

LA DEFICIENCIA SISTÉMICA EN EL ESTADO DE DERECHO. QUÉ ES, QUÉ SE HA HECHO Y QUÉ SE PUEDE HACER*

ARMIN VON BOGDANDY

Instituto Max Planck (Heidelberg)

MICHAEL IOANNIDIS**

Instituto Max Planck. LLM (Cambridge)

I. LA DEFICIENCIA SISTÉMICA COMO EJEMPLO DE CRISIS CONSTITUCIONAL.—
II. MARCO CONCEPTUAL.—1. *El concepto de Estado de Derecho europeo.*—2. *Función y fundamento jurídico.*—2.1 El artículo 7 TUE.—2.2 El Consejo de Europa.—2.3 Derecho internacional general.—3. *Como identificar una deficiencia sistémica en el Estado de Derecho.*—3.1 Bases conceptuales previas: la función del Derecho.—3.2 Criterios de identificación.—III. LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO.—1. *Ejemplos de deficiencias sistémicas.*—1.1 Viejos retos: las instituciones griegas e italianas.—1.2 Nuevos retos: las instituciones búlgaras y rumanas.—2. *Respuestas.*—2.1 El mecanismo de supervisión de 2007.—2.2 La condicionalidad de los programas de ajuste.—2.3 La confianza mutua y la reubicación de la responsabilidad.—3. *Algunas implicaciones constitucionales.*—4. *¿Una pendiente resbaladiza?*

* Traducido por LUIS FERNANDO RENTERÍA y PEDRO VILLARREAL, revisado por DANIEL SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO y supervisado por ANTONIO LÓPEZ CASTILLO, coeditor del presente número monográfico. Una versión anterior ha sido publicada en la *Common Market Law Review* 51 (2014), S. 59-96; una versión alemana aparece en la *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 74 (2014).

** Agradecemos las sugerencias y críticas de Miriam Asiz, Jürgen Bast, Iris Canor, Claus-Dieter Ehlermann y Blake Emerson.

RESUMEN

Existe una opinión generalizada de que la UE está en crisis. Y lo que es más importante, que esta crisis no es sólo financiera sino que toca a los principios fundacionales de la UE establecidos en el artículo 2 TUE. Entre ellos, un principio que ha fungido como la piedra angular de la integración europea ya desde sus primeras etapas parece particularmente amenazado: el Estado de Derecho. Debido a la corrupción endémica, las debilidades institucionales o insuficientes recursos a nivel administrativo o judicial, algunos Estados miembros de la UE presentan deficiencias tan graves al efecto de garantizar el imperio de la ley que su conformidad con los estándares básicos de la UE se ve seriamente cuestionada. Aunque es evidente que la UE no puede permanecer inactiva frente a diferencias tan graves no está claro como encajar las potenciales respuestas en el marco constitucional general de la UE. Este artículo pretende contribuir a ese debate mediante el desarrollo del concepto de deficiencia sistémica en el Estado de Derecho.

Palabras claves: Estado de Derecho; nuevo marco del Estado de Derecho; derecho constitucional de la UE; crisis constitucional; deficiencia sistemática.

ABSTRACT

There is currently a widespread view that the EU is in crisis. This crisis is not only financial, but, most importantly, it touches upon the founding principles of the Union as set out in Article 2 TEU. Among them, a principle that has served as the cornerstone of European integration already from its early stages seems particularly threatened: the rule of law. Due to endemic corruption, weak institutional capacities, or insufficient resources at the administrative or judicial levels, some EU Member States present so grave deficiencies in guaranteeing the rule of law that their conformity with basic EU standards is seriously questioned. Although it is obvious that the EU cannot stay inactive in the face of such grave deficiencies, it remains unclear how potential responses fit with the overall EU constitutional framework. This article aims at contributing to this discussion by developing the concept of *systemic deficiency in the rule of law*.

Key words: Rule of law; new framework of rule of law; EU constitutional law; constitutional crisis; systemic deficiency.

I. LA DEFICIENCIA SISTÉMICA COMO EJEMPLO DE CRISIS CONSTITUCIONAL

La integración europea está basada «en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos». Estos principios fundamentales están previstos en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), que establece el perfil constitucional no sólo de la Unión Europea (UE), sino también de sus Estados miembros(1). El artículo 49 TUE exige que los futuros Estados miembros cumplan con dichos principios, y los artículos 7 y 2 TUE dan expresión jurídica a la presunción de que los Estados miembros de la UE los han alcanzado y garantizado.

Esta presunción es fundamental en el ordenamiento jurídico de la UE. Genera confianza entre todas las instituciones, justifica el reconocimiento mutuo de resoluciones, legitima la toma de decisiones de la UE y expresa la autocomprensión de Europa como una Unión de democracias liberales. Mientras la presunción se mantenga, las violaciones del Derecho de la UE pueden ser consideradas como meras excepciones a la normalidad institucional. Las infracciones aisladas son, de hecho, una característica normal de cualquier orden jurídico y no quiebran los valores y principios sobre los que descansa el orden jurídico europeo.

No obstante, algunos fenómenos recientes han adquirido una dimensión tan prominente que, en lugar de aparecer como una problemática aislada, parecen ser generalizados e incluso podrían amenazar los principios fundamentales del artículo 2 TUE. Consideramos que *sistémicas* es el mejor calificativo para tales deficiencias, dado que transmite claramente que son fenómenos generales que afectan al sistema en su totalidad(2). De hecho, dado que los principios básicos están en tela de juicio, actualmente hay una honda preocupación en el ámbito jurídico europeo sobre el alcance de lo que podría ser una crisis constitucional, tanto al nivel de los Estados miembros como de la UE (3). Algunos autores perciben que dicha crisis tiene su origen

(1) Tal como se desprende de la interpretación sistemática del artículo 7 TUE. Véase Declaración de la Presidencia sobre la Convención, 6 de febrero de 2003, CONV 528/03, 11; Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea. El respeto y la promoción de los valores en que se basa la Unión* COM (2003), 606, 5.

(2) <http://lema.rae.es/drae/?val=sistémico>.

(3) En este sentido, DIMITRY KOCHENOV, «The EU in its most serious crisis ever (and that's not the Euro crisis)» *Verfassungsblog*, 13.06.2013, disponible en <http://www.verfassungsblog.de>. Para el concepto de crisis constitucional, véase PEDRO CRUZ VILLALÓN, «El estado de sitio y la constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del

en la forma en que la UE ha abordado la crisis financiera(4). En el ámbito nacional, Hungría representa quizás el caso más visible, en que el principio democrático y los derechos fundamentales parecen verse amenazados(5).

Este artículo se centrará en otra dimensión: las debilidades institucionales, persistentes e intersectoriales. Se trata de la voluntad y la capacidad de algunos Estados miembros de respetar y defender el Estado de Derecho. Varios informes recientes sobre Grecia, por ejemplo, apuntan a la existencia de insuficiencias significativas en sus estructuras judiciales y administrativas. Se observan problemas similares en informes de la UE sobre Bulgaria y Rumania, apuntando a «debilidades estructurales» debido al crimen organizado(6), la corrupción estatal o el debilitamiento de la judicatura(7).

Estos problemas han adquirido una dimensión eminentemente política. El Presidente de la Comisión, en su discurso sobre el «Estado de la Unión», de 2012 y de 2013, señaló la existencia de «amenazas para el tejido jurídico y democrático en algunos de nuestros Estados europeos»(8), un tema tratado

Estado (1789-1878)», Centro de Estudios Constitucionales 1980; SANFORD LEVINSON y JACK M. BALKIN, «Constitutional Crises» (2009) 157 *University of Pennsylvania Law Review* 707 (enfocado en la experiencia norteamericana y sus crisis constitucionales); ALESSANDRO PIZZORUSSO, «La crisi costituzionale italiana» en *Studi in onore di Gianni Ferrara* 3 (2005) 141-150; ARMIN VON BOGDANDY y PÁL SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania* (Hart 2014, por publicarse).

(4) PAUL KIRCHHOFF, «Verfassungsnot!», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (Frankfurt, 12.07.2012); MARTIN SEIDEL, «Europarechtsverstöße und Verfassungsbruch im Doppelpack» [2011] *EuZW* 241. También el Tribunal Constitucional Federal alemán ahora parece ser de esta opinión, Decisión del 14.01.2014, 2 BvR 2728/13 u.a., párrafo 36.

(5) Véase Parlamento Europeo, *Resolution of 10.03.2011 on Media Law in Hungary*, P7-TA-PROV 2011 (0094); Parlamento Europeo, *Resolution of 16.02.2012 on the Recent Political Developments in Hungary*, 2012/2511 (RSP); Consejo de Europa, *Opinion of the Commissioner for Human Rights on Hungary's Media Legislation in Light of Council of Europe Standards on Freedom of the Media*, CommDH (2011)10, 25.02.2011; Comisión Europea para la Democracia a Través del Derecho (Comisión de Venecia), *Opinion on the New Constitution of Hungary*, Opinión No. 618/2011 de 20.06.2011, CDL-AD(2011) 016, párrafos 91 et seq.

(6) Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y el Consejo, *On Progress in Bulgaria under the Cooperation and Verification Mechanism*, Brussels, 18.07.2012, COM(2012) 411 final, 5.

(7) Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y el Consejo, *On Progress in Romania under the Cooperation and Verification Mechanism*, Brussels, 18.07.2012 COM(2012) 410 final, 3.

(8) JOSÉ MANUEL DURÃO BARROSO, *State of the Union 2012 Address Plenary Session of the European Parliament*, Estrasburgo, 09.12.2012, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_en.htm; *State of the Union 2013 Address Plenary Session of the European Parliament*, Estrasburgo 2013, 11.09.2013 <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_it.htm

recientemente de forma explícita como un problema de Estado de Derecho por la «comisaria» para asuntos de justicia(9), la Presidencia Irlandesa del Consejo(10) y la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE(11). Un tema común es que ni los procedimientos jurisdiccionales (el recurso por incumplimiento y la cuestión prejudicial) ni tampoco el mecanismo del artículo 7 TUE, parecen ser mecanismos suficientes para abordar una deficiencia sistémica del Estado de Derecho. El primer mecanismo es demasiado específico. El segundo es también inadecuado: unas medidas dirigidas a la mejora de los recursos personales y materiales de un Estado miembro pueden ser bastante más eficaces que la suspensión del derecho de voto en el Consejo. La percibida insuficiencia de mecanismos adecuados es, de hecho, elemento esencial de una crisis.

Con este contexto a la vista, el presente trabajo analizará y especificará, en primer lugar, el fenómeno desde la óptica constitucional de la UE. En tal sentido, el artículo propone un marco conceptual del término *deficiencia sistémica en el Estado de Derecho* (2.). Con este fin, se definen las características esenciales del Estado de Derecho europeo (2.1.), se muestra la función y el fundamento jurídico del concepto (2.2.) y se proponen varios criterios para identificar ejemplos relevantes (2.3.). Posteriormente, se aplica el concepto para mostrar su utilidad (3.). Se analizarán varios informes sobre algunos Estados miembros (3.1.), así como instrumentos jurídicos nuevos (3.2.), y se explorará con estos medios cómo el concepto contribuye a mejorar la comprensión de contextos complejos y ambiguos. Partiendo de esta base, se evaluará el impacto constitucional (3.3.). Finalmente, se abordará la cuestión de si la tesis aquí propuesta sitúa a la UE en lo que se denominará una «pendiente resbaladiza» (4.).

(9) VIVIANE REDING, *Safeguarding the Rule of Law and Solving the «Copenhagen Dilemma»: Towards a new EU-Mechanism*, discurso, Consejo de Asuntos Generales, Luxemburgo, 04.22.2013, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-348_en.htm?locale=en.

(10) Véase la conferencia *A Europe of Equal Citizens: Equality, Fundamental Rights and the Rule of Law*, organizada por la Presidencia irlandesa, Dublin, 05.09.2013-10.05.2013, y especialmente los discursos del Ministro Irlandés de Justicia, Igualdad y Defensa, Alan Shatter TD, *A Europe of Equal Citizens: Equality, Fundamental Rights and the Rule of Law* y Christopher McCrudden, *Strengthening Institutional Arrangements in Europe to Protect Equality and Fundamental Rights, Mapping the Landscape: Institutions, Problems, Ideas* (en el archivo con los autores).

(11) Véase el simposio *Promoting the Rule of Law in the EU*, organizado por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Viena, 06.07.2013; el informe final está disponible en <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2013-4th-annual-symposium-report.pdf>.

II. MARCO CONCEPTUAL

1. *El concepto de Estado de Derecho europeo*

Nuestra construcción del concepto de *deficiencia sistémica del Estado de Derecho* comienza con su último componente. El Estado de Derecho, como sus equivalentes en alemán, italiano, francés, inglés —*Rechtsstaat, stato di diritto, État de droit, rule of law*—, es uno de los conceptos jurídicos más ambiguos. Dependiendo del tiempo, lugar y autor, sus requisitos abarcan desde una exigencia de instituciones públicas fuertes y de seguridad jurídica hasta una justicia sustantiva (12). En este trabajo no entramos en la disputa entre una concepción «thin» y principalmente formal del Estado de Derecho y otra «thick», más sustantiva (13). Señalamos, no obstante, que el artículo 2 TUE, al distinguir el Estado de Derecho del respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia y la igualdad, parece optar por una concepción más bien «formal» (14).

En todo caso, en cualquiera de sus variantes, el Estado de Derecho requiere, como mínimo, que el Derecho realmente impere. Sólo hay Estado de Derecho si la ley es, en principio, observada y es eficaz a la hora de guiar la conducta de los individuos, tanto en su condición de autoridades públicas como de particulares. Éste es un elemento ampliamente aceptado del Estado de Dere-

(12) Véase CONSTANCE GREWE y HÉLÈNE RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens* (Presses Universitaires De France 1995) 22 et seq; RAINER GROTE, «Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit» en Christian Starck (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy—A Comparative Analysis* (Nomos 1999) 269; LUC HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law* (Dalloz 2002); MARTIN KRYGIER, «Rule of law» en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 233. Desde una perspectiva más teórica, véase ELÍAS DÍAZ GARCÍA, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (Taurus 1979); BRIAN TAMANAHA, *On the Rule of Law* (Cambridge University Press 2004) 7 et seq; JEREMY WALDRON, «The Concept of Law and the Rule of Law» (2008) 43 *Georgia Law Review* 1, 6 et seq; JOSEPH RAZ, *The Authority of Law* (2a. ed., Oxford University Press 2009).

(13) BRIAN TAMANAHA, «The History and Elements of the Rule of Law» [2012] *Singapore Journal of Legal Studies* 232, 233-236. En UPA, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha incluido en el concepto de Estado de Derecho el principio general de protección de los derechos fundamentales, Caso C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores v Consejo de la Unión Europea* [2002] ECR I-6677, párrafos 38-39.

(14) De forma similar, MEINHARD HILF y FRANK SCHORKOPF, en Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, y Martin Nettesheim (eds.), *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar* (looseleaf, Beck 2013) vol 1, Artikel 2, marg. número 35; CHRISTIAN CALLIESS, en Christian Calliess y Matthias Ruffert (eds.), *EUV/AEUV, Kommentar* (4th edn, Beck 2011), Artikel 2, marg. número 26.

cho, con independencia de cualquier otro requisito que se le pueda exigir (15). Las autoridades públicas deben actuar de acuerdo con las normas constitucionales, incluidos los derechos fundamentales, y con las normas generales que han sido previamente establecidas por los órganos superiores, principalmente el parlamento, y deben asegurar de forma efectiva que la ley sea observada por los particulares. El Estado de Derecho se frustra no sólo cuando los tribunales y las autoridades administrativas actúan infringiendo la ley, sino también cuando no logran asegurar su cumplimiento por los actores privados, debido a una renuencia o a la falta de los recursos necesarios (16). Las estructuras administrativas y judiciales deben cumplir y hacer cumplir la ley.

