

## **ESTADO DE DERECHO E INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE: LA CONSAGRACIÓN DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA**

### **RULE OF LAW AND JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE: THE ENSHRINEMENT OF THE EUROPEAN CONSTITUTIONAL IDENTITY**

María José García-Valdecasas Dorrego\*

**RESUMEN:** El Tribunal de Justicia ha ejercido estos últimos años un control último de la independencia de los jueces y tribunales europeos, mediante un examen casuístico de los problemas que en cada momento se le han ido planteando. Es necesario llevar a cabo un análisis de conjunto que permita extraer los criterios comunes a los distintos pronunciamientos y poder así testear la independencia judicial en los distintos sistemas jurisdiccionales de la Unión. Un estudio de esta naturaleza también permite tomar un poco de perspectiva y apreciar cómo el Tribunal de Justicia, con la jurisprudencia sobre la protección de la independencia judicial, ha sentado las bases que le han permitido no solo proclamar la existencia de una identidad “constitucional” europea, sino también establecer expresamente unos límites europeos a la identidad “constitucional” nacional. Para el desarrollo de estos límites ha dejado abierta una puerta al diálogo con los Tribunales Constitucionales, que dejan de ser “dueños” absolutos de su identidad nacional, en la medida en que el Tribunal en Luxemburgo se reserva la última palabra.

---

\* Letrada del Tribunal Constitucional. Ex agente del Reino de España ante el TJUE. Correo-e: [mjgarciavaldecasas@tribunalconstitucional.es](mailto:mjgarciavaldecasas@tribunalconstitucional.es)

El presente trabajo no ha contado con ninguna financiación directa o indirecta procedente de entidad alguna, pública o privada, con o sin ánimo de lucro.

Las opiniones vertidas en este artículo son personales de su autora.

**PALABRAS CLAVE:** Independencia judicial; Identidad constitucional europea; Identidad constitucional nacional; Estado de derecho.

**ABSTRACT:** In recent years, the ECJ has exercised final control over the independence of European judges and courts, through a case-by-case examination of the problems that have arisen in each specific case. It is necessary to carry out an overall analysis that enables common criteria to be extracted from the different rulings and thus make it possible to test judicial independence in the different jurisdictional systems of the Union. A study of this nature also allows one to stand back and appreciate how the Court, with its case law on the protection of judicial independence, has laid the foundations allowing it not only to proclaim the existence of a “constitutional” identity, but also to expressly establish European limits to national “constitutional” identity. In order to develop these limits, it has left the door open to dialogue with Constitutional Courts, which cease to be absolute “owners” of their national identity, insofar as the Court at Luxembourg reserves the last word for itself.

**KEYWORDS:** Judicial independence; European constitutional identity; National constitutional identity; Rule of law.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: 1.1 Asuntos que han llegado al Tribunal de Justicia- 1.1.1 Las reformas del sistema jurisdiccional. 1.1.2 La falta de independencia judicial como supuesto de denegación de la ejecución una ODE. 1.2 La competencia “nacional” sujeta al cumplimiento de la independencia judicial “europea”. 1.3 El contenido de la independencia judicial. 1.4 El test de las apariencias. 1.4.1 La importancia de las apariencias. 1.4.2 La prohibición de la regresión. 1.4.3 La necesidad del examen en conjunto. 1.5 El desplazamiento de la norma nacional contraria a la independencia judicial. 1.5.1 Una garantía inherente a la independencia judicial. 1.5.2. Las consecuencias de la inaplicación. 1.6 El test en dos fases en el caso de las Órdenes de detención europea. 1.6.1 Las dos etapas. 1.6.2. Los elementos de valoración.— 2. CRITERIOS CONCRETOS DE INDEPENDENCIA JUDICIAL: 2.1 Las garantías en la elección y nombramiento de los jueces. 2.1.1 La piedra angular del derecho a un proceso justo. 2.1.2 Los criterios de control. 2.1.3 La existencia de un recurso contra el nombramiento de los jueces. 2.1.4 El caso particular de los Tribunales Constitucionales. 2.2 El principio de inamovilidad judicial. 2.2.1 Las reglas de jubilación forzosa. 2.2.2 El traslado forzoso de un juez. 2.3 La prórroga del ejercicio de la función jurisdiccional. 2.4. La adscripción de jueces en comisión de servicio. 2.5. Los procedimientos disciplinarios. 2.6. La investigación de los delitos cometidos por jueces y fiscales. 2.7. La responsabilidad por error judicial. 2.8 Las garantías retributivas.— 3. LA CONSAGRACIÓN DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA: 3.1 La legitimidad implícita del control de la independencia judicial por el Tribunal de Justicia. 3.2 La consagración expresa de la identidad constitucional europea al hilo de las normas de condicionalidad. 3.3 Contenido y legitimidad de la identidad constitucional europea.— 4. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES EN LA DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL “EUROPEA”: 4.1 La inserción explícita de los Tribunales Constitucionales en la

arquitectura judicial europea y su sujeción a la primacía. 4.2 El reconocimiento de la identidad nacional. 4.2.1 Los problemas de la aplicación de los límites constitucionales nacionales. 4.2.2 La identidad constitucional nacional “europeizada”; 4.2.3 El rechazo expreso de la cláusula *ultra vires*. 4.2.4 La dificultades del “diálogo constitucional”. 4.3 Cuestiones no resueltas en torno al control abstracto de la constitucionalidad de las leyes nacionales.— CONCLUSIONES.— FUENTES CITADAS.

## INTRODUCCIÓN

Desde que el Tribunal de Justicia consagrara en la sentencia *ASJP* (2018) el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo 2 (artículo 19 TUE, en adelante), como base legitimadora para poder llevar a cabo un control de la independencia de los sistemas de justicia nacionales<sup>1</sup>, se han ido sucediendo, sin solución de continuidad, distintos pronunciamientos en los que ha analizado el respeto, o no respeto, del principio de la independencia judicial por estos sistemas. El Tribunal de Justicia ha venido a afirmar expresamente que “*corresponde a cada Estado miembro garantizar, bajo el control en última instancia del Tribunal de Justicia, la salvaguarda de la independencia de su poder judicial*”, ejerciendo así una competencia última de control sobre una competencia propiamente “nacional”.

Esta jurisprudencia ha sido muy abundante e intensa, y ha permitido que el Tribunal establezca unas líneas fundamentales con arreglo a las cuales puede medirse el grado de independencia judicial de un juez o de un tribunal en un Estado miembro. O, en general, el grado de independencia judicial de un sistema de justicia concreto.

Pero la importancia de este desarrollo jurisprudencial va más allá de la mera creación de parámetros que permitan testear o medir la independencia judicial en los Estados miembros. De forma prácticamente imperceptible hemos asistido a una evolución jurisprudencial que estaba estableciendo las bases necesarias para poder afirmar que el Estado de derecho y la independencia judicial forman parte de la esencia de la Unión y consagrar, como se desprende de su reciente sentencia *Hungría/PE y Consejo* (2022), la existencia de una identidad europea.

En cierta medida el Tribunal de Justicia siempre ha reconocido implícitamente a los Tribunales Constitucionales nacionales un límite a la aplicación del Derecho de la Unión basado en el respeto de su “identidad constitucional

---

<sup>1</sup> Así lo expliqué en mi trabajo anterior: “El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia *Associação sindical dos juizes portugueses* (ASJP)”. El gran número de pronunciamientos posteriores que ha dictado el Tribunal, con base en el artículo 19 TUE, confirma la relevancia constitucional que tuvo dicha sentencia.

<sup>2</sup> *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)* (2020), apartado 40.

nacional”<sup>3</sup>, sin haber tenido el mismo la ocasión de determinar si también cabía hablar de una “identidad constitucional europea” que operase a su vez como límite de la primera. Esta consagración ya ha tenido lugar y puede llevar a un futuro choque entre identidades constitucionales, dado que de esta jurisprudencia parece desprenderse una subordinación de la identidad constitucional “nacional” a la “europea”, bajo el control último del Tribunal de Justicia.

En este contexto, el presente trabajo es un análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de independencia judicial en el que se intenta, en un primer momento, sistematizar los distintos criterios que de la misma se derivan, para después establecer su conexión con la consagración de la identidad “constitucional” europea que el Tribunal de Justicia lleva a cabo en un momento avanzado de esta evolución. Se aborda también el papel que, a la luz de esta jurisprudencia, pueden estar llamados a desempeñar los Tribunales Constitucionales nacionales en la protección de la independencia judicial europea, en la medida en que estos tribunales, en tanto “*jueces europeos*”, son también, al fin y al cabo, los garantes de la protección de la independencia judicial en la Unión Europea.

Sin desconocer que cada uno de estos aspectos tiene la entidad suficiente como para ser objeto de un estudio autónomo y separado, y cuyo alcance, por lo tanto, no ha podido ser agotado en el presente estudio, se ha considerado que un examen de conjunto permite apreciar cómo el Tribunal de Justicia ha conseguido seguir un discurso lógico y coherente, y dotado de una gran *auctoritas*, que es precisamente lo que le ha permitido encontrar la legitimidad necesaria para sentar las bases de la aplicación de su propia identidad europea y abordar, a continuación, la cuestión de los límites constitucionales nacionales.

Finalmente se aclara que en la mayor parte de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia hay referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), a la que se acude en numerosos supuestos para integrar el alcance del principio de independencia judicial. Esta jurisprudencia tiene una gran importancia, si bien, por razones sistemáticas, no se ha analizado en el presente trabajo que se limita a ser un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Utilizaremos preferentemente los términos identidad “constitucional” nacional e identidad “constitucional” europea, en vez de identidad nacional e identidad europea, en la medida en que se aborda la protección de la independencia judicial y del Estado de derecho, que son materias propiamente constitucionales.

<sup>4</sup> El análisis se ciñe a los asuntos que pertenecen a lo que se puede denominar la “saga del estado de derecho” iniciada con la sentencia *ASJP* (2018), en los que la independencia judicial de los órganos jurisdiccionales nacionales, y el correlativo derecho a la tutela judicial efectiva, estaban siendo amenazados. Se ha considerado que dada la dinámica jurisprudencial que se ha creado con estos asuntos, y el impulso que han dado a la configuración de la identidad constitucional europea, un examen específico y sistemático de los mismos estaba justificado.

## 1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Para poder identificar cuáles son los criterios que el Tribunal de Justicia considera relevantes para comprobar si se respeta o no el principio de la independencia judicial llevaremos a cabo, en primer lugar, un examen sistemático de los distintos asuntos que han llegado al Tribunal, lo cual además permitirá deslindar los aspectos “nacionales” que han quedado sujetos al límite de la “independencia judicial europea”. A continuación, abordaremos de forma independiente aquellos aspectos de la independencia judicial analizados en dichos asuntos y que serían aplicables a cualquier sistema, sin descender necesariamente al supuesto concreto examinado por el Tribunal.

### 1.1. Asuntos que han llegado al Tribunal de Justicia

Los parámetros de este control “de última instancia” son los que el propio Tribunal de Justicia ha ido desgranando en las sentencias dictadas en estos últimos años en las que ha tenido que dar respuesta, bien a distintos recursos de incumplimiento interpuestos por la Comisión Europea contra aquellos Estados que estaban llevando a cabo reformas legislativas que atentaban contra la independencia judicial de sus jueces y tribunales, bien a cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales para poder

---

No se examinan, por lo tanto, sentencias que no pertenecen a esta “saga” dictadas en ámbitos distintos, y que han puesto de relieve que la protección de la independencia judicial se ha convertido en un vector esencial para garantizar la propia eficacia y autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión. Así, la configuración de la independencia judicial desde el estándar europeo ha estado inicialmente ligada al concepto de órgano judicial que puede plantear una cuestión prejudicial, jurisprudencia que se ha hecho más restrictiva tras la sentencia *ASJP* (2018), tal y como se pone de manifiesto en *Banco Santander* (2020) (ver notas pie de página núm. 40 y 47). También ha tenido una aplicación particular en el seno de la propia institución jurisdiccional de la Unión Europea, al haberse pronunciado el Tribunal de Justicia sobre el alcance de las irregularidades cometidas en el procedimiento de nombramiento de jueces del extinto Tribunal de la Función Pública [*Reexamen Simpson/Consejo* y *HG/Comisión* (2020)]. Incluso las exigencias de independencia judicial desarrolladas por el Tribunal han trascendido a los propios jueces nacionales, siendo un elemento que se ha llegado a tomar en consideración en el *Dictamen 1/17* (2019) al examinar la compatibilidad con el Derecho de la Unión del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados creado por el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión y sus Estados miembros, y que preveía la creación de un sistema de Tribunales de Inversiones independiente, formado por un Tribunal permanente y un Tribunal de Apelación. Recientemente Bustos Gisbert (2022) analiza estos últimos pronunciamientos de forma conjunta como “efectos derivados la sentencia *ASJP*” poniendo de relieve como la independencia judicial se ha erigido en “principio estructurador de la UE” (pp.221-228).

tener los criterios necesarios para analizar ellos mismos si la independencia judicial estaba siendo comprometida por dichas reformas.

De forma complementaria, el alcance de la independencia judicial también ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia al responder a distintas cuestiones prejudiciales en las que las autoridades de ejecución de una Orden de Detención Europea (ODE, en adelante) planteaban la posibilidad de denegar dicha ejecución en base a la existencia de deficiencias sistemáticas o generalizadas que hacían prever que el principio de independencia judicial podía no estar debidamente garantizado en el Estado miembro emisor de dicho instrumento.

### 1.1.1. *Las reformas del sistema jurisdiccional*

La mayor parte de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en relación con la independencia judicial han tenido por objeto reformas que Polonia y Rumanía habían llevado a cabo en su sistema jurisdiccional, si bien ha habido pronunciamientos aislados que han concernido a otros Estados miembros como es el caso de Malta y Hungría.

En relación con Polonia<sup>5</sup>, el Tribunal ha tenido la ocasión de examinar sucesivamente las reformas legislativas que operaron la reducción de la jubilación de los jueces en activo del Tribunal Supremo, atribuyendo de forma simultánea una facultad discrecional al Presidente de prorrogar el mandato de los jueces jubilados por la reforma [*Comisión/Polonia, (Independencia del Tribunal Supremo)*, 2019 a, y *Comisión/Polonia, (Independencia de los tribunales ordinarios)*, 2019 b]; la modificación del procedimiento de nombramiento de jueces del Tribunal Supremo, que determinaba que no podía recurrirse el nombramiento que hace el Consejo Nacional del Poder Judicial para dichas plazas [*AB, y otros (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours)* 2021]; las modificaciones que afectaron al régimen disciplinario de los jueces en dicho estado, creando una Sala disciplinaria cuyos miembros eran elegidos por un procedimiento en el que intervenía el Consejo Nacional del Poder Judicial [*A.K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)* 2019, y *Comisión/Polonia, (Régime disciplinaire des juges)*, 2021]; así como la adscripción de jueces por el Ministro de Justicia en comisión de servicio a tribunales de grado superior y la forma de revocación de estas comisiones de servicio (*Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim*, 2021), o el traslado de jueces sin su consentimiento [*W. Ż. (des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)*, 2021]. Habría que añadir también a esta lista, la peculiar

---

<sup>5</sup> Algunos asuntos que han llegado al Tribunal de Justicia han sido inadmitidos, como ha ocurrido con el asunto *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)* (2020), y con el asunto *Prokurator Generalny (Chambre disciplinaire de la Cour suprême - Nomination)* (2022), ambos sobre el régimen disciplinario aplicable a los jueces nacionales en Polonia.

sentencia dictada en el asunto *Getin Noble Bank* (2022) sobre el nombramiento de jueces realizado en una época en la que Polonia no constituía un régimen democrático.

De forma similar, el Tribunal de Justicia también ha tenido la ocasión de pronunciarse en relación a las reformas que se llevaron a cabo en Rumanía en relación con el nombramiento interino de puestos de la administración de justicia y en el seno del Ministerio Fiscal que llevaba a cabo la investigación de las infracciones cometidas en el sistema judicial, así como en relación con la responsabilidad del Estado por error judicial, o incluso la responsabilidad personal de sus jueces (*Asociația « Forumul Judecătorilor din România »*, 2021). En relación con este Estado el Tribunal de Justicia también ha examinado la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional rumano que impide a los jueces de la jurisdicción ordinaria examinar la conformidad con el Derecho de la Unión de una norma previamente declarada constitucional por dicho Tribunal [*Euro Box Promotion y otros*, 2021 y *RS*, (*Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle*), 2022].

Al margen de estos dos estados, el sistema judicial maltés ha sido también objeto de una sentencia aislada dictada en el asunto *Repubblika* (2021), que adquirió una gran importancia en este hilo conductor en la medida en que el Tribunal declaró la compatibilidad con el Derecho de la Unión del procedimiento de nombramiento de jueces, permitiendo establecer un punto de contraste con el resto de pronunciamientos en los que iba declarando de forma constante la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de las medidas adoptadas tanto en Polonia como en Rumanía.

Por lo demás, Hungría, un estado respecto al que la Comisión europea activó el mecanismo de control político del artículo 7 TUE, no ha entrado en esta dinámica, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre los problemas que planteaba la apertura de un procedimiento disciplinario a un tribunal que eleva una cuestión prejudicial [*IS* (*Illégalité de l'ordonnance de renvoi*), 2021].

En el control que lleva a cabo el Tribunal de Justicia en todos estos asuntos se establece siempre, como punto de partida, que “*corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia*”<sup>6</sup>. Desde la sentencia *Comisión/Polonia* (2019 a) en la que se examinaron las medidas de reducción de la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo, el Tribunal deja claro que es una competencia nacional y que el Tribunal no pretende ni ejercer por sí mismo dicha competencia, ni tampoco se la está arrogando<sup>7</sup>.

Este principio general se aplica con posterioridad en los concretos aspectos de los sistemas judiciales que examina el Tribunal, a los que acabamos de hacer referencia, de modo que de forma sucesiva también va afirmando

<sup>6</sup> *AK* (2019), apartado 75.

<sup>7</sup> *Comisión/Polonia* (2019 a), apartado 52.

expresamente que corresponde a los Estados miembros determinar los requisitos materiales, la regulación procesal y el control judicial aplicable al procedimiento de nombramiento de jueces<sup>8</sup>, así como el concreto proceso de nombramiento de jueces<sup>9</sup>.

También corresponde a los Estados decidir si autorizan o no la prórroga del ejercicio de la función jurisdiccional una vez alcanzada la edad de jubilación ordinaria de los jueces<sup>10</sup>, así como la forma de determinar la responsabilidad de los jueces en caso de error judicial<sup>11</sup> o su régimen de responsabilidad personal<sup>12</sup>, la organización del Ministerio Fiscal y el nombramiento interino de puestos de la Administración de justicia en el seno del Ministerio Fiscal que llevaba a cabo la investigación de las infracciones cometidas en el sistema judicial<sup>13</sup>, el nombramiento de jueces en comisión de servicios para ejercer funciones jurisdiccionales en otro tribunal<sup>14</sup>, o la composición de los órganos que llevan a cabo el control disciplinario de los jueces<sup>15</sup>.

