European Council.

Faced with the inadequacy of the political instrument expressly designed to sanction systemic violations of the Union's value structure envisaged in Article 2 TEU²⁷, the European institutions have tried to strengthen the so-called *rule of law toolbox*.²⁸ Among the new tools, which are purely preventive in nature, there is, for example, the *EU Justice Scoreboard*, introduced in 2013 to monitor the efficiency and independence of judicial systems on an annual basis; the *Rule of Law Framework*, which since 2014 allowed for a structured dialogue with the Member State in the event of systematic threats to the rule of law²⁹; the *Rule of Law Mechanism*, launched by the European Commission in 2019 with the aim of annually monitoring the «state of health» of the rule of law in all member countries and not only in those accused of populist and illiberal drifts.³⁰

However, in addition to the political remedies, the ordinary legal remedies provided for by the Treaty — even if not primarily aimed at protecting Article 2 TEU — have proved to be appropriate additional instruments, certainly not incompatible with the political mechanism provided for in Article 7 TEU³¹. On the one hand, in fact, the infringement procedure enshrined in Article 258 TFEU has

25. Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law, COM/2017/0835 final, 20 December 2017.

26. CURTI GIALDINO, C., «Il parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1, TUE nei confronti dell'Ungheria; quando, per tutelare lo «Stato di diritto» si viola la regola di diritto», [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 18, 2018; PECH, L., «Article 7 TEU: From “Nuclear Option” to “Sisyphian Procedure?”», in BELAVUSAU, U., GLISZCZYNSKA-GRABIAS, A. (eds.) *Constitutionalism under Stress*, OUP, Oxford, 2020, p. 157 ss.

27. PINELLI, C., «Valori comuni agli Stati membri e interesse finanziario dell'Unione», in CON-TALDI, G.; CISOTTA, R., *Courts, Values and European Identity special issue Eurojus*, 30.12.2022, pp. 59-60. Also the European Parliament Resolution of 16 January 2020 noted the lack of progress in Poland and Hungary after the activation of Article 7(1) TEU.

28. DI GREGORIO, A., «La crisi dello Stato di diritto», cit., p. 129 ss.

29. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A new EU framework to strengthen the rule of law, COM/2014/0158 of 11 March 2014.

30. DI GREGORIO, A., «La crisi dello Stato di diritto», cit., p. 184. With respect to the instruments adopted by the Union to protect the rule of law see, for further discussion, MASTROIANNI, R., «Stato di diritto o ragion di stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri», in TRIGGIANI, E., CHERUBINI, F., INGRAVALLO, I., NALIN, E., VIRZO, R. (eds.), *Dialoghi con Ugo Villani*, Cacucci, Bari 2017, 605 ss.

31. ROSSI, L.S., «Il valore giuridico dei valori. L'articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario UE e rimedi giurisdizionali», [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 19, 2020; SAWICKI, J., «La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto», *Osservatorio costituzionale (AIC)*, n. 3, 2019; AG Tanchev, in its Opinion of 11 April 2019 in Case C-619/18 Commission v Poland, also considers that Article 7 and Article 258 can be relied on at the same time.

often been used to sanction the authoritarian drifts of illiberal democracies.³² Just to give an example³³, thanks to this instrument, the Polish legislative measures imposing the early retirement of judges of the Supreme Court and of the ordinary courts, and, at the same time, conferring to the Head of State and the Minister of Justice the discretionary power to grant an extension of the exercise of their functions, were declared inconsistent with the principles of impartiality and independence of judges referred to in Art. 19 TEU.³⁴

In that line of case-law, the Court bases its line of reasoning on what was found in the Judgment of the Court (Grand Chamber) of 27 February 2018 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*)³⁵ which, far from concerning authoritarian drifts within the Member States, follows a request for a preliminary ruling made by the Administrative Court of Portugal. The latter had to deal with an appeal by the Portuguese Judges' Trade Union Association which complained about the alleged incompatibility of salary reduction measures with the principle of judicial independence, enshrined not only in the Portuguese Constitution but also in Art. 19(1), second paragraph TEU and Article 47 of the Charter of Fundamental Rights.³⁶ According to the Court, «Article 19, which gives concrete expression to the value of the rule of law affirmed by Article 2 TEU, entrusts the burden of ensuring judicial review in the legal order of the Union not only to the Court but also to the national courts».³⁷ Therefore, «each Member State must ensure that the bodies falling within the scope of the ... in its judicial system in the fields covered by EU law meet the requirements of effective judicial protection».³⁸ And that among these requirements there is clearly the need for the body «to be independent».³⁹ Regardless of the outcome of the judgment, as observed in the scholarly literature, Portuguese judges, probably unwittingly, «came to the rescue of the Polish judges»,⁴⁰ in the sense that the Court of Justice used the judicial precedent relating to the Portuguese case to urge not only the use of the infringe-

32. On the use of infringement proceedings in the face of violations of fundamental rights, MORI, P., «L'uso della procedura di infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali», *Diritto dell'Unione europea*, 2, 2018.

33. Since it is not possible to provide a comprehensive account of the considerable case law of the Court of Justice on the rule of law, which clearly extends beyond the Polish case, I may refer the reader to PECH, L., KOCHENONV, D., *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgements Since the Portuguese Judges Case*, SIEPS Report, Stockholm, 2021.

34. CJEU, *Grand Chamber*, Case C-619/18 of 24 June 2019 and CJEU, *Grand Chamber*, Case C-192/18 of 5 November 2019.

35. C-64/16. Su questa sentenza *ex multis*, PECH, L., PLATON, S., «Rule of Law Backsliding in the EU: The Court of Justice to the Rescue? Some Thought on the ECJ Ruling in *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*», *EU Law Analysis*, 13 March 2018.

36. Court of Justice, C-64/16, para. 13.

37. Court of Justice, C-64/16, para. 32, italics added.

38. Court of Justice, C-64/16, para. 37, italics added.

39. Court of Justice, C-64/16, para. 38.

40. BONELLI, M., CLAES, M., «Judicial serendipity: How Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*», *European Constitutional Law Review*, 4, 2018, 622 ss.

ment procedure to sanction violation of EU law but also the use of the preliminary ruling procedure to decide upon interpretative issues related to Article 19(1) TEU and, implicitly, the necessary independence of national courts.⁴¹

V. THE REGULATION ON BUDGETARY CONDITIONALITY

Among the instruments aimed at protecting the rule of law, having a repressive and not simply preventive nature, it is worth mentioning the EU Regulation (Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget approved on 16 December 2020⁴², after a fairly complicated process, which ended only at the same time as the decision by the Union to grant an aid package to deal with the pandemic crisis.⁴³ The Regulation, as noted, «*links money to values*»,⁴⁴ in the sense that it establishes a regime of conditionality to protect both the budget in general and the extraordinary *Next Generation EU* programme, «establishing a connection between the expenditure of the granted funds, the financial interests of the Union and the general principles enshrined in the Treaties, in particular the values referred to in art. 2 TEU and therefore also the rule of law».⁴⁵ It is therefore part of a path, already launched by the European Commission in 2017,⁴⁶ aimed at extending the conditionality mechanism, usually applied in the economic sphere towards states facing structural budgetary imbalance⁴⁷, in a field that was in some ways unexplored, that of respect for the rule of law.⁴⁸

41. For a survey on this case law, COLI, M., «Sfida al primato del diritto dell'Unione europea o alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla rule of law? Riflessioni a margine della sentenza del Tribunale Costituzionale Polacco del 7 ottobre 2021», *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, p. 1089. This development was immediately acknowledged by national judges, particularly in Poland. Among the many judgments resulting from references for preliminary rulings, Coli cites the judgments of the CJEU: Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, A. K. and Others, 19 November 2019, EU:C:2019:982; Case C-824/18, A.B. and Others, 2 March 2021, EU:C:2021:153; Case C-558/18, Miasto Łowicz, 26 March 2020, EU:C:2020:234; Case C-896/19; Republic, 20 April 2021, EU:C:2021:311; Case C-487/19, W. Ż., 6 October 2021, EU:C:2021:798 and Case C-748/19, W.B., 16 November 2021, EU:C:2021:931.

42. BILANCIA, F., «Gli interessi finanziari dell'Unione europea e il mutamento della concezione (europea) della Rule of Law», *Diritto pubblico*, n. 3/2022.

43. LUPO, N., CISOTTA, R., «Rigidità e flessibilità del sistema delle competenze dell'UE alla luce della prassi recente», *Diritto Pubblico*, 3, 2022, pp. 703-728.

44. BARAGGIA, A., BONELLI, M., «Linking Money to Values: the New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges», *German Law Journal*, 2, 2022, 131 ss.

45. DI GREGORIO, A., «La crisi dello Stato di diritto», cit., p. 186, translation by the Author.

46. EUROPEAN COMMISSION, *Reflection paper on the future of EU finance*, 28 giugno 2017, 22.

47. Interesting considerations on the conditionality mechanism and its transposition from the economic sphere to the *rule of law conditionality* in PINELLI, C., «Valori comuni agli Stati membri», cit. in particular pp. 61-64. On this point also PINELLI, C., «Conditionality and Economic Constitutionalism in the Eurozone», *IJPL*, 2, 2019.

48. In favor of the rule of law conditionality, considered in some ways desirable, see HALMAI, G., «The rule of law crisis in Europe», *Public Law*, 25, 1, 2019.

The Regulation was adopted pursuant to Article 322(1)(a) TFEU, according to which «the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Court of Auditors, shall adopt by means of regulations ... financial rules which lay down in particular the procedures for establishing and implementing the budget, accounting and auditing of accounts».⁴⁹ Although based on a legal basis belonging to Title II of the TFEU devoted to «Financial provisions», the regulation immediately makes it clear, right from its recitals, that «when Member States implement the Union budget ... respect *for the rule of law is an essential prerequisite* for compliance with the principles of *sound financial management*, as enshrined in Article 317 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)».⁵⁰ This is because «Member States can only ensure sound financial management if their public authorities act in accordance with the law, if cases of fraud... are effectively prosecuted by the services responsible for investigation and prosecution, and whether arbitrary or illegitimate decisions by public authorities, including law enforcement authorities, can be subject to effective judicial review by independent courts».⁵¹ The regulation, in other words, would seem to legitimize budgetary conditionality in light of the «*clear correlation* between respect for the *rule of law* and the *efficient implementation of the* Union budget in accordance with the principles of sound financial management».⁵²

Article 4 of the Regulation (*Conditions for the adoption of measures*) provides, in fact, that «appropriate measures are taken if it is ascertained...*breaches of the principles of the rule of law* in a Member State that affect or seriously risk affecting the sound financial management of the Union budget or the protection of the Union's financial interests in a *sufficiently direct way*», and these measures might also include the possibility of suspending European funding.⁵³ In this way, in contrast to the Commission's original 2018 proposal, the scope of application of the mechanism is limited «to breaches of the rule of law duly identified in Article 4(2) of the Regulation, rather than being generalized to all possible violation of the rule of law».⁵⁴ Furthermore, soon after the approval of the Regula-

49. Some criticisms were raised on the fact that the unanimity rule provided for in Article 7 TEU was overcome. See for example, CASTORINA, E., «Stato di diritto e «condizionalità economica»: quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)», [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), no. 9/2020, p. 53.