Esta premisa se encuentra en los fundamentos de la integración europea desde los orígenes. La UE es una comunidad basada en el Estado de Derecho (17); ninguna otra concepción captura mejor su identidad jurídica. Una «comunidad basada en el Estado de Derecho» puede significar muchas cosas, pero requiere, al menos, que la efectividad del Derecho de la UE sea equivalente, si no igual, a la media de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. El concepto de Comunidad Europea de Derecho implica que el Derecho europeo impera de verdad. Para alcanzar este alto nivel de eficacia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha subrayado, desde principios de la década de 1960, la juridificación del proceso de integración y la autonomización del Derecho europeo frente a los actores políticos y administrativos (18). Ha desarrollado una extensa jurisprudencia dirigida a fomentar la observancia e implementación del Derecho de la UE entre los Estados miembros, pues ellos son los destinatarios más relevantes del Derecho de la Unión. El principio del efecto útil (*effet utile*) puede considerarse como la base que asienta la relación entre la Unión y los Estados miembros, más que cualquier otro (19). Obliga a los Estados miembros a la realización de los objetivos del Derecho de la Unión y puede producir consecuencias jurídicas precisas en

(15) Véase PAUL CRAIG, «Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework» [1997] Public Law 467; HELMUT SCHULZE-FIELITZ, en Horst Dreier (ed.), *Grundgesetz, Kommentar* (2a. ed., Mohr Siebeck 2004), vol. 2, Artikel 20, marg. números 13, 46.

(16) Véase LORD BINGHAM, *The Rule of Law* (Penguin Books 2010), 8.

(17) Es muy importante WALTER HALLSTEIN, *Der unvollendete Bundesstaat* (Econ-Verlag 1969), 33 et seq.; Caso 294/83, *Les Verts v European Parliament* [1986] Rec. p. 1339, párrafo 23.

(18) JHH WEILER, «The Community System» (1981), 1 Yearbook of European Law 267.

(19) SACHA PRECHAL, Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union en Catherine Barnard (ed.), *The Fundamentals of EU Law Revisited* (Oxford University Press 2007) 35.

supuestos de conflicto (20). Desde esta perspectiva, los conceptos jurídicos más relevantes son la autonomía del Derecho de la Unión (21), su efecto directo [de los Tratados (22), Reglamentos (23), Directivas (24) y otros actos de los que se derivan obligaciones jurídicas (25)], su primacía (26), su aplicación efectiva y uniforme por las autoridades de los Estados miembros (27), así como la responsabilidad patrimonial de los Estado miembros (28). Estas doctrinas, dirigidas a asegurar la efectividad del Derecho de la UE, también ejercen funciones importantes de legitimación. La efectividad es indispensable para la llamada legitimidad de la Unión basada en resultados (*output oriented legitimacy*). Por otra parte, la aplicación uniforme del Derecho es crucial para asegurar la igualdad en las relaciones jurídicas. Esta evolución de largo recorrido vivida por el Derecho de la Unión ha transformado (29) y constitucionalizado (30) profundamente a Europa.

Los Tratados constitutivos ponen de relieve la importancia de unas instituciones nacionales fuertes, generadoras de confianza, como ya se plasma en el artículo 4 (3) TUE. Más precisamente, de acuerdo con el artículo 197 (1) TFUE, la «aplicación efectiva del Derecho de la Unión por los Estados miembros, que es esencial para el buen funcionamiento de la Unión, se considerará asunto de interés común». De acuerdo con el artículo 197 (2) TFUE, la Unión podrá respaldar los esfuerzos de los Estados miembros para mejorar su capacidad administrativa para aplicar el Derecho de la Unión, aunque ningún Estado miembro se encuentra obligado a valerse de tal apoyo (31). Por otra parte, de acuerdo con el artículo 291 (1) TFUE, los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión. Esta disposición declara

(20) A mayor abundamiento, MATEJ ACCETTO y STEFAN ZLEPTNIG, «The Principle of Effectiveness» (2005) 11 *European Public Law* 375.

(21) Caso 6/64, *Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 585, 593 et seq.

(22) Caso 26/62, *Van Gend en Loos* [1963] ECR 1, 11 et seq.

(23) Caso 9/70, *Grad* [1970] ECR 825, párrafo. 5.

(24) Caso 8/81, *Becker* [1982] ECR 53, párrafos 29 et seq.

(25) Caso 181/73, *Haegeman* [1974] ECR 449, párrafos 2 et seq.

(26) Caso 92/78, *Simmenthal v Comisión* [1979] ECR 777, párrafo 39.

(27) Casos acumulados 205-215/82, *Deutsche Milchkontor* [1983] ECR 2633, párrafo 22.

(28) Casos acumulados C-6/90 y C-9/90, *Francovich* [1991] ECR I-5357, párrafos 33 et seq.

(29) JHH WEILER, «The Transformation of Europe» (1991), 100 *Yale Law Journal* 2403.

(30) ERIC STEIN, «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution» (1981) 75 *American Journal of International Law* 1.

(31) Véase en detalle ROBERT SCHÜTZE, «From Rome to Lisbon: “Executive Federalism” in the (New) European Union» (2010), 47 *Common Market Law Review* 1385, 1407 et seq.

el principio de que los Estados miembros son directamente responsables de la aplicación del Derecho de la UE en su territorio (32). Sin embargo, el artículo 291 (2) TFUE autoriza a la Unión a adoptar medidas de ejecución en caso de que «se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión». Al hacer hincapié en la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho de la UE, esta disposición también refleja la presunción en la que se basa la superestructura jurídica de la UE: unas instituciones nacionales capaces de asegurar una aplicación eficaz del Derecho.

Todos estos instrumentos jurídicos fueron desarrollados para asegurar que el Derecho de la UE efectivamente estructure las relaciones sociales *a pesar de* la ausencia de mecanismos coercitivos de aplicación propios de la UE. No obstante, dichos instrumentos quedan en suspenso en el momento en que las instituciones de los Estados miembros no están o no pueden estar en condiciones de asegurar la aplicación del Derecho — sea a causa de una corrupción endémica, de la debilidad de las estructuras institucionales o de la insuficiencia de medios materiales a nivel administrativo o judicial. En este supuesto, las normas de la UE son fácticamente irrelevantes en dicho territorio. Un deficiente *Estado de Derecho interno* se traduce, automáticamente, en un deficiente *Estado de Derecho de la UE*. La UE, como Comunidad de Derecho, como Unión de Derecho y, por tanto, como la totalidad de una estructura, se desmorona, y a los individuos se niega un derecho europeo verdaderamente fundamental: el derecho de tener derechos europeos (33).

2. *Función y fundamento jurídico*

A continuación nos centraremos en el concepto *deficiencia sistémica*. La función jurídica de este concepto en el Estado de Derecho pasa por comprender los contextos en donde dicho principio fundamental se encuentra amenazado, y sentar las bases jurídicas de las medidas dirigidas a responder a tal amenaza. Esta base jurídica es tan delicada como indispensable para todo

(32) Véase también la Declaración relativa al Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad («la implementación administrativa del Derecho comunitario debe, en principio, ser la responsabilidad de los Estados miembros de acuerdo con sus disposiciones constitucionales»).

(33) ANNA M. RUSSO, «La cittadinanza dell'UE alla luce della proposta del gruppo di Heidelberg: verso una Reverse Solange «?», *federalismi* 1/2014, 8 enero 2014, 7 www.federalismi.it.

ordenamiento basado en principios liberales (34). No tomamos el término *deficiencia sistémica* de la nada. Lo utiliza el TJUE, la Comisión, y el Consejo de Europa para describir situaciones críticas que requieren respuestas especiales. Por lo tanto, no nos adentramos en territorio inexplorado sino que proporcionamos una reconstrucción doctrinal del discurso jurídico presente.

2.1 El artículo 7 TUE

El artículo 7 TUE es de suma importancia para esta reconstrucción. Dicha disposición establece las condiciones y procedimientos a disposición de la UE en aquellos supuestos en los que los valores del artículo 2 se ven amenazados o violados, constando así que la UE no es «un cero a la izquierda» cuando sus principios básicos se ven amenazados.

No obstante, el artículo 7 TUE exige la existencia de una amenaza particularmente grave y duradera (35). Los mecanismos contemplados en el artículo 7 TUE no se activan mediante *cualquier* contravención del principio del Estado de Derecho; en cambio, el nivel de exigencia es considerablemente mayor. Para que el mecanismo del artículo 7 TUE se ponga en marcha, el Consejo debe declarar la existencia de una «violación grave» de los valores del artículo 2 TUE (36). Además, sólo cabe imponer sanciones cuando se haya constatado una «violación grave y persistente» (37). Esto requiere que la violación sea de una especial onerosidad y duración en el tiempo (38). La

(34) ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln des Staates in außergewöhnlichen Lagen» (1978), 31 *Neue Juristische Wochenschrift* 1881, 1883; PEDRO CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías* (Tecnos 1984).

(35) ULRICH BECKER, en Jürgen Schwarze (ed.), *EU-Kommentar* (3ra. ed., Nomos, 2012), Artikel 7, parágrafo 8.

(36) Artículo 7 (1) TUE. La primera iniciativa para excluir tal referencia en el Derecho de la UE parece haberse presentado ante la perspectiva de ingreso de Grecia a la Comunidad Económica Europea, véase TORSTEN STEIN, «Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat» en Volkmar Goetz, Peter Selmer, y Rüdiger Wolfrum (eds.), *Liber amicorum Günther Jaenicke* (Springer 1998), 873; FRANK SCHORKOPF, en Grabitz, Hilf, y Nettesheim (eds.), nota 14, Artikel 7, marg. número 1. Para el mecanismo del artículo 7 TUE, véase, en general, WOJCIECH SADURSKI, «Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider» (2009-2010), 16 *Columbia Journal of European Law* 385.

(37) Artículo 7 (2) TUE.

(38) ULRICH BECKER, nota 35, marg. número 8.

deficiencia sistémica no es más que la construcción doctrinal de esta elección constitucional subyacente. Ha de garantizarse la autonomía del Estado miembro afectado pero también su responsabilidad primaria en el cumplimiento de los valores del artículo 2 TUE. Ello encuentra apoyo en otros principios, como el de igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, consagrado en el artículo 4 (2) TUE, y el principio de subsidiariedad, establecido en el artículo 5 (3) TUE. En consecuencia, el Estado de Derecho, así como los otros valores del artículo 2 TUE, siguen siendo un asunto primordialmente interno de los Estados miembros. El estándar para que una situación sea calificada como deficiencia sistémica debe ser elevado.

Se podría afirmar que los mecanismos específicos establecidos en el artículo 7 TUE excluyen el desarrollo de otros instrumentos también dirigidos a proteger los valores del artículo 2 TUE. Si se propusiera un concepto de deficiencia sistémica con el fin de derivar las mismas consecuencias jurídicas que produce el artículo 7 TUE, es decir, una declaración explícita del Consejo o la suspensión formal de ciertos derechos, las dudas estarían justificadas. Por esta razón, los instrumentos desarrollados doctrinalmente deben ser menos invasivos que los contenidos en el artículo 7 TUE, pues éste instaura el máximo nivel de intromisión de la UE. Al mismo tiempo, según una doctrina consolidada en Derecho de la UE, un procedimiento específicamente definido en los Tratados para abordar un específico problema no excluye categóricamente la aplicación de otros instrumentos (39). Este es el legado de *Van Gend en Loos* — una doctrina que permite el ejercicio de acciones individuales basadas en disposiciones de los Tratados, independientemente de que se haga uso de un procedimiento por incumplimiento (40). Posteriormente, el principio de la responsabilidad del Estado miembro por violación al Derecho de la UE se desarrolló aun cuando los Estados miembros, en esos momentos, negociaban la introducción de un procedimiento diferente (ahora el artículo 260 (2) TFUE) en el Tratado de Maastricht (41). Ambas doctrinas han sido aceptadas como parte del *acervo* de Derecho de la UE.

El mecanismo del artículo 7 TUE puede iniciarse como consecuencia de la conducta desde cualquier autoridad pública nacional. Las deficiencias sistémicas relevantes pueden igualmente aparecer en todos los campos de actividad pública nacional. Por lo tanto, el concepto *deficiencia sistémica*

(39) Para una argumentación detallada sobre este punto con respecto a las posibles formas de instrumentos jurídicos de la UE, véase JÜRGEN BAST, *Grundbegriffe der Handlungsformen der EU* (Springer 2005), 60-63.

(40) VAN GEND *en Loos*, nota 22, párrafo 24.

(41) FRANCOVICH, nota 28.

no crea nuevas obligaciones para los Estados miembros, ni tampoco expande el ámbito de actuación de la UE. Aunque es, ciertamente, una innovación jurídica, la categoría entra de lleno en la competencia de la Unión (*Verbandskompetenz*) (42). La cuestión de la competencia es más compleja, sobre todo porque el alcance del requisito de competencia del artículo 5 TUE todavía es indeterminado. Sin embargo, mientras las instituciones europeas no adopten actos vinculantes unilaterales contra los Estados miembros y los particulares, los requisitos del artículo 5 TUE están cumplidos (43).

Desde este punto de vista, los artículos 2 y 7 TUE pueden servir como el fundamento legal de medidas dirigidas a reaccionar frente a deficiencias sistémicas en los principios fundamentales de la UE. Sostenemos que, a la luz del artículo 7 TUE, las medidas de la UE que se presentan posteriormente en este artículo, y también en los marcadores de justicia de la UE, así como el diálogo de Estado de Derecho que se propone (44), están, en principio, dentro de las competencias de la UE, siempre y cuando sean menos invasivos que los mecanismos previstos en el artículo 7 TUE (45). En conjunto, el artículo 7 TUE proporciona tanto un apoyo como una guía en la construcción del concepto doctrinal de *deficiencia sistémica*.

2.2 El Consejo de Europa

El concepto encuentra un apoyo adicional en el Derecho del Consejo de Europa, que también emplea la distinción entre infracciones ordinarias y deficiencias sistémicas. Dada la estrecha vinculación entre ambos sistemas, la aportación del Consejo de Europa es particularmente relevante para el Derecho de la UE (46). De manera similar al artículo 7 TUE, el artículo 8 del

(42) Los límites legales para tal innovación jurídica son discutidos en el contexto de la doctrina paralela de «Reverse Solange», véase ARMIN VON BOGDANDY, MATTHIAS KOTTMANN, CARLINO ANTPOHLER, JOHANNA DICKSCHEN, SIMON HENTREI, y MAJA SMRKOLJ «Reverse Solange-Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States» (2012), 49 *Common Market Law Review* 489, 515-516.

(43) Para una interpretación más amplia, que incluye actos no vinculantes, JÜRGEN BAST y ARMIN VON BOGDANDY, en Grabitz, Hilf, y Nettesheim (eds), nota 14, Artikel 5, marg. número 23-29.