En lo que respecta al orden constitucional de un Estado ha admitido que no se impone un modelo “constitucional preciso” que regule las relaciones e interacciones entre los distintos poderes del Estado, ni las competencias entre estos<sup>16</sup>. Y en relación con la organización de la “justicia constitucional”, ha precisado que también es competencia de los Estados determinar la responsabilidad disciplinaria en que pueda incurrir un órgano judicial por no respetar las decisiones del Tribunal Constitucional de su Estado<sup>17</sup>, así como la “*institución*”, “*composición*” y “*funcionamiento*” de un Tribunal Constitucional<sup>18</sup>.

Ahora bien, en contrapartida, y sin ningún tipo de fisuras, también determina, en relación con todos los aspectos que acabamos de mencionar que “... *no es menos cierto que, al ejercer esta competencia, [los Estados] deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión*”<sup>19</sup>. En particular, el cumplimiento del principio de la independencia judicial, en los términos que veremos más adelante.

<sup>8</sup> AB (2021), apartado 68.

<sup>9</sup> AB (2021), apartado 79.

<sup>10</sup> Comisión/Polonia (2019 b), apartado 118.

<sup>11</sup> Asociația «Forumul Judecătorilor din România» (2021), apartado 111.

<sup>12</sup> Asociația «Forumul Judecătorilor din România» (2021), apartado 138.

<sup>13</sup> Asociația «Forumul Judecătorilor din România» (2021), apartados 85 y 210.

<sup>14</sup> W.Z. (2021), apartado 53.

<sup>15</sup> Comisión/Polonia (2021), apartado 56.

<sup>16</sup> Euro Box Promotion (2021), apartado 229.

<sup>17</sup> Euro Box Promotion (2021), apartado 133.

<sup>18</sup> RS (2022), apartado 38.

<sup>19</sup> A.K. (2019), apartado 75.

### 1.1.2. *La falta de independencia judicial como supuesto de denegación de la ejecución de una ODE*

El debate sobre el cumplimiento del principio de independencia judicial se traslada también, como ya hemos anticipado, al ámbito de la ejecución de las órdenes de detención europea. Dicha posibilidad surge desde el momento en que el Tribunal de Justicia reconoció en *Aranyosi y Căldăraru* (2016) la posibilidad de denegar la ejecución de una ODE en supuestos excepcionales, como en aquellos casos en los que la autoridad de ejecución apreciase de manera concreta y precisa que existen motivos serios y graves para creer que la persona afectada por la ODE corre el riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>20</sup>. En aplicación de dicha doctrina se le plantea al Tribunal de Justicia la posibilidad de fundar dicha denegación en la existencia de deficiencias sistemáticas generalizadas que puedan afectar a la independencia del Poder Judicial del estado emisor.

De esta forma, y a través de tres pronunciamientos sucesivos [*Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)* 2018, *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)* 2020, y *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)* 2022] el Tribunal de Justicia consagra un examen de dos etapas sucesivas para poder denegar la ejecución de una ODE en el supuesto de que se constate la existencia de dichas deficiencias sistemáticas en el Estado miembro emisor de dicha orden.

Como aclararía el Abogado General Ranost, A. (2021) en las conclusiones presentadas en *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)* la primera fase consiste en “una apreciación global del Estado emisor”, y la segunda fase en una “apreciación individual de la situación de la persona afectada, de la que resulte que esta está expuesta concretamente a un riesgo real de que se vulneren los derechos fundamentales en cuestión”<sup>21</sup>. Es decir, en la segunda etapa, las deficiencias sistemáticas apreciadas se “concretizan”, como desarrollaremos más adelante.

## 1.2. **La competencia “nacional” sujeta al cumplimiento de la tutela judicial efectiva y de la independencia judicial “europea”**

Como ya hemos advertido, el Tribunal de Justicia, si bien reconoce la competencia de los Estados de organizar sus sistemas de justicia, en contrapartida establece que dichas normas deben, en todo caso, respetar las obligacio-

<sup>20</sup> *Aranyosi y Căldăraru* (2016), apartados 92 y 93.

<sup>21</sup> Apartado 42.

nes que se derivan del Derecho de la Unión, y, en particular, las garantías de la tutela judicial efectiva y de la independencia judicial.

Estas exigencias de la tutela judicial efectiva se imponen a todos los órganos jurisdiccionales, dado que todos están potencialmente llamados a resolver procedimientos en los se pida la tutela de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión. Este principio que se estableció en *ASJP* (2018)<sup>22</sup>, se confirma y desarrolla en pronunciamientos posteriores, explicando así el Tribunal que:

“corresponde a los Estados miembros establecer un sistema de vías de recurso y de procedimientos que garantice un control jurisdiccional efectivo en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión y asegurarse de que los órganos jurisdiccionales que formen parte de dicho sistema y puedan tener que resolver sobre la aplicación o la interpretación del Derecho de la Unión cumplan las exigencias de la tutela judicial efectiva”<sup>23</sup>.

Y ello implica también la garantía de la independencia, pues para que un órgano jurisdiccional pueda garantizar dicha tutela judicial efectiva “*resulta primordial preservar su independencia, como así lo confirma el artículo 47, párrafo segundo de la Carta, precepto que, entre las exigencias vinculadas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, menciona el acceso a un juez «independiente»*”<sup>24</sup>.

Sobre la garantía de la independencia el Tribunal de Justicia precisa que es “*inherente a la función jurisdiccional*” y “*está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo*”<sup>25</sup>. En particular, sus exigencias se proyectan sobre cada aspecto concreto que llega al Tribunal, dándole ocasión de desarrollar los contornos de este principio, en los términos que abordaremos más adelante.

Y su importancia se enfatiza también desde el momento en que los primeros pronunciamientos lo vinculan al Estado de derecho<sup>26</sup>. Así, se declara que el artículo 19 TUE se refiere con mayor concreción al valor del Estado de derecho proclamado en el artículo 2 TUE y confía a los órganos jurisdiccionales y al Tribunal de Justicia la tarea de garantizar la plena aplicación del Derecho de la UE en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial que ese ordenamiento confiere a los justiciables. Esta vinculación se mantiene constante en pronunciamientos, posteriores<sup>27</sup>, afirmando en *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021) que “*la existencia misma de un control*

<sup>22</sup> Apartado 37.

<sup>23</sup> *Republika* (2021), apartado 50 y *A.B. y otros* (2021) apartados 109 y 112 y jurisprudencia citada.

<sup>24</sup> *Comisión/Polonia* (2019 a), apartado 57; y *AB* (2021) apartado 115.

<sup>25</sup> *Comisión/Polonia*, C-619/18, apartado 58; y *AB* (2021) apartado 115.

<sup>26</sup> *ASJP* (2018), apartado 32; *Minister for Justice and Equality*, apartado 50; y *Comisión/Polonia* (2019 a), apartado 47.

<sup>27</sup> *AB* (2021), apartado 108; *Republika*, apartado 63; *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 162; y *RS* (2022), apartado 39.

*judicial efectivo para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión es inherente a un Estado de derecho*<sup>28</sup>.

La mayor parte de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre tutela judicial efectiva e independencia judicial se basan directamente en la aplicación del artículo 19 TUE y no en la aplicación del artículo 47 CDFUE, en la medida en que normalmente en los asuntos que le llegan al Tribunal no está en juego el reconocimiento de un derecho o de una libertad reconocida por el Derecho de la Unión. De esta forma, se pone en práctica el principio que dejó sentado en las sentencias *ASJP (2018)* y *Comisión/Polonia (2019 a)*, respecto al ámbito de aplicación *ratione materiae* del artículo 19<sup>29</sup>, el cual, como reitera también en *AB (2021)* se aplica a “«los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión» con independencia de la situación en la que los Estados miembros aplican este Derecho, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta”<sup>30</sup>.

La delimitación del ámbito de aplicación del art. 47 CDFUE y del ámbito de aplicación del art. 19 TUE ha sido un problema que se ha tenido que aclarar constantemente por el Tribunal en estos asuntos. Sobre esta cuestión se explica de forma sencilla en *Republika (2021)* que:

“mientras que el artículo 47 de la Carta contribuye al respeto del derecho a la tutela judicial efectiva de todo justiciable que invoque, en un caso concreto, un derecho que le confiere el Derecho de la Unión, el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, tiene por objeto asegurar que el sistema de vías de recurso establecido por cualquier Estado miembro garantice la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.”

De esta forma, para examinar en *Republika (2021)* si el procedimiento de nombramiento de jueces cumple las exigencias de tutela judicial efectiva, utiliza como fundamento para llevar a cabo dicho control el artículo 19 TUE, explicando que este artículo “*está destinado a aplicarse en el contexto de un recurso [nacional] que tenga por objeto impugnar la conformidad con el Derecho de la Unión de disposiciones del Derecho nacional que puedan afectar a la independencia judicial*”<sup>31</sup> con cita, por analogía, de la sentencia *ASJP*. Y el artículo 19 TUE también es la base que permite al Tribunal examinar en *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» (2021)* las normas controvertidas sobre el régimen de la responsabilidad patrimonial por error judicial, o el nombramiento interino de puestos en la Administración de Justicia y en el seno del Ministerio Fiscal<sup>32</sup>.

Más concretamente, en la sentencia *RS (2022)* el Tribunal Regional que había planteado la cuestión prejudicial preguntaba sobre la posibilidad de examinar sobre la base del artículo 47 CDFUE la conformidad de una deter-

<sup>28</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» (2021)*, apartado 189.

<sup>29</sup> *ASJ (2018)*, apartado 29; y *Comisión/Polonia (2019 a)*, apartado 50.

<sup>30</sup> *AB (2021)*, apartado 111.

<sup>31</sup> Apartado 39.

<sup>32</sup> Apartado 193.

minada normativa con el Derecho de la Unión, cuando el Tribunal Constitucional la había declarado constitucional y le impedía llevar a cabo dicho examen. El Tribunal de Justicia vuelve de nuevo a explicar que la aplicación del artículo 47 CDFUE exigía “*que la persona que lo invoque se ampare en derechos o libertades garantizados por el Derecho de la Unión*” o que “*esa persona sea objeto de un procedimiento que constituye una aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta*”<sup>33</sup>.

En determinados supuestos la base que aplica el Tribunal de Justicia para fundamentar un análisis de la independencia judicial controvertida es tanto el artículo 19 TUE como el artículo 47 CDFUE. Así ocurre por ejemplo en el asunto *A.K.* (2019), en el que los jueces demandantes en el procedimiento nacional eran jueces que habían sido jubilados y habían dirigido un recurso contra dicha jubilación ante una Sala del Tribunal Supremo (la sala de lo social), que no era la que legalmente era competente para conocer de dicho asunto, dado que se había creado una Sala específica *ad hoc*, la Sala disciplinaria.

La Sala ante la que se había presentado el recurso preguntaba sobre la posibilidad de inaplicar las disposiciones que conferían competencia a la otra Sala por razón de la falta de independencia judicial de sus miembros, y conocer así del recurso presentado. El Tribunal de Justicia explica que en este caso dado que los demandantes alegaban haber sufrido un incumplimiento de la prohibición de discriminación por razón de edad establecida en la Directiva 2000/78/CE nos encontrábamos en una situación regida por el Derecho de la Unión y cabía la invocación del artículo 47 CDFUE<sup>34</sup>. Pero, adicionalmente, explica que el órgano que tenía que resolver dichas cuestiones también tenía que pronunciarse sobre cuestiones relativas a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión, y, por lo tanto, en ámbitos cubiertos por este derecho, en el sentido del artículo 19 TUE<sup>35</sup>. De modo que en “[d]e todo lo anterior se desprende que el Tribunal de Justicia es competente para interpretar el artículo 47 de la Carta y el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, en los presentes asuntos”<sup>36</sup>.

En cualquier caso, el hecho de que la base jurídica pertinente fuera bien el artículo 19 TUE, o bien el artículo 47 CDFUE, o ambos preceptos conjuntamente como en *A.K.*, no afecta a los criterios que utiliza el Tribunal de Justicia para examinar el cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva y de la independencia judicial, desde el momento en que, como se esclareció finalmente en la sentencia *A.B.*, el contenido de ambos artículos viene a

<sup>33</sup> Apartado 34 (traducción libre del francés).

<sup>34</sup> Apartados 79 a 81.

<sup>35</sup> Apartado 84.

<sup>36</sup> Como el Abogado Tanchev, E. (2019) sostuvo en sus conclusiones presentadas en el asunto *A. K. y otros* “*existe una «pasarela constitucional» entre ambas disposiciones, y la jurisprudencia relativa a estas está inevitablemente interrelacionada*” (apartado 85).

ser el mismo<sup>37</sup>. En este último pronunciamiento el TJUE aclaró, respecto al contenido de la independencia judicial del artículo 19 TUE, que el artículo 47 CDFUE debía de tomarse en consideración “a los efectos de interpretar el art. 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo”<sup>38</sup> de forma que debía guardarse la debida coherencia al examinar las exigencias de la independencia judicial, ya deriven estas de la aplicación del artículo 19 TUE o de la aplicación del artículo 47 CDFUE<sup>39</sup>.

### 1.3. El contenido de la independencia judicial

El contenido de la independencia judicial desarrollado por el Tribunal de Justicia tras la sentencia *ASJP* (2018) consolida los dos elementos, el interno y el externo, que el Tribunal de Justicia ya había tomado en consideración para apreciar la independencia judicial de los órganos jurisdiccionales, en tanto requisito a los efectos de poder plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia<sup>40</sup>.

En relación al aspecto externo, las sentencias que va dictando el Tribunal enfatizan la necesidad de “que el órgano en cuestión ejerza sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de

<sup>37</sup> Tal y como destaca Martín Rodríguez (2021), “el Tribunal ha alineado *sic et simpliciter* el contenido del art. 19 TUE con el del art. 47 CDFUE” (pp.123-124), lo cual resulta coherente porque “dar una interpretación o alcance de la tutela judicial efectiva distinto según estemos ante el artículo 19 TUE o el artículo 47 CDFUE no tiene una justificación razonable y, además, crearía un gran número de distorsiones” (García-Valdecasas Dorrego, 2019, pp. 86-87).

<sup>38</sup> *AB* (2021) apartado 143, si bien así se había anunciado previamente en el auto de 6 de octubre de 2020, dictado en el asunto *Prokuratura Rejonowa w Słubicach*, en formación de 3 jueces (apartado 28). Se reitera esta vinculación posteriormente en las sentencias *Republika* (2021) apartado 45; *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, (2021) apartado 192; *Comisión/Polonia (sala disciplinaria)* (2021), apartado 57; y *RS* (2022), apartado 37.

<sup>39</sup> *AB* (2021), apartado 85.

<sup>40</sup> La doble faceta, interna y externa, de la independencia judicial a los efectos de poder plantear cuestión prejudicial fue una aportación de la sentencia *Wilson* (2006), que la sentencia *ASJP* (2018) incorporó al interpretar las exigencias de tutela judicial efectiva y de independencia judicial que derivan del artículo 19 TUE, conectando así dicho artículo con el artículo 267 TFUE. Tal y como subraya Lenaerts (2019) esta conexión o nexo jugó un papel fundamental en la fundamentación de la sentencia *ASJP* dado que la independencia judicial – y por extensión el Estado de derecho – es esencial para el correcto funcionamiento del mecanismo de la cuestión prejudicial (pp. 5-6). Las sentencias posteriores de la “saga del Estado de derecho” han reiterado y completado el contenido de ambas facetas, aplicándolo a los distintos supuestos que se examinaban, siguiendo una línea de continuidad indiscutible.

*injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones*"<sup>41</sup>.

Y, respecto al aspecto interno, recuerda el Tribunal de Justicia que este "se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio. Este aspecto exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica"<sup>42</sup>.

Para alcanzar estas garantías de independencia e imparcialidad, el Tribunal de Justicia explica que es necesario que existan reglas "especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros" de manera que dichas reglas "permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio"<sup>43</sup>.

Y, en particular, se añade que "conforme al principio de separación de poderes que caracteriza el funcionamiento de un Estado de Derecho, debe garantizarse la independencia de los tribunales frente a los poderes Legislativo y Ejecutivo"<sup>44</sup>.

El Tribunal aprecia también que la interpretación que hace del artículo 47 CDFUE, en cuanto a la interpretación y el alcance de la independencia judicial, es corroborada con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6, apartado 1, del CEDH<sup>45</sup> puntualizando que en esta jurisprudencia independencia e imparcialidad se examinan de manera conjunta<sup>46</sup>.

El contenido de los dos elementos, interno y externo, de la independencia judicial va a reforzarse en este desarrollo jurisprudencial, y estas mayores exigencias de independencia judicial acaban revertiendo en la noción de órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 267 TFUE, lo que determina que el criterio del órgano jurisdiccional se hace más restrictivo, tal y como se aprecia en posteriores decisiones del Tribunal en las que niega la condición de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear cuestión prejudicial a determinados órganos que, aparentemente, con la jurisprudencia anterior, sí podían tener dicha consideración<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> *AK y otros* (2019), apartado 121 y jurisprudencia que cita.

<sup>42</sup> *AK y otros* (2019) apartado 122 y jurisprudencia que cita.

<sup>43</sup> *AK y otros* (2019), apartado 123, y *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)* (2019), apartado 74.

<sup>44</sup> *AK y otros* (2019) apartado 124 y jurisprudencia que cita.

<sup>45</sup> *AK y otros* (2019), apartado 126.

<sup>46</sup> *AK y otros* (2019), apartado 129.

<sup>47</sup> Así ha ocurrido finalmente en el asunto Banco Santander (2020) en el que el Tribunal de Justicia despoja de la condición de órgano jurisdiccional a los tribunales

## 1.4. El test de las apariencias

### 1.4.1. La importancia de las apariencias

Como hemos visto, para garantizar la independencia judicial, el Tribunal de Justicia pone el acento en la necesidad de que existan reglas específicas que regulen el estatuto de los integrantes de los órganos judiciales y que sean garantía de su independencia. Pero lo fundamental es que al examinar dichas normas, pueda excluirse toda “*duda legítima en el ánimo de los justiciables*” sobre la independencia de los órganos jurisdiccionales. Esta “*duda*” es un elemento más abstracto y subjetivo que tiene relación directa con las “*apariencias*”, de modo que, en cada caso concreto, es necesario llevar a cabo el “test de las apariencias”<sup>48</sup>.

La importancia de este examen se pone de manifiesto en la sentencia *AK y otros* (2019) en la que el Tribunal de Justicia, al acudir a la jurisprudencia del TEDH sobre el contenido de la independencia y de la imparcialidad de los jueces, recuerda que con arreglo a la misma, y en lo que se refiere a la independencia, “*está en juego la confianza misma que todo tribunal debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática*”<sup>49</sup>. Y respecto a la imparcialidad, añade que debe determinarse de manera objetiva si un tribunal ofrece, en particular por su composición, garantías suficientes para excluir toda duda legítima en cuanto a su imparcialidad. Así, y con fundamento en dicha doctrina, afirma en el apartado 148 que:

“incluso las apariencias pueden tener importancia. Se trata, de nuevo de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar en los justiciables, comenzando por las partes en el procedimiento”.

