



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2026, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTRICE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

CONSIGLIO SCIENTIFICO

Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano †
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - già Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaro, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale †
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari †
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bergamo
Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático Jubilado de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Profesor Emérito de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Messina
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREES

Bruno Barel, Associato f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova **Marco Benvenuti**, Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Fiammetta Borgia, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Roma "Tor Vergata" **Francesco Buonomenna**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Raffaele Cadin, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza" **Ruggiero Cafari Panico**, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Federico Casolari, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna **Luisa Cassetti**, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Anna Cavaliere, Associato di Filosofia del diritto, Università di Salerno **Giovanni Cellamare**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Bari
Giuseppe D'Angelo, Ordinario di Diritto e religione, Università di Salerno **Sara De Vido**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università Ca' Foscari Venezia **Valeria Di Comite**, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro" **Marcello Di Filippo**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Carmela Elefante, Associato di Diritto e religione, Università di Salerno **Rosario Espinosa Calabuig**, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universitat de València **Valentina Faggiani**, Professoressa Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Granada
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona **Ana C. Gallego Hernández**, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Francesca Graziani, Associato di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli" **Giancarlo Guarino**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II" **Elsbeth Guild**, Associate Senior Research Fellow, CEPS **Victor Luis Gutiérrez Castillo**, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravalle, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari **Paola Ivaldi**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova **Luigi Kalb**, Ordinario f.r. di Procedura Penale, Università di Salerno
Gianfranco Liace, Associato di Diritto dell'economia, Università di Salerno **Luisa Marin**, Ricercatore di Diritto dell'UE, Università dell'Insubria **Simone Marini**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa **Fabrizio Marongiu Buonaiuti**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata **Rostane Medhi**, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Michele Messina, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina-Esperto Giuridico presso la Rappresentanza Permanente d'Italia a Bruxelles
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino **Violeta Moreno-Lax**, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre **Michele Nino**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Criseide Novi, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Foggia **Anna Oriolo**, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno **Leonardo Pasquali**, Ordinario di Diritto internazionale, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno **Francesca Perrini**, Associato di Diritto Internazionale, Università di Messina
Gisella Pignataro, Associato di Diritto privato comparato, Università di Salerno **Emanuela Pistoia**, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Anna Pitrone, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina **Concetta Maria Pontecorvo**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II" **Pietro Pustorino**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Angela Maria Romito, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari **Gianpaolo Maria Ruotolo**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Foggia
Teresa Russo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno **Alessandra A. Souza Silveira**, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Ángel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Sara Tonolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Padova
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II" **Alessandra Viviani**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Siena
Valentina Zambrano, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza" **Alessandra Zanobetti**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Angela Festa, Docente incaricato di Diritto dell'Unione europea, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Anna Iermano, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Daniela Marrani, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Rossana Palladino (Coordinatore), Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione linguistica degli abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno





Indice-Sommario 2026, n. 2

Editoriale

La riforma della legislazione sulla cittadinanza tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea p. 1
Bruno Barel

Saggi, Articoli e Commenti

Free movement of persons in the agreement between the EU and the United Kingdom in respect of Gibraltar. Special status of military personnel p. 21
Pablo Antonio Fernández Sánchez

Storia diplomatica: Italia-Europa-Occidente p. 44
Massimo Panebianco

¿Hacia un modelo de Estado híbrido? Entre *court-packing* e intentos de revertir la *backsliding* p. 53
Valentina Faggiani

Vulnerabilità digitale del minore e forme di tutela nel contesto europeo p. 93
Gisella Pignataro

The case law of the European Court of Human Rights regarding contested territories: “Differentiated” jurisdiction as a panacea or as an Achilles’s heel? p. 120
Elisa Ruozzi

The EU legal framework on social security for migrants: A comparative assessment of national practices p. 139
Paolo Iafrate

Il danno ambientale sistemico e la soglia di gravità: tra qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale p. 163
Adelaide Francesca Daniela Luminari



FOCUS

The EU as a Global Security Provider: Countering Transnational Crime and New Cooperation Architectures

Collected Papers of the Jean Monnet Module (2023-2026) Transnational Crime & EU Law: Towards Global Action against Cross-border Threats to Common Security, Rule of Law and Human Rights (EU-GLOBACT) – (Coordinator: Prof. Dr. Anna Oriolo)