(44) GABRIEL N. TOGGENBURG, «Was soll die EU können dürfen, um die EU-Verfassungswerte und die Rechtsstaatlichkeit der Mitgliedstaaten zu schützen?» (2013), 10 ÖGfE Informe de política.

(45) Véase, con mayor detalle, 2.2.1.

(46) Véase artículo 6.º (3) TUE.

Estatuto del Consejo de Europa dispone que un miembro que ha «violado gravemente» los principios del Estado de Derecho y los derechos humanos puede ser suspendido en sus derechos de representación e incluso expulsado del Consejo de Europa (47). Al igual que el procedimiento del artículo 7 TUE, este mecanismo no ha sido puesto en práctica, posiblemente por razones similares, es decir, dado su carácter radical y de dudosa utilidad práctica en la protección de los derechos humanos (48). Más allá de este mecanismo «formal», el TEDH y el Comité de Ministros han desarrollado la noción de problema «sistémico» o «estructural» como un concepto jurídico, dirigido a distinguir violaciones «simples» y episódicas de la Convención, de ineficiencias internas de carácter grave y sistémico que requieren remedios «estructurales» orientados hacia un cambio institucional (49).

Mediante una resolución del año 2004, el Comité de Ministros invitó al TEDH a identificar en sus resoluciones posibles deficiencias sistémicas. (50) El TEDH ha participado ya en esta tarea en una serie de casos, identificando violaciones sistémicas de derechos humanos y estipulando medidas generales

(47) El artículo 3 exige que cada miembro del Consejo de Europa «acepte los principios del estado de derecho y del goce de todas las personas en su jurisdicción de derechos humanos y libertades fundamentales».

(48) El único momento en que se aplicó el mecanismo fue en relación con Grecia, durante el tiempo en que el país se encontraba bajo dictadura militar. Grecia cursó baja del Consejo de Europa antes de su expulsión, véase *Exclusion from Participation in International Organisations: The Law and Practice behind Member States» Expulsion and Suspension of Membership* (Kluwer 1999), 80 et seq. La Asamblea Parlamentaria ha negado las credenciales de ciertas delegaciones en algunas ocasiones, véase FLORENCE BENOÎT-ROHMER y HEINRICH KLEBES, *Council of Europe Law: Towards a Pan-European Legal Area* (Council of Europe Publishing 2005), 40 et seq.

(49) Véase MARKUS FYRNY, «Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights» (2011), 12 *German Law Journal* 1231; DOMINIK HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights* (Nijhof 2013); PHILIP LEACH, HELEN HARDMAN, SVETLANA STEPHENSON y BRAD K. BLITZ, *Responding to Systemic Human Rights Violations - An Analysis of Pilot Judgments of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level* (Intersentia 2010).

(50) Comité de Ministros, *Resolution Res (2004) 3 of the Committee of Ministers on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem*, 05.12.2004, disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743257&Lang=fr>. Véase también el Informe del TEDH sobre propuestas de reforma de la Convención Europea de Derechos Humanos y otras medidas plasmadas en el Informe del Comité Directivo de Derechos Humanos de 4 de abril de 2003, CEDH (2003) 006 final, adoptado por unanimidad por el Tribunal en su 43a Sesión Plenaria Administrativa el 12 de septiembre de 2003, párrafos 43-46; Fallo 61 de los Fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

que deben ser adoptadas por el Estado condenado en la parte dispositiva de sus resoluciones (51). Los términos «sistémico» o «estructural» también aparecen frecuentemente en documentos del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria (52). Aunque no hay una clara definición de estos conceptos (53), los problemas estructurales o sistémicos aparecen asociados a una «disfunción» en el sistema jurídico nacional que afecta a un número significativo de personas, da lugar a numerosas reclamaciones ante el TEDH y exige la adopción de medidas generales (54). Por ejemplo, en el caso *Burdov v. Rusia* (No. 2), el TEDH declaró que la incapacidad de Rusia para asegurar la ejecución efectiva de las sentencias de los tribunales domésticos era de gran escala y de naturaleza compleja, y consecuentemente exigió «la adopción de medidas globales y complejas, posiblemente de carácter legislativo y administrativo, involucrando a diversas autoridades en los niveles federal y local» (55).

El Consejo de Europa ofrece así dos aportaciones valiosas para el Derecho constitucional de la UE. Primero, el uso de la deficiencia sistémica como un concepto jurídico que contribuye a comprender y afrontar situaciones que van más allá de las violaciones puntuales. Segundo, el uso de este concepto con vistas a desarrollar respuestas alternativas más allá del mecanismo formal, pero poco práctico, contenido en el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa, y del remedio tradicional de la demanda individual. Así, el Consejo de Europa refuerza nuestra propuesta, según la cual el artículo 7 TUE no constituye un obstáculo a la hora de dar respuestas alternativas ante deficiencias sistémicas.

(51) Véase *Broniowski v Polonia*, app. num. 31443/96 (TEDH, 22.06.2004), párrafo 189 y para juicios piloto posteriores, *Ananyev y otros v Rusia*, app. nos. 42525/07, 60800/08 (TEDH, 10.01.2012), párrafos 184 et seq; *Manushaqe Puto y otros v Albania*, app. nos 604/07 y otras (TEDH, 31.07.2012), párrafos 107 et seq. El término «estructural» fue introducido en el vocabulario del TEDH en el caso *Hutten-Czapka v Polonia*, app. no. 35014/97 (TEDH, 19.06.2006), párrafo 233.

(52) Véase, respectivamente, Comité de Ministros, *Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights*, 6.º Informe Anual del Comité de Ministros 2012 (Consejo de Europa 2013), passim y esp. 45 et seq; Asamblea Parlamentaria, *Resolución 1914 (2013) Ensuring the Viability of the Strasbourg Court: Structural Deficiencies in States Parties*, Strasbourg, 01.22.2013.

(53) Véase MART SUSI, «The Definition of a “Structural Problem” in the Case-Law of the European Court of Human Rights since 2010» (2012), 55 *German Yearbook of International Law* 385, 413-417.

(54) Véase Comité sobre Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, *States with Major Structural/Systemic Problems before the European Court of Human Rights: Statistics*, ASI/Jur/Inf (2011), 05 rev 2, 18.04.2011, párrafo 6.

(55) *Burdov v Rusia* (No. 2) app. no. 33509/04 (TEDH 15 de enero de 2009), párrafo 136.

2.3 Derecho internacional general

El problema existe también en el derecho internacional general cuando se encuentra ante unidades territoriales que no reúnen los requisitos necesarios para alcanzar la consideración internacional de Estado. La investigación sobre tales Estados, frecuentemente los denomina como «débiles», «deficientes» o «fallidos» (56). Se trata de Estados incapaces de acometer las funciones estatales más básicas, como la garantía de las condiciones mínimas del Estado de Derecho (57). Aunque ningún Estado miembro de la UE es un Estado «débil» o «deficiente» con arreglo a estos estándares internacionales, el concepto internacional sirve de sustento para el concepto de deficiencia sistémica en la UE y proporciona criterios útiles.

A nivel internacional, los Estados «débiles» se definen por la ausencia de instituciones sólidas, incapaces de garantizar el cumplimiento de la ley en su territorio (58). La razón más común que explica este tipo de ineffectividad es que las instituciones centrales, como los parlamentos o los gobiernos, no proporcionan los recursos institucionales, financieros y humanos necesarios para garantizar la eficacia de la ley (59). Por lo tanto, la deficiencia se refiere frecuentemente a la incapacidad generalizada de las instituciones centrales

(56) Países como Somalia o Congo ofrecen casos paradigmáticos en los que la referencia no calificada a la condición de Estado es una ficción insostenible: esas unidades territoriales carecen de muchos elementos básicos a los que los países modernos están asociados. Véase THOMAS RISSE, «Governance in Areas of Limited Statehood: Introduction And Overview» en Thomas Risse (ed.), *Governance Without A State?* (Columbia University Press 2011), 1, 28.

(57) Véase DANIEL THÜRER, «The failed State and international law» (1999), 81 *Intl Rev Red Cross* 731; ROBIN GEISS, «Failed states»: *die normative Erfassung gescheiterter Staaten* (Duncker & Humblot 2005); CLEMENS RICHTER, *Collapsed States: Perspektiven nach dem Wegfall von Staatlichkeit Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen des Selbstbestimmungsrechts der Völker und zur Struktur des völkerrechtlichen Staatsbegriffs* (Nomos 2011); FRANZ LEIDENMÜHLER, *Kollabierter Staat und Völkerrechtsordnung: Zur Aktualität Der Westfälischen Ordnung, Entwickelt an Fragen des Wegfalls Effektiver Staatsgewalt* (Berliner Wissenschafts-Verlag 2011), 173 et seq.

(58) «Efectividad», como se utiliza generalmente en este contexto, normalmente significa (o al menos siempre incluye) la habilidad de «elaborar, implementar, y garantizar las decisiones centrales para una colectividad», RISSE, nota 56, 4. Véase también ROBERT H. JACKSON and CARL G. ROSBERG, «Why Africa's Weak States Persist: The Empirical and the Juridical in Statehood» (1982), 35 *World Politics* 1, 6.

(59) Véase MICHAEL MANN, «The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanisms and Results» (1984), 25 *European Journal of Sociology* 185, 189; Gerard Kreijen, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness: Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa* (Martinus Nijhoff 2004), 86; RISSE, nota 56, 4.

de implementar el Derecho a través de (y sobre) otros actores relevantes como la administración pública o los tribunales.

La razón por la que este tipo de debilidad institucional se ha convertido en un problema para el Derecho internacional, es porque la capacidad de garantizar el cumplimiento de la ley es una condición indispensable para la cooperación internacional. Uno de los presupuestos de un Derecho internacional eficaz es que el gobierno que participa en foros internacionales y asume obligaciones tiene la capacidad de otorgar efectos a dichas obligaciones (60). El Derecho internacional depende mayormente de la presunción de que las instituciones estatales, como los tribunales y las administraciones públicas, sean eficaces a la hora de estructurar las relaciones sociales (61). Esta presunción no la cuestionan los problemas que un Estado puede encontrar ocasionalmente en alguna de sus instituciones o, incluso, en algunas zonas de su territorio. Sin embargo, cuando tales deficiencias adoptan un carácter sistémico, el Derecho internacional deja de ser operativo y «predica en el vacío».

3. *Cómo identificar una deficiencia sistémica en el Estado de derecho*

Una deficiencia sistémica en el Estado de Derecho requiere que este principio fundamental se encuentre seriamente amenazado. Éste es seguramente siempre un concepto vago que exige concreción —sobre todo porque la certeza es un rasgo característico y básico del Estado de Derecho— (62). Así, ¿podemos hablar de deficiencias sistémicas cuando sólo un funcionario se corrompe, la administración municipal de una ciudad —pero sólo una— es ineficaz en la aplicación del Derecho, o cuando un tribunal no resuelve un asunto en un plazo razonable? ¿O sólo deberíamos aplicar el concepto en situaciones extremas como las que presentan los Estados «débiles», tales como Somalia, El Congo o Sudán? (63) A continuación, realizaremos una aproximación intermedia. Por supuesto, no podemos aportar una distinción concisa, inmediata y sencilla que logre distinguir entre deficiencias sistémi-

(60) HEIKE KRIEGER, *Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht* (Duncker & Humblot 2000), 268; LEIDENMÜHLER, nota 57, 272. Esto también está reflejado en el hecho de que el criterio de gobernabilidad es central a la afirmación de que un Estado tiene tal categoría, JAMES CRAWFORD, *The Creation of States in International Law* (Oxford University Press 2006), 55.

(61) Véase KRIEGER, nota 60, 88 et seq.

(62) BÖCKENFÖRDE, nota 34, 1882.

(63) Estos son los tres países mejor situados en el Índice de Estados Fallidos de 2013, disponible en <http://ffp.statesindex.org/rankings-2013-sortable>.

cas y violaciones «ordinarias». Existen, no obstante, dos tipos de consideraciones jurídicas que ayudan a trazar una línea significativa: la función del Derecho y las exigencias específicas de la pertenencia a la UE.

3.1 Bases conceptuales previas: la función del derecho

Una de las funciones sociales básicas del Derecho consiste en ofrecer a los miembros de la comunidad un fundamento estable sobre el cual organizar sus actividades y planificar sus actos (64). Los comportamientos sociales exigen una reducción de la incertidumbre futura y, asimismo, de un amplio espectro de posibilidades abiertas que, de otra manera, serían inmanejables. Las instituciones sociales completan esta tarea de reducción de la incertidumbre al generar y apoyar expectativas normativas, al indicar qué acciones pueden ser consideradas más previsibles y aceptables que otras (65), facilitando así que las personas actúen dentro de un entorno social incierto. A diferencia de las sociedades autoritarias, tradicionales o indiferenciadas, las sociedades contemporáneas, complejas y libres se apoyan principalmente en el Derecho para generar y estandarizar expectativas normativas. El Derecho permite a las personas anticipar las conductas futuras de otros y predecir qué decisiones recibirán aprobación o desaprobación social. Por ejemplo, una regla que contiene una prohibición genera la expectativa de que la conducta relevante no se producirá en las relaciones sociales ordinarias y, si finalmente sucede, puede ser tratada en términos institucionales, desencadenando un reproche organizado, así como la imposición de sanciones o una indemnización. Así, las personas pueden ejecutar sus planes con la certeza de que algunos escenarios futuros son más probables que otros. Otra forma de expresar esta idea es afirmar que la función esencial del Derecho consiste en generar *confianza* (66).

No obstante, el Derecho sólo puede alcanzar esta función social y generar expectativas confiables cuando su cumplimiento es elevado. El cumplimiento general no se encuentra amenazado por infracciones aisladas. Más bien, en los sistemas jurídicos que funcionan satisfactoriamente, tales

(64) SANTI ROMANO, «Diritto (Funzione del)» en Santi Romano (ed.), *Frammenti di un dizionario giuridico* (Giuffrè 1953), 76, 81; NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp 1993), 150-153; JÜRGEN HABERMAS, *Between Facts and Norms* (Polity Press 1996), 144 et seq; Raz, nota 12, 222.

(65) NIKLAS LUHMANN, «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft» [1970] *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 175, 185.

(66) *Ibid.* 179.

infracciones detonan respuestas sociales e institucionales que son esenciales para sostener e, incluso, para desarrollar expectativas normativas; por lo tanto, *sirven* a la función del Derecho. Hay pocos ejemplos mejores que el propio Derecho de la UE. Sin la intervención de los tribunales de la Unión, el Derecho de la UE no sería tan relevante, tanto en su extensión como en su intensidad, como lo es ahora.

Sin embargo, si las infracciones cobran importancia y regularidad, y se mantienen sistemáticamente impunes, el círculo virtuoso se vuelve inoperante y desata la dinámica opuesta. En sistemas en los que las instituciones son regularmente vistas como incapaces de dar respuesta a las infracciones debido a la corrupción, la falta de voluntad, la debilidad institucional o la ausencia de medios necesarios, las expectativas normativas se ven menoscabadas. Por lo tanto, el Estado de Derecho resulta amenazado cuando un número significativo de actores sociales dejan de confiar en las instituciones públicas para asegurar, por ejemplo, el cumplimiento efectivo de un contrato o que las empresas respeten las normas tributarias, laborales o medioambientales. Una vez cruzado este umbral, el sistema jurídico fracasa al ejercer su función medular de apoyo a las expectativas normativas. Es este el fenómeno que denominamos deficiencia sistémica en el Estado de Derecho.