La importancia de las apariencias ya había sido resaltada por el AG Tanchev, E. (2019) en las conclusiones presentadas en dicho asunto en las que explicaba, en el apartado 120, que:

“Las apariencias tienen una cierta importancia, de modo que «no solo debe hacerse justicia, sino que también debe parecer que se hace justicia». Está en juego la confianza que los tribunales deben inspirar en la ciudadanía en una sociedad democrática. Por otro lado, al decidir en un caso concreto si existe una razón

---

económico-administrativos, condición previamente reconocida en la sentencia *Gabalfrisa* (2000), y a la luz del contenido de la independencia judicial desarrollado en los asuntos *ASJP* (2018) y *Comisión/Polonia* (2019 a).

Como advierte Concellón Fernández (2020), refiriéndose a la sentencia *ASJP*, “*este pronunciamiento también ha servido para consolidar la independencia del órgano judicial como requisito imprescindible para la atribución de competencia prejudicial*” (p. 645).

<sup>48</sup> Así lo denominó el Presidente del TJUE, Koen Lenaerts, en su intervención telemática en el II Seminario Gil Carlos Rodríguez Iglesias, de la Revista de Derecho Comunitario europeo (Madrid 11 de febrero de 2022).

<sup>49</sup> *AK y otros* (2019) apartado 127.

legítima para temer que no se respete la apariencia de independencia objetiva, el TEDH ha declarado que lo determinante es si dicho temor está objetivamente justificado.”

El denominado “test de las apariencias” que va aplicando el Tribunal de Justicia caso por caso adquiere así una relevancia determinante, y en su aplicación práctica cabe identificar además dos elementos que destacan en el razonamiento que el Tribunal de Justicia va construyendo: la prohibición de la “regresión,” y la necesidad de llevar a cabo un examen “en conjunto”.

#### 1.4.2. La prohibición de la “regresión”

En los distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia en los que surgen dudas sobre el respeto de la independencia judicial, aparece como un elemento común la existencia de reformas que operan una reducción de los criterios que permiten afirmar la garantía de la independencia judicial. Esto es, que constituyen una “regresión”.

El Tribunal nos recuerda que la independencia judicial constituye uno de los valores comunes en los que se fundamenta la Unión y, más concretamente, la Unión se fundamenta en la “justicia”. La importancia de la “justicia” viene resaltada en *Republikka* (2021) cuando explica que “*la Unión se fundamenta en valores, tales como el Estado de Derecho, que son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada, entre otras cosas, por la justicia.*” Añadiendo que “*la confianza mutua entre los Estados miembros —en particular, entre sus juzgados y tribunales respectivos— se asienta en la premisa fundamental de que los Estados miembros comparten una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión*”<sup>50</sup>.

La justicia es así un valor común para los Estados miembros, y el respeto de dichos valores consagrados en el artículo 2 TUE era uno de los requisitos para poder entrar en la Unión Europea, y disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados. Por ello, en *Republikka* (2021), el Tribunal afirma de forma contundente en el apartado 63 que:

“un Estado miembro no puede modificar su legislación de modo que dé lugar a una reducción de la protección del valor del Estado de Derecho, valor que se concreta, en particular, en el artículo 19 TUE”.

Por lo tanto, lo que se viene a prohibir es la “regresión”, término que utiliza por primera vez el Tribunal de Justicia en dicho pronunciamiento, afirmando a continuación en el apartado 64, que:

“los Estados miembros deben velar por evitar, en relación con este valor, cualquier regresión de su legislación en materia de organización de la Administración de Justicia, absteniéndose de adoptar medidas que puedan menoscabar la independencia judicial”.

<sup>50</sup> Apartado 62.

De esta forma, el artículo 19 TUE se opone a aquellas disposiciones nacionales relativas a la organización de la Administración de Justicia que puedan acarrear una reducción de las garantías de independencia judicial. Este criterio juega un papel decisivo en pronunciamientos posteriores a *Republikka* (2021) como en *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021)<sup>51</sup>, o en *Comisión/Polonia (régime disciplinaire des juges)*<sup>52</sup>, en los que se cuestionaban reformas que precisamente operaban dicha reducción.

Cuestión distinta es que una reforma posterior “refuerce” la garantía de la independencia judicial, que era el supuesto que se analizó en *Republikka* (2021), en el que el proceso de nombramiento de miembros de la judicatura había sido objetivado con la intervención de un órgano que estaba dotado de independencia frente a los Poderes Legislativo y Ejecutivo (el Comité de Nombramientos Judiciales), concluyendo en dicho supuesto el Tribunal de justicia que dichas normas no generaban dudas legítimas en el ánimo de los justiciables respecto a la independencia de los miembros de la judicatura<sup>53</sup>.

#### 1.4.3. *La necesidad del examen en conjunto*

Finalmente, junto con el criterio de la “regresión” aparece otro elemento de gran importancia, que es la necesidad de hacer una “apreciación global” de todos los elementos considerados, tanto de “hecho” como de “derecho”<sup>54</sup>.

Así, los criterios que se tomen en consideración pueden no revelar una falta de independencia considerados cada uno aisladamente, pero sí puede concluirse que la independencia judicial queda afectada cuando un número de elementos considerados “conjuntamente” contribuyen a generar, en el ámbito de los justiciables, dudas legítimas en torno a la imparcialidad de estos jueces<sup>55</sup>.

Por ejemplo, en el asunto *A.K.* (2019), el Tribunal de Justicia después de señalar los elementos que debían valorarse para determinar si los miembros de la Sala Disciplinaria nombrada *ad hoc*, cumplían las garantías de independencia judicial, concluye explicando en el apartado 142 que:

“A este respecto, si bien uno u otro aspectos de los señalados por dicho órgano jurisdiccional pudiera no ser criticable en sí, y por lo tanto formar parte de la competencia de los Estados miembros y de su ámbito de elección, la combinación de esos aspectos, sumada a la circunstancia en las que se efectuaron

<sup>51</sup> Apartado 162.

<sup>52</sup> Apartados 50 y 51.

<sup>53</sup> *Repubblika* (2021), apartado 72.

<sup>54</sup> En el asunto *Prokurator Generalny (Chambre disciplinaire de la Cour suprême - Nomination)* (2022) el Tribunal de Justicia habla, por ejemplo, del contexto “jurídico-fáctico nacional” (apartado 80).

<sup>55</sup> *W. Ż. (des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)*, (2021) (apartados 152 a 154)

tales elecciones, pueden en cambio llevar a dudar de la independencia de un organismo que participa en el procedimiento de nombramiento de los jueces, aun cuando, si se consideraran esos aspectos por separado, no se impondría tal conclusión.”

Más concretamente, y en lo que se refiere al examen de la legislación nacional, en *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)* (2021) el Tribunal precisó que cuando una legislación nacional es objeto de interpretaciones jurisprudenciales divergentes que pueden tomarse en consideración, y alguna de estas interpretaciones conducen a una aplicación de dicha legislación compatible con el Derecho de la Unión, mientras que otras dan lugar a una aplicación incompatible con este, puede estimarse que, “*como mínimo, esta legislación no es suficientemente clara y precisa para garantizar una aplicación compatible con el Derecho de la Unión*”<sup>56</sup>.

## 1.5. El desplazamiento de la norma nacional contraria a la independencia judicial

### 1.5.1. Una garantía inherente a la independencia judicial

Finalmente, la constatación de que se produce la vulneración del principio de independencia judicial que deriva del artículo 19 TUE, conlleva la necesidad de no aplicar la norma nacional, o la práctica en su caso, que haya producido dicha vulneración. En palabras del Tribunal de Justicia “*en caso de infracción acreditada del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, el principio de primacía del Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que obliga al órgano jurisdiccional remitente a hacer caso omiso de dichas disposiciones*”<sup>57</sup>.

Esta inaplicación es consecuencia del efecto directo atribuido en la sentencia *AB y otros* (2021) al artículo 19 TUE, indicando el Tribunal que esta disposición “*impone a los Estados miembros una obligación de resultado clara y precisa y que no está sujeta a ninguna condición en lo que respecta a la independencia que debe caracterizar a los órganos jurisdiccionales a quienes corresponde interpretar y aplicar el Derecho de la Unión*”<sup>58</sup>. Efecto directo que se atribuye en coherencia con el efecto directo ya reconocido con anterioridad al artículo 47 CDFUE en la sentencia *A.K.* (2019)<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Apartado 153.

<sup>57</sup> *W. Ż. des affaires publiques de la Cour suprême - nomination* (2021), apartado 144.

<sup>58</sup> *A.B. y otros* (2021) apartado 146, posteriormente confirmado en *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, apartado 250

<sup>59</sup> *A.K.* (2019), apartado 162, y recogida también después en *A.B. y otros* (2021), apartado 145.

Más particularmente se ha considerado que la facultad de inaplicación, esto es, de hacer todo lo necesario para descartar una práctica o norma nacional que suponga un obstáculo a la plena eficacia de las normas con efecto directo, es una garantía inherente a la independencia de los jueces que deriva del artículo 19 TUE<sup>60</sup>.

### 1.5.2. *Las consecuencias de la inaplicación*

Esta obligación de hacer caso omiso a las disposiciones contrarias a la independencia judicial puede conllevar simplemente una obligación de inaplicación. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha determinado que el principio de primacía del Derecho de la Unión obliga a un tribunal disciplinario, que no cumple las garantías de independencia judicial, a dejar inaplicadas las disposiciones nacionales, en virtud de las cuales se realizó su designación y declararse “incompetente” para conocer del litigio que se le ha atribuido<sup>61</sup>. De igual forma, ha determinado que una disposición del Derecho nacional que impida la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, debe dejarse inaplicada sin que el órgano jurisdiccional remitente tenga que solicitar o esperar la derogación previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional<sup>62</sup>.

En algunos supuestos, además de la inaplicación será necesario aplicar, en su lugar, las disposiciones nacionales anteriormente vigentes, como ocurrió en la sentencia *A.B. y otros* (2021), en la que el Tribunal de Justicia encomendó al órgano nacional verificar si las modificaciones del ordenamiento jurídico nacional que había retirado a un órgano jurisdiccional nacional la competencia para conocer de los recursos interpuestos por candidatos a ocupar plazas de un juez del Tribunal Supremo, suponían una vulneración del principio de independencia judicial. Y, en dicho caso, le indicaba que debía hacer caso omiso de las disposiciones nacionales controvertidas y aplicar en su lugar las disposiciones nacionales anteriormente vigentes y ejercer él mismo el control judicial previsto en estas últimas disposiciones<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> *Euro Box Promotion y otros* (2021), apartado 257; y *RS* (2022) apartado 63

<sup>61</sup> *Prokurator Generalny (Chambre disciplinaire de la Cour suprême - Nomination)* (2022), apartado 74.

<sup>62</sup> *A. B. y otros* (2021) apartado 141 y jurisprudencia citada.

<sup>63</sup> *A. B. y otros* (2021), apartados 149 y 150. Se trata de una “solución” que ya había sido apuntada previamente en unos asuntos húngaros que no tenían por objeto propiamente el control de la independencia judicial, en los que el Tribunal de Justicia explicaba que si no existe ninguna vía de recurso judicial que permita, siquiera sea por vía incidental, garantizar el respeto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, o de que la única vía de los justiciables para acceder a un juez sea infringir el Derecho, los órganos jurisdiccionales nacionales deben declararse competentes para conocer del recurso presentado por la persona interesada para defender los derechos que le garantiza el Derecho de la Unión [*Országos Idegenrendészeti F igazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság* (2020), apartados 143 y 144].

Finalmente, el Tribunal de Justicia llega a prever incluso que una resolución judicial dictada por un órgano que no constituye un tribunal independiente e imparcial establecido por ley a los efectos del Derecho de la Unión, debe reputarse nulo y sin efecto, sin que se oponga a ello ninguna consideración fundada en el principio de seguridad jurídica o relacionada con una supuesta fuerza de cosa juzgada<sup>64</sup>.

## 1.6. El test en dos fases en el caso de las Órdenes de Detención Europea

### 1.6.1. Las dos etapas

Como ya hemos adelantado, es posible denegar la ejecución de una ODE cuando se constate que existan deficiencias sistémicas y generalizadas del poder judicial que determinen que la persona objeto de dicha orden va a quedar afectada por la falta de independencia judicial del órgano en cuestión. Esta aproximación se da por primera vez en la sentencia *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)* (2018), que concernía una ODE emitida por Polonia, en un momento en el que existía ya una propuesta motivada de la Comisión conforme al artículo 7 TUE<sup>65</sup>, de forma que se planteaba si era necesario llevar a cabo un análisis concreto de la situación de la persona afectada, o bastaba con la existencia de dicha Decisión para denegar la ejecución de la ODE.

Si bien el Tribunal reconoce la importancia de la independencia judicial y la enlaza de nuevo con el Estado de derecho<sup>66</sup>, concluye que la sola existencia de dicha propuesta de la Comisión no puede permitir denegar de forma automática la ejecución de una ODE, dado que la suspensión automática solo se dará cuando el Consejo Europeo haya adoptado una decisión conforme al art. 7.2 TUE, seguida de la suspensión por el Consejo de la aplicación del Decisión Marco 2002/548 en relación a dicho Estado<sup>67</sup>.

De esta forma, el Tribunal de Justicia impone la realización de dos comprobaciones distintas, para determinar la posibilidad de denegar la ejecución de una ODE. En un primer momento, debe determinarse si existe un riesgo real de que se viole el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo debido a deficiencias sistemáticas y generalizadas del poder judicial en dicho Estado. Y, en un segundo momento, debe determinarse si en

---

<sup>64</sup> *W. Ż. (des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)* (2021), apartado 160.

<sup>65</sup> Propuesta de 20 de diciembre de 2017, presentada de conformidad con el artículo 7 TUE, apartado 1, relativa al Estado de Derecho en Polonia [Com /2017, 835 final].

<sup>66</sup> Apartado 48

<sup>67</sup> Apartados 70 a 73.

las circunstancias concretas del caso de autos existen razones serias y fundadas para creer que la persona buscada correrá ese riesgo.

Las premisas de la que parte esta sentencia son confirmadas dos años después en un segundo pronunciamiento [*Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)*, 2020] en el que se le pregunta al Tribunal de Justicia por la posibilidad de que en un supuesto de deficiencias sistemáticas generalizadas, la autoridad judicial de ejecución pudiese no reconocer la condición de autoridad judicial emisora al órgano jurisdiccional que ha dictado una ODE.

El Tribunal de Justicia vuelve a enfatizar la importancia y el contenido del principio de independencia judicial<sup>68</sup>, si bien aclara que la existencia de dichas deficiencias no incide en todas las resoluciones judiciales que puedan verse obligados a adoptar los órganos jurisdiccionales de Estado en cada caso concreto, por lo que no pueden bastar para considerar que los órganos jurisdiccionales de ese Estado no son autoridad judicial emisora<sup>69</sup>. Confirma así el criterio expuesto en *Minister for Justice and Equality* (2018) de que no puede haber una denegación automática, sino que es necesario el doble análisis antes expuesto, que debe realizarse en dos “etapas” consecutivas, aclarando que “*las dos etapas de este examen implican un análisis de la información obtenida sobre la base de criterios diferentes, de suerte que estas etapas no puedan confundirse*”<sup>70</sup>.

Todavía queda por esclarecer si es posible llevar a cabo la segunda etapa de forma independiente a la primera, esto es, si la autoridad judicial de ejecución en el supuesto de que no se demuestre la existencia de deficiencias sistemáticas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor, puede no obstante denegar la ejecución de la ODE basándose en la existencia de un riesgo individual de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En contra se ha pronunciado recientemente el Abogado General de la Tour, R. (2022), en las conclusiones presentadas en el asunto *Puig Gordi*, explicando que “la primera fase del examen que debe realizar la autoridad judicial de ejecución constituye un requisito previo necesario para acometer la segunda fase de dicho examen”<sup>71</sup>.

### 1.6.2. Los elementos de valoración

En *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)* (2022) el Tribunal de Justicia se pronuncia finalmente sobre el alcance que puede tener el hecho de que las deficiencias sistemáticas resulten de una irregularidad en el nombramiento de los miembros del poder judicial

---

<sup>68</sup> Apartado 40.

<sup>69</sup> Apartado 50.

<sup>70</sup> Apartado 56.

<sup>71</sup> Apartado 120.

y cómo influye en el examen por etapas que debe hacerse. Para ello acude ya en este momento a los criterios que viene desarrollando en las sentencias previas sobre la independencia judicial de los sistemas jurisdiccionales, con lo que se comprueba el efecto expansivo de dicha jurisprudencia.

Cabe destacar de este pronunciamiento que para apreciar en la primera etapa la existencia de un incumplimiento generalizado, el Tribunal de Justicia señala como elementos pertinentes de valoración <sup>72</sup>: i) la existencia de una proposición motivada de la Comisión Europea al Consejo sobre el fundamento del artículo 7 TUE, como hizo en *Minister for Justice and Equality*; ii) pronunciamientos del Tribunal Supremo de dicho Estado y del TJUE en los que se contengan indicaciones relativas al estado de funcionamiento del sistema jurisdiccional del Estado de emisión; iii) la jurisprudencia del TEDH en la que se haya constatado una violación del derecho al tribunal establecido por la ley en dicho Estado; iv) y, finalmente, también considera que es pertinente tomar en cuenta una jurisprudencia constitucional del estado de “emisión” que ponga en causa la primacía del Derecho de la Unión y el carácter vinculante de la CEDH, así como la fuerza obligatoria de las sentencias del Tribunal de Justicia y del TEDH.

En lo que se refiere a la segunda etapa, precisa que corresponde a la persona objeto de una ODE aportar los elementos que lleven a pensar que se va a menoscabar su derecho a un procedimiento justo <sup>73</sup> y el juez debe pedir a la autoridad judicial de emisión con urgencia toda información complementaria que le parezca necesaria <sup>74</sup>. En definitiva, deben existir motivos serios y probados para considerar que la composición de la formación puede atentar contra su derecho a un juicio justo en un tribunal imparcial e independiente predeterminado por la ley consagrado en el artículo 47 CDFUE <sup>75</sup>, y, a estos efectos, vuelve de nuevo a tener en cuenta los criterios ya desarrollados en su jurisprudencia sobre la independencia judicial, que por lo tanto vuelven a ser relevantes.

## 2. CRITERIOS CONCRETOS DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

La necesidad de que haya normas específicas que garanticen la independencia de los órganos judiciales y de que haya una apariencia de independencia, es una exigencia que se va repitiendo de forma sistemática en todos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Las circunstancias particulares de cada asunto le permiten dar criterios más específicos en torno a los aspectos que deben ser objeto de regulación y cómo debe garantizarse la independencia judicial. Sin entrar en el examen concreto y específico de cada

<sup>72</sup> Apartados 78 a 80.

<sup>73</sup> Apartado 83.

<sup>74</sup> Apartado 84.

<sup>75</sup> Apartado 88.

régimen examinado, pueden esbozarse una serie de normas generales en los términos que a continuación se exponen, todas contenidas en las sentencias que antes hemos identificado.

## 2.1. Las garantías en la elección y nombramiento de los jueces

### 2.1.1. *La piedra angular del derecho a un proceso justo*

El Tribunal de Justicia resalta en su jurisprudencia que el proceso de nombramiento de jueces es un elemento inherente a la noción de tribunal establecido por la ley en el sentido del artículo 6.1 CEDH, precisando que la independencia de un tribunal “*se mide por la forma en que sus miembros son nombrados.*”<sup>76</sup>. Por ello, las garantías que determinan la composición de un tribunal “*constituyen la piedra angular del derecho a un proceso justo*”<sup>77</sup>.