Presentazione del Focus/Focus Overview
Anna Oriolo

p. 185

Parte I

Contrasto alla criminalità transnazionale e minacce globali/Countering Transnational Crime and Global Threats

Traffico illecito di armi via mare, criminalità transnazionale e sicurezza globale: verso un nuovo paradigma di legalità universale
Anna Oriolo

p. 191

The tragedy of the global commons in the age of artificial intelligence: Illegal mining, transnational crime, and the future of EU global enforcement
David Schultz

p. 216

The European legal framework on the return of cultural objects: An effective tool to foster civil and administrative cooperation between EU Member States?
Fulvia Staiano

p. 241

Il ruolo degli Stati nella prevenzione e nella repressione degli illeciti contro il patrimonio culturale subacqueo: obiettivi e strumenti comuni tra la Convenzione UNESCO del 2001 e le politiche dell'Unione europea
Patrizia Vigni

p. 257

Parte II

Nuove architetture di cooperazione e strumenti di contrasto dell'Unione europea/New Cooperation Architectures and Enforcement Tools of the European Union

Il principio di fiducia reciproca nella cooperazione giudiziaria penale a dieci anni dal caso *Aranyosi*. Alcune considerazioni sull'attualità del “doppio test” alla luce della sentenza *Commissione c. Ungheria (Valeurs de l'Union)*
Angela Festa

p. 281

Intelligence, diritti umani e sicurezza: criticità e prospettive in ambito internazionale ed europeo
Francesco Focillo

p. 312



War-crimes investigations: New technologies, new complexities, new vulnerabilities. A strategic shortfall or evolutionary opportunity for NATO p. 334
Luigi Bramati

AI tools for combating transnational crime within the EU p. 345
Roxana Matefi

Parte III

Responsabilità e giustizia penale/Accountability and Criminal Justice

Luci e ombre (soprattutto) occidentali sul consolidamento della giustizia penale internazionale p. 355
Paolo Bargiacchi

The EU's cross-border cybercrime enforcement and the limits of extraterritorial jurisdiction p. 388
Heybatollah Najandimanesh

La vittima di tratta al centro della sicurezza in Europa tra standard CEDU e nuove sfide nell'era digitale p. 410
Anna Iermano

La regolamentazione delle catene di approvvigionamento in Europa come strumento per combattere la criminalità: dall'opposizione alla convergenza dei modelli francese e italiano p. 442
Virginie Mercier

La responsabilità penale degli enti creditizi nella gestione delle misure restrittive UE: tra obblighi di garanzia e nuove fattispecie sovranazionali di incriminazione p. 453
Carmine Renzulli

Parte IV

Diritti umani e minacce transfrontaliere/Human Rights and Cross-Border Threats

La *transnational repression* quale minaccia “rinnovata” a diritti umani e sicurezza: la necessità di una risposta mirata da parte dell'Unione europea p. 465
Stefano Busillo

Children pornography, online sextorsion, revenge porn: the provisions of Greek penal code and the EU regulatory developments p. 507
Georgios Nouskalis

Intelligenza artificiale e “fenomeno religioso” nel prisma dei diritti umani p. 518
Daniela Marrani

Postfazione/Afterword p. 539
Angela Di Stasi

Appendice p. 541
EU-GLOBACT Policy Recommendations and Guidelines
Francesco Focillo, Emanuele Sorgente

¿HACIA UN MODELO DE ESTADO HÍBRIDO? ENTRE *COURT-PACKING* E INTENTOS DE REVERTIR LA *BACKSLIDING*

Valentina Faggiani*

SUMARIO: 1. Premisa: la necesidad de un equilibrio entre política vs. jurisdicción. – 2. La *democratic backsliding*. – 2.1. Elementos estructuradores. – 2.2. Hungría y Polonia como prototipos de las tendencias iliberales en la Unión Europea. – 3. España como supuesto inédito. – 3.1. ¿De una “democracia estable” a una “democracia deficiente”? – 3.2. La oposición silente a la primacía del Derecho de la UE. – 4. La independencia judicial como eje del Estado de Derecho. – 5. Los ataques a la Justicia. – 6. El *court-packing*. – 7. Reformas e intentos de contrarreformas de los órganos de autogobierno de la magistratura. – 8. La dependencia del fiscal general del Ejecutivo. – 9. Las “capturas” de los Tribunales Constitucionales. – 10. Purgas judiciales más o menos “encubiertas”. – 11. La potestad disciplinaria. – 11.1. El *chilling effect* de las medidas sancionadoras como arma para silenciar a los jueces. – 11.2. Los estándares del TJUE sobre el sistema disciplinario de Polonia. – 12. ¿Es posible revertir la *democratic backsliding* y restaurar la Constitución?