La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho se distingue, de este modo, de infracciones legales ordinarias y puntuales (67). Mientras en el segundo caso las expectativas, aunque sean decepcionantes en un caso específico, siguen siendo válidas y relevantes para planificar la conducta futura, en el caso de la inobservancia sistémica de la ley, la confianza en el Derecho se pierde y las expectativas normativas se defraudan. Las personas que se enfrentan a un fallo sistémico del Estado de Derecho *modifican* sus expectativas en lugar de *insistir* en ellas (68). Aunque ciertamente decepcionados y probablemente indignados, los particulares dejan de confiar en la observancia de la ley como una característica general de sectores importantes de la sociedad. La insostenibilidad de las expectativas, acompañada del debilitamiento del Estado de Derecho, tienen como consecuencia una pérdida de confianza en las instituciones públicas y un aumento de la incertidumbre.

(67) LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, nota 64, 132. Véase también WALDRON, nota 12, 6-7.

(68) Ello significa que las expectativas dejan de ser normativas. Las expectativas normativas se distinguen de las cognitivas porque, en caso de frustración, la persona que las tiene no las modifica, sino que las conserva.

3.2 Criterios de identificación

Los conceptos clave utilizados en el apartado anterior siguen siendo vagos («generalmente observado», «número significativo de actores sociales», «tiempo significativo»), pero permiten una concretización con la ayuda de indicadores procedentes de las ciencias sociales (69). Por ejemplo, el Proyecto de Indicadores Mundiales de Gobernabilidad (IMG), apoyado por el Banco Mundial y actualmente una de las compilaciones de gobernabilidad internacional más influyentes, utiliza, entre otros, los criterios de «control de corrupción» (70), «calidad regulatoria» (71), «Estado de Derecho» (72) y «efectividad gubernamental» (73) a la hora de examinar instituciones estatales de diferentes países. El Proyecto Mundial de Justicia (PMJ), una or-

(69) Actualmente hay una serie de indicadores generados por diferentes instituciones. Véase, por ejemplo, el Índice de Estados Fallidos (generado por el Fondo para la Paz); Índice de Debilidad de los Estados en el Mundo en Desarrollo (generado por la Institución Brookings); Índice de Fragilidad de los Estados (producido por el Centro para la Paz Sistemática y Centro de Política Global en la Universidad de Maryland). Sobre el panorama general, véase MARCUS J. KURTZA and ANDREW SCHRANK, «Growth and Governance: Models, Measures, and Mechanisms» (2007), 69 *The Journal of Politics* 538; EDWARD NEWMAN, «Failed States and International Order: Constructing a Post-Westphalian World» (2009), 30 *Contemporary Security Policy* 421, 427; CARMEN R. APAZA, «Measuring Governance and Corruption through the Worldwide Governance Indicators: Critiques, Responses, and Ongoing Scholarly Discussion» (2009), 42 *Political Science & Politics* 139. Para la función de estos indicadores y su crítica, véase NEHAL BHUTA, «Governmentalizing Sovereignty: Indexes of State Fragility and the Calculability of Political Order» en Kevin E. Davis y otros (eds.), *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings* (2012), 132.

(70) De acuerdo con el proyecto del IMG, «El control de la corrupción captura percepciones de la medida en la que el poder público se ejerce en beneficio privado, incluyendo pequeñas y grandes formas de corrupción, así como «la captura» del Estado por élites e intereses privados». <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/cc.pdf>.

(71) De acuerdo con el proyecto del IMG, «La calidad regulatoria captura percepciones de la habilidad del gobierno para formular e implementar políticas sólidas y regulaciones que permitan y promuevan el desarrollo del sector privado». <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/rq.pdf>.

(72) De acuerdo con el proyecto del IMG, «El estado de derecho captura percepciones de la medida en que los agentes tienen confianza y respetan las reglas de la sociedad, y en particular la calidad de la observancia de los contratos, derechos de propiedad, la policía y los tribunales, así como la incidencia de la delincuencia y la violencia». <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/rq.pdf>.

(73) De acuerdo con el proyecto del IMG, «La efectividad del gobierno captura percepciones de la calidad de los servicios públicos, la calidad del servicio civil y el grado de su independencia de presiones políticas, la calidad de la formulación e implementación de políticas, y la credibilidad del compromiso del gobierno con tales políticas». <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/ge.pdf>.

ganización independiente sin ánimo de lucro, compila igualmente un Índice de Estado de Derecho, utilizando factores pertenecientes a ocho categorías: «poderes gubernamentales limitados por el Derecho», «ausencia de corrupción, orden y seguridad», «derechos fundamentales», «gobierno abierto», «cumplimiento normativo», «justicia civil», «justicia penal y «medios informales de resolución de conflictos» (74).

Todos los Estados miembros de la UE gozan de buenas puntuaciones en estas clasificaciones mundiales, aunque con divergencias significativas. Parece claro que los Estados miembros no tienen la consideración de *débiles* a la luz de los referidos estándares internacionales (75). No obstante, la fortaleza y debilidad institucional de los Estados miembros de la UE no puede evaluarse de acuerdo con estándares globales, sino europeos. El estándar de la UE relativo al Estado de Derecho debe ser considerablemente mayor que el aplicable a los Estados partícipes en iniciativas menos integradoras de cooperación internacional. Los artículos 1, 2, 4, 6, 7 y 49 TUE indican que la deficiencia sistémica se determina a la luz de los requisitos específicos exigibles a los Estados que pretenden integrarse en la UE. Ello no es sólo así debido a que la UE se caracteriza por ser una Comunidad de Derecho (76). Debido a su complejidad, la mayoría de las normas de la UE, sean de seguridad de productos, de protección ambiental, del impuesto sobre el valor añadido, o de inmigración, imponen a las administraciones públicas y a los tribunales nacionales obligaciones mucho más onerosas que la mayoría de las normas internacionales.

Además, dada la profunda integración y la estrecha proximidad territorial de los Estados miembros de la UE, las externalidades negativas, debido a las deficiencias sistémicas en algunos de ellos, tienen una importancia mucho mayor en otros Estados miembros, en comparación con las repercusiones que tiene la ineffectividad de aquellos Estados situados en lugares más remotos (77). Dentro del mercado interior, las empresas que pueden evadir normas fiscales, ambientales o laborales adquieren una ventaja indebida. En el caso de la inmigración y del asilo, la incapacidad de algunos Estados de proteger sus fronteras y tramitar debidamente solicitudes de asilo puede tener consecuencias particularmente graves no solamente para los que piden asilo, sino también para los demás Estados miembros de la UE. Evidentemente los Estados terceros pueden verse igualmente afectados por las deficiencias de los Estados miembros. Pero el marco

(74) Véase <http://worldjusticeproject.org/what-rule-law>.

(75) Las afirmaciones que van en ese sentido (véase abajo 3.1.) no se apoyan en ninguna investigación internacional relevante.

(76) Véase a detalle, 2.1.

(77) Por externalidades negativas nos referimos a los costes de una decisión que carga más a los actores que al decisor, frecuentemente como resultado de su interdependencia fáctica. Este concepto ha sido particularmente desarrollado en el campo de la economía, véase JEAN-JACQUES LAFFONT, «Externalities» en Steven N. Durlauf y Lawrence E. Blume (eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics* (2a. ed., Palgrave Macmillan 2008).

compartido que representa el Derecho de la UE incrementa la probabilidad de que las deficiencias de un miembro puedan ser significativas para otros. El ejemplo por excelencia es el llamado Reglamento Dublín (78), por el que se establece un sistema encaminado a examinar las solicitudes de asilo, en el cual se definen los criterios para determinar el Estado miembro competente. La implementación de este sistema exige a las autoridades nacionales el desarrollo de un mecanismo de tramitación de solicitudes y de detención de inmigrantes acorde con los derechos fundamentales. La ineficacia de un Estado miembro competente con arreglo a los criterios del Reglamento puede tener, obviamente, efectos perjudiciales para el sistema en su conjunto (79). Otro ejemplo de externalidades negativas que se suma a la categoría de deficiencia sistémica en el Estado de Derecho es la incapacidad para combatir el crimen organizado.

Finalmente, una forma específica pero muy corriente de externalidad puede encontrarse en el contexto actual surgido al hilo de la crisis económica. Muchos analistas atribuyen una gran importancia a este tipo de debilidad a la hora de medir el impacto de la crisis económica. Por ejemplo, la ineficacia de las autoridades griegas en la ejecución del Derecho tributario, especialmente entre los sectores más poderosos de la sociedad griega, es una razón explicativa de sus problemas financieros recientes que ha tenido serias repercusiones para la UE en su conjunto (80). Los problemas estructurales para hacer efectivo el Estado de Derecho parecen ser, además, una razón significativa que explica por qué la inversión en la economía griega es tan escasa (81). Por lo tanto, la debilidad del Estado de Derecho contribuye a una situación en la que otros gobiernos se ven compelidos a comprometerse con otros Estados miembros, independientemente del hecho de que no tengan la obligación jurídica de hacerlo. Quizá sea éste un aspecto de la «*solidarité de fait*»

(78) Consejo de la Unión Europea, *Reglamento del Consejo (EC) No 343/2003 de 18 de febrero de 2003 que establece los criterios y mecanismos para considerar al Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un ciudadano de un país tercero*, OJ 02.25.2003 L 50/1.

(79) Como Thomas Hammarberg, el Comisionado del Consejo de Europa para los Derechos Humanos destacó, con respecto a las deficiencias griegas en este campo, «los procedimientos gravemente disfuncionales de asilo en Grecia han llevado al sistema de Dublín a un genuino colapso», THOMAS HAMMARBERG, «The Dublin Regulation undermines Refugee Rights», *Comentario de Derechos Humanos*, 09.22.2010, disponible en <http://commissioner.cws.coe.int>.

(80) La evasión fiscal se ha convertido recientemente en una de las mayores prioridades de la UE, véase Consejo Europeo, *Conclusions*, Bruselas, EUCO 75/1/13 rev 1, 05.23.2013.

(81) De la abundante literatura que aborda la relación entre el Estado de Derecho y el desarrollo económico, véase KENNETH W. DAM, *The Rule of Law and Economic Development* (Brookings Institution Press 2006); DAVID M. TRUBEK y ALVARO SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (Cambridge University Press 2006); STEPHAN HAGGARD y LYDIA TIEDE, «The Rule of Law and Economic Growth: Where are We?» (2011), 39 *World Development* 673.

que Robert Schuman tenía en mente cuando planteó el lanzamiento del proyecto europeo(82). En todo caso, está fuera de toda duda que la integración de la UE, y sobre todo la unión monetaria, ha generado un nivel de interdependencia financiera que eleva los requisitos del Estado de Derecho.

Por último, pero no por ello menos importante, los derechos fundamentales y la ciudadanía de la UE son aspectos relevantes al decidir si una situación constituye una deficiencia sistémica. En este punto, nuestro enfoque más formal llega a concepciones más sustantivas del concepto de Estado de Derecho. En cualquier caso, los requisitos para respetar y defender la ley se reflejan en el derecho a la buena administración del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y el derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 47 CDFUE. Respecto de la ciudadanía, el TJUE ha declarado que ésta está «destinada a ser el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros»(83) y el Tratado de Lisboa lo elevó a uno de los pilares del orden jurídico de la UE(84). En el asunto *Ruiz Zambrano*, el TJUE desconectó la ciudadanía de la Unión de cualquier elemento transfronterizo, introduciendo, al mismo tiempo, la noción de «esencia» de la ciudadanía de la Unión(85). Aunque aún hay mucha indeterminación en cuanto al contenido de la «esencia» de la ciudadanía de la Unión, uno podría razonablemente argumentar que la sola capacidad de vivir bajo el Derecho de la UE pertenece a dicha sustancia. A decirlo con Hannah Arendt: existe un derecho europeo fundamental de tener derechos europeos(86). Este derecho se ve seriamente comprometido cuando un Estado miembro no es capaz de garantizar la observancia del Estado de Derecho.

III. LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO

1. Ejemplos de deficiencias sistémicas

Hasta ahora, hemos desarrollado el concepto de deficiencia sistémica en el Estado de Derecho como un concepto basado en el Derecho constitucional

(82) Declaración de 9 de mayo de 1950. Por supuesto, uno puede preguntarse si solidaridad es el término correcto cuando hay fuertes razones de interés propio que apoyan el acto de solidaridad.

(83) Caso C-184/99, *Grzelczyk*, [2001] ECR I-6193, párrafo 31.

(84) Véase artículos 9-11 TUE.

(85) Caso C-34/09, *Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm)* [2011] ECR I-01177, párrafo 42. Véase SARA IGLESIAS SÁNCHEZ, El asunto *Ruiz Zambrano*, *Revista General de Derecho Europeo* 24 (2011), 1.

(86) HANNAH ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Schocken 1951, 294; Russo, nota. 33.

de la UE. Desde luego, esta conceptualización no permite una aprehensión fácil e inmediata del concepto. Dada la dificultad que presentan los supuestos de deficiencia sistémica, la aplicación del concepto exige un empleo de muy buenos criterios. Una contribución académica no puede suplantar, sino sólo orientar, dichos criterios. Para mostrar la utilidad del concepto que proponemos, sugerimos a continuación varios ejemplos.

Aunque los Estados miembros de la UE son más prósperos que la mayoría de los Estados de la comunidad internacional, ello no se traduce necesariamente en que aquéllos cuenten con instituciones eficaces, especialmente si se tienen en cuenta los elevados estándares europeos (87). Las naciones desarrolladas pueden adolecer de deficiencias institucionales, mientras que otros países menos prósperos pueden puntuar mejor en los rankings de gobernabilidad (88). Tal como reflejan los indicadores internacionales más relevantes, los informes especiales de cuerpos internacionales y europeos, pero también las estadísticas de los tribunales europeos, algunos Estados miembros de la UE, tanto los más veteranos como los más recientes, sufren insuficiencias continuas y generalizadas en lo que respecta al cumplimiento y la garantía de la ley. Tales deficiencias sistémicas pueden encontrarse tanto en instituciones judiciales como en la administración pública.

1.1 Viejos retos: las instituciones griegas e italianas

El New York Times publicó en febrero de 2012 un artículo con el título *The Failing State of Greece* (89). En este documento, el autor traslada su percepción del Estado de Derecho en Grecia: mientras que en varios aspectos el Estado de Derecho en dicho país parecía estar a la altura de los estándares europeos, en otros ámbitos se desmoronaba totalmente. En particular, el autor hace alusión a los eventos que estremecieron Atenas

(87) Sobre la defensa más reciente e influyente de la conexión entre instituciones estables e incluyentes y el éxito económico, véase DARON ACEMOGLU and JAMES A. ROBINSON, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty* (Profile Books 2012).

(88) De acuerdo con los Indicadores de Gobernabilidad del Banco Mundial, por ejemplo, muchos mercados emergentes y economías en desarrollo, como Costa Rica, Uruguay, y Malasia, puntúan mejor en el criterio de Estado de Derecho que economías avanzadas como Italia (clasificada en el lugar 81) o Grecia (clasificada en el lugar 78, año de referencia 2012), información completa disponible en <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>. Las referencias a economías avanzadas, emergentes y desarrolladas siguen la categorización del FMI, FMI, Panorama Económico Mundial, abril de 2013, 121.