### 2.1.2. *Los criterios de control*

La forma en que son nombrados los jueces es examinada desde distintas aproximaciones en los asuntos que han ido llegando al Tribunal de Justicia, todas orientadas a comprobar si las decisiones de nombramiento “*impiden que se susciten dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de los jueces de que se trate frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio, una vez nombrados los interesados*”<sup>78</sup>.

Como criterios específicos para llevar a cabo la ponderación de los distintos elementos concurrentes, el Tribunal aclara, por un lado, que el mero hecho de que los jueces sean nombrados por el Presidente de un Estado no es susceptible de crear una situación de dependencia entre aquellos y este, ni de suscitar dudas en cuanto a su imparcialidad si, una vez nombrados, no están sometidos a presión alguna y no reciben instrucciones en el ejercicio de sus funciones<sup>79</sup>.

Y, por otro lado, que el hecho de que un Consejo Nacional del Poder Judicial (CNPJ, en adelante) intervenga en el procedimiento de nombramiento de dichos jueces puede contribuir a objetivar el proceso, pero solo cuando “*dicho organismo disfruta él mismo de una independencia suficiente respecto de los poderes Legislativo y Ejecutivo y de la autoridad a la que debe remitir tal*

<sup>76</sup> *Openbaar Ministerie (Tribunal établi para la loi dans l'État membre d'émission)* (2022), apartado 57.

<sup>77</sup> *W. Ž. (des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)* (2021), apartado 126.

<sup>78</sup> *A.K.* (2019) apartado 134.

<sup>79</sup> Apartado 133; criterio también recogido en *Repubblika*, (2021) apartado 56.

*propuesta de nombramiento*"<sup>80</sup>. De este modo, la cuestión de la independencia de un CNPJ frente a los poderes legislativo y ejecutivo surge como elemento relevante en un gran número de pronunciamientos para determinar si los jueces que se seleccionan en un Estado estarán en condiciones de satisfacer las exigencias de independencia e imparcialidad que derivan del artículo 47 CDFUE, dado que a este organismo le corresponde, al fin y al cabo, velar por la independencia de los jueces y tribunales<sup>81</sup>.

#### a) La independencia de los Consejos Nacionales del Poder Judicial

Sobre los criterios para medir la independencia un CNPJ, el Tribunal señala que la sola circunstancia de que sea nombrado de forma preponderante por miembros del poder legislativo y ejecutivo no conduce a hacer dudar de la independencia de los jueces nombrados<sup>82</sup>. Por el contrario, ciertos elementos pueden abocar a la conclusión de que existe una falta de independencia, como son: el hecho de que un nuevo mandato del CNPJ se produzca con un acortamiento del mandato de los miembros que hasta entonces lo componían; que los miembros que originariamente son elegidos entre los jueces, pasen a ser elegidos por una de las cámaras del poder legislativo; la eventual existencia de irregularidades que pueda haber viciado el nombramiento de determinados miembros del CNPJ; o la manera en que el organismo da cumplimiento a su tarea constitucional de velar por la independencia de los jueces y tribunales y la forma en que ejerce sus competencias. También resulta un elemento valorativo *"la eventual existencia de relaciones privilegiadas entre los miembros del CNPJ constituido de esta forma y el Poder Ejecutivo"*<sup>83</sup>.

No obstante, parece que lo determinante no es tanto la independencia de dicho órgano, sino la posibilidad de que la resolución que pueda dictar un CNPJ, comprendiendo sus decisiones sobre la presentación de una propuesta de nombramiento a un puesto de juez, sea susceptible de recurso, esto es, que el marco jurídico *"permit[a] garantizar un control judicial efectivo de tales resoluciones referido, cuando menos, a la comprobación de que no se ha incurrido en abuso o desviación de poder, error de Derecho o error manifiesto de apreciación"*<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> A.K. (2019), apartado 137.

<sup>81</sup> A.K. (2019), apartado 139.

<sup>82</sup> Dicho criterio fue también enfatizado al examinar las deficiencias sistemáticas que podrían fundamentar la denegación de una ODE, explicando *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, 2022, que *"El hecho de que un órgano compuesto, en su mayor parte, por miembros representantes de los poderes legislativo o ejecutivo o elegidos por ellos participe en el proceso de nombramiento de los jueces del Estado miembro de emisión no puede, por tanto, ser suficiente, por sí solo, para justificar una decisión de la autoridad judicial de ejecución que deniegue la entrega del interesado."* (apartado 76, traducción libre del francés).

<sup>83</sup> Criterios todos estos recogidos en la sentencia A.B. y otros (2021), apartado 131

<sup>84</sup> A.K. (2019), apartado 145.

Por ejemplo, en *A.K.* (2019) el problema que se planteaba es que las decisiones adoptadas por el Presidente de la República en el nombramiento de los magistrados de la Sala Disciplinaria no eran susceptibles de recurso, por lo que se indica al juez nacional que debe comprobar si las decisiones del CNPJ, que proponían el nombramiento, podían recurrirse ante un tribunal independiente.

Otros elementos que señala como pertinentes en este supuesto concreto son el hecho de que es un tribunal creado *ad hoc*, dado que las materias de derecho laboral y de jubilación forzosa de los magistrados del Tribunal Supremo antes eran resueltas por los tribunales ordinarios<sup>85</sup>, y también indica que se debe tomar en consideración que la Sala estaba integrada exclusivamente por jueces de nuevo nombramiento, excluyéndose los que formaban parte del Tribunal Supremo<sup>86</sup>, siendo necesario una apreciación “en conjunto” y combinando todos dichos aspectos”<sup>87</sup> para ver si estos elementos podían suscitar dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en cuanto a la impermeabilidad de la Sala Disciplinaria frente a elementos externos, en particular, frente a influencias directas o indirectas de los poderes legislativo y ejecutivo, y en cuanto a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio<sup>88</sup>.

La falta de independencia de esta Sala es finalmente declarada por el propio Tribunal de Justicia, unos años más tarde, en el recurso de incumplimiento *Comisión/Polonia* (2021), asunto en el que se había dictado el auto de 8 de abril de 2020 suspendiendo provisionalmente la actividad de dicha sala hasta que se resolviera el fondo del asunto, y ordenando que Polonia se abstuviese de trasladar los asuntos pendientes a una Sala que no satisficiera las garantías de independencia fijadas en *A.K.* y *otros* (2019).

## b) Las irregularidades en el procedimiento de nombramiento

En particular, y a los efectos de determinar una posible violación del derecho al juez predeterminado por ley, se aprecia también en *W. Ż. (des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)* (2021) que no toda irregularidad en el procedimiento de nombramiento de los jueces puede ser considerada como constitutivo de dicha violación. En particular, una irregularidad cometida con ocasión del nombramiento de los jueces en el seno del sistema judicial de que se trate conlleva dicha violación, tal y como establece en el apartado 130 de dicho pronunciamiento:

“cuando esta irregularidad es de tal naturaleza y gravedad que crea un riesgo real de que otras ramas del poder, en particular el Ejecutivo, puedan ejercer una potestad discrecional indebida que ponga en peligro la integridad del resultado al que conduce el proceso de nombramiento y que origine así una duda legítima,

<sup>85</sup> *A.K.* (2019), apartado 147.

<sup>86</sup> *A.K.* (2019), apartado 150.

<sup>87</sup> *A.K.* (2019), apartados 142 y 145.

<sup>88</sup> *A.K.* (2019), apartado 152.

en el ánimo de los justiciables, en cuanto a la independencia y la imparcialidad del juez o de los jueces de que se trate, lo que sucede cuando se trata de normas fundamentales que forman parte integrante del establecimiento y del funcionamiento de ese sistema”.

Por ejemplo, en el asunto *W. Ž. (des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)* (2021), el Tribunal de Justicia apreció la existencia de irregularidades (si bien debían ser comprobadas por el tribunal remitente en la medida en que se trataba del planteamiento de una cuestión prejudicial) porque cuando se nombra al juez en cuestión, la resolución que proponía el nombramiento del interesado estaba suspendida por resolución judicial firme, y esta suspensión estaba llamada a perdurar hasta que el Tribunal de Justicia respondiera a una cuestión prejudicial planteada en dicho asunto, por lo que debido a dichas circunstancias el nombramiento del juez quebrantó la fuerza vinculante del auto de suspensión y al no esperar a que recayera sentencia del TJUE “socavó la efectividad del sistema establecido en el artículo 267 TFU”<sup>89</sup>.

Y en la sentencia *Getin Noble Bank* (2022), el Tribunal llega a apreciar que el hecho de que un juez haya obtenido su primer puesto de trabajo en una época no democrática (en la que los procedimientos de selección no eran transparentes, ni públicos, ni había posibilidad de interponer recurso judicial) no afecta a su independencia, siempre que las irregularidades en el nombramiento no sean de una naturaleza o de una gravedad tal que creen un riesgo real de que otras ramas del poder, en particular el ejecutivo, puedan ejercer una discrecionalidad indebida y, por ende, sembrando, en la mente de los litigantes, serias y legítimas dudas sobre la independencia e imparcialidad del juez en cuestión<sup>90</sup>.

### 2.1.3. *La existencia de un recurso contra el nombramiento de los jueces*

Debe aclararse que la existencia, en todo caso, de un recurso judicial contra el nombramiento de jueces no parece que sea siempre una exigencia necesaria a la luz del artículo 19 TUE. Así lo afirma el Tribunal de Justicia en la sentencia *AB* (2021) explicando que “*la eventual inexistencia de posibilidad de interponer recurso judicial en el contexto de un proceso de nombramiento para plazas de juez de un tribunal supremo nacional, puede, en determinados casos, no resultar problemática desde el prisma de las exigencias que derivan del Derecho de la Unión*”<sup>91</sup>.

Supuestos problemáticos que se identifican en esa sentencia, son, por un lado, que el CNPJ que intervenga en el nombramiento no ofrezca las necesi-

<sup>89</sup> *W. Ž. (des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)* (2021), apartado 143.

<sup>90</sup> Apartados 130 a 132.

<sup>91</sup> *AB* (2021), apartado 156.

rias garantías de independencia, en cuyo caso sí sería necesaria “*la existencia de un recurso judicial a disposición de los candidatos no seleccionados*”<sup>92</sup>. Por otro lado, un supuesto también problemático sería aquel en el que se hayan adoptado disposiciones “*que liquidan la efectividad de los recursos judiciales de este tipo que existían hasta entonces*”<sup>93</sup>. Es decir, que las modificaciones llevadas a cabo reduzcan precisamente el control judicial que hasta entonces se contemplaba, de forma que ello produzca una reducción de la intensidad del control judicial que existía anteriormente<sup>94</sup>.

#### 2.1.4. *El caso particular de los Tribunal Constitucionales*

El Tribunal de Justicia tiene también la oportunidad de pronunciarse sobre la independencia de los Tribunales Constitucionales nacionales en la sentencia *Euro Box Promotion y otros* (2021), señalando que el solo hecho de que sus miembros sean nombrados por los poderes legislativo y ejecutivo no es de la naturaleza de crear una dependencia entre estos jueces con dichos poderes ni dudas en cuanto a su imparcialidad, si una vez nombrados, los interesados no quedan sometidos a ninguna presión ni reciben instrucciones en el ejercicio de sus funciones<sup>95</sup>.

Resalta la importancia de la regulación del estatuto y mandato de estos magistrados, siendo así que el mero hecho de que el poder ejecutivo o el legislativo puedan acudir a un Tribunal Constitucional en el marco de los recursos de orden constitucional, cuyo examen estos tienen encomendado, no es un elemento que permita cuestionar su independencia respecto a estos poderes<sup>96</sup>.

## 2.2. El principio de inamovilidad judicial

### 2.2.1. *Las reglas de jubilación forzosa*

El principio de inamovilidad de los jueces se aborda en la sentencia *Comisión/Polonia* (2019 a), al hilo el examen de las normas sobre la reducción de jubilación de jueces en activo del Tribunal Supremo que habían sido aprobadas en Polonia. El Tribunal tiene la ocasión de definir el alcance de este principio señalando que este exige que “*los jueces puedan permanecer en el ejercicio de sus funciones en tanto no hayan alcanzado la edad de jubilación forzosa o hasta que termine su mandato cuando este tenga una duración determinada*”. Y si bien admite que es un principio que no tiene carácter absoluto, también

<sup>92</sup> AB (2021), apartado 136.

<sup>93</sup> AB (2021), apartado 156.

<sup>94</sup> AB (2021), apartados 157 a 161.

<sup>95</sup> *Euro Box Promotion y otros* (2021), apartado 233.

<sup>96</sup> *Euro Box Promotion y otros* (2021), apartado 236.

precisa que “solo puede ser objeto de excepciones cuando existan motivos legítimos e imperiosos que lo justifiquen y siempre que se respete el principio de proporcionalidad”<sup>97</sup>.

En particular admite que los jueces puedan ser cesados si no reúnen las condiciones de aptitud para continuar en el ejercicio de sus funciones por motivos de incapacidad o falta grave, y siempre observando los procedimientos establecidos al efecto.

El problema de la reforma que operó dicha jubilación es que daba la apariencia de tener la voluntad de apartar a un número de jueces de dicho Tribunal en la medida en que también se atribuía al presidente de la República la facultad discrecional de conceder dos prórrogas consecutivas de tres años cada uno, a algunos jueces jubilados forzosamente con la reforma. El Tribunal de Justicia concluyó finalmente que, con dicha reforma, Polonia había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 19 TUE.

### 2.2.2. El traslado forzoso de un juez

En el asunto *W. Ż. (des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)* (2021), el Tribunal de Justicia abordó el problema de un juez que había sido trasladado sin su consentimiento de una sección a otra del tribunal al que estaba afectado<sup>98</sup>, apreciando dicho tribunal que “los traslados de un juez, bien a otro tribunal, sin su consentimiento o...el traslado de un juez de una sección de un tribunal a otra sección del mismo tribunal sin su consentimiento, también pueden conculcar los principios de inamovilidad y de independencia judiciales”<sup>99</sup>.

Ello es así en la medida en que, como explica el Tribunal, con un traslado forzoso se producen efectos análogos a los de una sanción disciplinaria, y puede constituir un medio para ejercer control sobre el contenido de las resoluciones judiciales, y también afectar a la extensión de las atribuciones de los jueces de que se trate, y a la tramitación de las causas de que conozcan<sup>100</sup>.

Por ello aprecia que dichas medidas solamente pueden adoptarse por razones legítimas relacionadas, en particular, con un reparto de los recursos disponibles que permita asegurar una buena administración de la justicia, y, adicionalmente, deben poder impugnarse judicialmente conforme a un procedimiento en que se garanticen plenamente los derechos consagrados en los

<sup>97</sup> Comisión/Polonia (2019 a), apartado 76.

<sup>98</sup> Dicho juez alegaba que era un antiguo miembro del CNPJ y que se había pronunciado públicamente en contra de las reformas llevadas a cabo en Polonia.

<sup>99</sup> *W. Ż. (des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)* (2021), apartado 114.

<sup>100</sup> *W. Ż. (des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)* (2021), apartado 115.

artículos 47 y 48 de la Carta, en particular el derecho de defensa”<sup>101</sup>. Más concretamente, determina que todas las garantías que deben existir en relación con el régimen disciplinario de los jueces, que examinaremos más adelante, se aplican también “*mutatis mutandi, a tal régimen de traslados*”<sup>102</sup>.

### 2.3. La prórroga del ejercicio de la función jurisdiccional

La posibilidad de que haya una prórroga del ejercicio de la función jurisdiccional alcanzada la edad de jubilación ordinaria fue abordada en la sentencia *Comisión/Polonia* (2019 a), antes analizada, cuestión controvertida desde el momento en que dicha decisión era discrecionalidad del Ministro de Justicia.

En este examen también se pronuncia el Tribunal de Justicia sobre la intervención del CNPJ que se encarga de elaborar un dictamen al Presidente de la República antes de que este adoptase su decisión. Si bien aprecia que dicha intervención puede ser un factor relevante, dado que puede contribuir a objetivar el proceso, también vuelve a insistir que esto solo es así si este organismo es independiente de los poderes legislativo y ejecutivo y de la autoridad a la que debe remitir el dictamen, debiendo dicho dictamen adoptarse “*sobre la base de criterios objetivos y pertinentes y est[ar] debidamente motivado, de manera que sea apropiado para orientar objetivamente a esa autoridad en su toma de decisión*”<sup>103</sup>.

### 2.4. La adscripción de jueces en comisión de servicios

El Tribunal de Justicia ha considerado también en la sentencia *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021), que las reglas necesarias para garantizar la independencia judicial incluyen las relativas a la adscripción de jueces en comisión de servicio, ya que pueden afectar a la “*composición*” del órgano y la “*duración*” del mandato de los jueces<sup>104</sup>. De esta forma, si bien se puede recurrir a un sistema de comisión de servicios, enfatiza que “*la observancia de la exigencia de independencia obliga a que las normas que rigen la adscripción de los jueces en comisión de servicio presenten las garantías de independencia y de imparcialidad necesarias para evitar cualquier riesgo de que la comisión de servicio se utilice como herramienta de control político del contenido de las resoluciones judiciales*”<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> W. Ż. (*des affaires publiques de la Cour suprême - nomination*) (2021), apartado 118.

<sup>102</sup> W. Ż. (*des affaires publiques de la Cour suprême - nomination*) (2021), apartado 117.

<sup>103</sup> *Comisión/Polonia* (2019 a), apartado 116.

<sup>104</sup> *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021), apartado 67.

<sup>105</sup> *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021), apartado 73.

Al efecto, en dicho pronunciamiento se dan una serie de elementos que pueden ir tanto a favor como en contra de la independencia. Por una parte, un elemento que favorece la salvaguarda de la independencia judicial es que solo se pueda adscribir a un juez previo su consentimiento<sup>106</sup>. Asimismo, para evitar la arbitrariedad y el riesgo de manipulación, la decisión mediante la que se confiere a un juez una comisión de servicio y la decisión por la que se le pone fin, “*deben adoptarse con arreglo a criterios conocidos de antemano y motivarse debidamente*”<sup>107</sup>.

Por el contrario, el hecho de que la revocación de la comisión de servicio pueda tener lugar en cualquier momento<sup>108</sup>, puede dar al justiciable la impresión de que el juicio de un juez en comisión de servicios puede estar influido por el temor a que la comisión le sea revocada<sup>109</sup>, y también puede dar lugar a la impresión de que estos jueces están subordinados al Ministro de Justicia<sup>110</sup>. Finalmente, al tener una revocación de una comisión de servicios un efecto análogo a una sanción disciplinaria, debe también presentar las garantías necesarias para evitar que se utilice como instrumento de control político<sup>111</sup>.

También constituye un elemento desfavorable el hecho de que el Ministro de Justicia disponga en una determinada causal penal de una potestad tanto sobre el fiscal ordinario como sobre los jueces en comisión de servicios, porque puede suscitar dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en cuanto a la imparcialidad en tal causa de dichos jueces en comisión de servicio<sup>112</sup>. Y, en sentido análogo, cuando la misma persona reúna el cargo de juez en comisión de servicio y adjunto del responsable de la acción disciplinaria<sup>113</sup>, también puede suscitar dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en cuanto a la impermeabilidad de los miembros de los órganos de enjuiciamiento.