50. Recital 7 of the Regulation, italics added.

51. Recital 8 of the Regulation.

52. Recital 13 of the Rules of Procedure, italics added.

53. Art. 5 of the Regulation.

54. BARAGGIA, A., «La condizionalità a difesa dei valori fondamentali dell'Unione nel cono di luce delle sentenze C-156/21 e C-157/202», *Quaderni costituzionali*, 2, 2022, p. 371, translation by the Author. PINELLI notes the narrow and functionalist logic of the conditionality of the regulation, which applies only as long as it affects the financial interests of the Union. See PINELLI, C., «Common values, rule of law conditionality and the state of democracy in Europe», in DE BOER, N.; MICHEL, B.; NIEUWENHUIS, A.; REESTMAN, J.-H. *Liber Amicorum Besselink (2021)*, University of Amsterdam, p. 51-67, in particular p. 60.

tion, the European Council suspended its application and made it subject: a) to a ruling of the Court stemming from any possible action for annulment brought by one or more Member States; b) to the guidelines for the application of the Conditionality Regulation to be drawn by the Commission following any possible ruling of the Court.⁵⁵ Indeed, before the entry into force of the regulation it was necessary to wait for the ruling of the Court of Justice, which will be discussed in the next paragraph.

VI. THE «EUROPEAN CONSTITUTIONAL IDENTITY» CONSTRUED BY THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE ON THE BASIS OF ART. 2 TEU

On 16 February 2022, in its plenary composition, the Court of Justice ruled on the actions for annulment of the Budgetary Conditionality Regulation brought by Hungary and Poland (C-156/21 and C-157/21).

The main plea in law on the part of Poland and Hungary concerned the challenge to the legal basis of the regulation, namely Article 322 TFEU, and, more generally, a lack of competence on the part of the European Union to act. In the Court's reading, however, «Article 1 of the contested regulation lays down «the rules necessary for the protection of the Union budget in the event of breaches of the principles of the rule of law in the Member States». It is therefore apparent from the wording of that provision that *«that regulation is intended to protect the Union budget from prejudice to it that may result from breaches of the principles of the rule of law in the Member States»*.⁵⁶ Those breaches might occur in the case, for example, of possible corruption of the authorities receiving the funding, of biased and not independent courts, of lack of democracy and transparency of procedures, etc. Thus, the regulation does not represent a generalised penalty mechanism, covering any breach of the rule of law in a Member State, however serious. By way of contrast, it constitutes an instrument able to sanction only breaches of the rule of law affecting the financial interests of the European Union in a sufficiently direct way.⁵⁷ As it has been argued, «on the one hand, this strict connection between a breach of the rule of law and a direct damage to the Union budget, circumscribes and weakens the scope of the conditionality mechanism, but, on the other, the very same link ends up legitimizing the conditionality mechanism». ⁵⁸ It should not be underestimated, indeed, that, as the Court of Justice recalls, the Council's Legal Service had established «in Legal Opinion No 13593/18 ... that Article 2 TEU does not confer any material competence on the Union, but lists values that the institutions of the Union and its Member

55. *Ibidem*. PINELLI, C., «Common values, rule of law», cit., p. 60 ss., reconstructs the criticisms raised against the conclusions of the Council.

56. C-157/21, para. 124 italics added.

57. BARAGGIA, A., «La condizionalità a difesa dei valori», cit., p. 372.

58. *Ibidem*

States must respect when acting within the limits of the powers conferred on the Union by the Treaties». ⁵⁹

However, if Article 2 TEU is not, and cannot be, a rule conferring the EU a specific competence in the field of the protection of values, according to the Court it «does not constitute a mere statement of guidelines or intentions of a political nature, but contains values which... are part of the very identity of the Union as a common legal order, *values which are embodied in principles which entail legally binding obligations on the Member States*». ⁶⁰ In addition, according to the Court, it is the Union itself, precisely because the values referred to in art. 2 TEU «define its identity» to be «able, within the limits of its powers provided for by the Treaties, to defend these values». ⁶¹ «It follows that, in accordance with the principle of conferral of powers enshrined in Article 5(2) TEU and the principle of coherence of EU policies laid down in Article 7 TFEU, the value common to the European Union and the Member States constituted by the rule of law, which forms part of the very foundations of the European Union and its legal order, is capable of forming the basis of a conditionality mechanism falling within the concept of “financial rules” within the meaning of Article 322(1)(a) TFEU». ⁶²

The judgment represents a fundamental step in the transition from the «Community of law» to the «Union of values». Besides confirming the full enforcement of Article 2 TEU, or, if one prefers, the «legal value of values», ⁶³ the Court also clarifies the relationship between Article 2 TEU and Article 4.2 TEU devoted to respect for national identities and the essential functions of the Member States. In fact, one of the arguments put forward by the Republic of Poland, supported by Hungary, was that the regulation infringed upon the principle of conferral referred to in Art. 4.1 and Art. 5.2 TEU as well as upon the obligation for the EU, enshrined in Art. 4.2, second sentence, TEU, to respect the essential functions of the Member States. ⁶⁴ In particular, the elements on the basis of which the Regulation deems necessary to assess whether the Member States violate the principles of the rule of law, by referring to the functioning of national courts or of public procurement authorities, «relate to areas which fall within the exclusive competence of the Member States and which are fundamental for the exercise of

59. C-157/21, para. 258. As noted by PINELLI, C., «Valori comuni agli Stati membri», cit., p. 65, that opinion, as further clarified in the judgment C-157/21, paras. 102-105, specifies that secondary law may not amend or supplement the procedure laid down by primary law — namely Article 7 TEU — in order to sanction breaches of the rule of law or deprive it of its useful effect. The regulation, however, by not requiring, for example, a unanimous decision of the European Council, establishes a procedure for the adoption of measures that is less onerous than that provided for in Article 7 TEU, thereby reducing its effectiveness.

60. C-157/21, para. 264.

61. C-157/21, para. 145

62. C-157/21, para. 146

63. ROSSI, L.S., «The Legal Value of Values. Art. 2 TEU: relations with other provisions of EU primary law and jurisdictional remedies», *Quarterly Review of European Law*, 2020, p. 639 ss. On the heightened importance of case law regarding Union values, see BONELLI, M., «From a Community of Law to a Union of Values», *European Constitutional Law Review*, 4, 2017, p. 793 ss.

64. C-157/21, para. 253.

their essential functions, in particular those that have as their object the safeguarding of territorial integrity, the maintenance of public order and the protection of national security».⁶⁵

According to the Court, however, «although, as it is apparent from Article 4(2) TEU, the Union respects the national identities of the Member States, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, with the result that those States have a certain discretion to ensure the implementation of the principles of the rule of law, that does not in any way mean that obligation as to the result to be achieved may vary from one Member State to the next. In fact, despite having distinct national identities..., the Member States adhere to a notion of «rule of law» which they share, as a value common to their own constitutional traditions, and which they have committed themselves to respect on an ongoing basis».⁶⁶ In other words, respect for national identity or the essential functions of the State can certainly be invoked to obtain greater discretion in the implementation of European Union law, but not to legitimize behaviors that run *against* Union law.⁶⁷ The defense of one's own identities and sovereign prerogatives — enshrined in Article 4 TEU — can never take place in contrast with the values common to the Member States — enshrined in Article 2 TEU — but must take shape within the axiological core of the European identity. As President Amato recalled, «we all have the duty to safeguard our national identities, as provided, moreover, by Article 4 of the European Treaty. But Article 4 comes after Article 2, which sets out our common principles and values».⁶⁸

VII. WHICH FUTURE FOR THE PROTECTION OF THE RULE OF LAW?

The line of case-law analyzed in this contribution, starting with the judgment on the Portuguese judges, is considered a crucial step in the process of «constitutionalisation» of the integration process on a par with equally epochal judgments such as *Van Gend en Loos* and *Costa v Enel*⁶⁹. Indeed, with its recent case law, the Court of justice (sometimes substituting the inertia of political actors)

65. C-157/21, para. 254.

66. C-157/21, para. 265-266. Note how the reference to a continuous commitment to the values enshrined in Art. 2 TEU endorses the principle of non-regression.

67. I suggested that, since Article 4(2) TEU is a provision of the Treaties of the European Union, the Court of Justice could only endorse interpretations of the clause on respect for national identities that are «EU law - dogma friendly» and therefore cannot be applied against basic principles of EU law, including the principles of primacy and loyal cooperation. See GUASTAFERRO, B., «Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflict. The Ordinary Functions of the Identity Clause», *Yearbook of European Law*, 2012, Vol. 31, No. 1, p. 316.

68. AMATO, G., President of the Constitutional Court, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, Palazzo della Consulta, 7 April 2022, p. 20.

69. VON BOGDANDY, A., «Principles of a Systemic Deficiencies Doctrine: How to Protect Checks and Balances in the Member States», *57 Common Market Law Review* 712, 2020; LENAERTS, K., «New Horizons for the Rule of Law within the EU», *German Law Journal* 21, 2020.

strives to protect the value of the rule of law, endorses the judicial enforcement of Article 2 TEU⁷⁰, by transforming the rule of law «from a principle into an applicable rule»⁷¹, and defines a «European constitutional identity» embedded in the shared values enshrined in Article 2 TEU. Against this backdrop, it is important to focus on possible future scenarios in the protection of the rule of law, that, for the sake of clarity, will be analyzed separately. The first, of judicial nature, concerns the possibility to invoke a self-standing infringement of Article 2 TEU. The second, of a political nature, concerns the possibility to revise the Treaties by bolstering the protection of the rule of law.