(89) <http://www.nytimes.com/2012/02/26/sunday-review/the-failing-state-of-greece.html?pagewanted=all>.

en diciembre de 2008, cuando la capital griega experimentó un colapso casi completo de la legalidad y el orden público, dado que los cuerpos policiales y la judicatura fueron incapaces de prevenir y castigar, respectivamente, la destrucción injustificada de propiedades públicas y privadas, así como los saqueos y los incendios de magnitudes sin precedentes. (90) La corrupción endémica y la tardanza extraordinaria de los procesos judiciales también han sido señalados como factores que han contribuido al declive económico de Grecia. Los actores internacionales y los propios griegos a menudo se preguntan si Grecia es un tipo de Estado «débil», «fallido», bajo los estándares europeos (91).

Plantear el debate sobre la crisis griega en términos de deficiencia sistémica o de fragilidad del Estado no sólo ha sido popular en el discurso público general, sino que también está en el centro de varios informes internacionales y europeos. La ineficacia estructural y la falta de implementación de las políticas públicas han sido señaladas como «una gran debilidad» por el *EU Task Force for Greece* (TFGR), el órgano de la Comisión creado para apoyar los esfuerzos encaminados a las reformas griegas y para asistir en la implementación de los programas de ajustes de la Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional (FMI) (92). Las evaluaciones periódicas de la UE y el FMI sobre el progreso de las reformas presentadas a Grecia como condiciones para la asistencia financiera también revelan deficiencias en las infraestructuras estatales griegas a la hora de aplicar las reformas aprobadas por el parlamento

(90) Para un relato sobre estos eventos, véase *Εστία, Τι Συνέβη τον Δεκέμβριο του 2008* (2009) [Estia, *What Happened in December 2008* (2009)].

(91) Véase KEVIN FEATHERSTONE, «The JCMS Annual Lecture: The Greek Sovereign Debt Crisis and EMU: A Failing State in a Skewed Regime» (2011), 49 *Journal of Common Market Studies* 193; HARRIS MYLONAS, «Is Greece a Failing Developed State? Causes and Socio-economic Consequences of the Financial Crisis» in Konstantina E. Bot-siou and Antonis Klapsis (eds.), *The Konstantinos Karamanlis Institute for Democracy Yearbook 2011* (Springer 2011), 77; NICK MALKOUTZIS, «Is Greece a Failed State?» *Foreign Policy* (Washington, DC, 01.03.2012); Ξυδάκης, «Αναξίπιστο κράτος, λεηλατημένοι πολίτες», *Καθημερινή*, 3 julio 2012 [Nikos Xudakis, «Uncredible State; Plundered Citizens» *E Kathimerini* (Athens, 03.07.2012)]. Para una crítica del uso del término «fallido», véase Ioannis Zelepos, «Im Südosten nichts Neues?» (2012), 60 *Südosteuropa* 346, 354.

(92) *Task Force for Greece*, Primer Informe Trimestral, SI(2011) 399/3, 14. Véase también la Comunicación de la Comisión del Parlamento Europeo, el Consejo, el Banco Central Europeo, el Comité Económico y Social Europeo, el Comité de las Regiones y el Banco Europeo de Inversiones, *Growth for Greece*, Estrasburgo, 18.04.2012, COM(2012), 183 final, 12.

y el gobierno de Grecia, incluyendo los acuerdos celebrados con los socios europeos e internacionales (93).

También los actores internacionales han expresado su preocupación ante la incapacidad del Estado griego no sólo al gestionar la crisis. Durante varios años la OCDE ha destacado la «inadecuada capacidad ministerial para dirigir las reformas durante la fase de ejecución» (94). Muchas de estas inquietudes también se hallan presentes en el caso de otro antiguo Estado miembro de la Unión Europea: Italia. El Proyecto de Indicadores Mundiales de Gobernabilidad del Banco Mundial aporta pruebas significativas de la distancia entre Grecia e Italia y sus socios europeos en términos de capacidad administrativa y judicial. Grecia, junto con Italia, ocupa un lugar por debajo de la media en términos de eficacia gubernamental, lucha contra la corrupción y Estado de Derecho (95). En relación con los criterios de Estado de Derecho, que miden en qué grado «los agentes tienen confianza en, y se ajustan a, las reglas sociales en particular al cumplimiento de las obligaciones contractuales, los derechos de propiedad, la policía y los tribunales, así como la evolución gradual de la criminalidad y la violencia» (96), Grecia e Italia no sólo ocupan los últimos lugares entre los 17 países de la UE-15 (97), sino también en comparación con todos los nuevos países de la Unión después de la ampliación de 2004, con excepción de Bulgaria y Rumania (98). En relación con la lucha contra la corrupción, Grecia e Italia destacan entre los Estados miembros como «casos extremos o atípicos (*extreme outliers*)» (99). De acuerdo con

(93) Véanse las cinco revisiones emprendidas sobre la base del Primer Programa de Ajustes y las tres revisiones efectuadas sobre la base del Segundo Programa de Ajustes, ambos disponibles en: http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/index_en.htm.

(94) OECD Public Governance Reviews, *Greece: Review of the Central Administration 2011*, Resumen Ejecutivo (OCDE 2012), 27.

(95) Véase el análisis de la relevancia del Proyecto de Indicadores Mundiales de Gobernabilidad del Banco Mundial para los Estados Miembros de la UE, realizado por BEATE SISSENIICH, «Weak States, Weak Societies: Europe's East-West Gap» (2010), 45 Acta Política 11, 22, 19-23. Las cifras actuales están disponibles en <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp>.

(96) <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/rl.pdf>.

(97) <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#reports>, donde se selecciona el indicador *Estado de derecho (rule of law)*, como referencia el año 2012 en los 17 Estados Miembros de la zona euro.

(98) <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#reports>, donde se selecciona el indicador *Estado de derecho (rule of law)*, como referencia el año 2012 en los Estados Miembros de la UE posteriores a la ampliación de 2004. También véase los datos recopilados y presentados por el World Justice Project, <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index-data>.

(99) SISSENIICH, nota 95, 21.

Beate Sissenich, que ha empleado varios criterios para esbozar un retrato de los miembros débiles de la UE, Italia y Grecia son claras excepciones en lo que se refiere a la salvaguarda del Estado de Derecho al compararlos con sus socios anteriores a la ampliación de 2004, aunque también son débiles en el contexto actual europeo, compuesto por 28 Estados miembros (100). Tanto España como Portugal, países que también se enfrentan a retos económicos serios, ocupan rankings considerablemente mejores en este terreno (101).

La debilidad de las instituciones judiciales griegas e italianas es también patente si atendemos a las estadísticas del Consejo de Europa (CdE). Éstas son particularmente interesantes a la hora de identificar las debilidades en la observancia del Estado de derecho por dos razones. Primero, porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al aplicar los artículos 6 y 13 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (CEDH), que garantizan el derecho a un proceso equitativo y a un recurso efectivo, ha desentrañado con detalle los elementos básicos que componen el Estado de Derecho, tales como los procesos judiciales nacionales, que son desproporcionadamente largos, así como la incapacidad de la administración pública al ejecutar resoluciones judiciales firmes de los tribunales nacionales. Segundo, porque como ya se señaló con anterioridad, los órganos del CdE últimamente han desarrollado más detalladamente la noción de problema «sistémico» o «estructural» como concepto jurídico, con el propósito de distinguir las simples violaciones ocasionales de las disposiciones de la Convención Europea sobre Derechos Humanos de aquellos contextos que apuntan a deficiencias generalizadas y estructurales (102). En repetidas ocasiones Grecia e Italia han sido el centro de atención de los órganos del CdE en este preciso contexto, y sobresalen entre los 17 miembros de la zona euro por el número de condenas y el carácter estructural de algunas de las violaciones. En cuanto a Grecia, en su último informe sobre la *Supervisión de la ejecución de las resoluciones y las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, el

(100) Ibid. 25. Para un análisis más cualitativo, SABINO CASSESE, *L'Italia: una società senza stato?* (Il Mulino 2011), 82-94, donde enfatiza las profundas diferencias entre el Norte y el Sur en este aspecto, 110. También véase FRANK HOFFMEISTER, *Enforcing the EU Charter of Fundamental Rights in Member States—How far are Rome, Budapest and Bucharest from Brussels?*, en von Bogdandy y Sonnevend (eds.), nota 3.

(101) SISSENICH, nota 95, 25; A. J. C. VERHEIJEN, *Administrative Capacity Development: A Race Against Time?* (Scientific Council For Government Policy 2000), 9.

(102) La diferencia entre este concepto y el nuestro de 'deficiencia sistémica' es en su mayor parte terminológica, aunque debe tenerse en cuenta que aquélla se apoya en el Derecho del Consejo de Europa y el TEDH, mientras que nuestro concepto proviene del Derecho de la UE.

Comité llamó la atención una vez más (103) sobre los procedimientos excesivamente largos ante los tribunales internos (104). Tales deficiencias implican, según el TEDH y el Comité, la «ausencia de tutela judicial efectiva» para los ciudadanos griegos. Más aún, en su sentencia en el asunto *Vassilios Athanasiou y otros v. Grecia*, el TEDH examinó la incapacidad del Estado griego a la hora de ofrecer remedios adecuados y eficientes en el marco de un procedimiento piloto, y subrayó la existencia de problemas estructurales en este ámbito (105). En este asunto el Tribunal enfatizó la «naturaleza crónica y persistente» (106) de los problemas en cuestión; señaló que la situación en Grecia «podría ser considerada en la práctica como una denegación de justicia» (107), y exigió al gobierno griego que «proporcionara al elevado número de personas afectadas una reparación rápida y apropiada a nivel nacional» (108). Lo que es todavía más importante a nuestros efectos es que, entre los miembros de la UE, Grecia tiene, en términos proporcionales a su población, el mayor número de sentencias condenatorias del TEDH, y la amplia mayoría de estas condenas se relacionan con el derecho fundamental a un proceso equitativo (109). Ello significa que la razón más común por la que se determina que Grecia viola el CEDH es su incapacidad para aplicar su propia legislación de forma consistente y eficaz.

Italia ocupa la primera posición en la lista de países con mayor número de sentencias pendientes de ejecución ante el Consejo de Ministros (110). Al igual que Grecia, Italia es el único país —entre los miembros de la UE anterior a la ampliación de 2004— que aparece con el mayor número de resoluciones pendientes de ejecución *en términos absolutos* (111). En su resolución sobre *Deficiencias Estructurales en los Estados Parte*, de 7 de

(103) Véase también la Resolución Provisional del Consejo de Ministros de 2007, CM/ResDH (2007) 74, 06.06.2007, 30.

(104) Comité de Ministros, *Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights*, 6o. Informe Anual, nota 50, 50-51.

(105) *Vassilios Athanasiou y otros v. Grecia*, app. no. 50973/08 (TEDH, 21.12.2010). Véase también las sentencias piloto en los casos *Michelioudakis v. Grecia*, app. no. 54447/10 (TEDH, 03.04.2012); *Glykantzi v. Grecia*, ap. no. 40150/09 (TEDH, 30.10.2012).

(106) *Vassilios Athanasiou*, nota 105, pará. 44.

(107) *Ibid.* pará. 52.

(108) *Ibid.* pará. 44.

(109) Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights: Challenges and Achievements in 2011, Annual Report* (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2012), 32.

(110) Committee on Legal Affairs and Human Rights, *States with Major Structural/ Systemic Problems before the European Court of Human Rights: Statistics*, nota 54, 4.

(111) *Ibid.*

enero de 2013 (112), la Asamblea Parlamentaria del CdE situó a Italia, junto con Grecia, en la lista de países que se enfrentan a «grandes y complejas deficiencias estructurales» (113) a la hora de cumplir los derechos del CEDH, con un énfasis especial en la duración excesiva de los procesos judiciales y la inejecución sistemática de resoluciones judiciales internas. Grecia e Italia fueron los únicos miembros de la Unión Europea previos a la ampliación de 2004 mencionados en la citada resolución (114).

Por supuesto, también existen informes similares criticando las deficiencias estatales en el caso de otros países europeos (115). Sin embargo, son dos los elementos que separan a los casos de Grecia e Italia del resto. Primero, la ineficacia está íntimamente ligada a la incapacidad de asegurar la observancia del Estado de Derecho. Segundo, las críticas a las instituciones griegas e italianas se plantean no sólo en ámbitos específicos y en casos aislados de incapacidad administrativa, sino también en términos de deficiencias estructurales, persistentes y, por tanto, sistémicas.

1.2 Nuevos retos: las instituciones búlgaras y rumanas

Cuando Rumania y Bulgaria ingresaron a la UE en 2007, aún sufrían problemas estructurales que los apartaban no sólo de los Estados miembros fundadores de la UE, sino también de los miembros que ingresaron en 2004. Por esta razón, la UE estableció un mecanismo especial de «cooperación y verificación» para facilitar que las instituciones búlgaras y rumanas afrontaran estos «defectos sobresalientes» (116) y fiscalizaran su progreso con vistas a alcanzar

(112) Asamblea Parlamentaria, Resolución 1914 (2013), *Ensuring the Viability of the Strasbourg Court: Structural Deficiencies in States Parties*, nota 52.

(113) *Ibid.* preámbulo 5.

(114) Los otros países son Bulgaria, Rumania, la República de Moldavia, Polonia, la Federación Rusa, Turquía y Ucrania, *Ibid.*, preámbulo 3.

(115) Véanse los llamados «Marcadores de Justicia de la UE» (*EU Justice Scoreboard*), ERIC DUBOIS, CHRISTEL SCHURRER, and MARCO VELICOGNA, Informe preparado para la Comisión Europea (Dirección General de Justicia), *The Functioning of Judicial Systems and the Situation of the Economy in the European Union Member States*, available at http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/cepej_study_justice_scoreboard_en.pdf. Para Alemania en particular véase Christian Waldhoff, *Verfassungsrechtlich relevante Vollzugsdefizite bei Steuerfällen mit Auslandsbezug am Beispiel von §§ 7ff. AstG, Steuer und Wirtschaft (StuW) 2013*, 121.

(116) Véase «Mechanism for Cooperation and Verification for Romania and Bulgaria», http://ec.europa.eu/cvm/index_en.htm.

los estándares de la UE (117). En diciembre de 2006, la Comisión fijó criterios específicos con el fin de evaluar el progreso realizado por Bulgaria y Rumania al establecer sistemas administrativos y judiciales efectivos (118).

En el marco de este mecanismo, cada seis meses la Comisión Europea presenta un informe sobre el progreso de dichos países en el terreno de las reformas judiciales, la lucha contra la corrupción y, por lo que respecta a las instituciones búlgaras, la lucha contra el crimen organizado. En sus últimos informes, la Comisión criticó reiteradamente y con dureza la insuficiencia de las reformas dirigidas a garantizar un sistema judicial y administrativo eficaz. En relación con Rumania, la Comisión analizó detalladamente los progresos en «principios clave tales como el Estado de Derecho y la independencia en los procesos judiciales como parte del equilibrio de poderes en una democracia funcional» (119).