En el asunto en concreto examinado en *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021) el Tribunal de Justicia concluyó que la facultad que tenía el Ministro de Justicia, también Fiscal general, no era compatible con las exigencias de independencia, dado que disponía, con arreglo a criterios que no se conocían oficialmente, de la facultad para adscribir a jueces en comisión de servicio a tribunales de grado superior y para poner fin a esas comisiones de servicio, en cualquier momento, y sin tener que motivar su decisión.

---

<sup>106</sup> *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021), apartado 76.

<sup>107</sup> *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021), apartados 78 y 79.

<sup>108</sup> *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021), apartado 80.

<sup>109</sup> *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021), apartado 81.

<sup>110</sup> *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021), apartado 82.

<sup>111</sup> *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021), apartado 83.

<sup>112</sup> *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021), apartado 84.

<sup>113</sup> *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (2021), apartados 86 y 87.

## 2.5. Los procedimientos disciplinarios

Las garantías que debe reunir un régimen disciplinario han sido abordadas en varios pronunciamientos dado que muchas de las reformas cuestionadas llevaron a cabo modificaciones en dicho régimen.

El Tribunal de Justicia advierte en la sentencia *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)* (2021) la importancia de la regulación de este régimen y su incidencia en la independencia judicial, al reflejar expresamente que las medidas disciplinarias pueden tener graves consecuencias en la vida y carrera de los jueces sancionados, y cuando se incoa un procedimiento disciplinario está en juego la confianza de la ciudadanía en el funcionamiento e independencia del poder judicial, confianza que garantiza la existencia misma del Estado de derecho<sup>114</sup>.

Por ello, ya se había advertido en *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), que debía evitarse que dicho procedimiento se convirtiera en un instrumento de presión, y para ello debe presentar “*las garantías necesarias para evitar cualquier riesgo de que dicho régimen pueda utilizarse como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales. ....*”<sup>115</sup>.

Con dicha finalidad se van desgranando en dichos pronunciamientos las condiciones que un régimen disciplinario debe cumplir para garantizar las exigencias de la tutela judicial efectiva. En particular, las normas que rijan el procedimiento disciplinario aplicable a los jueces deben definir: los comportamientos constitutivos de infracciones disciplinarias y las sanciones aplicables; la intervención de un órgano independiente; y un procedimiento que garantice el derecho de defensa y que consagre la posibilidad de impugnar judicialmente las decisiones de los órganos disciplinarios<sup>116</sup>.

Sobre estos aspectos se hacen también precisiones adicionales:

### a) Los comportamientos constitutivos de infracción disciplinaria

En lo que se refiere más concretamente a los comportamientos constitutivos de infracción disciplinaria, el Tribunal de Justicia explica que las normas deben definir de manera suficientemente clara y precisa los comportamientos que puedan dar lugar a responsabilidad disciplinaria de los jueces<sup>117</sup> y estos deben estar limitados a supuestos excepcionalísimos, delimitados por criterios objetivos y verificables relativos a los imperativos basados en la buena administración de justicia y por garantías destinadas a evitar cualquier riesgo de presiones externas sobre el contenido de las resoluciones judiciales<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> *Comisión/Polonia* (2021), apartado 83.

<sup>115</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 198.

<sup>116</sup> *Comisión/Polonia, (Régime disciplinaire des juges)* (2021), apartado 61.

<sup>117</sup> *Comisión/Polonia, (Régime disciplinaire des juges)* (2021), apartado 140.

<sup>118</sup> *Comisión/Polonia, (Régime disciplinaire des juges)* (2021), apartados 137 y 139.

En particular, un error en la interpretación y aplicación de una norma nacional o de la UE no puede por sí solo dar lugar a que se genere la responsabilidad disciplinaria del juez en cuestión <sup>119</sup>, como tampoco lo puede ser el hecho de haber ejercido la facultad de recurrir al Tribunal de Justicia planteando una cuestión prejudicial <sup>120</sup>. En *IS* (2021) el Tribunal de Justicia explicó también que el hecho de que los jueces no estén expuestos a sanciones disciplinarias por ejercer la facultad de plantear una cuestión prejudicial, que es de su competencia exclusiva, es una garantía inherente a su independencia <sup>121</sup>.

Un supuesto particular es el que se examina *Euro Box Promotion y otros* (2021), en el que se establece la responsabilidad disciplinaria en la que puede incurrir un órgano de la jurisdicción ordinaria por no seguir la doctrina de un Tribunal Constitucional. El Tribunal de Justicia aprecia que no cabe excluir totalmente que así sea “*en ciertos casos muy excepcionales*”, como pudiera ser un incumplimiento deliberado y de mala fe o en la negligencia especialmente grave de las normas del derecho nacional y de la Unión cuya observancia se supone deben hacer cumplir, o si incurrir en arbitrariedad o denegación de justicia, cuando sean llamados, como depositarios de la función de juzgar, a pronunciarse sobre las controversias que les sometan los litigantes <sup>122</sup>.

No obstante, como se advierte posteriormente en *RS* (2022), se atentaría a la independencia de un juez nacional cuando la acción disciplinaria tiene como motivo el haber descartado la aplicación de una sentencia de un Tribunal Constitucional nacional que rechazaba aplicar una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia a título prejudicial <sup>123</sup>.

#### b) El procedimiento disciplinario aplicable

Sobre el procedimiento disciplinario aplicable, se determina que debe preverse la intervención de un órgano independiente con arreglo a un procedimiento que garantice plenamente los derechos consagrados en los artículos 47 y 48 de la Carta, especialmente el derecho de defensa, y debe reconocerse también la posibilidad de impugnar judicialmente las decisiones de los órganos disciplinarios <sup>124</sup>.

#### c) El órgano que debe iniciar la investigación

En relación al órgano que debe iniciar la investigación y ejercitar la acción disciplinaria, el Tribunal aprecia que es básico que este órgano “*actúe de forma objetiva e imparcial en el ejercicio de sus funciones y que esté para ello protegido de toda influencia exterior*” <sup>125</sup>. Asimismo, las normas que regulen la forma de su nombramiento deben concebirse de tal manera que “*no puedan*

<sup>119</sup> *Comisión/Polonia, (Régime disciplinaire des juges)* (2021), apartado 138.

<sup>120</sup> *Comisión/Polonia, (Régime disciplinaire des juges)* (2021), apartado 227.

<sup>121</sup> Apartado 91.

<sup>122</sup> *Euro Box Promotion y otros* (2021), apartado 238.

<sup>123</sup> *RS* (2022), apartado 88.

<sup>124</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 198.

<sup>125</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 199.

*suscitar dudas legítimas acerca de la utilización de las prerrogativas y funciones del citado órgano como instrumento de presión sobre la actividad judicial o de control político de dicha actividad”*<sup>126</sup>.

Aclara el Tribunal de Justicia que el mero hecho de que el órgano que deba iniciar la investigación sea nombrado por el Gobierno de un Estado miembro no hace suscitar estas dudas <sup>127</sup>. Por el contrario, sí pueden suscitarse dudas de este tipo cuando se permita que el Gobierno del Estado, incumpliendo el procedimiento de nombramiento ordinario previsto por el Derecho nacional, proceda al nombramiento de los cargos directivos del órgano encargado de iniciar las investigaciones disciplinarias y de ejercitar la acción disciplinaria contra los jueces y los fiscales <sup>128</sup>.

#### d) El recurso judicial efectivo

Finalmente, también se enfatiza la necesidad de que se garantice que las resoluciones que se dictan en el marco de los procedimientos disciplinarios seguidos contra los jueces sean controladas por un órgano que satisfaga las garantías inherentes a la tutela judicial efectiva, entre ellas la independencia <sup>129</sup>.

A los efectos de controlar la independencia de este órgano aclara que “el mero hecho de que los jueces de que se trate sean nombrados por el presidente de la República de un Estado miembro no tiene por qué crear una situación de dependencia entre aquellos y este ni suscitar dudas en cuanto a la imparcialidad de los jueces si estos, una vez nombrados, no están sometidos a presión alguna y no reciben instrucciones en el ejercicio de sus funciones” <sup>130</sup>.

## 2.6. La investigación de los delitos cometidos por jueces y fiscales

Uno de los problemas que se planteó en *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021) fue la de la creación en Rumanía de una sección especial del Ministerio Fiscal (la SIAJ) con la competencia exclusiva para investigar los delitos cometidos por los jueces y los fiscales.

Tras el examen del funcionamiento de esta sección especializada el Tribunal de Justicia concluyó que, para determinar si se respetaban las exigencias de la independencia judicial del artículo 19 TUE, era necesario que la reforma estuviera justificada por imperativos objetivos y verificables basados en la buena administración de la justicia. Además, debía ir acompañada de

<sup>126</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 200.

<sup>127</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 202.

<sup>128</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 205.

<sup>129</sup> *Comisión/Polonia, (Régime disciplinaire des juges)* (2021), apartado 80.

<sup>130</sup> *A.K (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)* (2019), apartado 133 y *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)* (2021), apartado 97.

garantías específicas que permitiesen, por un lado, excluir cualquier riesgo de que dicha sección se utilizase como instrumento de control político de la actividad de esos jueces y fiscales que pudiese socavar su independencia y, por otro lado, asegurar que esa competencia pudiese ejercitarse, respecto de ellos, respetando plenamente las exigencias que se derivan de los artículos 47 y 48 de la Carta.

En particular, se enfatiza la necesidad de que no se impida que el procedimiento se resuelva en un plazo razonable, lo cual no puede cumplirse si no se dispone ni de los medios ni de los conocimientos necesarios para investigar asuntos complejos de corrupción, y de la sobrecarga de trabajo que supone para esos fiscales la remisión de tales asuntos desde las secciones competentes para su tramitación<sup>131</sup>.

En el supuesto concreto el Tribunal de Justicia apreció que no existía dicha justificación, y, además, con una denuncia contra un juez bastaba para abrir el procedimiento, de forma que el sistema establecido permitía que se presentasen denuncias de forma abusiva para interferir en asuntos sensibles en curso, en particular en asuntos complejos y mediatizados vinculados a la corrupción de alto nivel o a la criminalidad organizada, dado que, cuando se presentaba una denuncia, el asunto pasaba automáticamente a ser de la competencia de la SIAJ<sup>132</sup>.

## 2.7. La responsabilidad por error judicial

Un aspecto muy peculiar también ligado a la independencia de los órganos judiciales es la forma en que los Estados miembros regulan la responsabilidad patrimonial del Estado en los supuestos en los que concurre un error judicial, o, incluso, la responsabilidad personal de los jueces, en la que pueden también incurrir en caso de error judicial. Esta cuestión también fue examinada en la sentencia *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), distinguiéndolos, en la medida en que son problemas de diferente naturaleza.

En lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado, recordó que, con arreglo a su jurisprudencia, la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado por resoluciones judiciales contrarias al Derecho de la Unión no supone riesgos particulares para la independencia de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia<sup>133</sup>. Esta conclusión la extrapola, *mutatis mutandis*, a la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado por las resoluciones judiciales que adolezcan de un error judicial con arreglo al Derecho nacional<sup>134</sup>. Y llega incluso a adentrarse en el examen de la configuración

<sup>131</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartados 223 y 223.

<sup>132</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartados 217 y 218.

<sup>133</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 226.

<sup>134</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 227.

del error judicial precisando que una definición abstracta y general del concepto de error judicial no pone en peligro la independencia de los jueces<sup>135</sup>.

Sobre la responsabilidad personal de los jueces, advierte que su reconocimiento “*genera un riesgo de injerencia en la independencia judicial, pues puede influir en el proceso de toma de decisiones de quienes tienen la misión de juzgar.*”<sup>136</sup>, por lo que debe estar limitado a casos excepcionales y encuadrado en criterios objetivos y verificables<sup>137</sup>.

## 2.8. Las garantías retributivas

La cuestión de la garantía retributiva fue precisamente el primer problema que el Tribunal de Justicia analizó a la luz de la independencia judicial consagrada en el artículo 19 TUE, en el asunto *ASJP* (2018), cuestión también abordada poco después en el asunto español *Escribano Vindel* (2019). Si bien estas dos sentencias no pertenecen estrictamente a la “saga” de sentencias sobre la protección de la independencia judicial que venimos examinando, constituyendo la sentencia *ASJP* su antecedente inmediato, también abordan un aspecto concreto de la independencia judicial, el del nivel de retribuciones que debe garantizarse a los órganos jurisdiccionales.

En *ASJP* (2018) el Tribunal concluyó que la independencia judicial no quedaba afectada por el hecho de que se aplicase a un órgano jurisdiccional (en dicho supuesto el Tribunal de Cuentas portugués) una medida general de reducción salarial de carácter temporal<sup>138</sup>. Y en *Escribano Vindel* (2019) apreció que debía verificarse si el nivel de retribuciones, tras aplicar la reducción salarial, estaba en consonancia con la importancia de las funciones que corresponde a los jueces, de manera que se garantice su independencia a la hora de juzgar<sup>139</sup>.

## 3. LA CONSAGRACIÓN DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA

### 3.1. La legitimidad implícita del control de la independencia judicial por el Tribunal de Justicia

Tras el examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que acabamos de llevar a cabo, puede concluirse que este ha dado una importancia capital al principio de independencia judicial que deriva del artículo 19 TUE y que

<sup>135</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 228.

<sup>136</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 232.

<sup>137</sup> *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), apartado 233.

<sup>138</sup> *ASJP* (2018), apartados 49 y 50.

<sup>139</sup> *Escribano Vindel* (2019), apartado 67.

concreta el valor del Estado de Derecho. Y si bien es verdad que reconoce la potestad nacional que corresponde a cada Estado miembro de organizar su propio sistema de justicia, también ha ejercido una función de control que le ha llevado a un examen minucioso de dichos sistemas con el fin de verificar que se cumplieran las exigencias de independencia judicial y de tutela judicial efectiva que derivan del artículo 19 TUE.

El Tribunal de Justicia ha dejado claro que la confianza de la ciudadanía en el funcionamiento de la independencia judicial garantiza la existencia del Estado de derecho, y que no puede haber un control político de las decisiones judiciales. Bajo esta premisa examina aspectos relativos al funcionamiento de los sistemas de justicia, abordando aspectos tan concretos como la forma en que se nombra a los jueces, las garantías que deben ofrecer los Consejos Nacionales del Poder Judicial, las reglas de jubilación forzosa y de prórroga del mandato de un juez, la forma en que deben articularse las comisiones de servicio, las garantías que deben reunir los procedimientos disciplinarios, las garantías retributivas, cómo debe articularse la investigación de los delitos cometidos por jueces y fiscales, y hasta la responsabilidad patrimonial y personal de estos en caso de error judicial, llegando incluso a valorar la forma en que debe definirse el error judicial para garantizar la independencia judicial.

Con esta jurisprudencia se evidencia que el Estado de derecho y la independencia judicial no aceptan diversidad en la Unión Europea. En el estado inicial de este desarrollo jurisprudencial no quedaba clara la legitimación para imponer a los sistemas de justicia nacionales un estándar europeo de independencia judicial. La base jurídica por la que se opta no deja lugar a dudas, se formula claramente en las sentencias *ASJP* (2018) y *Comisión/Polonia* (2019 a) que el artículo 19 TUE es aplicable a los sistemas de justicia nacionales, de forma que este viene en la práctica a operar como límite a dichos sistemas, porque el Tribunal de Justicia da a la independencia judicial un contenido europeo.

Pero poco a poco los pronunciamientos que de forma sucesiva va dictando dejan entrever un hilo conductor que va dando indicios de donde quiere el Tribunal de Justicia fundar la legitimidad de este control judicial. Los pronunciamientos sobre independencia judicial no solo hablan de la independencia judicial, hablan del Estado de derecho y de los valores comunes a los Estados miembros, y el Tribunal de Justicia deja claro en los primeros pronunciamientos que los Estados se han adherido a una Unión de derecho con valores comunes, entre los que está el estado de derecho y la independencia judicial, de modo que esa adhesión implica el mantenimiento y el respeto de dichos valores.

Cómo explicaría en un momento posterior el Abogado General Campos, M. (2021), *“los principios del Estado de derecho tienen valor estructural en el ordenamiento jurídico de la Unión, su violación puede afectarle de forma grave”*<sup>140</sup>, de modo que cuando hablamos de la independencia judicial habla-

---

<sup>140</sup> Apartado 210.

mos de un principio que pertenece a la estructura de la Unión Europea, es decir, a su propia esencia.

De forma paralela a la configuración de la independencia judicial como un valor que forma parte de la esencia de la Unión Europea y que la hace identificable, el Tribunal de Justicia tiene la ocasión de pronunciarse también sobre los pronunciamientos dictados por distintos Tribunales Constitucionales en los que rechazan la interpretación que el Tribunal de Justicia da al principio de independencia judicial, considerando que este no puede prevalecer sobre la interpretación de la independencia judicial que deriva de sus constituciones nacionales. El Tribunal de Justicia deja claro que dichas sentencias no deben ser aplicadas por los órganos de la jurisdicción ordinaria, con lo cual se viene, implícitamente, a dar prevalencia a su jurisprudencia sobre la independencia judicial que deriva del artículo 19 TUE y del artículo 47 CDFEU, frente a la identidad constitucional nacional. Si bien el Tribunal de Justicia en las sentencias que antes hemos ido examinando no utiliza en ningún momento de forma expresa el término identidad europea, esta prevalencia no es más que la manifestación de una identidad constitucional europea que se impone a la nacional.

Con estos dos pasos se sientan los cimientos para formular ya de forma expresa la existencia de una identidad constitucional europea, formada, entre otros principios, por el de la independencia judicial que concretiza el valor del Estado de derecho, y que Tribunal de Justicia aborda finalmente en la reciente sentencia *Hungría/Parlamento europeo y Consejo* (2022), al examinar las normas de condicionalidad aprobadas para vincular el presupuesto de la Unión al respeto del Estado de derecho.

### **3.2. La consagración expresa de la identidad constitucional europea al hilo de las normas de condicionalidad**

Las acciones iniciadas por la Comisión Europea para poder hacer frente a las prácticas de algunos Estados miembros contrarias al Estado de derecho fueron inicialmente la activación del mecanismo previsto en el artículo 7 TUE, y, de forma paralela, la interposición de distintos recursos de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. A estas dos medidas se sumó en un momento posterior la aprobación del Reglamento 2020/2092, que vinculó la condicionalidad financiera al respeto del Estado de derecho, de forma que el ingreso de los fondos europeos estaría condicionado a que los Estados receptores respetasen las reglas del Estado de derecho.

Cuestionado dicho mecanismo de condicionalidad por Hungría ante el Tribunal de Justicia, el recurso fue finalmente desestimado por sentencia de 16 de febrero de 2022, *Hungría/PE y Consejo*, en la que avaló que la Unión protegiese su presupuesto vinculando los principios de buena gestión finan-

ciera, consagrados en el artículo 317 TFUE, al respeto del Estado de derecho, y, en particular, a la independencia judicial.