1. Premisa: la necesidad de un equilibrio entre política vs. jurisdicción

La Justicia está siendo sometida a continuos ataques por parte de los Gobiernos, no solo por los de corte iliberal o autoritario, a fin de controlar el desempeño de la función primordial de los jueces de dirimir conflictos, influenciando los procesos decisorios. Estos ataques llegan al corazón de uno de los elementos constitutivos del Estado de Derecho (art. 2 TUE), amenazando su mantenimiento. Por ello, el presente estudio pretende indagar cómo las interferencias gubernamentales están modificando la función de los jueces. El objetivo es reflexionar si es posible y, en su caso, cómo se debería volver a articular el rol de la Justicia en un contexto de *rule of law backsliding* para intentar responder a estas tendencias involutivas, revirtiéndolas y restableciendo el equilibrio

Double-blind peer reviewed article.

* Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Granada. E-mail: valenf@ugr.es.

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

entre política y jurisdicción, tanto ordinaria como constitucional, y restaurar la democracia.

Desde el punto de vista metodológico, el trabajo, de corte comparativo, se centrará en las principales medidas involutivas adoptadas en los últimos quince años por algunos Estados de la UE, que han incidido en los nombramientos discrecionales de las instituciones de garantía, como los Tribunales Constitucionales y los órganos instrumentales, como los Consejos de Justicia o las fiscalías generales del Estado. Se considerará, en particular, la experiencia, por un lado, de Hungría y Polonia, como prototipos de Estados de la UE, que, si bien con sus especificidades, han consolidado un modelo con rasgos iliberales pronunciados; y por otro de España, en el que esta deriva se encuentra en un estadio intermedio, aunque con un riesgo de que estas presiones antisistema superen el umbral de tolerancia.

En cuanto a la estructura, el presente estudio se articulará en tres partes: en la primera, de carácter introductorio, se hará referencia a las tendencias iliberales presentes en la UE, que han podido desarrollarse e imponerse por la intensidad adquirida por el fenómeno de *rule of law backsliding*¹. El objetivo es contextualizar la problemática objeto de análisis. Al respecto, es interesante observar, atendiendo a la teoría del “*dual state of judiciary*”², cómo estos países han conseguido instituir un nuevo modelo con rasgos autoritarios, desplazando el Estado de Derecho a través del Derecho, que ha sido instrumentalizado mediante el uso de los mecanismos previstos por estos mismos ordenamientos. La involución democrática ha puesto en marcha un cambio, que ha alterado sus elementos constitutivos: tanto la Constitución, así como los tribunales constitucionales, que formalmente siguen existiendo, se convierten en instrumentos al servicio de la política, de *la rule of law* se pasa a la *rule by law*³, y los mecanismos de *checks and balances* se conciben como unos obstáculos; por ello se necesita eliminarlos. De ahí, la necesidad de

¹ V. FAGGIANI, *La ‘rule of law backsliding’ como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 2019, n. 71, pp. 57-99.

² Este concepto fue desarrollado por Ernst Fraenkel para explicar el régimen nazista. No obstante, esta teoría puede ser aplicada a otros regímenes autoritarios. E. FRAENKEL (E.A. SHILS, con la colaboración de E. LOWENSTEIN, y K. KNORR, trad.), *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, 2010. Según P. MIKULI, *Transitional Justice, the Dual State, and the Rule of Law*, en *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 2023, n. 2, pp. 273-285, “In a dual state, there are two parallel realities, and apart from politicized organs there may also exist institutions that have not yet been captured by the ruling party, i.e. institutions that do not recognise the current, unconstitutional legal order” (p. 273). En cambio, según I.P. KAROLEWSKI, R. SATA, *The dual state of judiciary in Hungary and Poland*, in *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft*, 2025, n. 19, pp. 219-246 “we identify the dual state of the judiciary as a feature of creeping authoritarianism. The normative state and the prerogative state do not exist as parallel systems, but they continuously interact and are parts of the same institutional setup, where different conceptions of use of law compete. The prerogative state seeks to overrule and undermine the principles of rule of law, resulting in erosion of judicial review and the curtailment of civil and minority rights. The normative state is not only subject to suspension by the prerogative state but becomes remodelled after the ideological principles of the prerogative state as traditional law becomes ‘infected’ with the ideological tenets of the party state” (p. 226).