7.1. The possibility to invoke a self-standing infringement of Art. 2 TEU

The last judicial step of the line of case-law related to the rule of law is still pending and concerns an Hungarian law allegedly discriminating on grounds of sexual orientation. Before explaining the details of the case, it is important to emphasize that, for the very first time in the infringement procedure launched by the Commission, it proposes a possible self-standing infringement of Article 2 TEU, which sets out the European Union's fundamental values. Should the Court of Justice endorse this possibility, Article 2 TEU could have an implicit and self-standing binding value, independently from its connection with Art. 19 TEU related to the independence of the judiciary (upon which the huge case law on rule of law backsliding in Poland is grounded) or with other specific provision of the Treaty (such as for example Art. 317 TFEU on the sound financial management of the Union budget, upon which the case law on the conditionality regulation is grounded).

As to the details of the case⁷², the Commission brought an infringement action before the Court of Justice against Hungary because of the adoption of Law LXXIX of 2021, which adopts stricter measures against persons convicted of pedophilia and amends certain laws for the protection of children. Professing the goal to further protect minors, Hungary introduced several provisions prohibiting access to content that portrays or promotes “gender identities that do not correspond to the sex assigned at birth, sex reassignment or homosexuality”. According to the Commission, Hungary violated EU law on three different grounds. First, the Hungarian law violates the freedom to provide and receive services as enshrined in primary EU law and in several measures of secondary law such as the Directive on electronic commerce, the Services Directive, the Audiovisual Media Services Directive etc. Second, the Hungarian law infringes upon several funda-

70. PITRUZZELLA, G., «L'Unione europea come «comunità di valori» e la forza costituzionale del valore dello “Stato di diritto”», federalismi.it, 28/21.

71. DI GREGORIO, A., «La crisi dello Stato di diritto», cit., p. 140.

72. C-769/22, *European Commission v Hungary*, Opinion of Advocate General Căpeta, delivered 5 June 2025. ECLI:EU:C:2025:408.

mental rights protected by the Charter, such as the prohibition of discrimination on the grounds of sex and sexual orientation, the respect for private and family life, the freedom of expression and information, as well as the right to human dignity. Third, the Hungarian law runs against the values set out on Article 2 TEU.

Interestingly, while the case is still pending, Advocate General Tamara Ćapeta deems the action of the Commission to be well founded with respect to all grounds. According to the Advocate General, the protection of minors and the right of parents to raise their children according to their personal convictions cannot be used as justifications to a law that, by prohibiting portrayal of ordinary lives of LGBTI people, is not limited to shielding minors from pornographic content, but to discriminate against homosexual and non-cisgender life which is considered not of equal value as heterosexual and cisgender life. Most importantly, the Advocate General asks the Court to establish, as requested by the Commission, a self-standing infringement by a Member State of Article 2 TEU, which sets out the fundamental values. In order to reach this conclusion, the Advocate General first rebuffs the argument, put forward by Hungary, according to which Article 2 TEU, while enshrining only principles and not rules, would be too vague to be legally binding. Then, she considers the pluralistic nature of the European legal order pointing out that the values enshrined in Article 2 TEU, in their being «common» to the several Member States joining the Union, might be «concretised» in different ways according to the different constitutional cultures. This is why disagreements about the content of fundamental rights or divergences in balancing two or more fundamental rights should not result in the finding of an infringement of Article 2 TEU. By way of contrast, a clear negation of the values enshrined in Article 2 TEU (rather than a peculiar way to concretize them according to Member States' national identity) could be considered a self-standing infringement of Article 2 TEU. As to the Hungarian case, disrespect and marginalisation of a group in a society are the “red lines” imposed by the values of human dignity, equality, and respect for human rights. Therefore, according to the Advocate General, by dismissing the equality of LGBTIQ persons, Hungary has negated several of those fundamental values and, thus, has significantly deviated from the model of a constitutional democracy, reflected in Article 2 TEU.

7.2. The proposals to amend the treaties introduced by the European Parliament to protect the *rule of law*

While the Hungarian case represent a further step forward on the judicial response to the rule of law backsliding in the EU, the only opportunity for politics to step in would be to revise the treaties first and foremost in order to streamline and simplify the procedural burdens set out in Article 7 TEU to sanction the violation of Article 2 TUE by the Member States of the Union.

In this respect, it is worth to focus also on the formal proposal for the revision of the Treaties adopted on 22 August 2023 by the European Parliament's Constitutional Affairs Committee and signed by five rapporteurs Guy Verhofstadt, Sven

Simon, Gabriele Bischoff, Daniel Freund, Helmut Scholtz.⁷³ As part of a broader draft revision of the Treaties, this proposal also concerns the amendment of the articles relating to the mechanisms for sanctioning breaches of the rule of law, and, since recital no. 17, it makes clear that the reform of Article 7 TEU must certainly overcome unanimity and make the Court of Justice the real «arbiter» of violations of Article 2 TEU.⁷⁴ The proposal, therefore, in some ways codifies the reality, acknowledging that supranational institutions, with the intention to overcome the inertia characterizing intergovernmental institutions, were much more responsive to the necessity to face the rule of law backsliding, as shown by the proposals of the EP and the Commission to activate Article 7 TEU or the huge case law of the Court of Justice.⁷⁵

Although Parliament's initial proposal suggests amending both Article 7 TEU and Article 49 TEU, while leaving the text of Article 2 unchanged, it is interesting to note that during the discussion in the Committee on Constitutional Affairs, which took place on 2 October 2023, amendment 402 concerning Article 2 TEU was tabled⁷⁶. This amendment, first, specified that the statement according to which the Union «is founded» on the values set out in Article 2, includes the Member States and the institutions of the Union within the meaning of Article 13 TEU». Furthermore, it proposes to add, at the end of Article 2 TEU, a paragraph according to which the values enumerated in Article 2 TEU «define the very identity of the European Union as a common legal order inspired by the Member States' constitutional heritage»: a clear codification of the conclusions of the Court of Justice in the judgment on the budgetary conditionality regulation calling for a European constitutional identity embedded in Article 2 TEU.

As far as Article 7 TEU is concerned, the current text of Art. 7, par.1, TEU provides that «on a reasoned proposal from one third of the Member States, by the European Parliament or the European Commission, the Council, *acting by a majority of four-fifths of its members* after obtaining the consent of the European Parliament, may determine that there is a clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred to in Article...». The proposed amendment, by way of contrast, provides that the Council shall act not by a four-fifths majority of its members, but by a qualified majority. This paragraph was further subject to proposed amendments presented during the plenary discussion on 2 October 2023. In particular, amendment 407⁷⁷ aimed to set stringent deadlines for the Council, which should deliberate not «on the proposal» of the actors mentioned in the treaties but «within six months» of receiving the proposal (in addition to replacing *May* with *shall*).

73. *Proposal of the European Parliament for the amendment of the Treaties*, 2022/2051 (INL), 22.8.2023.

74. Amendment no. 9 of *the Proposal of the European Parliament cit.*

75. PINELLI, C., «Valori comuni agli Stati membri», *cit.*, p. 60.

76. Amendment no. 402 tabled by Laszlo Trocsanyi, in *Committee on Constitutional Affairs, Amendments 268-467 to the Motion of Resolution 2022/2051 (INL)*, 2.10.2023, p. 60.

77. Amendment no. 407 tabled by Giuliano Pisapia and Brando Benifei, *ibid.*, p. 62.

The Parliament's proposal also intervenes on the second paragraph of Article 7 TEU, which states that «The European Council, acting *unanimously* on a proposal from one third of the Member States or *from the European Commission and after obtaining the consent of the European Parliament*, may determine the existence of a serious and persistent breach by a Member State of the values referred to in Article 2, after inviting that Member State to submit comments». In this case, the proposed amendments do not simply solicit a simplification of the quorum for initiating the procedure but clearly undermine the intergovernmental nature of the procedure. Firstly, the main actor in the paragraph, as amended, is no longer the European Council but the Council; secondly, the decision is no longer taken unanimously but by qualified majority; thirdly, the proposal does not only come from one third of the Member States and from the Commission with Parliament's consent, but can also come from the European Parliament itself; fourthly, and most importantly, the decision of the Council (and therefore no longer of the European Council) is not intended to decide on the existence of a serious breach and to invite the Member State to a discussion, but is intended to report directly to the Court of Justice the existence of a serious breach of EU values.⁷⁸ In fact, the Parliament's proposal adds to Article 7(2) a further subparagraph according to which «*The Court of Justice shall decide on the application after inviting the Member States in question to submit its observation*».⁷⁹

There is therefore, in addition to a streamlining of the quorum, a change in the sanctioning procedure that excludes the intergovernmental institution par excellence, the European Council, and gives more space to supranational institutions, including the European Parliament and the Court of Justice.

Finally, the amendments also concerned the third paragraph of Article 7 TEU, according to which «Where the finding referred to in paragraph 2 has been made, the Council, acting by a qualified majority, *may decide to suspend certain of the rights deriving from the application of the Treaties to the Member State concerned*, including the voting rights of the representative of the government of that Member State in the Council...». Parliament's proposal adds the possibility for the Union «to take appropriate budgetary measures, which may include a suspension of commitments and payments from the Union's budget»,⁸⁰ thus introducing a clear reference to budgetary conditionality in the treaties.

Further amendments also called for a more stringent pressure upon the Council, whose decision should be taken within six months from the presentation of the proposal to activate Art. 7 TEU.⁸¹ In addition, should this does not happen, an action for failure to act against the Council before the Court of Justice under Ar-

78. Amendment no. 10 of the *Proposal of the European Parliament*, cit., p.13

79. Amendment no. 11 of the *Proposal of the European Parliament*, cit., p.13. Art. 7, para. 2, subpar. 1a (new)

80. Amendment no. 12 of the *Proposal of the European Parliament*, cit., p.13-14, Art. 7, par. 3, subpar. 1

81. Amendment no. 413, tabled by Damian Boeselager, in *Committee on Constitutional Affairs, Amendments 268-467 to the Motion of Resolution 2022/2051 (INL)*, 2.10.2023, p. 65

ticle 265 TFEU could be initiated.⁸² It is worth mentioning also the amendments that, during the plenary session of the EP, tried to create a legal basis for the European legislator to act to protect the rule of law regardless of the exceptional sanctioning mechanism hitherto provided for in Article 7 TEU. In fact, it is proposed to add a new paragraph to this article, paragraph 5, according to which «The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt regulations, aimed at protecting the values referred to in Article 2».⁸³

Finally, the proposal for the revision of the Treaties presented by the EP also concerns Article 49 TEU, which, after establishing that «any European State which respects the values referred to in Article 2 TEU and undertakes to promote them may apply to become a member of the Union», regulates the accession procedure. Parliament's proposal is to add a final paragraph to Art. 49 TEU according to which «Member States must continue to respect the values referred to in Article 2 *after* their accession to the Union».⁸⁴ This amendment, therefore, also confirms the solidity of the collaboration of supranational institutions to protect the rule of law, in the sense that the parliamentary proposal in some ways codifies the «principle of non-regression» elaborated by the Court to overcome the so-called «Copenhagen dilemma».⁸⁵ Indeed, also in the rulings devoted to the regulation on budgetary conditionality, the Court stated that if, pursuant to art. 49 TEU, respect for values is a prerequisite for the accession of any European State, «respect for those values cannot be reduced to an obligation to which a candidate State is bound in order to join the Union and from which it could escape following its accession».⁸⁶

The set of proposals presented by the European Parliament is to be positively evaluated since, should they enter into force, they will codify many of the «achievements» already obtained by the case-law of the Court of Justice and will certainly be able to streamline the procedural mechanisms of a political nature aimed at sanctioning violations of the rule of law.