El Tribunal de Justicia señala en esta sentencia que el Reglamento 2020/2092 no tiene propiamente por finalidad sancionar a un Estado miembro por la violación de un principio del Estado de derecho sino preservar los intereses legítimos de los intereses finales y de los beneficiarios<sup>141</sup>. Ello en la medida en que solo se puede garantizar una buena gestión financiera si las autoridades públicas actúan con arreglo a derecho, si las violaciones de derecho son efectivamente protegidas, si las decisiones arbitrarias o ilegales pueden ser objeto de un control jurisdiccional efectivo, si la independencia e imparcialidad del poder judicial y los servicios de inspección judicial, son una garantía mínima contra las decisiones arbitrarias e ilegales de las autoridades públicas susceptibles de perjudicar los intereses financieros de la Unión<sup>142</sup>.

Pero la importancia de este pronunciamiento va más allá de haber reafirmado la opción legislativa de la Unión de vincular su presupuesto con el respeto del Estado de derecho y la independencia judicial. Por una parte, el Tribunal de Justicia tiene la ocasión de recordar y subrayar los principios del Estado de derecho y de la independencia judicial que ha desarrollado en su jurisprudencia previa, resaltando el carácter transversal y originario que determina la prohibición de la regresión. Se recuerda de forma clara, como ya dejó sentado en *Republikka* (2021), que el respeto por un Estado miembro de los valores consagrados en el art. 2 TUE “*constituye un requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a dicho Estado miembro.*”, y por si hubiera quedado alguna duda con la jurisprudencia anterior, la sentencia *Hungría/PE y Consejo* afirma que “*el respeto de estos valores no puede reducirse a una obligación que un Estado candidato está obligado a cumplir para adherirse a la Unión y de la que puede exonerarse tras su adhesión*”<sup>143</sup>.

De forma adicional el Tribunal da un paso más y define ya expresamente la naturaleza jurídica que tienen los valores del artículo 2 TUE y que forman parte de la identidad de la Unión Europea, de forma que legitiman su defensa por parte de las instituciones de la Unión, y, en el supuesto concreto, permiten fundamentar un mecanismo de condicionalidad cubierto por la noción de reglas financieras.

Los apartados 145 y 146 hacen de esta manera referencia expresa a esta “*identidad*” de la Unión, explicando respectivamente que:

“Los valores que recoge el artículo 2 TUE han sido identificados por los Estados miembros, que los comparten. Definen la propia identidad de la Unión como or-

---

<sup>141</sup> Apartados 128 y 137.

<sup>142</sup> Apartado 130.

<sup>143</sup> Apartado 144.

denamiento jurídico común. Así pues, la Unión debe estar en condiciones de defenderlos dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados. De ello se deduce que, de conformidad con el principio de atribución de competencias consagrado en el artículo 5 TUE, apartado 2, y con el principio de coherencia de las políticas de la Unión establecido en el artículo 7 TFUE, en el valor común de la Unión y de los Estados miembros que constituye el Estado de Derecho —el cual forma parte de los propios fundamentos de la Unión y de su ordenamiento jurídico— puede sustentarse un mecanismo de condicionalidad comprendido en el concepto de «normas financieras», en el sentido del artículo 322 TFUE, apartado 1, letra a”).

El concepto de identidad de la Unión vuelve a repetirse en la sentencia al referirse al respeto del Estado de derecho “*en los campos de acción soberana*” de los Estados miembros. El Tribunal vuelve a insistir en que el artículo 2 TUE no es una simple enunciación de orientaciones o de intenciones de naturaleza política, dado que contiene valores que forman parte de la “*propia identidad de la Unión*”<sup>144</sup>. Y después de recordar que la Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales de modo que disponen de cierto margen de apreciación para garantizar la aplicación de los principios del Estado de Derecho, afirma que “*de ello no se deriva en modo alguno que la referida obligación de resultado pueda variar de un Estado miembro a otro*”<sup>145</sup>.

Afirma así en el apartado 266 que:

“En efecto, los Estados miembros, aun teniendo identidades nacionales distintas, inherentes a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales, que la Unión respeta, se adhieren a un concepto de «Estado de Derecho» que comparten, como valor común a sus propias tradiciones constitucionales, y que se han comprometido a respetar de forma continuada.”

Sobre la base de dichas premisas explica que si la acción de una autoridad nacional presenta un riesgo serio de atentar a la buena gestión financiera, no se puede reprochar a la Unión de poner en marcha, “*en defensa de su identidad*” los medios necesarios para proteger esa buena gestión financiera<sup>146</sup>.

### 3.3. Contenido y legitimidad de la identidad constitucional europea

El concepto de identidad europea que se utiliza en la sentencia viene a ser el espejo europeo del concepto de “identidad nacional” que utilizan los Tribunales Constitucionales nacionales como medio de enervar la primacía del Derecho de la Unión. De idéntica forma el Tribunal de Justicia al consagrar la existencia de una identidad europea viene implícitamente a advertir que la identidad, en tanto “límite constitucional”, no es solo un atributo de los or-

<sup>144</sup> Apartado 264.

<sup>145</sup> Apartado 265.

<sup>146</sup> Apartado 258.

denamientos constitucionales naciones y de sus Tribunales Constitucionales, sino también del ordenamiento constitucional de la Unión y de su Tribunal de Justicia.

Dicho de otro modo, si los Tribunales Constitucionales se han considerado legitimados para no implementar una determinada medida que pueda atender contra su identidad nacional, también el Tribunal de Justicia se ha considerado legitimado para establecer una identidad europea, que, como ya hemos examinado al analizar las sentencias que se pronuncian sobre los sistemas nacionales de justicia, puede oponerse a lo que un Estado miembro considere su “*identidad nacional*”.

La identidad europea de la que habla la sentencia es una identidad “constitucional” en la medida en que surge del fundamento y esencia de la Unión, o lo que el Abogado General Campos, M. (2021) denominaba la estructura de la Unión. Consciente de la importancia que tenía la consagración de este principio, el Tribunal de Justicia también se adentra en la sentencia *Hungría/PE y Consejo* en determinar su contenido referido a los “*valores fundacionales de la Unión y comunes a los Estados miembros*” que contiene el artículo 2 TUE los cuales comprenden el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, todo ello en una sociedad caracterizada por la no discriminación, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres<sup>147</sup>.

Y de nuevo vuelve a recordar que tratándose del valor del estado de derecho ciertos aspectos son protegidos por el artículo 19 TUE, en particular, “*el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*”<sup>148</sup> recordando la obligación, que ya hemos examinado anteriormente, de desplazar la aplicación de aquellas normas nacionales que infrinjan el artículo 19 TUE<sup>149</sup>.

La legitimidad de establecer una identidad europea es doble. Por un lado, es una contrapartida al reconocimiento implícito que el Tribunal de Justicia viene haciendo a la identidad constitucional nacional<sup>150</sup>, y así lo exteriori-

---

<sup>147</sup> Apartado 192.

<sup>148</sup> Apartado 196.

<sup>149</sup> Apartado 198.

<sup>150</sup> El ejemplo más paradigmático de la aceptación implícita de la cláusula de salvaguarda de la identidad constitucional nacional es el asunto *M.A.S. y M.B. (2017)* conocido como *Taricco 2*. Después de que el Tribunal de Justicia en *Taricco y otros* (2015) declarase que la normativa italiana en materia de prescripción de infracciones penales incumplía las obligaciones que imponía el artículo 325 TFUE, y que debía dejarse si es preciso sin aplicación, el Tribunal Constitucional italiano planteó la cuestión prejudicial *M.A.S. y M.B.* explicando que dicha inaplicación menoscabaría la identidad constitucional de la República italiana. Este menoscabo derivaría de que la obligación de inaplicación vulneraría un principio superior del ordenamiento constitucional italiano, el principio de la legalidad de los delitos y penas. Si bien el Abogado General Bot, Y. (2017) cuestionó que la identidad constitucional italiana estuviera en entredicho, considerando que el régimen de prescripción no formaba parte del principio de legalidad de los delitos y penas, el Tribunal de Justicia no se pronunció

za la sentencia al recordar expresamente que la Unión respeta la identidad constitucional de los Estados miembros, para luego añadir que “*no se puede reprochar a la Unión*” poner en marcha a título de defensa de su identidad, los medios necesarios para proteger la buena gestión financiera.

Y, por otro lado, la existencia de una identidad europea es coherente con el hecho de que, como también recuerda la sentencia, los principios del Estado de derecho desarrollados en los Tratados y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “*encuentran su fuente en los valores comunes reconocidos y aplicados igualmente por los Estados miembros en sus propios ordenamientos jurídicos*”<sup>151</sup>. Es decir, como ya había apreciado el Abogado General Cruz Villalón, P. (2015), en las conclusiones presentadas en el asunto *Gauweiler y otros*, entre la identidad constitucional nacional y la europea “*no puede sentirse una distancia astronómica*” sino que “*una bien entendida actitud abierta respecto del Derecho de la Unión debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros*”<sup>152</sup>.

#### **4. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES EN LA DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL “EUROPEA”**

##### **4.1. La inserción explícita de los Tribunales Constitucionales en la arquitectura judicial europea y su sujeción a la primacía**

Desde el momento en que la jurisprudencia sobre el Estado de derecho y la independencia judicial es una jurisprudencia que aborda una materia

---

sobre esa cuestión. Por el contrario, consideró que si la inaplicación exigida por *Taricco* conducía a una situación de incertidumbre en el ordenamiento jurídico italiano respecto a la determinación del régimen de prescripción aplicable, el juez nacional no estaba obligado a dejar sin aplicación las disposiciones del Código Penal controvertidas (apartado 59).

Puede decirse así, que tras dirigirse al Tribunal de Justicia planteando cuestión prejudicial y poner de manifiesto un posible compromiso a su identidad constitucional obtuvo “permiso” para desconocer la primacía de la norma de la Unión en un supuesto concreto en el que su identidad constitucional podía quedar afectada. Tras esta sentencia el TC italiano dictó la sentencia 115 del año 2018, explicando que, a la vista del segundo pronunciamiento del Tribunal de Justicia, él era la autoridad competente para comprobar si el Derecho de la Unión contravenía los principios supremos del sistema constitucional y los derechos inalienables a la persona (apartado 8). Y, llevando a cabo dicha comprobación, concluyó que se trataba de una interpretación que no cumplía con el principio de legalidad en los delitos y penas, y, por tanto, no tenía cabida en el sistema legal italiano (apartado 12).

<sup>151</sup> Apartado 291.

<sup>152</sup> Apartado 61.

intrínsecamente constitucional, era inevitable que los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros adquirieran cierto protagonismo en la construcción jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal de Justicia<sup>153</sup>.

Debemos recordar que en el sistema jurisdiccional de la Unión no existe propiamente un tribunal de garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos. Los jueces nacionales son los jueces europeos y los que garantizan los derechos que el Derecho de la Unión les atribuye, por lo que este rol también corresponde a los Tribunales Constitucionales cuando se trata de garantizar la protección de los derechos fundamentales<sup>154</sup>, y, por ende, de la independencia judicial. Y, en relación a la función de control constitucional de las leyes que estos últimos tribunales tienen atribuida, si bien

<sup>153</sup> Así lo anticipaba ya el Abogado General Tanchev, E. en las conclusiones presentadas en el asunto *Comisión/Polonia* (2019 b), en las que se refiere expresamente a los Tribunales Constitucionales al explicar que “al delimitar el ámbito de aplicación del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, lo que se trata de determinar, desde el punto de vista constitucional, es si el Tribunal de Justicia es competente para sustituir a los tribunales constitucionales nacionales y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la resolución de violaciones de los derechos fundamentales” (apartado 114).

<sup>154</sup> En este cometido de proteger los derechos fundamentales europeos reconocidos en la CDFUE resulta ejemplar la STC alemán en su sentencia *Derecho al olvido II* (2019) en la que explica que cuando se trata de aplicar disposiciones que se han armonizado de forma concluyente en toda la Unión, los derechos fundamentales de la Constitución son desbancados por la primacía del Derecho de la Unión y el Tribunal Constitucional federal controla su aplicación por las autoridades alemanas con referencia a los derechos fundamentales de la Unión. El Tribunal reconoce que en estos supuestos no se aplican los derechos fundamentales nacionales como criterio de control, en base al reconocimiento de una prioridad en la aplicación del Derecho de la Unión. De esta forma, los derechos fundamentales de la Constitución alemana permanecen vigentes “*de forma latente*” (“*they remain in force as the underlying dormant framework*”). FJ B II.1 b) bb) (punto 47).

Una postura similar acogen otros Tribunales Constitucionales, si bien sobre distintos razonamientos. El Tribunal Constitucional austriaco, en su sentencia *Erkenntnis* (2012), ha considerado que la aplicación de la Carta es necesaria para poder dar eficacia al principio de equivalencia, es decir, para dar una protección equivalente a la que se da a los derechos fundamentales nacionales. De otro modo, como explica Schnizer (2022), dicha tutela judicial no existiría (página 154).

Por el contrario, la aplicación directa de la CDFUE es una asignatura aún pendiente para el Tribunal Constitucional español, que integra los postulados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como criterio interpretativo y al amparo del artículo 10.2 CE. La postura de nuestro Tribunal Constitucional, como explica Cruz Villalón, P. (2021), es una postura “quietista” así, “[p]or contraste con los pasos dados por los dos tribunales constitucionales hasta ahora considerados, el español ha permanecido hasta ahora quieto. Hablar de pulsiones quietistas puede parecer contradictorio. En ocasiones, sin embargo, no hacer nada cuando tanto movimiento hay alrededor puede requerir voluntad y esfuerzo para precisamente mantenerse en el mismo sitio. Tal parece la conducta de un Tribunal Constitucional nacional fundamentalmente reacio a adentrarse por cualquier senda que conduzca a precisar del auxilio del Tribunal de la Unión en la interpretación del derecho en su caso llamado a aplicar, y en último término a ofrecer sus servicios a la CDF” (página 76).

estos, en principio, garantizan únicamente la conformidad de una norma con su texto constitucional<sup>155</sup>, este examen, como abordaremos más adelante, no puede ser totalmente ajeno a un examen de constitucionalidad europeo.

El Tribunal de Justicia, gracias a la evolución jurisprudencial que venimos examinando, ha tenido así la ocasión de integrar ya expresamente a los Tribunales Constitucionales en la arquitectura de los tratados, incluso reconociendo que algunos de estos tribunales pueden no formar parte estrictamente del sistema judicial nacional<sup>156</sup>. En la sentencia *Euro Box Promotion* (2021), a la que ya hemos hecho referencia, el Tribunal Supremo de Rumanía preguntó expresamente al Tribunal sobre la posibilidad de no aplicar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional rumano, en la medida en que consideraba que esa doctrina iría en contra de la eficacia del Derecho de la Unión. Adicionalmente, dicho tribunal nacional explicaba que también podía ser sancionado disciplinariamente si no atendía la doctrina de su Tribunal Constitucional.

La respuesta que da el Tribunal de Justicia era previsible, en la medida en que ha venido apreciando sin ningún tipo de fisuras en su jurisprudencia que los jueces nacionales no quedan vinculados por la jurisprudencia de los Tribunales superiores cuando esta pueda menoscabar la eficacia del derecho de la Unión. Se trataba simplemente de trasladar esta doctrina a los Tribunales Constitucionales, en la medida en que ya desde la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) se había consagrado la primacía del Derecho de la Unión respecto a las normas constitucionales<sup>157</sup>.

No obstante, el Tribunal es consciente de la importancia y repercusión que podía tener explicitar dicha regla en relación a dichos tribunales, que aún no había tenido lugar, y especialmente habida cuenta de que estos órganos son normalmente ajenos a la tensión que los Tribunales Supremos mantienen ya de forma ordinaria con los tribunales inferiores a la hora de abordar la correcta aplicación del Derecho de la Unión. Así se refleja en el hecho de que la sentencia *Euro Box Promotion* (2021), antes de abordar dicha cuestión, el Tribunal decide recordar cuales son las exigencias de la primacía en las que se fundan el propio Ordenamiento Jurídico de la Unión Europea, y para ello vuelve a las sentencias fundacionales como son las sentencias *Van Gen en*

---

<sup>155</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional español viene determinado que “... el Derecho de la Unión Europea “no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE [...] pues en tal supuesto la medida de la constitucionalidad de la ley enjuiciada seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate ... incluidos, en su caso, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea...” (STC 61/2013, FJ 5 y jurisprudencia que cita).

<sup>156</sup> *Euro Box Promotion* y otros (2021), apartado 232.

<sup>157</sup> Apartado 21.

*Loos* (1962) y *Costa Enel* (1964), acudiendo también al *Dictamen 1/19 158*. El recurso a estas sentencias, así como a la declaración 17 de los Tratados (Declaración relativa a la primacía), confirma que el Tribunal de Justicia era consciente de la trascendencia que tenía un pronunciamiento expreso en este sentido.

Y finalmente afirma, en el apartado 263, que:

“El principio de primacía del Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación o a una práctica nacional según la cual los tribunales ordinarios nacionales están vinculados por las decisiones de un tribunal constitucional nacional y no pueden, por este motivo y bajo pena de cometer una falta disciplinaria, dejar inaplicadas, por su propia autoridad, la jurisprudencia resultante de estas decisiones, cuando consideran, a la luz de una sentencia del Tribunal de Justicia, que esta jurisprudencia es contraria al artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, al artículo 325 (1) TFUE o Decisión 2006/928.”<sup>159</sup>

En el supuesto particular examinado por el Tribunal de Justicia, el Tribunal Constitucional de Rumanía había dictado dos sentencias (417/2019, de 3 de julio, y 685/18, de 7 de noviembre) en las que había determinado la necesidad de que se reexaminaran una serie de procedimientos en materia penal, por haberse infringido el derecho al juez predeterminado por la ley. El problema es que este reexamen conllevaba una serie de problemas en relación con la complejidad, la duración del examen, las reglas de prescripción, con lo que no cabía excluir un riesgo sistemático de impunidad respecto a personas que habían ocupado altos cargos en el Estado rumano y que habían sido condenadas por haber cometido, en el ejercicio de sus funciones, actos de fraude o de corrupción grave, poniendo así en tela de juicio el objetivo del artículo 325.1 TFUE de luchar contra la corrupción con sanciones efectivas y disuasorias.

Con la respuesta dada por el Tribunal de Justicia se confirma la posibilidad de inaplicar la doctrina constitucional, y no proceder a dicho reexamen, a pesar de que el propio Tribunal Constitucional había determinado que los procedimientos habían dado lugar a una vulneración del derecho a un tribunal predeterminado por la ley.

## 4.2. El reconocimiento expreso de la identidad nacional

### 4.2.1. *Los problemas de la aplicación de los límites constitucionales nacionales*

Al examinar el respeto del principio de independencia judicial por los sistemas jurisdiccionales nacionales, el Tribunal de Justicia se ve finalmente

<sup>158</sup> *Euro Box Promotion*, apartados 245, 246 y 247.

<sup>159</sup> Traducción libre del francés.

forzado también a abordar el problema de la aplicación de los límites constitucionales “nacionales” y de su posible reconocimiento sin menoscabar la eficacia del Derecho de la Unión, en este caso, de la independencia judicial.