³ T. GINSBURG y M. TAMIR, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, 2008.

repensar el diseño constitucional tanto de los Estados miembros como de la UE⁴ para que puedan salir de esta situación, reinventándose.

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

2. La *democratic backsliding*

2.1. Elementos estructuradores

El Estado Constitucional de Derecho está siendo amenazado por el desarrollo progresivo de tendencias iliberales, que están incidiendo en sus elementos constitutivos, transformándolo. La erosión de esta forma de Estado y, con ello, de sus garantías básicas es un proceso, que, por sus potencialidades expansivas, se ha extendido progresivamente, aunque con distinta intensidad, a nivel global. Se trata de un fenómeno complejo, en principio difícil de identificar. Se distingue de lo que ocurre en los “Estados fallidos”, como Libia, Siria, Irán, Iraq o Afganistán, en los que la situación de permanente crisis político-institucional les impide consolidar un sistema democrático. Pero, tampoco, es un contexto asimilable al de los Estados “autoritarios”, como China, Rusia, Venezuela, o aquellos, involucrados en un conflicto armado, en los que la existencia de una situación de excepcionalidad legitima la concentración de poderes y facilita la adopción de medidas *extra-ordinem*. En estos contextos no hay *rule of law* y todo se desarrolla al margen y más allá de los principios estructuradores de nuestros ordenamientos. Al contrario, esto no ocurre en los Estados amenazados por derivas iliberales, que por lo menos formalmente siguen siendo Estados de Derecho, pues estos Estados suelen moverse bajo un manto de aparente legalidad, usan y abusan de la ley, se sirven y juegan con ella, “utilizan el sistema para acabar con el sistema”⁵, vaciando de contenido el ordenamiento. Este es uno de los

⁴ T.T. KONCEWICZ, *The Democratic Backsliding and the European constitutional design in error. When will HOW meet WHY?*, en *VerfBlog*, 18.12.2018.

⁵ F.J. GARRIDO CARRILLO, *Ante la crisis del Estado de Derecho la importancia de la defensa de la independencia judicial*, en V. FAGGIANI (dir.), *Crisis del Estado de Derecho. La revisión de la independencia y del gobierno del poder judicial*, Valencia, 2025, pp. 35-74.

principales rasgos, que caracteriza estos procesos, haciendo mucho más complicado identificarlos y enfrentarse a ellos.

Por otra parte, en la *backsliding* democrática no se observa la existencia de meros déficits democráticos, los cuales se encuentran en todos los Estados, sino que estamos ante un proceso de mayor envergadura, en el que se han superado determinadas líneas rojas. Se asiste a un proceso de transición o transformación progresiva, que se articula en dos fases interconectadas: la primera “destructiva” y la segunda de “reconstrucción”. En la primera fase los Gobiernos suelen aprovechar la coyuntura, generalmente caracterizada por contextos, en los que se produce un punto de inflexión – piénsese en la pluralidad de crisis, que han puesto a prueba en las últimas dos décadas a la UE (económica, migratoria-humanitaria, sanitaria, Brexit, bélica) – para llevar a cabo gradualmente la deconstrucción del orden constitucional y sentar las bases para su reconfiguración, deslizando el sistema hacia un nuevo modelo más indefinido. Se habla al respecto de “constitucionalismo abusivo”⁶ o “iliberal”⁷.

Esta nueva involución democrática más “moderna”, en la que no se producen “golpes de Estado” repentinos, se caracteriza por la presencia de cuatro elementos: la debilidad intrínseca, la progresividad, la contradicción entre forma y sustancia y la afectación a los elementos constitutivos del Estado de Derecho, *in primis* la separación de poderes, que se difumina, con el consiguiente impacto negativo en los derechos fundamentales y los mecanismos para su protección. Este fenómeno puede ser explicado, considerando la