82. Amendment no. 415 proposed by Giuliano Pisapia and Brando Benifei. Art. 7, par. 3a (new), *ibid.*, p. 66,

83. Amendment no. 416 proposed by Giuliano Pisapia and Brando Benifei, *ibid.*, p. 67. The text of Amendment no. 417, tabled by Damian Boeselager, is identical, except that «May adopt» is replaced with «shall adopt».

84. Amendment no. 78 of the *Proposal of the European Parliament*, cit., p. 41, Art. 49, par. 2.

85. J. Sholtes critically reconstructs the case law on the principle of non-regression. See SHOLTES, J., «Constitutionalising the end of history? Pitfalls of a non-regression principle for Article 2 TEU», *European Constitutional Law Review*, 19, pp. 59-87, 2023.

86. C-157/21, par. 144.

Capítulo VIII

EL IMPULSO DEL CONSEJO EUROPEO PARA SALVAGUARDAR EL ESTADO DE DERECHO Y LAS LIMITACIONES INHERENTES A SU ACTUACIÓN

Nicola Ruccia

Professore di diritto dell'Unione europea

Università degli Studi del Sannio - Dipartimento DEMM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL IMPULSO DEL CONSEJO EUROPEO PARA EL ESTADO DE DERECHO. III. SU PAPEL EN EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 7 DEL TUE. IV. *CONTINUACIÓN:* Y EN EL *SEMESTRE EUROPEO*. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos quince años, la Unión ha tenido que hacer frente a la cuestión de la crisis del Estado de derecho —contemplado, en el artículo 2 del TUE, entre sus valores fundamentales— en varios Estados miembros¹. Su atención se ha centrado, en su mayor parte, primero en Hungría² y, posteriormente, en

1. WEBER, A., «El principio de Estado de derecho como principio constitucional común europeo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, 27-59; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I., «Tutela judicial efectiva y Estado de derecho en la Unión Europea y su incidencia en Administración de Justicia de los Estados miembros», *Teoría y realidad constitucional*, n. 46, 2020, pp. 309-341, en particular v. p. 315.

2. Debido a medidas relativas, entre otras cosas, al pluralismo de los medios de comunicación, la libertad de enseñanza universitaria, la reducción de la edad de jubilación de los magistrados y la actividad de las organizaciones no gubernamentales. *The Hague Journal on the Rule of Law*, 2022, p. 165 ss.

Polonia³, Rumanía⁴ y, por último, en Bulgaria⁵.

En el ordenamiento jurídico de la Unión, además de los instrumentos jurisdiccionales —procedimiento de violación⁶, remisión prejudicial⁷ y recurso de anulación⁸— para la protección, en general, de los principios y valores a los que se refiere el citado artículo 2 del TUE, también se ha previsto un sistema de protección política de los mismos. Inicialmente constituido por el artículo 7 del TUE⁹, posteriormente se integró con el Mecanismo de Cooperación y Verificación (MCV)¹⁰. Sin embargo, no se han alcanzado los resultados es-

3. Debido a las reformas relativas a la autonomía del poder judicial. Véase, por ejemplo, FAGGIANI, V., «Los Consejos De Justicia ante la involución del Estado de derecho: perspectivas de reforma interna y estándares supranacionales», *Revista de Derecho Político*, 2025, pp. 251-277, especialmente p. 264. CHMIELARZ-GROCHAL, A.; SULKOWSKI, J.; LASKOWSKA, M., «La crisis constitucional en Polonia: (sobre la oportunidad perdida de solucionarla). Un estudio de caso», *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 27, 2018, pp. 1-48. PÉREZ BERNÁRDEZ, C., «La Unión Europea frente a la erosión del Estado de derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco», *Revista General de Derecho Europeo*, n. 40, 2016, pp. 48-95.

4. También en este caso, en lo que respecta a la independencia del poder judicial y, en particular, a la presencia de fiscales no seleccionados sobre la base de criterios meritocráticos, así como a los amplios poderes y la falta de rendición de cuentas de la figura del inspector jefe de la Inspección Judicial. Véase, entre otros, DOROGA, S.; BERCEA, R., «The Role of Judicial Associations in Preventing Rule of Law Decay in Romania: Informal Communication and Strategic Use of Preliminary References», *German Law Journal*, 2023, p. 1393 ss.

5. Siempre en relación con la imparcialidad y la independencia del poder judicial, así como con los poderes, considerados excesivos, de la fiscalía, *vid.* entre otras contribuciones GUERRA, G., «La Bulgaria, l'Unione europea e il monitoraggio del Rule of Law. La solita vecchia storia?», en TARCHI, R., GATTI, A. (a cura di), *Il Rule of Law in Europa*, Génova, 2023, p. 369 ss.

6. Sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-643/15 y C-647/15, *Eslavaquia y Hungría contra Consejo*; de 24 de junio de 2019, asunto C-619/18, *Comisión contra Polonia*; de 2 de abril de 2020, asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17, *Comisión contra Polonia, Hungría y República Checa (Mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional)*; de 15 de julio de 2021, asunto C-791/19, *Comisión contra Polonia*; de 30 de junio de 2023, asunto C-204/21, *Comisión contra Polonia*.

7. Sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de julio de 2019, asunto C-556/17, *Torubarov*; de 19 de noviembre de 2019, asuntos C-585/18, C-624/18 y C-625/18, AK; de 2 de marzo de 2021, asunto C-824/18, *AB (Nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo)*; de 20 de abril de 2021, asunto C-896/19, *Repubblika*; de 9 de enero de 2024, asuntos acumulados C-181/21 y C-269/21, *G. (Nombramiento de jueces ordinarios en Polonia)*.

8. Sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, asunto C-157/21, *Polonia contra Parlamento y Consejo*; de 16 de febrero de 2022, asunto C-156/21, *Hungría contra Parlamento y Consejo*.

9. Sobre este punto, véase CLOSA, C., «La protección de los valores fundamentales de la UE frente a la violación por parte de sus Estados miembros», en CLOSA MONTERO, C. y MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, I. (eds.), *El futuro de la Unión Europea*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, 2018, pp. 93-104; KOCHENOV, D., «Article 7 TUE: un commentaire de la fameuse disposition «morte»», *Revue des affaires européennes*, 2019, p. 33 ss.

10. TONEVA-METODIEVA, L., «Beyond the Carrots and Sticks Paradigm: Rethinking the Cooperation and Verification Mechanism Experience of Bulgaria and Romania. Perspectives on European Politics and Society», n. 15, 4, 2014, pp. 534-551; MEDINA BERNABÉ, S., «Mecanismo de cooperación y verificación para Rumanía y Bulgaria. Una evaluación de sus efectos en el Estado de derecho», *Revista de Estudios Europeos*, n. 84, 2024, pp. 338-363.

perados¹¹. Esto podría conducir al denominado *Retroceso del Estado de derecho*, es decir, al retroceso del Estado de derecho como nueva fase del constitucionalismo, una fase de declive, caracterizada por el vaciamiento y, en algunos casos, por la negación de su esencia¹².

Con el fin de remediar esta situación, se han introducido instrumentos de protección adicionales con referencia específica al valor en cuestión. El primero es el *Informe anual sobre el Estado de derecho*. El segundo es el *Semestre Europeo*, en la parte en que el Consejo puede formular recomendaciones específicas —sujetas al control del Consejo Europeo— a un Estado miembro, si del análisis de sus reformas estructurales se desprenden aspectos críticos en relación con la eficacia y la efectividad del sistema judicial, así como con la lucha contra la corrupción. El tercero es el *Cuadro de Indicadores de la Justicia en la UE*, encargado de ofrecer un análisis comparativo de la independencia, la calidad y la eficiencia de los sistemas judiciales nacionales.

En los mecanismos de toma de decisiones relativos a los instrumentos de protección política del Estado de derecho, el Consejo Europeo desempeña una función bastante heterogénea. De hecho, es el protagonista del procedimiento contemplado en el artículo 7, apartado 2, del TUE, además de ser una parte activa —y, en cierto modo, determinante, en lo que aquí nos interesa— en el *Semestre Europeo*. En cambio, no desempeña ningún papel en el MCV, en el *Informe anual sobre el Estado de derecho* ni, menos aún, en el *Cuadro de Indicadores de la Justicia en la UE*.

Incluso en el procedimiento de adopción de actos de derecho derivado relativos a la salvaguardia del valor en cuestión, la actuación del Consejo Europeo no ha sido uniforme, pues determinante en el denominado *Reglamento de Condicionalidad*¹³ y en el denominado *Mecanismo de Recuperación y Resiliencia*¹⁴, ha sido nula en el denominado *Reglamento sobre disposiciones comunes*¹⁵.

Por lo tanto, resulta interesante tratar de comprender el papel llevado a cabo por el Consejo Europeo en la defensa del Estado de derecho. Para ello, es nece-

11. Con respecto a la ineficacia del mecanismo previsto en el artículo 7 del TUE, véase, entre otros, CORTÉS MARTÍN, J. M., «Sorteando los inconvenientes del artículo 7 TUE: el advenimiento del control jurisdiccional del Estado de derecho», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2020, n. 66, pp. 473-517.

12. FAGGIANI, V., «La «Rule of law backsliding» como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2019, pp. 57-100.

13. Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

14. Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

15. Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados.

sario analizar: i) su contribución general al respeto del valor en cuestión; ii) su contribución específica en relación con los distintos instrumentos (artículo 7, apartado 2, del TUE y el *Semestre Europeo*); iii) así como sus iniciativas previas a la adopción de los mencionados actos de derecho derivado. El examen debe realizarse con referencia a las acciones que ha emprendido: i) en virtud del artículo 15 del TUE, en cumplimiento de su cometido institucional de dar a la Unión «los impulsos necesarios para su desarrollo» y definir «las orientaciones y prioridades políticas generales»; ii) más allá de la letra de los Tratados, configurando —de forma progresiva y autónoma— sus nuevas prerrogativas.

II. EL IMPULSO DEL CONSEJO EUROPEO PARA EL ESTADO DE DERECHO

En primer lugar, cabe señalar que el ejercicio de la función impulsora a que se refiere el artículo 15 del TUE depende de dos factores relacionados entre sí. El primero es la agenda del Consejo Europeo, dictada —en mayor medida— por las contingencias políticas y económicas tanto intracomunitarias como extracomunitarias. El segundo está constituido por el orden de las citadas contingencias establecido por el Presidente que, con arreglo al artículo 15, apartado 6, letra b), del TUE, «velará por la preparación y la continuidad de los trabajos del Consejo Europeo, en cooperación con el presidente de la Comisión y basándose en los trabajos del Consejo de Asuntos Generales».

Para tratar de ofrecer una visión completa de la relación entre los Jefes de Estado o de Gobierno y la defensa del Estado de derecho, conviene dividir la integración normativa europea en dos fases, separadas por el Tratado de Lisboa. Durante la primera, y por lo tanto, hasta 2007, el Consejo Europeo y el valor en cuestión avanzaron básicamente en paralelo. De hecho, su introducción formal tuvo lugar con la misma fuente primaria —el Acta Única Europea (AUE)— y su aplicación se llevó a cabo prácticamente en cada revisión de los Tratados hasta su consagración definitiva —la institución de la Unión y el principio de la misma, respectivamente— con el Tratado de Lisboa.

Para comprender adecuadamente su alcance, es necesario, en primer lugar, hacer una observación sobre la evolución de este valor en las fuentes primarias. En primer lugar, cabe destacar la ausencia de la previsión del Estado de derecho en los Tratados de Roma. Como es sabido, estos se centraban en los aspectos más propiamente económicos de la integración europea, descuidando los políticos, aunque los primeros eran fundamentales para la consecución progresiva de los segundos.

El AUE contiene una referencia *lato sensu* a dicho valor, al referirse, en el Preámbulo, al «respeto del derecho y de los derechos humanos». Solo con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht se hace explícita la referencia al mismo. Una vez más, la mención figura en el Preámbulo de la fuente primaria, en el que se afirma que las partes contratantes confirman «su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y las libertades funda-

mentales y al Estado de derecho». Además, cabe destacar que la referencia en cuestión se reitera tanto en lo que respecta a la política exterior y de seguridad común como en lo relativo a la cooperación al desarrollo. De hecho, el artículo J.1, apartado 2, identificaba, entre los objetivos del primer sector mencionado, el «desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de derecho, así como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales». En lo que respecta al segundo ámbito en cuestión, el artículo 130 U, apartado 2, afirmaba en términos sustancialmente similares que «la Comunidad (...) contribuirá al objetivo general de desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de derecho, así como objetivo de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

Finalmente, el Tratado de Ámsterdam le reconoció importancia general dentro del ordenamiento de la Unión. En el artículo 1, apartado 8, letra a), afirmaba que «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y del Estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembros».

El Consejo Europeo, por su parte, ya llevaba tiempo abordando la cuestión del Estado de derecho. De forma prácticamente simultánea a los acontecimientos políticos de finales de los años ochenta, que caracterizaron la agenda de la integración europea, se produjo una acción sistemática por parte del mismo para implementar este valor en los Estados que se iban progresivamente adhiriendo.

La primera referencia explícita se encuentra en las conclusiones del Consejo Europeo de Estrasburgo de 8 y 9 de diciembre de 1989, un mes después de la caída del muro de Berlín¹⁶. En ellas se afirmaba —haciendo referencia a los países de Europa Central y Oriental que deseaban establecer estrechos vínculos con la entonces Comunidad— que se tomarían las decisiones necesarias para reforzar la cooperación con los Estados que pretendían basarse en los principios de la democracia, el pluralismo y el Estado de derecho¹⁷.

La referencia del Consejo Europeo al Estado de derecho no ha sido aislada. El Tribunal de Justicia ha reconocido en repetidas ocasiones este valor como vigente en la Comunidad Europea desde el caso *Les Verts*¹⁸. Afirmó que «la Comunidad Económica Europea [hoy Unión Europea] es una comunidad de Derecho [*a community based on the rule of law*], 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 Tratado¹⁹». En la fase de integración europea anterior al Tratado de Lisboa, cabe señalar, además, que a medida que la sucesión de normas primarias especificaba la configuración y las funciones de la institución en cuestión, la propia institución formulaba sus posi-

16. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Estrasburgo de los días 8 y 9 de diciembre de 1989, SN/441/2/89.

17. *Ibid.*, pp. 9-10.

18. Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, asunto C-294/83, *Les Verts contra Parlamento Europeo*.

19. *Ibid.* *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2024, n. 66, pp. 9-22.

ciones sobre el valor en cuestión, contribuyendo de manera significativa —y, como es sabido, junto con el Tribunal de Justicia— a delinear su contenido general.

Sin embargo, las posiciones adoptadas por los jefes de Estado o de Gobierno no se referían conjuntamente a los Estados miembros y a los países candidatos a la adhesión, sino exclusivamente a estos últimos. Esto se debía a dos razones. La primera, en cumplimiento del principio de reparto de competencias dentro de la Unión, consistía en que la evaluación de los ordenamientos nacionales era competencia exclusiva del Tribunal de Justicia. La segunda, de carácter político, se derivaba del supuesto de que el Consejo Europeo consideraba ya adquirido —si no plenamente respetado— el principio en los Estados miembros, pero aún no en los Países candidatos.

La acción del Consejo Europeo mediante la cual se introdujo el respeto del Estado de derecho en el ordenamiento jurídico de la UE puede atribuirse a la más amplia que la doctrina ha identificado en los esfuerzos realizados por los Estados miembros para dialogar con terceros países de manera unívoca, más que como parte de un discurso constitucional intracomunitario²⁰.

Este enfoque no ha cambiado sustancialmente con el paso del tiempo. Por otra parte, como confirmación de la existencia del citado elemento de progresividad, cabe señalar que el criterio del respeto del Estado de derecho para los Países candidatos a la adhesión se ha mencionado en varias conclusiones sucesivas de los Jefes de Estado o de Gobierno, antes de ser formalizado en el Tratado de Lisboa y, concretamente, en el conjunto de disposiciones de los artículos 2 y 49 del TUE²¹.

La formalización en cuestión representa la señal tangible de la función del Consejo Europeo, que le fue atribuida por primera vez por el Tratado de Maastricht —concretamente, en su artículo D, apartado 1— según el cual «da a la Unión el impulso necesario para su desarrollo y define sus orientaciones políticas generales». En este sentido, cabe destacar que ha contribuido de manera decisiva a la introducción del Estado de derecho en el ordenamiento de la Unión, haciendo que pase de ser un principio común de los Estados miembros, según el Tratado de Ámsterdam, a un valor fundacional de la Unión —que también debe aplicarse a los Estados candidatos a la adhesión— según el Tratado de Lisboa.

Con este propósito, es interesante observar cómo evolucionó rápidamente la posición del Consejo Europeo al respecto. Con motivo del 50.º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, constató que «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y en el Estado de derecho, principios que comparten los Estados miembros²²».

20. Véase MAGEN, A., PECH, L., «The Rule of law and the European Union», en MAY, C., WINCHESTER, A. (eds.), *Handbook on the Rule of Law*, Cheltenham, 2018, p. 236.

21. A este respecto, a título meramente ilustrativo, véanse las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Dublín de los días 25 y 26 de junio de 1990, SN/60/1/90, p. 13; conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa de los días 26 y 27 de junio de 1992, SN/3321/1/92 REV 1, p. 37.

22. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Luxemburgo de los días 12 y 13 de diciembre de 1997, Anexo 3.

Al término de la Cumbre de Tampere de 1999, afirmó de manera mucho más amplia que «la integración europea ha estado firmemente enraizada en un compromiso compartido de libertad, sustentado en los derechos humanos, en instituciones democráticas y en el Estado de derecho. Estos valores comunes han resultado imprescindibles para garantizar la paz y desarrollar la prosperidad en la Unión Europea. También servirán de piedra angular para la ampliación de la Unión²³».

En la segunda fase —posterior al Tratado de Lisboa— la elevación del Consejo Europeo al rango de institución marca una nueva etapa en la afirmación del Estado de derecho como valor fundacional de la Unión en su función de impulso de la misma y de definición de las prioridades políticas generales correspondientes. A este respecto, cabe señalar que en el Programa de Estocolmo, adoptado en 2009, se afirma, entre otras cosas, que «la prioridad para los próximos años será centrarse en los intereses y las necesidades de los ciudadanos. El reto será asegurar el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales y la integridad de la persona (...). Es de vital importancia que las medidas policiales, por una parte, y las medidas destinadas a salvaguardar los derechos individuales, el Estado de derecho (...), por otra, vayan unidas en la misma dirección y se refuercen mutuamente»²⁴.

La atención del Consejo Europeo al Estado de derecho ya no se centra exclusivamente en la parte de la dimensión exterior de la Unión, representada por las relaciones con los Estados candidatos a la adhesión. Se presta la misma atención a la dimensión interna de la Unión y a las relaciones con sus ciudadanos y sus prioridades. Sobre la base de esta nueva configuración más articulada, la salvaguardia del Estado de derecho evoluciona hacia la Unión considerada en su conjunto y no solo en relación con algunos sectores. En esta perspectiva, la garantía del Estado de derecho surge como una protección para sus ciudadanos²⁵. Por otra parte, el Tratado de Lisboa ya había entrado en vigor, aunque hacía poco tiempo, y el Consejo Europeo, al expresarse en los términos mencionados, manifestaba su conciencia sobre la función que debía desempeñar tras la elevación del Estado de derecho al rango de valor fundacional de la Unión.

En el marco de esta función, ha emprendido una acción propia, destinada, por un lado, a preservar el contenido del artículo 2 del TUE y, por otro, a ampliar su alcance.