En particular, dos son los supuestos que los Tribunales Constitucionales suelen identificar como obstativos a la aplicación de una norma de Derecho de la Unión con la finalidad de salvaguardar la “supremacía” de su Constitución. El primero, cuando la norma de Derecho de la Unión afecte a la “identidad nacional” del Estado miembro; el segundo, cuando la norma de Derecho de la Unión haya excedido de los límites de la competencia otorgada por los Tratados, esto es, cuando sea el resultado de un acto “*ultra vires*”. La aplicación de estas dos cláusulas de salvaguarda siguen plenamente vigentes en la doctrina de los Tribunales Constitucionales nacionales que lo fundamentan en el hecho de considerarse los órganos que tienen la competencia para decidir, en última instancia, sobre los problemas de naturaleza constitucional, incluido aquellas cuestiones que se refieren a la atribución e interdependencia entre diferentes sistemas legales, o colisión entre los mismos (Grabewarter, C.; Huber, P.M.; Knez, R.; Ziemelee, I., 2021, p. 45).

Si bien la cláusula *ultra vires* no ha tenido nunca ningún reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>160</sup>, la regla de la afectación de la identidad nacional, como excepción a la eficacia del Derecho de la Unión,

---

<sup>160</sup> La cláusula “*ultra vires*” ha sido siempre implícitamente rechazada por el Tribunal de Justicia, en la medida en que al fin y al cabo supone el control de la validez de una norma de Derecho de la Unión por un Tribunal Constitucional nacional, vedada a los tribunales nacionales. La amenaza de su aplicación fue puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional alemán en las dos cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos *Gauweiler and Others* y *Weiss* y si bien el Abogado General propuso un rechazo expreso a dicha doctrina, el Tribunal de Justicia, en aras al respeto institucional nunca llegó a pronunciarse en los pronunciamientos que dictó sobre dichas “amenazas”.

Dichas amenazas finalmente cristalizaron cuando el Tribunal Constitucional alemán llevó a cabo una aplicación de esta cláusula de salvaguarda en la sentencia de 5 de mayo de 2020, al declarar que el Banco Central Europeo, al adoptar en el año 2015 el programa de compra de valores públicos en el mercado secundario (*Public Sector Purchase Programme*), no había evaluado ni acreditado que las medidas previstas en estas decisiones respetasen el principio de proporcionalidad. Adicionalmente consideró que el examen que había llevado a cabo el Tribunal de Justicia en su sentencia *Weiss* (2018), en respuesta a la cuestión prejudicial remitida por el mismo Tribunal, no era “compreensible” (“*nachvollziehbar*”), y dicha sentencia había sido dictada *ultra vires*.

Dicho pronunciamiento sí provocó la reacción del Tribunal de Justicia que, de una forma un tanto insólita, sacó de inmediato (el 8 de mayo) un comunicado de prensa en el que se recordaba que el Tribunal “*es el único competente para declarar que un acto de una institución de la Unión es contrario al Derecho de la Unión. Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de dichos actos pueden llegar a comprometer la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión y perjudicar la seguridad jurídica.*” (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058es.pdf>).

sí parecía ser aceptada implícitamente en la jurisprudencia del Tribunal<sup>161</sup>. No obstante, no quedaba claro cómo debía operar su articulación por los tribunales nacionales y si la apreciación de la existencia de un supuesto de identidad nacional por un Tribunal Constitucional podía ser revisada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>162</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya había tomado en consideración la identidad nacional recogida en el artículo 4.2 TUE, pero las sentencias en las que el Tribunal de Justicia ha hecho referencia a este artículo no se referían propiamente a la identidad nacional que los Tribunales Constitucionales han venido defendiendo para garantizar aquellos elementos

---

Por su parte, la Comisión Europea inició un procedimiento de infracción contra Alemania que fue finalmente archivado en el paquete de procedimientos de infracción correspondiente al mes de diciembre de 2021, explicando que *“el Gobierno alemán, refiriéndose expresamente a su deber de cooperación leal consagrado en los Tratados, se compromete a utilizar todos los medios a su alcance para evitar, en el futuro, una repetición de una constatación ultra vires, y desempeñar un papel activo a este respecto.”* (nota de prensa de 2 de diciembre de 2021, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/inf\\_21\\_6201](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/inf_21_6201)).

Teniendo en cuenta que a lo más que Alemania se comprometía es a evitar una “repetición” de la aplicación de la cláusula de salvaguarda *ultra vires*, repetición que no depende del Estado si no de lo que al final su Tribunal Constitucional “independiente” decida, puede decirse que la aplicación de la cláusula *ultra vires* no ha tenido ninguna consecuencia. Es más, su aplicación fue considerada un triunfo por el Tribunal Constitucional alemán que posteriormente dictó una decisión de 28 de abril de 2021 (2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15) inadmitiendo una petición de ejecución de su sentencia considerando que esta había sido cumplida de acuerdo con dos decisiones adoptadas por el Banco Central Europeo en su reunión de 3 y 4 de junio de 2020.

Quizá una de las reacciones más contundentes fue la del Abogado General Tanchev en las conclusiones presentadas en *A.B. y otros* (2020) en las que afirmaba que *“El enfoque ultravires del BVerfG vulnera el Estado de Derecho de la Unión, que es una conditio sine qua non de la integración”* (apartado 83).

<sup>161</sup> Ver nota número 145.

<sup>162</sup> Requejo Pagés (2014) explicaba que la identidad constitucional nacional, especialmente tras su inclusión en los Tratados, *“no puede ya ser otra cosa que lo que decida el Tribunal de Justicia. Sin duda se servirá éste de la interpretación cualificada que de su propia identidad le facilite cada Estado, pero, como categoría propia (y autónoma) del Derecho de la Unión, la identidad nacional jurídicamente relevante habrá de ser la definida por el intérprete supremo de ese Derecho. Al cabo, si el reconocimiento de la identidad nacional por los Tratados es un triunfo para alguien no será, desde luego, para los Estados miembros”* (p. 434).

Por su parte, De la Quadra-Salcedo Janini (2015) apuntaba a la necesidad de un diálogo entre los tribunales implicados, dado que si bien *“... un importante sector doctrinal viene considerando que el Tribunal de Justicia no será libre de determinar unilateralmente el contenido de tal identidad constitucional nacional, y que para ello deberá contar con los tribunales superiores nacionales cuando interpretan los límites a la integración [...] la específica dinámica de la integración europea debe llevar a que no exista una “última palabra” sino una determinación de la interpretación correcta a través de la cooperación y el diálogo”* (p. 58).

definidores de su propia identidad constitucional<sup>163</sup> y en algunos casos se trataba de pronunciamientos en los que el Tribunal simplemente apreciaba que las medidas en cuestión no tenían propiamente incidencia en la identidad constitucional nacional<sup>164</sup>.

#### 4.2.2. *La identidad nacional europeizada*

En la sentencia *Eurobox Promotion* (2021) a la que anteriormente hemos hecho referencia no se produce este choque con la identidad constitucional nacional, dado que el Tribunal de Justicia advierte que se trataba únicamente de un problema de choque entre estándares de protección de los derechos fundamentales y que, en ese supuesto, no cabía la aplicación de un standard de protección nacional en la medida en que ello comprometía la eficacia del Derecho de la Unión, al producirse un riesgo sistemático de impunidad<sup>165</sup>.

Es posteriormente, en la sentencia *RS* (2022), cuando el Tribunal Constitucional tiene la posibilidad de pronunciarse expresamente sobre las cláusulas de salvaguarda de la identidad constitucional nacional, pero no desde el punto de vista “nacional” sino desde el punto de vista “europeo”. Debe advertirse que esta sentencia se dicta unos días después de la sentencia *Hungría/Consejo* (2022) sobre la condicionalidad europea, de modo que es solo una vez que el Tribunal de Justicia ha afirmado la existencia de una identidad europea, cuando reconoce ya expresamente también la posibilidad de que existan identidades nacionales, que impidan la aplicación del Derecho de la Unión.

En el asunto *RS* (2022) el Tribunal de Justicia vuelve a ser requerido de nuevo para analizar una disposición de una constitución de un estado miembro, que conforme la interpretaba su Tribunal Constitucional, negaba a los órganos jurisdiccionales la competencia para examinar la conformidad con el Derecho de la Unión de una disposición del derecho nacional que había sido declarada constitucional por una resolución de su Tribunal Constitucional.

<sup>163</sup> Tras un examen de los distintos supuestos en los que la identidad nacional ha sido considerada en los asuntos ante el Tribunal de Justicia, Claes (2013) aprecia que el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales no parecían hablar el mismo lenguaje cuando se refieren a la identidad constitucional nacional (p. 134).

<sup>164</sup> Así, por ejemplo, en la sentencia *Coman* (2018) el Tribunal de Justicia consideró que el reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro conforme al Derecho de dicho Estado, y a los solos efectos de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, no atentaba contra la identidad nacional. Pero no porque cuestionara la existencia de dicha identidad nacional, o su contenido, sino porque consideraba que no quedaba afectada porque se trataba únicamente de reconocer dicho matrimonio “a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de la Unión” (apartado 45).

<sup>165</sup> Apartado 212

En concreto, la sentencia del Tribunal Constitucional de Rumanía núm. 390 de 8 de junio de 2021, que se dicta tras la sentencia *Asociația « Forumul Judecătorilor din România »* (2021), en la que, como ya hemos visto, el Tribunal de Justicia concluyó que la creación de una sección especializada en la Fiscalía (la SIAJ), en las condiciones que había sido regulada, vulneraba la independencia judicial consagrada en el artículo 19 TUE.

El Tribunal Constitucional rumano en su sentencia desestima un recurso de inconstitucionalidad que se había interpuesto contra las disposiciones relativas a funcionamiento de la SIAJ, y a estos efectos rechaza tomar en consideración los elementos de juicio que el Tribunal de Justicia había dado previamente en la sentencia *Asociația « Forumul Judecătorilor din România »*, considerando que los argumentos del Tribunal de Justicia parecían carecer “de apoyo fáctico y jurídico”, de modo que no se producía la infracción de las garantías constitucionales consagradas en la Constitución, en particular, el Estado de derecho, el acceso a la justicia, el derecho a un juicio justo, y la resolución en un plazo razonable<sup>166</sup>. El Tribunal Constitucional rumano recuerda también la cláusula de la salvaguarda de la identidad nacional, mencionado expresamente el artículo 148 de la Constitución nacional rumana, con arreglo a la cual la prioridad en la aplicación de la norma de la Unión no podía dar lugar a la remoción o desconocimiento de la “identidad constitucional nacional”.

El Tribunal de Justicia, en la sentencia *RS* (2022), viene a admitir la existencia de la identidad constitucional nacional, como límite a la aplicación del Derecho de la Unión, y, por lo tanto, legitima expresamente el uso de esta excepción por los Tribunales Constitucionales. No obstante, este reconocimiento no es absoluto, como se desprende de las apreciaciones que hace sobre las condiciones en las que se puede invocar esta cláusula de salvaguarda.

Así, el Tribunal, sobre la base del artículo 4.2 TUE, admite que él mismo puede estar llamado a verificar que una obligación de Derecho de la Unión no desconoce la identidad nacional de un Estado miembro. Si bien precisa en el apartado 70 que:

“...esta disposición [el art. 4.2 TUE] no tiene por objeto ni por efecto autorizar a un tribunal constitucional de un Estado miembro, sin tener en cuenta las obligaciones derivadas, en particular, del artículo 4, apartados 2 y 3, así como del artículo 19, apartado 1, segundo subapartado, TUE que le son vinculantes, para excluir la aplicación de una norma del Derecho de la Unión, sobre la base de que esta norma no tendría en cuenta la identidad nacional del Estado miembro de que se trate tal como la define el tribunal constitucional nacional”<sup>167</sup>.

Es decir, se afirma ya por primera vez que un Tribunal Constitucional nacional no puede por sí mismo apreciar que no cabe aplicar una norma de Derecho de la Unión porque esta afecta a su identidad constitucional “*tal como*

<sup>166</sup> Apartado 63.

<sup>167</sup> Traducción libre del francés.

*la define*” este Tribunal nacional. De esta forma, el Tribunal de Justicia no solo está llamado a verificar dicha colisión, sino también debe verificar la existencia o no existencia de la identidad “constitucional” nacional, no bastando que así “*la defina el tribunal constitucional nacional*”. Con lo cual, para que opere la identidad nacional, el Tribunal de Justicia debe verificar que está existe.

Así lo explicaba más tajantemente el Abogado General Collins, A.M. (2022) en sus conclusiones presentadas en dicho asunto al indicar en el apartado 62, *in fine*, de las mismas que:

“Cuando un Estado miembro invoca la identidad nacional para justificar su incumplimiento de disposiciones del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ha de examinar si dichas disposiciones constituyen una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad o a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de un Estado miembro. Las afirmaciones vagas, generales y abstractas no cumplen este requisito.”

Más concretamente, el Abogado General consideraba que el Tribunal Constitucional de Rumanía no había indicado en su sentencia qué aspecto de la identidad nacional se había visto vulnerado por la sentencia *Asociația Forumul Judecătorilor din România*.

Por lo tanto, puede concluirse que en la sentencia *RS* (2022) el Tribunal de Justicia ha finalmente explicado que él tiene “la última palabra”, lo cual se confirma si se tiene en cuenta que sigue explicando en dicho pronunciamiento que si un Tribunal Constitucional de un Estado miembro considera que una disposición de Derecho de la Unión, tal y como es interpretada por el Tribunal de Justicia, desconoce la obligación de respetar la identidad nacional de ese Estado miembro, este Tribunal debe suspender el procedimiento y debe dirigirle una cuestión prejudicial, conforme al artículo 267 TFUE, para apreciar la validez de la disposición a la luz del artículo 4.2 TUE, siendo el Tribunal de Justicia el único tribunal competente para constatar la invalidez del Derecho de la UE <sup>168</sup>.

Es decir, el respeto de la identidad constitucional nacional, que en principio es una cuestión nacional, dado que los Tribunales Constitucionales nacionales, en tanto intérpretes de sus constituciones son los llamados a identificar esta identidad, pasa también a ser una cuestión “europea”. Y es el Tribunal de Justicia el que va a determinar si existe dicha identidad nacional a la luz del artículo 4.2 TUE, convirtiéndolo al final en un conflicto de validez entre una disposición del Derecho de la Unión y dicho artículo del Tratado <sup>169</sup>.

<sup>168</sup> Apartado 71.

<sup>169</sup> Este acto de traslación europea ya había sido anticipado por Claes (2013), explicando que si un tribunal nacional considera que la identidad constitucional nacional está en cuestión, debe dirigirse al Tribunal de Justicia por medio de una cuestión prejudicial. El Tribunal nacional debería explicar con cuidado los problemas concernientes a su identidad constitucional nacional, y el Tribunal de Justicia hará un examen en términos de Derecho de la Unión Europea, lo cual supone un acto de tras-

#### 4.2.3. *El rechazo expreso de la cláusula ultra vires*

Tras estas apreciaciones sobre la identidad nacional, el Tribunal de Justicia aborda la segunda cláusula de salvaguarda, la de los actos *ultra vires*. Y si bien como acabamos de ver, se reconoce la aplicación de la regla de la identidad nacional, aunque “limitada”, el resultado no es el mismo con la aplicación de la regla *ultra vires*, cuya aplicación viene a ser definitivamente negada al afirmar el Tribunal en el apartado 72 que:

“el Tribunal Constitucional de un Estado miembro no puede, sobre la base de su propia interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, incluido el artículo 267 TFUE, declarar válidamente que el Tribunal de Justicia ha dictado una sentencia que excede de su competencia y, por tanto, para denegar la ejecución de una sentencia dictada con carácter prejudicial por el Tribunal de Justicia”<sup>170</sup>.

De esta forma el Tribunal no desaprovecha la ocasión que le brindaba esta sentencia para explicar su parecer sobre los límites constitucionales nacionales, y en especial sobre la cláusula *ultra vires* que había adquirido un gran protagonismo reciente tras su activación por el Tribunal Constitucional alemán tras la sentencia dictada en el asunto *Weiss* (2018)<sup>171</sup>. Así, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede ya afirmarse que si bien la cláusula de salvaguarda de la identidad nacional tendría su acomodo en el Derecho de la Unión a través del artículo 4.2 TUE, y con las limitaciones antes explicadas, la aplicación de la cláusula *ultra vires* estaría vedada dado que supondría un desconocimiento directo de la primacía del Derecho de la Unión.

#### 4.2.4. *Las dificultades del “diálogo constitucional”*

La cláusula de la identidad constitucional nacional ha quedado debilitada dado que, como acabamos de ver, su apreciación debe confirmarse por el Tribunal de Justicia y a la luz del artículo 4.2 TUE. Surge así el problema de determinar cuáles son estos límites que el Tribunal de Justicia deberá definir, y cuál es la vía para ello.

En relación a la primera cuestión, resulta muy ilustrativa las conclusiones que el Abogado General Collins, A.M. (2022) ha presentado en el asunto *RS* manteniendo que todas las afirmaciones de identidad nacional debían

---

lación desde la perspectiva nacional a la europea: “*This involves an act of translation from the national perspective to the European, or flipping the coin, so to speak*” (p. 137).

<sup>170</sup> Traducción libre del francés.

<sup>171</sup> Al fin y al cabo en el conflicto *Weiss* el Tribunal de Justicia había quedado “desautorizado” por el Tribunal Constitucional alemán y lo único que pudo hacer fue emitir un comunicado de prensa reafirmando la primacía del Derecho de la Unión (ver nota pie de página número 160).

respetar los valores comunes mencionados en el artículo 2 TUE, y habían de basarse en los valores indivisibles a que se refiere el párrafo segundo del preámbulo de la Carta, enfatizando que “*En este sentido, adquieren una relevancia destacada el Estado de Derecho y la tutela judicial efectiva*” 172.

Siguiendo este razonamiento si la tutela judicial efectiva y el Estado de derecho forman parte de la identidad constitucional de la Unión, y a su vez son límites a la identidad constitucional nacional, puede deducirse que en los supuestos en que se produzca un choque entre la identidad constitucional nacional y la identidad constitucional europea, el conflicto se resolverá por el Tribunal de Justicia a favor de la prevalencia de la identidad europea. Esta además ha sido la respuesta que el Tribunal de Justicia ha dado a la aplicación de la identidad constitucional nacional por el Tribunal Constitucional de Rumanía. Y es un resultado que cabría extrapolar a otros ámbitos en los que el Tribunal de Justicia considere que un determinado aspecto forme parte de la identidad de la Unión.

La segunda cuestión que arroja ciertas incertidumbres es cómo debe operar el diálogo judicial al que se refiere el Tribunal de Justicia en el asunto *RS* (2022). Sin duda alguna cuando el Tribunal de Justicia explica que el Tribunal Constitucional debe trasladarle que existe un problema que concierne a su identidad constitucional, tiene en mente, por un lado, que el Tribunal Constitucional de Rumanía descartó la aplicación de la interpretación que había dado en *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (2021), sin haberle preguntado antes. En un esquema ideal de la articulación del diálogo entre tribunales, el Tribunal Constitucional rumano le tendría que haber preguntado antes, si bien ciertamente, conforme acabamos de ver, dado que la independencia judicial no admite versiones nacionales, la respuesta del Tribunal de Justicia habría sido la de desplazar la identidad constitucional rumana. Es decir, el diálogo no le habría sido útil al Tribunal Constitucional rumano, dado que no le habría permitido oponer su cláusula de salvaguarda.