⁶ D. LANDAU, *Abusive Constitutionalism*, en *University of California Davis Law Review*, 2013, vol. 47, pp. 189-260, usa el concepto de “constitucionalismo abusivo” (“*abusive constitutionalism*”) para describir la situación de Hungría. Por su parte G. HALMAI, *The making of “illiberal constitutionalism” with or without a new constitution: the case of Hungary and Poland*, en D. LANDAU y H. LERNER, *Comparative Constitution Making*, Cheltenham, 2019, p. 26, aplica el concepto de “*abusive constitutionalism*” tanto a Hungría como a Polonia. Sin embargo, como subraya W. SADURSKI, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, en *Sydney Law School Legal Studies*, Research Paper, 2018, n. 18/01, p. 4, reenviando a G. SKĄPSKA, *The Decline of Liberal Constitutionalism in East Central Europe*, en P. VIHALEMM, A. MASSO, S. OPERMANN (eds.), *The Routledge International Handbook of European Social Transformations*, London, 2018, pp. 130-145, en particular v. p. 134, existe una importante diferencia entre estos dos casos porque “*the formal constitutional change in Hungary, which made it possible to transform the constitutional order and slide into some form of authoritarianism entirely through legal means*”.

⁷ Los conceptos de “democracia iliberal”, “populismo constitucional” (*populist constitutionalism*), “autoritarismo constitucional” o “constitucionalismo autoritario” parecen un oxímoron y contradicen la esencia del “constitucionalismo”, que se basa en el principio de la separación de poderes y su garantía mediante la imposición de *checks and balances* y en la presencia de un sistema de derechos fundamentales que pretende tutelar no solo los derechos de la mayoría sino especialmente de las minorías. No obstante, expresan bien las contradicciones de los sistemas actuales, que, si bien siguen teniendo una apariencia de democracias, manteniendo en vida institutos típicos de estos sistemas, en realidad, no funcionan como deberían porque se han desmantelado desde dentro. Al respecto, *vid.* W. SADURSKI, *op. cit.*, p. 8. G. HALMAI, *op. cit.* El autor critica el concepto de “*illiberal constitutionalism*” o “*illiberal democracy*” o “*authoritarian*” o “*illiberal constitutionalism*”, aunque considera que es legítimo hablar de Constituciones en regímenes autoritarios (p. 2). Del mismo A. v. también: ID., *How the EU can and should cope with illiberal Member States*, en *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 2, pp. 313-340. Sobre el concepto de democracia iliberal se reenvía a F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, en *Foreign Affairs*, November/December, 1997, pp. 22-43; y sobre el concepto de autoritarismo constitucional *vid.* M. TUSHNET, *Authoritarian Constitutionalism*, en *Cornell Law Review*, 2015, 100, pp. 391-462, en particular, se reenvía a pp. 409-410.

tensión entre “*normative/constitutional state vs. prerogative state*”, es decir, entre el Estado, que respeta el Derecho, y resiste a la politización de la justicia, y el Estado, caracterizado por lógicas autoritarias, colocándose más allá y por encima del Derecho⁸, que de límite se convertiría en instrumento del poder. El intento del segundo es subvertir el primero, anulándolo o, en todo caso, instaurando un régimen de completo sometimiento.

2.2. Hungría y Polonia como prototipos de las tendencias iliberales en la Unión Europea

Los prototipos de este complejo fenómeno en la UE son Hungría y Polonia. En Hungría, la “*counterrevolution*” de Orban ha creado un sistema perfectamente dependiente, en el que se ha alterado la relación estructural entre *checks and balances*. Dicho Gobierno, que estuvo en el poder durante tres mandatos, desde 2010 a 2026, consiguió anular todo tipo de oposición, debate interno y resistencia. A pesar de la intervención de la UE, que en 2022 aplicó por primera vez el Reglamento de condicionalidad (Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092)⁹, el país sigue teniendo un régimen iliberal “consolidado”, que ha alterado las características básicas de la separación de poderes. Este sistema ha gozado del respaldo de los ciudadanos, sin contar hasta ahora con una oposición interna con función de contrapunto.

El Tribunal de Justicia ha vuelto a poner de relieve las deficiencias sistémicas de este país en la STJUE de 21 de abril de 2026 en el ámbito del recurso interpuesto por la *Comisión Europea c. Hungría*, C-769/22, declarando el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la adhesión a la UE¹⁰. En dicho pronunciamiento se ha constatado por primera vez la violación por parte de un Estado miembro del art. 2 TUE porque la normativa adoptada por este país, que prohíbe o restringe el acceso a contenidos LGBTI+ para proteger a los menores, está orientada a estigmatizar y a marginalizar a las personas no cisgénero, incluidas las personas trans, o no heterosexuales, por el único motivo de su identidad o orientación sexual¹¹. Dicha discriminación entraña una vulneración “manifiesta y especialmente grave” de los derechos de estos colectivos, así como de los “valores de respeto de la dignidad humana, de igualdad y de respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”, siendo todo ello “contrari[o] a la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común en una sociedad caracterizada por el pluralismo”¹².