El respeto del Estado de derecho se ha convertido, por tanto, en una obligación general de protección tanto hacia los Estados miembros —y ya no, como se ha mencionado, solo hacia los países candidatos a la adhesión— como frente a las instituciones de la Unión. Así se afirma en el nuevo programa estratégico 2019-2024

23. Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, punto 1.

24. Programa de Estocolmo: una Europa abierta que sirva y proteja al ciudadano, de 4 de mayo de 2010, 2010/C 115/01, punto 1.1.

25. Conclusiones del Consejo Europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 2009, EUCO 6/2009, punto 26.

adoptado por el Consejo Europeo, según el cual «el Estado de derecho, que desempeña un papel esencial en todas nuestras democracias, es un factor clave a la hora de garantizar la adecuada protección de dichos valores y, por consiguiente, todos los Estados miembros y la UE deben respetarlo plenamente²⁶». En otras palabras, según los Jefes de Estado o de Gobierno, el Estado de derecho es un elemento esencial del ordenamiento jurídico de la UE encargado de garantizar la protección adecuada de los valores comunes en los que se basan los modelos democráticos y sociales europeos. Por lo tanto, debe ser plenamente respetado tanto por todos los Estados miembros como por la Unión Europea, incluidas sus instituciones.

III. SU PAPEL EN EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 7 DEL TUE

Como se ha mencionado, el control del respeto de los valores de la UE —y, por lo tanto, también del Estado de derecho— en los Estados miembros puede ser tanto de carácter judicial como político²⁷. En este caso, nos centraremos exclusivamente en el segundo. Articulado en varios instrumentos, el más importante se introdujo con el Tratado de Ámsterdam y se modificó con el de Niza hasta llegar, en su configuración actual, a lo establecido en el artículo 7 del TUE. El apartado 2 de dicha disposición prevé una función específica del Consejo Europeo en este ámbito, según la cual este, «por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones».

En primer lugar, cabe señalar que la incoación del procedimiento en cuestión está sujeta a un triple requisito. El primero es que la presunta violación sea grave; el segundo, que sea persistente; y el tercero, que ya se haya cometido²⁸. Hasta la fecha, el contenido de dichos requisitos no ha sido especificado en ningún acto de derecho derivado. La Comisión ofreció una solución, al menos parcial, a esta laguna en una comunicación de 2003²⁹. Sin embargo, por las razones que se expondrán, se considera que dicha solución no es susceptible de proporcionar una previsión fiable sobre el funcionamiento del procedimiento en cuestión³⁰.

26. Conclusiones del Consejo Europeo de 20 de junio de 2019, EUCO 9/2019, punto 6.

27. *Ibid.*, punto 1.

28. En ausencia del segundo y tercer requisito y, por lo tanto, cuando exista exclusivamente «un riesgo manifiesto de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2», se aplicará el artículo 7, apartado 1, del TUE que, a diferencia del segundo, no prevé el mecanismo sancionador al que se hará referencia en los párrafos siguientes.

29. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea. Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión, de 15 de octubre de 2003, COM(2003) 606 final.

30. MANGIAMELI, S.; SAPUTELLI, G., «Article 7 TEU [The Principles of the Federal Coercion]», en BLANKE, J.-H., MANGIAMELI, S. (eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Heideberg, 2013, p. 349 ss., p. 361.

En relación con el primer requisito, en la citada Comunicación de 2003, la Comisión afirma que «con el fin de determinar la gravedad de la violación, habrá que tener en cuenta varios criterios como: el objeto, el resultado o la intensidad de la violación.

En cuanto al objeto de la violación se refiere, se podrán considerar como tales, por ejemplo, los estratos sociales afectados por las medidas nacionales inculminadas. (...) En cuanto a las consecuencias de la violación, podrán referirse a uno o varios de los principios que se mencionan en el artículo 6. Aunque baste con que se vulnere o corra peligro de serlo uno de los valores comunes para aplicar el artículo 7³¹». La doctrina autorizada ha subrayado, por otra parte, que dicha gravedad consiste, probablemente, en la incapacidad de las instituciones del Estado miembro interesado para encontrar, por sí solas, una solución favorable que permita superar el incumplimiento de los valores³².

En cuanto al segundo requisito, que parece estar relacionado con el tercero, la Comisión afirma tautológicamente que, «por definición, para ser persistente una violación tiene que ser duradera³³». En opinión del autor, habría sido conveniente añadir que deben excluirse los casos puntuales, esporádicos o que, en cualquier caso, no tengan carácter sistemático. En cualquier caso, el Parlamento Europeo ha precisado que dicha persistencia se materializa cuando la violación grave «es decir, creciente o sin cambios durante un período de al menos dos años³⁴». Por último, cabe señalar que el ejecutivo de la UE también se ha ocupado de la forma en que se manifiesta la violación y que «podría figurar en un texto legislativo o administrativo» o «ser el resultado de una simple práctica administrativa o política por parte de las autoridades del Estado miembro en cuestión³⁵».

El tercer requisito es una consecuencia lógica del segundo. Evidentemente, si la violación se prolonga en el tiempo, significa que ya se ha producido en el pasado respecto al momento en que se constata, independientemente de que haya producido o no efectos.

Como confirmación del carácter eminentemente político de la decisión, cabe señalar que, según el artículo 269 del TFUE, «el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acto adoptado por el Consejo Europeo (...) en virtud del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea únicamente (...) en lo que se refiere al respeto de las disposiciones de procedimiento establecidas en el citado artículo». Por lo tanto, no se prevé un control judicial de fondo que se refiera a la existencia de la violación grave y persistente o al contenido de la misma.

31. Comunicación de la Comisión, cit., punto 1.4.3.

32. VON BOGDANDY, A., IOANNIDIS, M., «Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done», *Common Market Law Review*, 2014, p. 59 ss.

33. Comunicación de la Comisión, cit., punto 1.4.4.

34. Anexo a la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales, 2015/2254(INL), art. 10, apartado 3.

35. Comunicación de la Comisión, cit., punto 1.4.4.

A pesar de ello, el procedimiento en cuestión —precisamente por el contenido de la posible constatación— además de por su relevancia política, resulta especialmente garantista. La existencia de una violación grave y persistente de los valores contemplados en el artículo 2 del TUE debe ser constatada por el Consejo Europeo, que delibera por unanimidad previa aprobación del Parlamento Europeo, a propuesta de la Comisión o de un tercio de los Estados miembros y tras haber invitado al Estado miembro interesado a presentar sus observaciones. Cabe destacar que el Parlamento Europeo no tiene competencia para iniciar el procedimiento en cuestión, aunque, de conformidad con su reglamento interno, puede invitar a la Comisión o a los Estados miembros a actuar en este sentido³⁶. La propuesta de la Comisión —en su función de guardiana de los Tratados— o de un número especialmente elevado de Estados miembros —debido a la importancia política de la cuestión— está sujeta a un doble veto. El primero es el de cada Estado miembro en el Consejo Europeo, que delibera por unanimidad y del que, de conformidad con el artículo 354 del TFUE, queda excluido el Estado miembro interesado. El segundo es el del Parlamento Europeo, que debe pronunciarse en términos similares a los de los Jefes de Estado o de Gobierno. Por último, las garantías «decisorias» se ven respaldadas por el principio de contradicción, que permite al Estado en cuestión exponer los motivos de sus decisiones antes de que el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo se pronuncien al respecto.

La formulación de la disposición da a entender que fue concebida casi como un espantajo y no como un instrumento utilizable y eficaz. De hecho, su aplicación podría tener un impacto significativo en el Estado miembro en cuestión, tanto en lo que se refiere a su proyección exterior como a la interior, circunstancias de las que, en opinión del autor, los Estados miembros eran plenamente conscientes cuando se firmó el Tratado. La doctrina autorizada ha observado, en relación con el primer aspecto, que la mera constatación de una violación grave y persistente —o incluso del más modesto riesgo evidente de la misma— puede comprometer la posición del Estado miembro en cuestión dentro de la Unión Europea y de la Comunidad Internacional, poniendo de relieve los valores fundacionales de la propia Unión Europea, que se corresponden, en gran medida, con los de las democracias occidentales. En cuanto al segundo aspecto, se ha puesto de relieve la posibilidad de que se produzcan graves repercusiones en el propio Estado miembro, que se materializarían en la «condena» del gobierno —y de la mayoría parlamentaria que lo apoya— y que probablemente desencadenarían reacciones políticas, si no sociales, contra dicho gobierno³⁷.

36. Reglamento del Parlamento Europeo, 10.^a legislatura, art. 91, apartado 1, letra b). Sin embargo, tiene la facultad expresa, en virtud del artículo 7, apartado 1, del TUE, de iniciar el procedimiento para constatar la existencia de un riesgo manifiesto de violación grave de los valores contemplados en el artículo 2 del TUE.

37. Véase VILLANI, U., «Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, (2020), p. 10 ss., pp. 13-14.

La unanimidad en el seno del Consejo Europeo, en lugar de limitarse a dificultar especialmente la puesta en marcha del procedimiento en cuestión —como suele ocurrir en los casos que prevén este *quórum*—, lo bloquea desde el principio. De hecho, los Estados miembros —aunque solo sea por razones de oportunidad política— tienden a no aislarse completamente de los demás, sino a mantener, al menos con algunos y, por lo tanto, también de forma bilateral, relaciones o vínculos particulares. Debido a esta tendencia empírica, parece difícil que la totalidad de los Estados miembros mencionados —evidentemente excluido el objeto del procedimiento— voten a favor de la incoación del examen. El impacto de una medida en este sentido sería muy significativo no solo a nivel europeo, sino también en las relaciones bilaterales mencionadas, que podrían verse inevitablemente comprometidas como consecuencia. En otras palabras, parece posible que cualquier Estado miembro consiga —por las meras razones de oportunidad política mencionadas— el apoyo de tan solo otro Estado miembro. Por otra parte, dicho apoyo se concretaría, simplemente, en la oposición a la adopción de la medida en cuestión, sin que fuera necesario realizar ningún esfuerzo de mediación para evitarlo.

Sin embargo, hay que tener en cuenta otro riesgo, inherente al procedimiento previsto en el artículo 7 del TUE y, en cierto modo, especular con lo que acabamos de mencionar. Se trata de la posible formación de mayorías entre gobiernos en el Consejo Europeo —probablemente del mismo signo político— que, por hostilidad hacia el gobierno y su mayoría en un determinado Estado miembro, podrían formarse para instrumentalizar el procedimiento en cuestión con el fin de contrarrestar y debilitar, tanto a nivel internacional como interno, a dicho gobierno³⁸.