*RS* (2022) viene a ser al fin y al cabo un llamamiento a los Tribunales Constitucionales nacionales a plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia en asuntos de naturaleza constitucional, especialmente cuando su identidad constitucional nacional pueda quedar afectada. En cierto modo, la legitimidad del Tribunal de Justicia de declarar que un determinado aspecto de la identidad constitucional de un Estado miembro no tiene cabida en el Derecho de la Unión depende en gran medida de que haya podido comprender qué forma parte de dicha identidad constitucional nacional. Y para ello, los interlocutores son por naturaleza los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, a los que corresponde descubrir y definir, en un primer momento, dichas identidades constitucionales nacionales.

El problema es que el diálogo sobre la identidad constitucional puede iniciarlo un tribunal inferior que no es el Tribunal Constitucional correspon-

---

<sup>172</sup> Apartado 64.

diente, dado que este último, por definición, es un órgano de última instancia. De ahí que estos pidan que el Tribunal de Justicia se dirija a ellos y les pregunte sobre su doctrina antes de dictar una sentencia poniendo en cuestión su identidad constitucional nacional <sup>173</sup>. Esta petición de “ser oídos”, dejando al margen los problemas nada desdeñables que plantea su puesta en práctica, tiene cierta justificación dado que, de lo contrario, en estos supuestos el Tribunal Constitucional solo podría plantear una cuestión prejudicial una vez que el Tribunal de Justicia hubiese desautorizado su doctrina constitucional explicada por un tribunal inferior; es decir, lo único que puede hacer el Tribunal Constitucional es volver a preguntar. Este fue el caso de la sentencia *M.A.S y M.B o Taricco 2*, en la que el Tribunal Constitucional italiano volvió a dirigirse al Tribunal de Justicia para conseguir una respuesta más respetuosa con su identidad constitucional. Es cierto que el resultado le fue favorable y el Tribunal de Justicia fue más receptivo, pero no pueden desconocerse los problemas de tiempo que ello entraña y las disfunciones del diálogo que se producen, por lo que quizá podría encontrarse una solución más óptima.

---

<sup>173</sup> Los días 2 y 3 de septiembre de 2021 tuvo lugar en Riga (Letonia) la conferencia internacional “*Unidos en la diversidad: entre tradiciones constitucionales comunes e identidades nacionales*” que fue organizada por Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el Tribunal Constitucional de Letonia y estaban invitados todos los Tribunales Constitucionales (o Tribunales Supremos en aquellos estados sin Tribunal Constitucional) y los miembros del TJUE.

Cabe destacar como en dicha reunión una petición constante de un gran número de Tribunales Constitucionales nacionales (en especial, de las representaciones del Tribunal Constitucional español, del eslovaco y del letón) era la de ser oído antes de que el Tribunal de Justicia dictase una sentencia que podía afectar a su identidad constitucional. El fundamento unánime era que los Tribunales querían explicar ellos mismos su jurisprudencia, y que consideraban que al fin y al cabo ese rol no podía recaer únicamente en los Agentes de los Estados miembros: “*comprender la jurisprudencia es algo distinto que dar información y defender al gobierno*”, explicó el Presidente del Tribunal Supremo de Holanda (Dienke de Groot).

La necesidad de esta intervención de los Tribunales Constitucionales ya había sido una opinión defendida por los presidentes de los Tribunales Constitucionales de Austria, Slovenia y Letonia, y por un magistrado del Tribunal Constitucional de Alemania (Grabewarter; Huber; Knez; y Ziemelee, 2021), postulando más específicamente una consulta al Tribunal Constitucional nacional por el Tribunal de Justicia mediante lo que denominaban la cuestión prejudicial “inversa” (p. 58). Dicha petición se fundamentaba en la necesidad de que se complete el círculo y haya un verdadero diálogo cuando la identidad constitucional nacional este comprometida.

No obstante, no se trata de una petición unánime de todos los Tribunales Constitucionales nacionales, que además plantea complejos problemas, como acertadamente puso de manifiesto (en la citada conferencia internacional) el Presidente del Tribunal Constitucional de Bélgica (Lavrysen L.), relativos a la forma en que los Tribunales Constitucionales nacionales van a expresar su opinión si son consultados, dado que, al fin y al cabo, un Tribunal no da una opinión sin que haya un procedimiento en el que tenga que pronunciarse. Adicionalmente, ello supondría que, en caso de aceptarse, habría que extender dicha posibilidad de consulta a otros tribunales que también quieren ser oídos en las cuestiones prejudiciales en las que no son parte y en las que se cuestiona su doctrina, como es el caso de los Tribunales Supremos de los Estados miembros.

### 4.3. Cuestiones no resueltas en torno al control abstracto de la constitucionalidad de las leyes nacionales

Finalmente, un problema que se ha vuelto a poner de manifiesto en el examen de la constitucionalidad de los sistemas nacionales llevado a cabo por el Tribunal de Justicia es el de la labor concurrente que los Tribunales Constitucionales pueden llegar a hacer en el plano nacional, respecto al examen que realiza el Tribunal de Justicia en una misma materia.

Así, en estos últimos años en los que el Tribunal de Justicia viene examinando los sistemas de justicia nacionales a la luz de la independencia judicial “europea” estos mismos sistemas vienen analizándose a la luz de la independencia judicial “nacional”. De este modo y de forma casi coincidente en el tiempo los sistemas quedan sujetos a un doble escrutinio que, tal y como la práctica nos ha enseñado, no siempre es coincidente en cuanto a su resultado. Siguiendo el caso particular de Rumanía que antes hemos mencionado, una norma puede llegar a considerarse constitucional con arreglo al canon constitucional nacional de la independencia judicial, si bien antes la misma norma había sido considerada contraria al derecho a la Unión con arreglo al canon constitucional europeo.

Tras el examen de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia que acabamos de llevar a cabo, surgen dudas de si un Tribunal Constitucional, cuando examina la vulneración del principio de independencia judicial, puede dejar esta doctrina al margen del canon de constitucionalidad. Porque si bien esto puede ser así con el Derecho de la Unión Europea “en general”, lo cierto es que las normas que venimos analizando pertenecen, según nos ha explicado el Tribunal de Justicia a la “*identidad*” de la UE, y tienen por lo tanto también naturaleza constitucional. El principio de la independencia judicial que deriva del artículo 19 TUE concretiza el Estado de derecho previsto en el artículo 2 TUE, valor que los Estados se comprometieron a respetar cuando se adhirieron libremente a la Unión.

Como explicó el Abogado General Bobek, M. (2020) en las conclusiones presentadas en *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, el artículo 19 TUE, por lo que se refiere a su ámbito sustantivo “...comprende absolutamente todas las normas y usos nacionales que puedan afectar negativamente a la obligación de los Estados miembros de disponer recursos eficaces, lo que incluye la independencia e imparcialidad de sus sistemas judiciales. Además, el alcance del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, no parece estar sujeto a ningún límite interno de carácter cuantitativo. No hay ninguna regla de minimis. Por lo tanto, no existen exclusiones por áreas ni por gravedad. Todos y cada uno de los aspectos, por nimios que sean, de la organización judicial nacional, los procedimientos o prácticas, en principio están sujetos al artículo 19 TUE, apartado 1.”

En este orden de cosas, cuando se plantee un control abstracto de constitucionalidad de, siguiendo los términos empleados por el Abogado General, cualquier aspecto de *“la organización judicial nacional”*, el principio de independencia judicial proclamado en el artículo 19 TUE deviene aplicable. En la medida en que este principio forma parte de la *“identidad de la Unión”*, como acabamos de ver, no puede descartarse que el examen de constitucionalidad de la norma nacional deba integrarse con el canon constitucional europeo, al que queda subordinado el primero conforme a la jurisprudencia que venimos analizando. En caso contrario, si el resultado de dicho control abstracto de constitucionalidad aboca a una solución divergente con el Derecho de la Unión, ello podría afectar a la *“identidad constitucional de la Unión”*, por lo que ello conllevaría, como ha ocurrido en el asunto *RS (2022)*, a la obligación de inaplicar la *“solución constitucional nacional”*.

## CONCLUSIONES

El examen de conjunto que acabamos de realizar permite apreciar la importancia del momento *“constitucional”* que vive en estos momentos la Unión Europea, y, en particular, su Tribunal de Justicia. Se han perfilado los contornos de la estructura constitucional en la que se asienta la Unión, enfatizándose el valor del Estado de derecho consagrado en el artículo 2 TUE, y la independencia judicial, que es una manifestación del mismo. No se trata de meras declaraciones teóricas que aparecen en los tratados, se trata de la *“esencia”* de la Unión Europea, esencia que debe preservarse para mantener el espacio de *“justicia”* que todos los Estados voluntariamente se comprometieron a respetar al ingresar en la Unión Europea.

También se han fortalecido principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la Unión como el de la primacía de dicho derecho, sin excepción respecto a las normas constitucionales, la facultad irrestricta de los órganos jurisdiccionales de plantear cuestiones prejudiciales, así como la obligación de desplazar las normas nacionales o la jurisprudencia de los órganos superiores, incluso de los Tribunales Constitucionales, para dar plena eficacia al Derecho de la Unión.

Finalmente, se han introducido nuevos elementos de este sistema como la aceptación expresa de la identidad constitucional nacional como límite a la aplicación del Derecho de la Unión, si bien se trata de una identidad que se subordina a su compatibilidad con el Derecho de la Unión, previamente apreciada por el Tribunal de Justicia. Y, lo que es más importante, se ha consagrado la identidad *“constitucional”* europea, que está llamada a operar como límite a la aplicación de normas constitucionales nacionales contrarias a la misma.

Debe concluirse señalando que la *“independencia judicial”* de nuestros jueces y tribunales es un problema que se tiene que resolver propiamente en el ámbito nacional, y en esta tarea los Tribunales Constitucionales desempe-

ñen un papel muy importante. Si bien ha habido casos aislados de Tribunales, como los de Polonia y Rumanía, que han hecho de la independencia judicial un choque entre identidades constitucionales, lo cierto es que la garantía de la independencia de nuestros jueces debería ser un problema a resolver no desde la confrontación con el Tribunal de Justicia, sino desde la cooperación, es decir, “todos remando en la misma dirección”<sup>174</sup>.

## FUENTES

### A. Bibliografía

- Bustos Gisbert, R. (2022). *Independencia judicial e integración Europea*. Tirant lo Blanch.
- Claes M. (2013). National Identity: Trump Card or Up for negotiation?, en *National Constitutional Identity and European Integration*. Intersentia, 109-138.
- Concelló Fernández, P. (2020). El concepto de órgano jurisdiccional nacional: una noción en permanente revisión. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 629-628. Doi: <https://doi.org/10.18401/cepc/rdce.66.11>
- Cruz Villalón, P. (2021). ¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25 (1), 57-85. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.25.03>.
- De La Quadra-Salcedo Janini, T. (2015) “El Papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de derecho*, 53-54, 34-59.
- García-Valdecasas Dorrego, M. J. (2020). El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia Associação sindical dos juizes portugueses (ASJP). *Revista Española De Derecho Europeo*, 72, 75 –95.
- Grabenwarter, C.; Huber, P.M.; Knez, R.; Ziemelee, I. (2021). The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network. *European Public Law*, 27,1, 43-62.
- Lenaerts, K. (2019). Upholding the Rule of Law thorough Judicial Dialogue. *Yearbook of European Law*, Vol. 38, 1, pp.3-17. Doi:10.1093/yel/yez002.
- Martín Rodríguez, P.J. (2021). *El Estado de Derecho en la Unión Europea*. Marcial Pons.
- Requejo Pagés, J. L. (2014) Identidad nacional e integración europea. *Revista española de Derecho Constitucional* 100, enero-abril, 425-434.
- Shnizer, J. Level of protection of fundamental rights in the judicial network composed of the Court of Justice and the constitutional courts (2022). En “*EUnited in diversity*

<sup>174</sup> La necesidad de hacer posible que los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia emprendan una etapa de colaboración fue una de las finalidades de la conferencia internacional que tuvo lugar en Riga (ver nota pie de página número 173), tal y como subrayó expresamente el Presidente Lenaerts en su discurso de clausura. Algunas de las intervenciones que tuvieron lugar en dicho congreso han sido objeto de publicación: Court of Justice of the European Union, “*EUnited in diversity : between common constitutional traditions and national identities*” : international conference, Riga, Latvia, 2-3 September 2021 : conference proceedings, 2022 (<https://data.europa.eu/doi/10.2862/183117>).

ty: between common constitutional traditions and national identities": international conference, Riga, Latvia, 2-3 September 2021: conference proceedings, 152-158. Doi: 10.2862/89542.

## B. Jurisprudencia

- a) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la independencia judicial y el Estado de derecho:
- Sentencia TJUE. (2018). *ASJP*, C-64/16. ECLI:EU:C:2018:117.
- Sentencia TJUE. (2019). *Escribano Vindel*, C-49/18. ECLI:EU:C:2019:106.
- Sentencia TJUE. (2019). *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18. ECLI:EU:C:2019:531.
- Sentencia TJUE. (2019 b). *Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios)*, C-192/18. ECLI:EU:C:2019:924.
- Sentencia TJUE. (2019). *A. K., (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, C-585/18, C-624/18 y C-625/18. ECLI:EU:C:2019:982.
- Sentencia TJUE. (2020). *Miasto Łowicz, (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*, C-558/18 y c-563/18. ECLI:EU:C:2020:234.
- Auto TJUE. (2020). *Prokuratura Rejonowa w Stubicach*, C-623/18, ECLI:EU:C:2020:800.
- Sentencia TJUE. (2021). *A.B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême - Recours)*, C-824/18. ECLI:EU:C:2021:153.
- Sentencia TJUE. (2021). *Repubblica*, C-896/19. ECLI:EU:C:2021:311.
- Auto TJUE. (2020). *Comisión/Polonia*, C-791/19 R. ECLI:EU:C:2020:277.
- Sentencia TJUE. (2021). *Asociația « Forumul Judecătorilor din România »*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/10 y C-397/19. ECLI:EU:C:2021:393.
- Sentencia TJUE. (2021). *Comisión/Polonia, (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19. ECLI:EU:C:2021:596.
- Sentencia TJUE. (2021). *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim*, C-748/19 A C-754/19. ECLI:EU:C:2021:931.
- Sentencia TJUE. (2021). *W. Ż. (des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)*, C-487/19. EU:C:2021:798.
- Sentencia TJUE. (2021). *IS (Illégalité de l'ordonnance de renvoi)*, C-564/19. ECLI:EU:C:2021:949.
- Sentencia TJUE. (2021). *Euro Box Promotion y otros*. C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19. ECLI:EU:C:2021:1034.
- Sentencia TJUE. (2022). *Hungría/PE y Consejo*, C-156/21. ECLI:EU:C:2022:97.
- Sentencia TJUE. (2022). *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99.
- Sentencia TJUE. (2022). *Prokurator Generalny (Chambre disciplinaire de la Cour suprême - Nomination)*, C-508/19. ECLI:EU:C:2022:201.
- Sentencia TJUE. (2022). *Getin Noble Bank*, C-132/20. ECLI:EU:C:2022:235.
- b) Jurisprudencia del TJUE relativa a la Orden de Detención Europea:
- Sentencia TJUE. (2016). *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15. ECLI:EU:C:2016:198.
- Sentencia TJUE. (2018). *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*. C-216/18. ECLI:EU:C:2018:586.
- Sentencia TJUE. (2020). *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)*, C-354/2020 y C-412/20. ECLI:EU:C:2020:1033.
- Sentencia TJUE. (2022). *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, C-562/21 PPU. ECLI:EU:C:2022:100.
- c) Otra Jurisprudencia del Tribunal de Justicia:
- Sentencia TJUE. (1963). *Van Gend & Loos*, 26/62. ECLI:EU:C:1963:1.
- Sentencia TJUE. (1964). *Costa Enel*, 6/64. ECLI:EU:C:1964:66.

- Sentencia TJUE. (1970). *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70. ECLI:EU:C:1978:49.
- Dictamen TJUE. (2019). *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros*, 1 / 1 7 . ECLI:EU:C:2019:341.
- Sentencia TJUE. (2000). *Gabalfrisa*, C-110/98 a C-147/98. ECLI:EU:C:2000:145.
- Dictamen TJUE. (1991). *Acuerdo sobre la creación del Espacio Económico Europeo*, 1/91. ECLI:EU:C:1991:490.
- Sentencia TJUE. (2015). *Taricco y otros*, C-105/14. ECLI:EU:C:2015:555.
- Sentencia TJUE. (2015). *Gauweiler and Others*, C-62/14. ECLI:EU:C:2015:400.
- Sentencia TJUE. (2017). *M.A.S. y M.B.*, C-42/17. ECLI:EU:C:2017:936.
- Sentencia TJUE. (2018). *Weiss*, C-493/17. ECLI:EU:C:2018:1000.
- Sentencia TJUE. (2018). *Coman*, C-673/16. ECLI:EU:C:2018:385.
- Sentencia TJUE. (2020). *Reexamen Simpson/Consejo y HG/Comisión*, C-542/18 RX-II y C-543/18 RX-II. ECLI:EU:C:2020:
- Sentencia TJUE. (2020). *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19 PPU y C-925/19 PPU. ECLI:EU:C:2020:367.
- Sentencia TJUE. (2020). *Banco Santander*, C-274/14. ECLI:EU:C:2020:17.
- d) Conclusiones Abogado general
- Conclusiones AG (2015), *Gauweiler y otros*, C-62/14. ECLI: EU:C:2015:7.
- Conclusiones AG (2017), *M.A.S. y M.B.*, C-42/17. ECLI:EU:C:2017:564.
- Conclusiones AG (2019). *Comisión/Polonia*, C-192/18. ECLI:EU:C:2019:529.
- Conclusiones AG (2019). *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, C-585/18, C-624/28 y C-625/28. ECLI:EU:C:2019:551.
- Conclusiones AG (2020). *A.B. y otros*, C-824/18. ECLI:EU:C:2020:1053.
- Conclusiones AG (2020). *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/10 y C-397/19. ECLI:EU:C:2020:746.
- Conclusiones AG (2021). *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, C-562/21 PPU. ECLI:EU:C:2021:1019.
- Conclusiones AG (2022). *RS*, C-430/21. ECLI:EU:C:2022:44.
- Conclusiones AG (2022). *Hungría/PE y Consejo*, C-156/21. ECLI:EU:C:2021:974.
- Conclusiones AG (2022). *Puig Gordi y otros*, C-158/21. ECLI:EU:C:2022:573.
- e) Jurisprudencia de Tribunales Constitucionales
- STC español 61/2013. (BOE núm. 86, de 10 de abril de 2013).
- STC alemán de 6 de noviembre de 2019 – 1BvR 276/17- (Derecho al olvido II).
- STC italiano 115 año 2018: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/S\\_2018\\_115\\_EN.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_2018_115_EN.pdf).
- Decisión del TC alemán de 28 de abril de 2021 (2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15).
- STC austríaco de 14 de marzo de 2021. Erkenntnis U 466/11-18 y U 1836/11-13.
- STC rumano núm. 390 de 8 de junio de 2021 (Boletín Oficial de Rumanía núm. 612 de 22 de junio de 2021).
- f) Normas
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 16-22).
- DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI) (DO 18 de julio de 2002, p. 1-18).
- Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (DOUE 433, de 22 de diciembre de 2020, p- 1-10).