⁸ I. KAROLEWSKI y R. SATA, *The dual state of judiciary in Hungary and Poland*, en *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft*, 2025, n. 2, pp. 219-246.

⁹ Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, DOUE, n. 433, de 22 de diciembre de 2020. M^aL. MARTÍNEZ ALARCÓN, *Estado de derecho y condicionalidad financiera en la política de cohesión europea*, en *Revista de derecho constitucional europeo*, 2024, n. 41.

¹⁰ TJUE, sentencia de 21 de abril de 2026, *Comisión/Hungría*, asunto C-769/22.

¹¹ *Ibidem*, 553.

¹² *Ibidem*, 556-559.

En este sentido, si bien el art. 4.2 TUE otorga un margen de discrecionalidad a los Estados miembros, que se sustenta en la premisa de la diversidad de las identidades nacionales, inherentes a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales, que la Unión respeta, este precepto solo protege una concepción de esta categoría, que sea conforme a los valores consagrados en el artículo 2 TUE¹³. En dicho marco, el nuevo Ejecutivo de Peter Magyar tendrá que volver a reconstruir un Estado, cuyas estructuras básicas han sido alteradas y en el que también la cultura de los ciudadanos se ha ido adaptando y ha forjado valores en muchas ocasiones antitéticos a los consagrados por la UE. Habrá por lo tanto que ver si se producirá un cambio real o meramente aparente. A pesar del acercamiento del nuevo primer ministro de Hungría, no se puede soslayar que la vulnerabilidad de este país, así como de los demás de su entorno es estructural.

En este complejo proceso, la transición en Polonia representa un referente interesante puesto que, a pesar del cambio de Gobierno a finales de 2023, tras las elecciones generales, y de los intentos de reforma, le está costando revertir la *backsliding* y volver a la normalidad constitucional. Si bien el Ejecutivo progresista y de corte más europeísta de Tusk ha intentado poner en marcha las reformas necesarias para revertir la recesión democrática, está siendo boicoteado por el poder de veto del presidente de la República. Por otra parte, no se puede soslayar que el proceso de *rule of law backsliding* tiene un fuerte componente dominó. Y en efecto, son cada vez más los Estados, en los que estas derivas se están manifestando con intensidad. Este carácter ha permitido a dicho fenómeno extenderse en los últimos años de los Estados de Europa del Este, las democracias más jóvenes y frágiles de la UE, a Estados, como España, que parecían tener un modelo democrático más estable y consolidado, o fuera del continente europeo a Estados Unidos, la gran potencia ahora en declive.

3. España como supuesto inédito

3.1. ¿De una “democracia estable” a una “democracia deficiente”?

En este marco, España representa un supuesto distinto y en cierta medida más complejo, que merece un análisis aparte. Ante todo, se observa cómo el efecto dominó de la *backsliding* democrática, que se está extendiendo progresivamente de Este a Oeste, está interesando de forma gradual también a los Estados que parecían tener un modelo de democracia más estable y consolidado. Asimismo, se constata que mientras en Hungría y Polonia la erosión del Estado de Derecho ha sido llevada a cabo por movimientos de extrema derecha, en España, a pesar de que muchas de las debilidades y contradicciones del sistema vengan de antes, esta deriva se ha intensificado especialmente desde 2018, es decir, durante el Gobierno socialista de Pedro Sánchez Pérez-Castejón. Ya no se trata de meras disfunciones corregibles, de algunas anomalías constitucionales, que se pueden encontrar en todos los Estados, sino que se observa la presencia de varios indicadores de

¹³ *Ibidem*, 560.

los que se puede deducir la involución. El que este proceso haya sido propiciado por un Gobierno de izquierdas representa un supuesto inédito y también más difícil de identificar.