Aunque la Comisión estaba dispuesta a reconocer las dificultades a las que se enfrentaban estos países al satisfacer los estándares de Estado de Derecho europeo, señaló igualmente que no toleraría desviaciones sistémicas, tales como «la oposición política a las resoluciones judiciales, las afrentas al Tribunal Constitucional, la anulación de procedimientos ya consolidados y la remoción de aspectos esenciales para el equilibrio entre poderes» que ponen en duda el compromiso del gobierno con el respeto al Estado de Derecho (120). Al referirse a los Indicadores Mundiales de Gobernabilidad del Banco Mundial, la Comisión expresó su preocupación ante la debilidad de la Administración pública y del sistema judicial (121), apuntando a las limitaciones

(117) Las bases jurídicas para el establecimiento de estos mecanismos se encuentran en el Tratado de Adhesión de la República de Bulgaria y de Rumania (Tratado de Luxemburgo de 2005), particularmente en el Artículo 4 (3), y las respectivas Actas de Adhesión, en especial los Artículos 37 y 38, el Acta relativa a las Condiciones de Adhesión de la República de Bulgaria y Rumania y las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, OJ 21.06.2005 L 157/203.

(118) Respecto de Bulgaria, véase *Commission Decision, Establishing a Mechanism for Cooperation and Verification of Progress in Bulgaria to Address Specific Benchmarks in the Areas of Judicial Reform and the Fight against Corruption and Organized Crime*, 13.12.2006, C (2006), 6570 final. En cuanto a Rumania, véase *Commission Decision, Establishing a Mechanism for Cooperation and Verification of Progress in Romania to Address Specific Benchmarks in the Areas of Judicial Reform and the Fight against Corruption*, 13.12.2006, C (2006), 6569 final.

(119) Informe de la Comisión Europea al Parlamento y el Consejo Europeos, *On Progress in Romania under the Cooperation and Verification Mechanism*, Bruselas, 30.01.2013 COM(2013), 47 final, 2 et seq.

(120) Informe de la Comisión Europea al Parlamento y al Consejo Europeos, *On Progress in Romania under the Cooperation and Verification Mechanism*, nota 7, 3.

(121) *Ibid.* 8.

de medios y a la precaria organización como razones fundamentales de la incapacidad del sistema judicial para adaptarse a los estándares europeos básicos.

Igualmente, el informe de la Comisión sobre Bulgaria reconoce que se han dado pasos sustanciales para cumplir con los estándares de la UE (122), pero también menciona los grandes problemas que rodean al Estado de Derecho. De acuerdo con dicho informe, las instituciones centrales de Bulgaria han sido muy activas a la hora de adoptar una nueva legislación. Sin embargo, la Comisión no ha constatado que los efectos de dichas reformas se hayan reflejado en la práctica. La Comisión identificó «fallos sistémicos en la aplicación del Derecho» en el terreno de la lucha contra del crimen organizado (123), y planteó serias dudas respecto de la capacidad y el compromiso de los tribunales al abordar la corrupción de alto nivel (124).

Más allá de estas debilidades constatadas por el sistema de supervisión de la UE, las deficiencias sistémicas de Bulgaria y Rumania también fueron señaladas por el Consejo de Europa y por los Indicadores Mundiales de Gobernabilidad del Banco Mundial. De acuerdo con el Consejo de Europa, tanto Rumania como Bulgaria se encuentran entre los diez países con mayor cantidad de resoluciones condenatorias del TEDH pendientes de ejecución ante el Consejo de Ministros (125). En su reciente decisión sobre *Deficiencias Estructurales de los Estados Parte*, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa incluyó tanto a Bulgaria como a Rumania en la lista de Estados que se enfrentan a «grandes y complejas deficiencias estructurales» a la hora de dar cumplimiento a la Convención (126). En el caso de Rumania, la Comisión de Venecia criticó igualmente, en un informe especial, los actos y omisiones de menoscabo del Estado de Derecho y de la confianza pública en los procedimientos judiciales (127). Los Indicadores Mundiales de Gobernabilidad del

(122) Informe de la Comisión Europea al Parlamento y al Consejo Europeos, *On Progress in Bulgaria under the Cooperation and Verification Mechanism*, nota 6.

(123) *Ibid.* 11.

(124) *Ibid.* 17.

(125) Committee on Legal Affairs and Human Rights, *States with Major Structural/ Systemic Problems before the European Court of Human Rights: Statistics*, nota 54, 4.

(126) Asamblea Parlamentaria, Resolución 1914 (2013), *Ensuring the Viability of the Strasbourg Court: Structural Deficiencies in States Parties*, nota 52, preámbulo 3.

(127) Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), «Opinion on the Compatibility with Constitutional Principles and the Rule of Law of Actions Taken by the Government and the Parliament of Romania in Respect of Other State Institutions and on the Government Emergency Ordinance on Amendment to the Law No. 47/1992 Regarding the Organisation and Functioning of the Constitutional Court and on the Government Emergency Ordinance on Amending and Completing the Law No. 3/2000 Regarding the Organisation of a Referendum of Romania», adoptada por la Comisión de Vene-

Banco Mundial presentan una imagen similar cuando se refieren al Estado de Derecho. Bulgaria y Rumania se encuentran en los últimos lugares en la lista de los doce nuevos países de la UE. La diferencia en el ranking entre ambos países y el décimo país con peor rendimiento (Eslovaquia) es superior a cualquier diferencia con respecto a los demás países (128). Rumania y Bulgaria también obtienen la peor calificación en lo que se refiere a los indicadores relativos al «control de la corrupción», «calidad regulatoria» y «efectividad gubernamental» (129). Resulta ilustrativo que sólo Bulgaria y Rumania ocupan constantemente las últimas dos posiciones en todos los indicadores mencionados. La posición del resto de los nuevos Estados miembros varía dependiendo del indicador que se elija, lo que significa que si bien esos países muestran debilidades en algunos ámbitos, también presentan fortalezas en otros.

2. Respuestas

Como se expuso anteriormente, este artículo no abordará el tratamiento de las infracciones «ordinarias» del Derecho de la UE. Éstas encuentran su respuesta a través de los procedimientos de infracción y las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia. Los mecanismos de supervisión de la UE para fortalecer el Estado de Derecho de los *futuros* Estados miembros también quedan fuera del alcance de este artículo (130). El enfoque en esta sección se centrará más bien en la manera en que las Instituciones de la UE abordan aquellas situaciones excepcionales en las que un Estado miembro *actual* se desvía sistemáticamente de los postulados del Estado de Derecho establecidos en el artículo 2 TUE, poniendo así a prueba la presunción sobre la que se basa el proyecto europeo.

cia en su 93a. Sesión Plenaria (Venecia, 14-15 de Diciembre de 2012), Opinión no. 685/2012, CDL-AD(2012)026, Estrasburgo, 17.12.2012, esp. paras. 49, 62-63, y 72.

(128) http://info.worldbank.org/governance/wgi/mc_chart.asp, al seleccionar el indicador *Estado de Derecho (rule of law)* y a los 12 nuevos miembros de la UE.

(129) Para el contenido de estos indicadores, véanse las notas 73-76.

(130) El respeto del Estado de Derecho es uno de los condicionamientos para el ingreso a la UE, de acuerdo con el artículo 49 (1) TUE y la capacidad de los candidatos para sostener el Estado de Derecho se ha convertido en un criterio básico para las evaluaciones del ingreso, véase KALYPSO NICOLAIDIS y RACHEL KLEINFELD, «Rethinking Europe's "Rule of Law" and Enlargement Agenda: The Fundamental Dilemma» (2012), 08/12 Jean Monnet Working Paper, disponible en <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/12/documents/JMWP08Nicolaidis.pdf>. Véase también ANTOANETA DIMITROVA, «Enlargement, Institution-Building and the EU's Administrative Capacity Requirement» (2002), 25 West European Politics 171; Verheijen, nota 101.

El mecanismo más evidente a la hora de hacer frente a estas situaciones se encuentra en el artículo 7 TUE. De acuerdo con esta disposición, los miembros de la UE que presenten deficiencias sistémicas que cuestionen los valores del artículo 2 TUE podrán ser sometidos a un mecanismo de sanciones que, en última instancia, conduce a la suspensión de varios de sus derechos (131). Sin embargo, el mecanismo de aplicación que establece el artículo 7 TUE tiene graves inconvenientes. El problema no sólo reside en el hecho de que el mecanismo nunca ha sido aplicado en la práctica (132) y que las instituciones de la UE parecen cada vez más renuentes a recurrir a él (133). También es difícil encontrar en la suspensión de los derechos de un Estado miembro una respuesta adecuada a las deficiencias sistémicas que, asimismo, permita restaurar el Estado de Derecho y resuelva situaciones de debilidad institucional crónica. Más aún, el artículo 7 TUE sólo es relevante cuando exista una «violación grave» de los principios del artículo 2 TUE. No obstante, aquí también nos interesamos por situaciones que, si bien pueden ser consideradas «deficiencias sistémicas», no llegan al punto de «violaciones graves» dentro del significado del artículo 7 TUE. Por estas razones, la necesidad de desarrollar otros mecanismos ha pasado a convertirse recientemente en una seria preocupación para las instituciones de la UE.

Algunas de estas iniciativas, tales como los Marcadores de Indicadores sobre la Justicia en la UE presentados recientemente, que ofrecen datos comparados de los sistemas judiciales de los Estados miembros de la UE (134), pretenden fomentar un debate sobre la eficacia de los sistemas judiciales nacionales. Aunque estos instrumentos no son del todo inútiles (135), nos centraremos en este artículo en otros mecanismos que podrían considerarse como más invasivos. Nos detendremos principalmente en tres instrumentos: el mecanismo especial de «cooperación y verificación» para las instituciones

(131) Artículos 7 (2) y 7 (3) del TUE.

(132) Para la relevancia de este mecanismo en la respuesta de la UE al llamado Caso Haider (*Haider Affair*), véase Sadurski, nota 36, 400.

(133) La Comisión, después de su predisposición inicial, defiende una interpretación muy restrictiva del Artículo 7 del TUE, véase también el discurso de VIVIANE REDING, Comisionada de Justicia de la UE, *Safeguarding the Rule of Law and Solving the «Copenhagen dilemma»*, nota 9. Giulio Peroni, *La crisi dell'«Euro: Limiti e rimedi dell'«Unione economica e monetaria»*, (Giuffrè 2012), 151 ss.

(134) Véase la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento, el Consejo, el Banco Central, el Comité Social y Económico y el Comité de las Regiones, todos ellos de la Unión Europea, *The EU Justice Scoreboard: A Tool to Promote Effective Justice and Growth*, Bruselas, 27.03.2013, COM(2013) 160 final.

(135) Véase la conexión de los Marcadores sobre la Justicia Europea con el proceso Semestral de la UE, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-288_en.htm.

de Bulgaria y Rumania; los Programas de Ajuste Económico para miembros que perciben asistencia financiera; y el uso del concepto «deficiencia sistémica» en el Tribunal de Justicia a la luz de su jurisprudencia sobre la determinación de Estados responsables en el caso de demandantes de asilo en varios Estados miembros.

Bien es cierto que estos mecanismos no se han desarrollado con fundamento en el artículo 2 TUE. También es cierto que algunos de sus aspectos podrían situarse al margen de la órbita constitucional «ordinaria» de la UE y plantean problemas en términos de compatibilidad con el artículo 2 TUE. Sin embargo, tienen en común que son respuestas extraordinarias para problemas extraordinarios que afectan directamente a los valores del artículo 2 TUE. Entendemos que esta reconstrucción en términos de deficiencia sistémica en el Estado de Derecho permite así abordarlos y criticarlos *desde el interior* del marco constitucional general de la UE.

El análisis de los resultados prácticos de estos instrumentos no forma parte del objeto de este artículo. Sin embargo, siguiendo de cerca la situación griega en particular, nuestra impresión general es que no hay motivo para perder la esperanza. Numerosos ejemplos, como el esfuerzo para modernizar la administración tributaria griega, muestran que existe potencial real en el uso combinado de la presión y de la asistencia técnica a la hora de modernizar instituciones públicas deficientes.

2.1 El mecanismo de supervisión de 2007

Cuando Rumania y Bulgaria ingresaron a la UE el 1 de enero de 2007, ambos países presentaban aún insuficiencias significativas en el ámbito judicial y en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado (136). Pero, en contraste con lo sucedido con anterioridad a la adhesión, la UE ya no podía usar su máspreciado incentivo para promover el cumplimiento, la expectativa de una futura adhesión (137). Para abordar esta relevante cuestión, la UE estableció un Mecanismo de Cooperación y Verificación (MCV) especial, un sistema de supervisión sin precedentes, que pretende asistir a estos dos países en el «desarrollo de una actividad administrativa y judicial eficaz, necesaria para el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la pertenencia a la

(136) Declaración de la Comisión para los Mecanismos de Cooperación y Verificación, Sesión Plenaria del Parlamento Europeo, 13.03.2013, disponible en http://ec.europa.eu/cvm/docs/com_statement_on_the_cvm.pdf.

(137) ELI GATEVA, «Post-Accession Conditionality Support Instrument for Continuous Pressure?» (2010), 18 KFG Working Paper 16.

Unión, así como para disfrutar de sus beneficios» y «permitir a los búlgaros y rumanos disfrutar de sus plenos derechos como ciudadanos de la UE.» (138) El sistema es aplicable exclusivamente a estos dos Estados miembros y atribuye poderes significativos de supervisión a las instituciones de la UE.

El MCV fija una serie de condicionantes que ponen el énfasis en la efectividad del sistema judicial y en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado. Bulgaria debe cumplir con seis objetivos, incluyendo el desarrollo de «un proceso judicial más transparente y eficiente a través de la adopción e implementación de un nuevo protocolo judicial y un nuevo Código de Enjuiciamiento Civil», un aumento de las competencias profesionales, la rendición de cuentas y la eficiencia de la judicatura, así como la «lucha efectiva contra la corrupción y el crimen organizado» (139). Rumania debe asegurar «un proceso judicial transparente y eficiente, sobre todo a través de la mejora de la capacidad y rendición de cuentas del Consejo Superior de la Magistratura» y también luchar contra la corrupción (140). Así, el MCV funciona como un mecanismo para extender la condicionalidad pre-adhesión más allá de la adhesión, introduciendo una forma de supervisión posterior al ingreso *ex profeso* para estos Estados (141). El monitoreo de estos condicionantes le compete a la Comisión, la cual emite informes con una periodicidad mínima de seis meses (142).

El incumplimiento de los estándares del MCV no trae consigo las mismas consecuencias que cuando un Estado miembro infringe el Derecho de la UE, en particular la iniciación de un procedimiento por incumplimiento a iniciativa de la Comisión. No obstante, la violación de las condiciones impuestas en

(138) <http://ec.europa.eu/cvm/>.

(139) *Commission Decision, Establishing a Mechanism for Cooperation and Verification of Progress in Bulgaria to Address Specific Benchmarks in the Areas of Judicial Reform and the Fight against Corruption and Organized Crime*, nota 118, Anexo.

(140) *Commission Decision, Establishing a Mechanism for Cooperation and Verification of Progress in Romania to Address Specific Benchmarks in the Areas of Judicial Reform and the Fight against Corruption*, nota 118, Anexo.

(141) ELI GATEVA, nota 137, 6. Véase también FLORIAN TRAUNER, «Post-accession Compliance with EU Law in Bulgaria and Romania: a Comparative Perspective» en Frank Schimmelfennig y Florian Trauner (eds.), *Post-accession Compliance in the EU's New Member States, European Integration online Papers (EIoP)*, Edición Especial No. 2, Vol. 13 (2009), Art. 21, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2009-021a.htm>.