Independientemente de la aplicabilidad de la disposición en cuestión, esta presenta un límite intrínseco e insuperable. Para identificarlo, es necesario remitirse a los apartados 3 y 4 de la misma. De conformidad con el apartado 3, la constatación de una violación grave y persistente puede dar lugar a que el Consejo, por mayoría cualificada, decida imponer sanciones al Estado miembro, consistentes en la suspensión de algunos de los derechos derivados de los Tratados —incluido el derecho de voto en el propio Consejo— sin perjuicio de las obligaciones que le incumben en virtud de los mismos Tratados³⁹. De conformidad con el apartado 4, el Consejo podrá decidir posteriormente modificar o revocar las medidas adoptadas con arreglo al apartado anterior como consecuencia de posibles cambios —en el Estado miembro destinatario de las sanciones— en la situación que dio lugar a su imposición. En sí misma, la evaluación por parte de los Estados miembros de la violación de los valores de la UE —y,

38. *Ibid.*, p. 14.

39. Para más información, véase VERHOEVEN, J., «Article 1-59 - La suspension de certains droits résultant de l'appartenance à l'Union», en BURGOGUE-LARSEN, L., LEVADE, A., PICOD, F. (dirs.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2007, p. 720 ss.

por tanto, del Estado de derecho— en un Estado miembro es de carácter exclusivamente político.

La imposición de sanciones, en cambio, implica que, si el Estado miembro destinatario de las mismas se esfuerza por obtener su modificación o revocación, deberá intervenir en su aparato jurídico-institucional. Ahora bien, el hecho de tener que aplicar dicha intervención con el fin de obtener una modificación o revocación de sanciones tras una evaluación política de los demás Estados miembros supone sufrir una forma de injerencia —aunque indirecta— en la propia soberanía por parte de esos mismos Estados miembros. Según el autor, esto conduciría a la violación del principio general del derecho internacional de no injerencia en los asuntos internos de un Estado.

Las razones expuestas no han permitido, hasta ahora, la aplicación del artículo 7, apartado 2, del TUE. Hasta ahora, solo se han presentado dos propuestas en virtud del apartado 1. La primera es de la Comisión. El 20 de diciembre de 2017, esta presagió la existencia de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho en Polonia debido a las reformas judiciales adoptadas por dicho país y solicitó al Consejo que tomara una decisión al respecto, de conformidad con el mencionado artículo 7, apartado 1, del TUE⁴⁰. El 6 de mayo de 2024, la Comisión comunicó que, tras una serie de medidas legislativas en el ámbito en cuestión, ya no existía un «riesgo manifiesto de violación grave» del Estado de derecho y que, en consecuencia, retiraría su propuesta motivada⁴¹. El Consejo de «Asuntos Generales» de 21 de mayo de 2024 tomó nota de esta intención de la Comisión.

La segunda propuesta presentada en virtud del artículo 7, apartado 1, del TUE procede del Parlamento Europeo. El 12 de septiembre de 2018, el Parlamento Europeo adoptó una resolución contra Hungría a raíz de una serie de reformas constitucionales —en vigor en dicho país desde 2012— que, desde distintos puntos de vista, pondrían en peligro el respeto de los valores contemplados en el artículo 2 del TUE⁴². Esta posición del Parlamento Europeo se reafirmó posteriormente en las resoluciones de 15 de septiembre de 2022⁴³, 1 de junio

40. Propuesta motivada de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del TUE por lo que respecta al Estado de derecho en Polonia, de 20 de diciembre de 2017, COM(2017) 835 final. Véase RAGONE, G., «La Polonia sotto accusa. Brevi note sulle circostanze che hanno indotto l'Unione Europea ad avviare la c.d. opzione nucleare», *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2018, p. 1 ss.

41. Comisión Europea, *Commission intends to close Article 7(1) TEU procedure for Poland*, comunicado de prensa de 6 de mayo de 2024.

42. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, 2017/2131(INL). Véase CURTI GIALDINO, C., «Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo «Stato di diritto», si viola la regola di diritto», federalismi.it, n. 18, 2018, p. 1 ss.

43. Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de septiembre de 2022, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, de la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, 2018/0902R(NLE).

de 2023⁴⁴ y 18 de enero de 2024⁴⁵. Dado que —por el momento— el Consejo no se ha pronunciado al respecto, esta propuesta tampoco ha sido objeto, al menos hasta ahora, de un seguimiento efectivo.

IV. CONTINUACIÓN: Y EN EL SEMESTRE EUROPEO

Las limitaciones inherentes al artículo 7 del TUE han puesto de manifiesto la necesidad de contar con instrumentos adicionales para el control del Estado de derecho. En el marco de la reforma de la *gobernanza económica europea*⁴⁶ —que se hizo necesaria a raíz de la crisis de la deuda soberana de 2007-2008⁴⁷— la Unión ha actuado en este sentido, atribuyendo un papel específico al Consejo Europeo. Esto se llevó a cabo a través del denominado *Semestre Europeo*, cuya base jurídica se encuentra en los artículos 121 y 148 del TFUE. Se puso en marcha como código de conducta para la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento⁴⁸ y posteriormente se codificó en el denominado *Six-Pack*⁴⁹, para luego

44. Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre la vulneración del Estado de derecho y de los derechos fundamentales en Hungría y la inmovilización de fondos de la UE, 2023/2691(RSP).

45. Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2024, sobre la situación en Hungría y la inmovilización de fondos de la Unión Europea, 2024/2512(RSP).

46. En general, sobre este punto, véase, entre otros, LÓPEZ ESCUDERO, M., «La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: ¿una auténtica unión económica en formación?», *Revista de derecho comunitario europeo*, 2015, p. 361 ss.

47. LINDE DE CASTRO, L. M., «La crisis financiera internacional y la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2009, pp. 139-154.

48. Comisión Europea, *Reforzar la coordinación de las políticas económicas*, Comunicación de 12 de mayo de 2010, COM(2010) 250 final.

49. Se trata de un paquete normativo, compuesto por cinco reglamentos y una directiva, cuyo objetivo general es prevenir la propagación de situaciones insostenibles en las finanzas públicas de los Estados miembros que puedan generar crisis económicas y financieras e inestabilidad en la Unión Económica y Monetaria. Por un lado, reforma el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y, por otro, introduce una serie de controles sobre las políticas económicas de los Estados miembros. La reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento se llevó a cabo mediante el Reglamento (UE) n.º 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; la Directiva n.º 2011/85/UE, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros; el Reglamento (UE) n.º 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro; el Reglamento (UE) n.º 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas. El procedimiento de desequilibrios macroeconómicos fue introducido por el Reglamento (UE) n.º 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos; por el Reglamento (UE) n.º 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro.

ser integrado en el *Two-Pack*⁵⁰, así como en la denominada revisión del marco de *gobernanza económica*⁵¹.

El *Semestre Europeo*, que se celebra anualmente, consiste en la formalización, mediante el *soft law*, de un ciclo procedimental de orientación, evaluación y supervisión —por parte de las instituciones de la Unión— de las políticas económicas, sociales, de empleo, estructurales y presupuestarias de los Estados miembros. Su función es consolidar los distintos procesos de coordinación y supervisión de dichas políticas, reforzando su coherencia. Por esta razón, la doctrina autorizada lo ha definido como «the coordination of coordination»⁵².

Su introducción en el sistema de la Unión, lejos de ser repentina o casual, ha modificado profundamente la forma de concebir la coordinación en el derecho de la UE⁵³. Esta última se inició en 2000 con la adopción de la Estrategia de Lisboa⁵⁴. A través de ella, el Consejo Europeo presentó una propuesta destinada a garantizar la consecución de objetivos específicos de la Unión Europea, sobre todo económicos y sociales, mediante un enfoque innovador⁵⁵.

50. Se trata, también en este caso, de un paquete normativo compuesto, sin embargo, por dos reglamentos. Su objetivo es lograr una integración más estrecha en materia presupuestaria entre los Estados miembros y un control más riguroso de los presupuestos nacionales, con el fin de evitar las situaciones de inestabilidad financiera que se produjeron durante 2007-2008 y en los años inmediatamente posteriores. Además, este paquete normativo tiene por objeto aumentar la coordinación y la supervisión de los procedimientos presupuestarios en los Estados miembros de la UEM. En este sentido, ha simplificado el marco normativo para la supervisión reforzada de los Estados miembros que se encuentran en graves dificultades de estabilidad financiera, de los que reciben asistencia financiera de la Unión y de los que están llegando al final de su asistencia financiera. Véase el Reglamento (UE) n.º 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades. Reglamento (UE) n.º 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro.

51. Compuesto por los siguientes actos de derecho derivado: Reglamento (UE) 2024/1263 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2024, relativo a la coordinación eficaz de las políticas económicas y la supervisión presupuestaria multilateral y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1466/97 del Consejo; Reglamento (UE) 2024/1264 del Consejo, de 29 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; Directiva (UE) 2024/1265 del Consejo, de 29 de abril de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/85/UE sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

52. ARMSTRONG, K., «The Lisbon Agenda and Europe 2020: From the Governance of Coordination to the Coordination of Governance», en COPELAND, P., PAPADIMITRIOU, D. (eds.), *The EU's Lisbon Strategy: Evaluating Success, Understanding Failure*, Basingstoke, 2012, p. 208 ss.

53. Véase, ampliamente, DE LA ROSA, S., «L'élaboration des positions nationales dans le cadre du semestre européen», *Revue française d'administration publique*, 2016, p. 531 ss., p. 533.

54. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa de los días 23 y 24 de marzo de 2000.

55. DEBARGE, O. ET AL., *Quel avenir pour l'Union européenne? La stratégie de Lisbonne définie par la Conseil européen en 2000: actes du colloque organisé à Reims le 23 octobre 2003*, Bruxelles, 2004.

Esto ha llevado a la introducción de un nuevo método para la adopción de actos de la Unión, diferente a las disposiciones de los Tratados, sin proceder a la revisión de los mismos. Esta práctica se ha denominado *Nueva gobernanza europea*, para distinguirla de los métodos previstos en los Tratados —es decir, el comunitario y el intergubernamental— para la adopción de actos de la Unión, así como para la formulación y aplicación de las políticas de la UE⁵⁶. En su base se encuentra el denominado *Método Abierto de Coordinación* (MAC), que representa el ejemplo más original de este nuevo tipo de *gobernanza*⁵⁷. Se caracteriza por un papel diferente —y, en esencia, menos rígido, ya que no está previsto en el derecho primario— tanto de las instituciones como de los Estados miembros en la citada adopción de los actos de la UE⁵⁸.