En efecto, si bien el país sigue estando incluido en los índices internacionales entre las democracias plenas, se está transformando en una “democracia menguante”¹⁴ o “deficiente”¹⁵. Freedom House y The Economist, en los informes publicados en 2026, restan a España posiciones o puntuación y V-Dem alerta del riesgo de autocratización¹⁶ por la presencia de determinadas deficiencias concretas, que son en realidad la señal de una erosión mucho más profunda y cada vez creciente. En esta línea, la misma UE ha mostrado recientemente su preocupación en un informe del Parlamento europeo, elaborado tras la misión de eurodiputados sobre el Estado de Derecho en España celebrada los pasados 16 y 17 de febrero de 2026. En dicho informe se pone de relieve el “deterioro de la confianza en varias instituciones del Estado”, se reprocha al Gobierno la falta de colaboración con la misión parlamentaria, con la que el presidente del Gobierno y los ministros se negaron a reunirse y se hace hincapié en los peligros derivados de los ataques a la independencia judicial, el abuso de los decretos ley y la corrupción institucional, que ha adquirido carácter sistémico¹⁷.

Ahora bien, aunque el proceso de erosión democrática en el Estado español no haya culminado todavía, se encuentran los cuatro elementos de la *backsliding* “moderna”, a los que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior. Todos estos indicadores aparecen por ejemplo en la gestión de la cuestión territorial en Cataluña, sin duda uno de los aspectos de mayor fragilidad de este País. Para intentar resolver el conflicto político se ha pasado de los indultos a los líderes del *procés*, criticables en lo que se refiere a la ratio y la forma, al configurarse como una amnistía encubierta¹⁸ y al haber sido adoptados por un proceso caracterizado por el secretismo y la falta de transparencia, hasta la Ley Orgánica 1/2024 de amnistía¹⁹, avalada por un TC complaciente en la STC 137/2025, de 26 de junio. La amnistía, que ha culminado este proceso, siendo una de las principales concesiones a los partidos independentistas a cambio de la investidura del actual Gobierno, muestra cómo la erosión ha conseguido perjudicar las estructuras básicas del ordenamiento. Dicho

¹⁴ M. ARAGÓN, F. DE CARRERAS, J. Díez NICOLÁS, T.R. FERNÁNDEZ, J.L. GARCÍA DELGADO, E. LAMO DE ESPINOSA, A. MANGAS, F. SOSA WAGNER, G. TORTELLA, *España democracia menguante*, Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2022; J. DE MIGUEL BÁRCENA, *España, democracia menguante*, en *Revista Española De Derecho Constitucional*, 2024, n. 130, pp. 347-358.

¹⁵ Según The Economist, España en 2022 pasó de democracia plena a democracia deficiente.

¹⁶ V. RECACHA, *Los índices internacionales desmienten a Sánchez: la democracia retrocede desde 2018*. Freedom House y ‘The Economist’ restan a España posiciones o puntuación y V-Dem alerta del riesgo de autocratización, en <https://theobjective.com/espana/2026-04-09/democracia-sanchez-indices/>, 9.4.26.

¹⁷ M. LOUREIRO, *Demoleedor informe europeo contra España por falta de independencia judicial, corrupción y abuso del decreto-ley*, en <https://www.libertaddigital.com/espana/politica/2026-05-06/demoleedor-informe-europeo-contra-espana-por-falta-de-independencia-judicial-corrupcion-y-abuso-del-decreto-ley-1b-7400114/>, 6.5.2026.

¹⁸ L. RODRÍGUEZ RAMOS, P. SIMÓN CASTELLANO, *La aporética constitucionalidad del indulto*, en *Teoría y realidad constitucional*, 2022, n. 50, pp. 427-455.

¹⁹ Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, BOE, n. 141, de 11.06.2024.

instituto se resume en una palabra: “ruptura”. Rompe la Constitución porque no tiene encaje en la Constitución española, rompe la convivencia porque no se observa ni arrepentimiento ni voluntad de dejar a un lado las tendencias secesionistas, sino que las refuerza, y rompe el principio de separación de poderes porque es una ley injusta que crea una justicia selectiva y asegura la impunidad²⁰.

También la Comisión de Venecia en el dictamen de marzo de 2024²¹ sobre los requisitos del Estado de Derecho de las amnistías formuló algunas recomendaciones a España. Entre los principales aspectos se ha criticado el procedimiento de urgencia sin consulta al público, haciendo hincapié en que ha ahondado una profunda y virulenta división en la clase política, en las instituciones, en el poder judicial, en el mundo académico y en la sociedad española²². Al contrario, se considera que hubiera requerido “el tiempo necesario para entablar un diálogo significativo en un espíritu de cooperación leal entre las instituciones del Estado, así como entre la mayoría y la oposición, con el fin de lograr la reconciliación social y política, y a que estudien la posibilidad de explorar procedimientos de justicia restaurativa”²³. Además, una amnistía debería haberse aprobado por una mayoría cualificada y no como ha ocurrido en España por mayoría absoluta del Congreso, tal y como el art. 81 CE prevé para la adopción de una ley orgánica²⁴.