(142) *Commission Decision, Establishing a Mechanism for Cooperation and Verification of Progress in Bulgaria to Address Specific Benchmarks in the Areas of Judicial Reform and the Fight against Corruption and Organized Crime*, nota 118, Artículo 2; *Commission Decision, Establishing a Mechanism for Cooperation and Verification of Progress in Romania to Address Specific Benchmarks in the Areas of Judicial Reform and the Fight against Corruption*, nota 118, Artículo 2. Todos los Informes están disponibles en http://ec.europa.eu/cvm/progress_reports_en.htm.

el MCV no es en absoluto irrelevante. De acuerdo con las resoluciones que establece el MCV, «la Comisión puede aplicar medidas de salvaguarda basadas en los artículos 37 y 38 del Acta de Adhesión, incluyendo la suspensión de la obligación de los Estados miembros de reconocer y ejecutar, bajo las condiciones establecidas en el Derecho de la Unión, las sentencias y resoluciones judiciales de Bulgaria, tales como las órdenes de arresto europeas de otro país de la UE», si estos países no logran cumplir con los objetivos establecidos (143). Más allá de estas medidas de salvaguarda las sanciones financieras han estado relacionadas con el incumplimiento de los objetivos de dicho mecanismo. Por ejemplo, el informe de julio de 2008, el más crítico emitido hasta ahora por la Comisión sobre Bulgaria, estuvo acompañado de un documento adjunto sobre el manejo de los fondos de Bulgaria, evidenciando «serias debilidades en los sistemas de administración y supervisión» y llamando la atención sobre «varias irregularidades, casos sospechosos de fraude y conflictos de interés entre los administradores del programa y los contratistas» (144). Este hallazgo ocasionó que la Comisión suspendiera un importe en concepto de fondos de 820 millones de euros y que retirara la acreditación a dos oficinas encargadas de la gestión de dichos fondos europeos (145).

En síntesis, a través del MCV la UE seleccionó a Bulgaria y Rumania y los sometió, con vistas a garantizar el Estado de Derecho, a un mecanismo de escrutinio que no es aplicable a ningún otro Estado miembro: de esta manera, se introduce un marco de condicionalidad *ex profeso* y posterior a la adhesión, basado en sanciones financieras y mecanismos especiales de estricta supervisión (146). Algunos elementos similares de condicionalidad posterior a la adhesión también parecen estar incluidos en el Acta de Adhesión de Croacia (147). El principio de igualdad entre los Estados miembros, garanti-

(143) *Commission Decision, Establishing a Mechanism for Cooperation and Verification of Progress in Bulgaria to Address Specific Benchmarks in the Areas of Judicial Reform and the Fight against Corruption and Organized Crime*, nota 118, preámbulo 7; *Commission Decision, Establishing a Mechanism for Cooperation and Verification of Progress in Romania to Address Specific Benchmarks in the Areas of Judicial Reform and the Fight against Corruption*, nota 118, preámbulo 7.

(144) Informe de la Comisión Europea al Parlamento y Consejo Europeos, *On the Management of EU-funds in Bulgaria*, Bruselas, 23.07.2008, COM(2008), 496 final 3, 10.

(145) Informe de la Comisión Europea al Parlamento y el Consejo Europeos, *On Progress in Bulgaria under the Co-operation and Verification Mechanism*, Bruselas, 23.07.2008, COM(2008), 495 final; Informe de la Comisión Europea al Parlamento y el Consejo Europeos, *On the Management of EU-Funds in Bulgaria*, Bruselas, 23.07.2008 COM(2008) 496 final.

(146) GATEVA, nota 137, 6.

(147) Artículo 36, Acta relativa a las Condiciones de Adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones de los Tratados sobre los que se fundamenta la Unión Europea, el

zado por el artículo 4 (2) del TUE, se ve sometido a una fuerte presión. Sin embargo, es posible encontrarle una justificación constitucional en el TUE, con el apoyo del concepto de deficiencia sistémica.

2.2 La condicionalidad de los programas de ajuste

La inclusión de condicionalidad en el acceso a la asistencia financiera es un mecanismo al que recurren a menudo las instituciones internacionales al efecto de presionar a los países receptores para que, a su vez, fortalezcan el Estado de Derecho (148). El Banco Mundial y el FMI frecuentemente supeditan el acceso a sus fondos a la construcción de instituciones estatales más eficientes, capaces de generar confianza en el Estado de Derecho. Estos esfuerzos, en ocasiones ubicados bajo la rúbrica de «buena gobernanza», se consideran esenciales por esas instituciones a fin de cumplir con el objetivo de promover la estabilidad macroeconómica y el desarrollo sostenible (149).

A partir de este mismo patrón, la asistencia financiera a los países miembros de la UE por otros Estados miembros, o los mecanismos de la UE recientemente creados, tales como el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (MEEF) y el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), han estado condicionados a la ejecución de acciones políticas visibles. La entrega de recursos sólo tiene lugar una vez que una troica de autoridades nombrada por la Comisión de la UE, el BCE y el FMI reconocen que se ha cumplido con los requisitos. Estos condicionantes, contenidos en los llamados Programas de Ajustes Estructurales, están orientados principalmente a la restaura-

Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, OJ 24.04.2012 L 112/21. Véase ADAM ŁAZOWSKI, «European Union do not Worry, Croatia is Behind you: A Commentary on the Seventh Accession Treaty» (2012), 8 *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 1, 33-36.

(148) Para una exposición de la literatura relevante, véase DAVID M. TRUBEK, «The “Rule of Law” in Development Assistance: Past, Present, and Future» en David M. Trubek y Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (Cambridge University Press 2006), 74; JOHN OHNESORGE, «Developing Development Theory: Law and Development Orthodoxies and the Northeast Asian Experience» (2007), 28 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 219.

(149) Véase SABINE SCHLEMMER-SCHULTE, Fondo Monetario Internacional, Programas de Ajustes Estructurales (PAS), en: MPEPIL, par. 18; FMI, «Review of the Fund»s Experience in Governance Issues» (FMI, 2001), 6; IBRAHIM SHIHATA, «Preface: Good Governance and the Role of Law in Economic Development» en Ann Seidman Robert B. Seidman, y Thomas W. Wälde, *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance* (Kluwer Law 1999) i.

ción de la balanza de pagos de las economías domésticas y al fortalecimiento de su competitividad internacional. Esta parte de los requisitos impuestos por la UE, comúnmente calificados como medidas de austeridad, su idoneidad para combatir las crisis y su efectividad actual, quedan fuera del alcance de esta investigación. Sin embargo, dichos programas también contienen condicionamientos que pretenden mejorar la eficacia del funcionamiento de los tribunales y de las administraciones públicas nacionales.

Éste es precisamente el caso de la condicionalidad prevista en los programas fijados para Grecia. Al calificar la deficiencia sistémica del sistema judicial griego como un factor importante de inestabilidad económica, los prestamistas de Grecia exigieron, *inter alia*, la generación de estadísticas judiciales, el desarrollo de herramientas informáticas para la administración de justicia, la reducción de las dilaciones en los procedimientos judiciales en materia tributaria (y no sólo tributaria), la promoción de la mediación y la revisión del Código de Enjuiciamiento Civil (150). Estos objetivos, que parten del presupuesto de que los procedimientos judiciales griegos son notoriamente lentos e ineficientes, han sido cuantificados para permitir un seguimiento más eficiente del progreso hacia su consecución (151). Además, los prestamistas exigieron que Grecia iniciara la revisión del Código de Enjuiciamiento Civil para adecuarlo a las prácticas internacionales, especialmente en punto a la resolución expeditiva de los litigios del orden civil (152).

Metas similares se fijaron para la administración pública griega. Al igual que con el sistema judicial, los prestamistas de Grecia han indicado que existen deficiencias sistémicas en la capacidad de las autoridades griegas para dar un efecto material a su legislación, tanto en el nivel territorial central como en el local. Los principales ejemplos son la exigencia de que los proyectos de ley y los proyectos de los actos normativos más importantes (decretos presidenciales y órdenes ministeriales) vayan acompañados de un cronograma de aplicación (153), así como de sugerencias detalladas sobre la reestructuración de la administración tributaria (154).

(150) Comisión Europea, Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros, *The Second Economic Adjustment Programme for Greece, March 2012, Occasional Papers 94*, disponible en http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/pdf/ocp94_en.pdf, 81.

(151) Por ejemplo, se estableció la meta de reducir el retraso de casos fiscales en un 50 por ciento para junio de 2012, en al menos 80 por ciento para fines de diciembre de 2012, y la eliminación completa de la demora para finales de julio de 2013, *ibid.*

(152) Incluye mecanismos de registro y archivo electrónico y de búsqueda electrónica del *status* de los casos individuales en todos los tribunales del país, *ibid.*

(153) *Ibid.* 78.

(154) *Ibid.* 101.

Más allá de fijar condicionantes con la finalidad de ejercer presión sobre los gobiernos internos para que adopten reformas dirigidas a fortalecer el Estado de Derecho, la UE también ha establecido un mecanismo especial con la misión de apoyar de forma activa la mejora de los recursos en Grecia: el organismo denominado *Task Force for Greece* (TFGR), una subdivisión de la Comisión de la UE con sede en Bruselas y con oficina en Atenas. Según los términos del acuerdo con los prestamistas internacionales, Grecia está obligada a recurrir a la asistencia técnica ofrecida por otros Estados miembros de la UE, la Comisión Europea, el FMI y otras organizaciones, en áreas prioritarias (155). Estas acciones de asistencia técnica son coordinadas por el TFGR.

El propósito del TFGR pasa por identificar y coordinar la asistencia técnica que precisa Grecia a fin de implementar las reformas estructurales de los programas de ajustes de la UE y el FMI. Una parte importante de su trabajo versa sobre las reformas en la administración pública, la lucha contra la corrupción y la reforma del sistema judicial. Los conocimientos del TFGR, cuya estructura se nutre de los Estados miembros, organizaciones internacionales y otros organismos especializados, se explotan principalmente a través del otorgamiento de asistencia a corto plazo y de la ejecución de proyectos a largo plazo (156). A través de estos mecanismos, se presta apoyo a la reforma administrativa en los niveles descentralizados, locales y regionales, con un enfoque especial hacia la administración tributaria y el gobierno electrónico (157). El TFGR también ha emprendido esfuerzos para fortalecer la eficiencia del sistema judicial griego. (158) Aunque la función del TFGR consiste en ofrecer asistencia técnica a Grecia y no tanto promover activamente las reformas, los estrechos vínculos entre el TFGR y la troica que supervisa el progreso de los programas de ajustes, sugiere que las indicaciones proporcionadas por el TFGR frecuentemente funcionan como condiciones que Grecia debe cumplir a fin de continuar recibiendo asistencia financiera. De esta manera, las propuestas de reforma adquieren carácter vinculante.

Hasta ahora, los programas de ajustes, como el ejecutado en Grecia, han sido adoptados y supervisados sobre una base *ad hoc*, base que varía en función de cada país y carece de un marco jurídico general. El Reglamento 472/2013

(155) Véase Segundo Programa de Ajustes Económicos para Grecia, marzo de 2012, nota 151, 131.

(156) Véase Task Force for Greece, *Fifth Activity Report*, octubre de 2013, disponible en http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/pdf/qr5_en.pdf, 41-42.

(157) Véase *Ibid.* 21-25.

(158) Véase *Ibid.* 32-33. El TFGR también ha estado activo en el área de asilo e inmigración, al apoyar la preparación del «Greek Action Plan on Asylum and Migration Management», que incluye objetivos concretos, productos finales, cronogramas y estimaciones presupuestales, véase *ibid.*, 12.

relativo a la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros con importantes dificultades respecto de su estabilidad financiera en la zona euro (159) pretende organizar y facilitar la adopción y la supervisión de los programas de ajuste. El artículo 7 (8) de este Reglamento alude a la formación de recursos para los miembros que «experimentan una capacidad administrativa insuficiente o problemas significativos en la implementación de sus programas de ajuste». Estos miembros «deberán solicitar asistencia técnica de la Comisión», la cual a su vez delinearán los objetivos y los medios de esa asistencia, y constituirá un grupo de expertos (160). Dichos expertos pueden incluir el establecimiento de un representante y un equipo de apoyo residente para asesorar a las autoridades sobre la implementación de los programas de ajustes.

Fortalecer el Estado de Derecho mediante la introducción de condiciones ligadas a programas de ajuste económico tiene un potencial importante para impulsar cambios positivos, principalmente debido a su relación con la asistencia financiera, que es de una importancia fundamental para los Estados receptores. Más aún, los requisitos contenidos en los programas de ajuste económico son supervisados de cerca por un mecanismo de implementación muy elaborado, que utiliza informes, evaluaciones continuas y objetivos concretos para medir el grado de cumplimiento.

3. *La confianza mutua y la reubicación de la responsabilidad*

Una de las funciones básicas derivadas del cumplimiento del artículo 2 TUE es la confianza mutua entre los Estados miembros de la UE frente a las decisiones y actos de otros miembros. Hay razones de peso para reafirmar con contundencia esta presunción. La estrecha cooperación política, judicial y administrativa del día a día entre los Estados miembros, que resulta esencial para que funcione el área de libertad, seguridad y justicia europea, devendría imposible si las autoridades nacionales estuviesen constantemente obligadas a demostrar la compatibilidad de cada política de la UE con los valores del artículo 2 TUE. Incluso, la presunción de que todos los Estados miembros de la UE acatan los valores de la democracia, el Estado de Dere-

(159) El Reglamento(UE) No. 472/2013 del Parlamento y el Consejo Europeos de 21 de mayo de 2013 sobre el fortalecimiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados Miembros en la zona Euro que experimentan o se encuentran amenazados por graves dificultades en su estabilidad financiera, OJ 27.05.2013 L 140/1.

(160) La redacción de esta disposición sugiere que en los casos extremos en los que un miembro de la UE necesite asistencia financiera, éste podría verse obligado a aceptar alguna forma de asistencia para la generación de capacidades.

cho y los derechos fundamentales se refleja normativamente a través de la igualdad de los Estados, consagrada en el artículo 4 (2) del TUE.

Al mismo tiempo, el término *presunción* sugiere algo tentativo, simulable y reversible (161). Cuando las instituciones muestran deficiencias sistémicas, las instituciones de otros Estados podrían suspender su reconocimiento de manera justificada e incluso de forma obligada. Esto, a su vez, podría exigir la reubicación de algunas responsabilidades entre los Estados afectados.

El asunto *N. S. y otros c. SSHD* proporciona un ejemplo importante en este sentido (162). En dicho asunto, se solicitó al TJUE que se pronunciara sobre las consecuencias jurídicas de la incapacidad de las autoridades griegas para procesar las solicitudes de asilo basadas en los derechos fundamentales. El caso se suscitó a partir de una apelación del Sr. N. S., un solicitante de asilo, en contra de la decisión de las autoridades del Reino Unido de transferirlo de regreso a Grecia, que era el Estado miembro responsable del examen de esta solicitud de asilo, de acuerdo con el Reglamento Dublín. El solicitante alegó que los procedimientos de asilo en Grecia eran tan precarios que sus derechos fundamentales fueron infringidos como resultado de dicho traslado. El TJUE enfatizó que los Estados miembros no deben trasladar a los solicitantes de asilo a otro miembro «cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 4 de la Carta» (163). El Tribunal de Justicia sostuvo que Grecia mostró incapacidades sistémicas y suspendió la presunción sobre la cual se basa el Reglamento Dublín, en concreto, la de que todos los Estados miembros son más o menos igual de eficientes al procesar las solicitudes de asilo con base en derechos fundamen-

(161) Sobre la presunción en general y su papel en la argumentación jurídica en particular, véase NICHOLAS RESCHER, *Presumption and the Practices of Tentative Cognition* (Cambridge University Press 2006); EDNA ULLMAN-MARGALIT, «On Presumption» (1983), 80 *The Journal of Philosophy* 143.