En este contexto, cabe señalar que el MAC —del que el *Semestre Europeo* es una aplicación operativa— ha ampliado, por un lado, el diálogo interinstitucional y, por otro, el diálogo entre la Unión y los Estados miembros, con el fin de alcanzar los objetivos en cuestión, en este caso inicialmente solo económicos y sociales. En este ámbito, la acción del Consejo Europeo se caracteriza por dos funciones. La primera es la definición y aplicación de los objetivos generales —a propuesta y previa consulta de la Comisión— mediante conclusiones generales⁵⁹. La segunda es la de promotor y coordinador del propio MAC en sus múltiples variantes —incluido, por supuesto, el *Semestre Europeo*— en estrecha relación con la Comisión, mediante el recurso sistemático a actos no vinculantes de diversa índole, ordenados según una lógica bastante específica de oportunidad político-institucional y alternados con cierta cadencia⁶⁰.

Habida cuenta de que este no es el lugar adecuado para profundizar en la estructura y el funcionamiento del *Semestre Europeo*, cabe limitarse a constatar que, aparentemente, este no tendría —al menos en sus primeras articulaciones— ningún impacto en el control del Estado de derecho en los Estados miembros de la UE. En cambio, en la evaluación de su conducta en el ámbito de las reformas estructurales y las finanzas públicas, pueden tenerse en cuenta los posibles aspectos críticos relacionados con la lucha contra la corrupción y la eficacia y efectividad de los sistemas judiciales y de la administración pública. El Consejo Europeo interviene activamente en dos fases del ciclo. La primera tiene lugar entre enero y marzo y se refiere a la definición de las orientaciones sobre las políticas a nivel de la UE, en consonancia con la función prevista en el

56. ARMSTRONG, K., «The Open Method of Coordination - Obstinate or Obsolete?», en SCHÜTZE, R., TRIDIMAS, T. (eds.), *Oxford Principles of European Law*, Oxford, 2018, p. 777 ss.

57. BARONCELLI, S., FARKAS, O., «Il Metodo di Coordinamento Aperto e le sue applicazioni al governo economico e occupazionale dell'Unione europea: il contesto comunitario e le ricadute sull'ordinamento interno», *Osservatorio sulle fonti*, 2008, p. 1 ss., p. 2.

58. HODSON, D., MAHER, I., «The Open Method as a New Mode of Governance: The Case of Soft Economic Policy Coordination», *Journal of Common Market Studies*, 2001, p. 719 ss.

59. CAGGIANO, G., «La continua ascesa del Consiglio europeo e i rischi per l'equilibrio istituzionale dell'Unione europea», en DI STASI, A. *ET AL.* (edición de), *Liber Amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli, 2020, I, p. 73 ss., p. 89.

60. BARONCELLI, S., FARKAS, O., *op. cit.*, p. 3.

artículo 15, apartado 1, del TUE. En ella se debate la situación económica y de empleo de los Estados miembros y se aprueba el proyecto de recomendación del Consejo sobre la política económica de la zona del euro. La segunda tiene lugar entre junio y otoño.

Los Jefes de Estado o de Gobierno debaten la versión definitiva de las recomendaciones específicas por país (REP) —que contienen orientaciones específicas para cada Estado miembro en materia de política económica, presupuestaria, de empleo y estructural— presentadas por la Comisión, acordadas en el Consejo y adoptadas formalmente por este tras dicha fase.

El control periódico, favorecido por la colaboración interinstitucional inspirada en el principio de cooperación leal —en su doble acepción y, por lo tanto, con referencia tanto a las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, de conformidad con el artículo 4, apartado 3, párrafos 2 y 3, del TUE, como a las relaciones entre las instituciones de la UE, de conformidad con el artículo 13, apartado 2, TUE⁶¹— implica la adaptación continua de las políticas nacionales y promueve su constante aproximación a los objetivos de la Unión.

La peculiaridad del *Semestre Europeo* es haber reunido, en un único ciclo procedimental, mecanismos de coordinación y supervisión que afectan a ámbitos diferentes y que tienen una naturaleza jurídica igualmente diferente⁶². Aunque esto no representa, en sí mismo, una novedad en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea⁶³, la intensidad con la que se manifiesta con respecto al pasado es sin duda mayor⁶⁴, sobre todo a la luz del *NEXT Generation EU*⁶⁵.

Antes de la introducción de este último, el análisis de los ciclos del *Semestre Europeo* había confirmado los temores de quienes sostenían que la consolidación dentro de un único marco normativo de mecanismos vinculantes de supervisión de las políticas económicas e instrumentos *soft* de coordinación de otras políticas se traduciría en el predominio de los objetivos perseguidos por los primeros sobre los segundos⁶⁶. Esto se debía a que se consideraba que la consecución de un número limitado de objetivos económicos, incluso en detrimento de otros de naturaleza diferente, era esencial para salvar la Unión Económica y Monetaria. *NEXT Generation EU*, en cambio, ha establecido un nuevo equilibrio entre los objetivos de la Unión.

61. Sobre el principio de cooperación leal, véase LASO PÉREZ, J., *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 2000.

62. COSTAMAGNA, F., «Il coordinamento delle politiche economiche nell'ambito del Semestre europeo», en PORCHIA, O. (a cura di), *Governance economica europea. Strumenti dell'Unione Europea, rapporti con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento italiano*, Napoli, 2015, p. 127 ss., p. 130.

63. SMISMANS, S., «From Harmonization to Co-ordination? EU Law in the Lisbon Governance Architecture», *Journal of European Public Policy*, 2011, p. 504 ss.

64. BEKKER, S., «European Socioeconomic Governance in Action: Coordinating Social Policies in the Third European Semester», *OSE Research Paper*, n. 19, 2015, p. 2 ss.

65. *Infra*, párr. 5.

66. COSTAMAGNA, F., «The Impact of Stronger Economic Policy Coordination on the European Social Dimension: Issues of Legitimacy», en ADAMS, M., FABBRINI, F., LAROCHE, P. (eds.), *The Constitutionalization of European Budget Constraints*, Oxford, 2014, p. 370 ss.

V. CONCLUSIONES

La función que desempeña el Consejo Europeo en la defensa del Estado de derecho en los Estados miembros de la Unión presenta diversos aspectos problemáticos e incluso controvertidos.

Es el protagonista en los principales procesos decisorios relativos a los instrumentos de protección política del valor en cuestión. Tal es su papel, de hecho, en el procedimiento previsto en el artículo 7, apartado 2, del TUE y, esencialmente, en el *Semestre Europeo* (en la parte del mismo que nos interesa aquí). Sin embargo, en ambos casos, una serie de límites de aplicación comprometen irremediablemente su eficacia. Con respecto a la norma primaria mencionada, el primero es el requisito de la unanimidad. Este último, en lugar de dificultar especialmente la toma de decisiones —como suele ocurrir en los casos en que se exige dicho *quórum*—, lo que hace es, en esencia, imposibilitarla. El segundo, especular al primero, consiste en la posible formación de mayorías entre gobiernos que, normalmente, tienen la misma extracción política y que, por hostilidad hacia el gobierno de un determinado Estado miembro, podrían formarse para instrumentalizar el procedimiento en cuestión con el fin de contrarrestar y debilitar, tanto a nivel internacional como interno, al mismo gobierno. El tercero se refiere a la evaluación de la violación del Estado de derecho en un Estado miembro, lo que constituye una actividad de carácter exclusivamente político. La posible imposición posterior de sanciones, por el contrario, implica que, si el Estado miembro destinatario de las mismas quisiera actuar para obtener su revocación o, al menos, su modificación, podría sufrir una intervención externa en su aparato jurídico-institucional. Esto se traduciría en su sometimiento a una forma de injerencia, aunque indirecta, en su soberanía por parte de los demás Estados miembros. Debido a estas limitaciones, el recurso al artículo 7, apartado 2, del TUE no ha resultado realmente viable, como se ha observado empíricamente hasta ahora, a pesar de las presuntas violaciones del Estado de derecho en Hungría, Polonia, Rumanía y Bulgaria.

En el *Semestre Europeo* —aparentemente ajeno al control del Estado de derecho en los Estados miembros de la UE, pero en realidad vinculado a él gracias a la evaluación de las reformas estructurales nacionales y de las finanzas públicas correspondientes que se lleva a cabo en su ámbito—, el Consejo Europeo interviene activamente en dos fases. Se trata de la que tiene lugar entre enero y marzo —relativa a la situación económica y laboral de los Estados miembros y a la aprobación del proyecto de recomendación del Consejo sobre la política económica de la zona del euro— y la que tiene lugar entre junio y otoño, relativa a la versión definitiva de las recomendaciones específicas por país (REP).

También en este caso, los temores de quienes afirmaban que el *Semestre Europeo*, dada su configuración, no era susceptible de producir resultados concretos en la salvaguardia del valor en cuestión, resultaron fundados. En consecuencia, el papel del Consejo Europeo en este punto resultó ineficaz.

Por último, en los demás instrumentos de protección política del Estado de derecho, y en particular en el MCV, en el *Informe anual sobre el Estado de derecho* y en el *Cuadro de Indicadores de la Justicia en la UE*, no se ha reservado ninguna función al Consejo Europeo.

En las últimas décadas y en especial en los últimos años, la denominada crisis del Estado de Derecho, que se vislumbraba a finales de los noventa y principios de este siglo, ha adquirido una dimensión, una relevancia y una profundidad difícilmente previsible, afectando no sólo a nuestro País sino también a todos los de nuestro entorno. La trascendencia del cambio, que se está produciendo y pretende culminar, es de tal intensidad, que hace necesario desde todos los espacios, y entre ellos el mundo de la razón, de la investigación y del pensamiento, que se aporten herramientas e instrumentos que permitan un análisis completo, general y específico, a la vez que profundo y pausado del nuevo mundo que se quiere alumbrar, y de lo que ello podría suponer para el sistema de organización y convivencia que hemos conocido en el último siglo y que ha permitido que seamos lo que somos, con nuestros aciertos y nuestras imperfecciones. A esta necesidad de análisis crítico del contexto actual responde la obra colectiva, que parte de un hecho, hoy incontestable: la crisis del Estado de Derecho, con todas sus implicaciones, y la transición hacia una nueva forma de Estado, que se está pergeñando, y que se podría tildar de «híbrida». Este es el nuevo reto al que nos enfrentamos, un reto extraordinario por cuanto pone en crisis nuestro sistema de convivencia.