(162) Asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, *N. S. v Secretary of State for the Home Department and M.E. and others v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2011]. Véase SOPHIE LIEVEN, «Case report on C-411/10, N.S. and C-493/10, M.E. and others, 21 December 2011» (2012) 14 *EJML* 223; IRIS CANOR, «My Brother's Keeper? Horizontal Solange: "An ever Closer Distrust among the Peoples of Europe"» (2013), 50 *Common Market Law Review* 383; Paula García Andrade, La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto de los derechos fundamentales, *Revista General de Derecho Europeo* 27 (2012), 1.

(163) *N. S.*, nota 162, párrafos 94 y 106.

tales. (164) El Tribunal de Justicia resolvió que si se confirma la existencia de una incapacidad sistémica en un determinado Estado, otros miembros no deberán transferir a los solicitantes de asilo a ese Estado, aun si este último es el «Estado miembro responsable» bajo el Reglamento Dublín (165).

Es especialmente importante subrayar que el Tribunal se centró explícitamente en el *carácter sistémico* de las deficiencias estatales. No *cualquier* deficiencia sería relevante para el TJUE y otros Estados miembros llegado el momento de acordar enviar a los solicitantes de asilo al país donde cruzaron por primera vez las fronteras de la UE, sino únicamente «los grandes problemas operativos que conducen a una violación sistémica de los derechos fundamentales de la UE» (166). Al enfrentarse a la necesidad de desarrollar un criterio para suspender la legislación secundaria de la UE, cuando se encuentre en conflicto con derechos fundamentales, el TJUE distinguió entre situaciones de vulneración «leve» (167) o «menor» (168) y aquéllas que indican una deficiencia sistémica en un Estado miembro de la UE.

Aquí, el Tribunal parece inspirarse en la jurisprudencia del TEDH, particularmente en el caso *M. M. S.* de dicho Tribunal (169). En este último caso, el TEDH refutó el argumento de que las autoridades de asilo en Bélgica «debieron haber considerado la presunción de que las autoridades griegas respetarían sus obligaciones internacionales en materia de asilo» (170). Tras destacar que la existencia de leyes internas y la adhesión a tratados internacionales que protegen a los solicitantes de asilo no es suficiente cuando tales instrumentos no son aplicados adecuadamente (171), el TEDH constató que las deficiencias del sistema griego, en efecto, exigían tal refutación. El criterio de distinción entre las deficiencias ordinarias, o menores, y las sistémicas no fue objeto de desarrollo por el TJUE en el caso *N. S.*, sino que fueron las circunstancias del caso las que permitieron asumir que los factores de duración y la gravedad de la deficiencia desempeñaron un papel esencial (172). El TJUE declaró expresamente que, en algunos supuestos, la presunción de

(164) *N. S.*, nota 162, párrafos 84.

(165) *N. S.*, nota 162, párrafo 94. Véanse también las conclusiones del Abogado General Jääskinen en el asunto C-4/11 *Bundesrepublik Deutschland v. Kaveh Puid*, presentadas el 18 de Abril 2013, párrafo 60 et seq (al referirse a «circunstancias excepcionales».)

(166) CANOR, nota 162, 401.

(167) *N. S.*, nota 162, párrafo 84.

(168) *N. S.*, nota 162, párrafo 85.

(169) *M. S. S. v. Bélgica y Grecia*, app. no. 30696/09 (TEDH, Gran Sala, 21.01.2011). Véase VIOLETA MORENO-LAX, «Dismantling the Dublin System: *M. S. S. v. Belgium and Greece*» (2012), 14 *European Journal of Migration and Law* 1.

(170) *M. S. S.*, nota 169, párrafo 345.

(171) *M. S. S.*, nota 169, párrafo 353.

(172) Véase CANOR, nota 162, 405.

que los miembros de la UE se encuentran «generalmente» capacitados para garantizar los derechos fundamentales, no tiene fundamento (173).

Como lo muestra el caso *N. S.*, el concepto de deficiencia sistémica abarca situaciones que cuestionan la presunción sobre la cual se basa la confianza mutua (174). Esto podría a su vez dar pie a la reconsideración de las responsabilidades entre los Estados miembros de la UE. En casos graves de disfunción interna, otros Estados miembros podrían verse obligados a adoptar una visión crítica frente a los sistemas de coordinación que se han establecido bajo la presunción de que los estándares del artículo 2 TUE están generalmente satisfechos. En efecto, la constatación por el TJUE de una deficiencia sistémica en los procedimientos de asilo de Grecia tuvo como consecuencia una asignación de responsabilidad más equitativa, tanto para los solicitantes individuales de asilo como para Grecia. Aquéllos recibieron protección frente a la posibilidad de ser expuestos a un sistema claramente insuficiente de protección de asilo, mientras que este país compartió con la UE la responsabilidad al enfrentarse a un asunto que resultó estar más allá de sus propias capacidades (175). Además, la resolución ilustra cómo el concepto que se analiza en esta contribución tiene una base jurisprudencial en los pronunciamientos del TEDH.

3. Algunas implicaciones constitucionales

El concepto de *deficiencia sistémica*, así como las respuestas que aporta, claramente no fue diseñado para una situación de normalidad. Más bien, se suma a un incipiente Derecho de las crisis constitucionales (176). El Derecho constitucional comparado ayuda a profundizar en la comprensión de este Derecho. Las crisis son tratadas por los órdenes constitucionales de distintas formas. En algunos, basta una regulación positiva mínima, e incluso puede haber una ausencia de aquélla (177). En otros órdenes constitucionales, como la *LF* de Alemania, existe un conjunto detallado de reglas que establecen la

(173) *N. S.*, nota 162, parágrafo 84.

(174) Sobre la relación entre el principio de confianza mutua con el Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales, véase MIGUEL POIARES MADURO, «So Close and Yet so Far: The Paradoxes of Mutual Recognition» (2007), 14 *Journal of European Public Policy* 814; HEMME BATTJES, EVELIEN BROUWER, PAULIEN DE MORREE y JANNEMIEKE OUIWERKERK, *The Principle of Mutual Trust in European Asylum, Migration, and Criminal law Reconciling Trust and Fundamental Rights* (Forum 2011).

(175) Véase CANOR, nota 162, 417.

(176) Esta dimensión ha sido analizada en detalle en CHRISTIAN JOERGES, «Recht und Politik in der Krise Europas» (2012), 66 *Merkur* 1013.

(177) DAVID DYZENHAUS, «State of Emergency» en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 442, 443.

respuesta frente a tales supuestos (178), en particular, por las terribles experiencias de Alemania en 1932, cuando el gobierno inestable pero democrático de Prusia fue depuesto por un comisionado enviado por un gobierno federal proto-autoritario (179). Aunque los textos sean muy distintos, el derecho comparado demuestra que las reacciones frente a las crisis deben quedar sujetas a los principios constitucionales, si se quiere mantener un orden democrático y liberal (180). Sugerimos que esto también es así en el caso de la UE.

En este contexto, el reto general es doble. Por un lado, la UE necesita instrumentos adecuados y flexibles para responder a situaciones donde los fundamentos de su orden constitucional se hallen en peligro. Eso resulta de la función de la UE como garante del orden colectivo, su responsabilidad frente a todos los ciudadanos de la UE, así como la interdependencia respecto a las entidades políticas de la UE. Por otro lado, no cualquier acción puede estar justificada. Ninguna medida que menoscabe el orden constitucional o vulnere este proyecto constitucional puede estar permitida.

Entonces, la promoción de estas medidas debería evitar el establecimiento de un federalismo ejecutivo semi-hegemónico en la Unión, y más bien inclinarse a favor de su desarrollo democrático (181). En cuanto a las medidas concretas, las respuestas de la UE y de los Estados miembros frente a las deficiencias sistémicas conllevan cuestiones difíciles de legalidad y de encaje con el proyecto de la UE. Algunos de estos aspectos ya han sido discutidos a lo largo de este trabajo. Llegados a este punto sólo sugeriremos algunas ideas para abordar estas cuestiones.

Observamos no pocos problemas jurídicos en las medidas adoptadas para hacer frente a las deficiencias sistémicas del Estado de Derecho, particularmente, preocupaciones sobre derechos fundamentales o sobre la legitimidad democrática de algunos de los nuevos instrumentos. El derecho comparado

(178) Para mayor detalle, véase RAINER GROTE, «Regulating the State of Emergency — The German Example» (2003), 33 *Israel Yearbook on Human Rights* 151; véase también CRUZ VILLALÓN, nota 34.

(179) Para un argumento en favor de la legalidad, CARL SCHMITT, *Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das Land Preussen* (1932), 37 *Deutsche Juristen-Zeitung*, 951, 953. Para la visión contraria véase HANS MAYER, *Verfassungsbruch oder Verfassungsschutz (Staatsrechtliche Bemerkungen zum Konflikt Reich-Preußen)* (1931-32), 7 *Die Justiz* 545, 564. Véase también HANS Kelsen, *Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932* (1932-33), 8 *Die Justiz* 65, 89-91, quien planteaba que la posición jurídica del Gobierno Federal no era menos plausible que la decisión del *Staatsgerichtshof* que había intentado componer un balance entre las posturas legales del Gobierno Federal y las del Gobierno de Prusia.

(180) DYZENHAUS, nota 177, 443.

(181) Para un manifiesto, véase JÜRGEN HABERMAS, «Im Sog der Technokratie: Ein Plädoyer für europäische Solidarität» en *Im Sog der Technokratie - Kleine politische Schriften XII* (Suhrkamp 2013), 82.

nos confirma la importancia de que las respuestas a las crisis constitucionales sigan bajo control de los principios constitucionales fundamentales.

Por esta razón, existe una honda preocupación constitucional de que una parte relevante de este Derecho de las crisis constitucionales se desarrolle al margen del marco constitucional. El MEDE y su correspondiente condicionalidad son instrumentos internacionales. Aunque hay vínculos jurídicos e institucionales, estos mecanismos no están dentro del marco de los Tratados ni de sus principios fundamentales. Aunque el TJUE ha declarado este enfoque constitucionalmente compatible con los Tratados (182), el derecho comparado subraya la importancia de que el nuevo Derecho de las crisis sea introducido en el proyecto constitucional establecido en los artículos 1 a 19 TUE. Lo mismo cabe decir de los mecanismos de supervisión de Bulgaria y Rumania. Aunque se encuentren regulados en los tratados de adhesión y, por ende, sean parte del Derecho de la Unión, también operan al margen del marco constitucional.

El elemento coercitivo también trae consigo importantes interrogantes desde una perspectiva democrática, tanto para las constituciones internas como para el Derecho de la UE (183). La asignación indeterminada de responsabilidades en la toma de decisiones de la troika, el uso de instrumentos y procedimientos jurídicamente atípicos, así como la debilidad del control parlamentario, tanto de la UE como estatal, generan intensa preocupación constitucional (184). La fase de supervisión en la que se evalúa el cumplimiento y los mecanismos antes citados está casi totalmente en manos de los integrantes de las instituciones involucradas, que consultan a muy pocas autoridades nacionales. El complejo marco regulatorio de los informes, las evaluaciones, las acciones previas y los objetivos dificultan que los votantes puedan discernir dónde se encuentra ubicado el poder y la responsabilidad (185). Incluso, tanto el Parlamento Europeo como los parlamentos nacionales tienen muy poco que decir, ya sea respecto del diseño de los mecanismos, ya sea en cuanto al cumplimiento de sus objetivos. Todos los principios que distinguen el principio democrático europeo según los artículos 9 a 12 TUE, la ciudadanía, la

(182) Asunto C-370/12, *Thomas Pringle v. Gobierno de Irlanda, Irlanda y el Fiscal General*, Sentencia del 27 de Noviembre de 2012. Véase PIETER AUGUSTIJN VAN MALLEGHEM, *Pringle: a Paradigm Shift in the European Union's Monetary Constitution*» (2013), 14 *German Law Journal* 141.

(183) Para mayor detalle, EDOARDO CHITI y PEDRO GUSTAVO TEIXEIRA, «The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis» (2013), 50 *Common Market Law Review* 683.

(184) Sobre el carácter coercitivo de la condicionalidad financiera, véase KENDAL STILES, «IMF Conditionality, Coercion or Compromise?» (1990), 18 *World Development* 959.

(185) Véase MICHAEL IOANNIDIS, «EU Economic Conditionality After 'Two-Pack'» (2014), 74 *ZaöRV* (por publicarse).

representación democrática, la transparencia, la participación, la deliberación, tienen escasa presencia en un sector de tal importancia.

4. ¿Una pendiente resbaladiza?

El objetivo de este artículo ha sido ofrecer un marco conceptual sobre un aspecto de la crisis constitucional que existe en el espacio jurídico de la UE. Las bases del orden jurídico de la UE se encuentran amenazadas. La clase política, la administración pública, la magistratura y la academia se encuentran actualmente en búsqueda no sólo de mecanismos para hacer frente a estas situaciones, sino también de instrumentos analíticos que los expliquen. Existe una demanda de conceptos que vayan más allá del código binario *violación/no violación*, y que estén a la altura de las cuestiones que afectan a los principios fundamentales del artículo 2 TUE.

El concepto de *deficiencia sistémica en el Estado de Derecho*, tal como queda expuesto en este trabajo —a partir de las disposiciones centrales del Tratado de la UE, del impulso de la jurisprudencia del TJUE y del derecho comparado—, puede explicar muchas de las evaluaciones elaboradas por instituciones internacionales y académicas de la UE, al analizar las principales deficiencias de ciertas administraciones y tribunales. Este concepto es aplicable cuando las actividades de esas instituciones menoscaban la función social del Derecho, crean externalidades graves, cuestionan el carácter de la Unión como Comunidad de Derecho y ponen en peligro la esencia de la ciudadanía de la UE, así como las garantías que establecen los artículos 41 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Estas situaciones existen dentro del espacio jurídico de la UE, y ésta ya ha reaccionando. Frente a estas reacciones, el concepto de *deficiencia sistémica* ayuda a interpretar las bases constitucionales, los objetivos y los límites de los instrumentos a los que se ha recurrido. Estos parecen estar jurídicamente justificados, pero hay retos importantes que siguen abiertos ante futuras investigaciones, especialmente si se considera el uso de instrumentos coercitivos con grandes efectos transformadores, ya que entonces surgen cuestiones importantes de legitimidad que a su vez reclaman respuestas imaginativas.

Afirmar que las instituciones judiciales y administrativas de algunos Estados miembros son sistémicamente deficientes y, por tanto, que hay en cierto sentido «miembros débiles» en la Unión, resulta problemático y precisa una atenta consideración. En una Unión repleta de desconfianza mutua, ciudadanos alienados y nacionalismos, calificar a algunas instituciones nacionales de este modo puede incluso acentuar las divisiones. Del mismo modo, negar la existencia de problemas tan profundos no es ningún avance, pero cualquier forma de abordarlos implica una reconstrucción del marco conceptual. Además, nuestra perspectiva amplía este enfoque: en vez de centrarse únicamente en

la estabilización de la UE o del euro, se pone el énfasis en el derecho individual de tener derechos europeos de verdad. La *deficiencia sistémica* es un concepto ya utilizado por muchos y, con esta visión, se pretende promover un discurso que contribuya a superar la crisis.