En dicho marco, también se observa un abuso del decreto ley, con el consiguiente “agrandamiento”²⁵ o “hipertrofia”²⁶ del Ejecutivo, que se sustituye al legislador, desplazándolo, a fin de impedir el debate y por lo tanto la confrontación con la oposición. La falta de un amplio consenso parlamentario es particularmente problemática sobre todo cuando se adoptan determinadas decisiones sobre políticas trascendentales, que requerirían al contrario un consenso amplio, incidiendo en la legitimidad de tales decisiones.

Y, por último, el rasgo más peligroso de la crisis del Estado de Derecho: la captura de las instituciones y de los órganos de control y denuncia de un ejercicio arbitrario del

²⁰ Con respecto a la amnistía A.M. PEÑA FREIRE, *Estado de derecho y amnistía: una relación complicada*, en V. FAGGIANI, F.J. GARRIDO CARRILLO (dirs.), *La crisis del Estado de derecho ¿Hacia una nueva forma de Estado “híbrida”?*, Barcelona, 2026, pp. 41-70, advierte que existe el peligro de transformar el Estado de Derecho en un Estado dual en el que el poder legislativo está habilitado para decidir cuándo se excluye la aplicación del Derecho, basándose en consideraciones puramente políticas, lo que viene a ser una suerte de “cláusula de prevalencia”, y que supone la eliminación de facto de la separación de poderes. *Ex multis* respecto al debate sobre la amnistía: M. ARAGÓN REYES, E. GIMBERNAT ORDEIG, A. RUIZ ROBLEDO (eds.), *La amnistía en España: Constitución y Estado de Derecho*, Madrid, 2024.

²¹ VENICE COMMISSION, Spain - Opinion on the rule of law requirements of amnesties, with particular reference to the parliamentary bill of Spain “on the organic law on amnesty for the institutional, political and social normalisation of Catalonia”, Venice, 15-16 March 2024, CDL-AD(2024)003. Obsérvese que la Comisión de Venecia no puede pronunciarse sobre la oportunidad ni sobre la constitucionalidad de esta medida, ni sobre la compatibilidad de la proposición de ley de amnistía con el Derecho de la Unión Europea.

²² *Ibidem*, 127.

²³ *Ídem*.

²⁴ *Ibidem*, 128.

²⁵ M. ARIAS MALDONADO, *¿Hacia una democracia iliberal?*, en V. FAGGIANI, F.J. GARRIDO CARRILLO (dirs.), *La crisis del Estado de derecho...*, cit., p. 25.

²⁶ *Ibidem*, p. 26.

poder y la consiguiente ruptura de los mecanismos de recíproco control, sirviéndose de los instrumentos típicos del Estado democrático para transformarlo desde dentro. Esta técnica produce una contradicción entre forma y sustancia, que afecta a los derechos fundamentales y los principios estructurales del ordenamiento. A tal fin, los gobiernos iliberales suelen poner en marcha una obra de “colonización”, nombrando a familiares, a amigos y personas afines al partido para eliminar todo tipo de oposición. En todo esto el mérito se convierte en un concepto jurídico muy indeterminado.

En los últimos años se ha conseguido colonizar, entre otros, el Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado, el Banco de España, la Fiscalía general del Estado, la Agencia Efe y RTVE, solo por citar algunos ejemplos; asimismo el Gobierno ha batido el récord de los cargos discrecionales²⁷. Solo el Poder Judicial ha conseguido mantenerse firme, a pesar del desgaste que ha sufrido por la no renovación durante más de cinco años del CGPJ, las consecuencias de la LO 4/2021²⁸ con la creación de un Consejo *ad interim* limitado, y las continuas acusaciones de *lawfare*. La independencia de los órganos jurisdiccionales representa el elemento que marca la diferencia y que nos deja esperanza de que el actual contexto se pueda revertir²⁹. En esta línea, no se puede soslayar que la colonización lleva consigo la corrupción institucional, esta lacra, que se ha infiltrado en las estructuras básicas del Estado, devaluándolo³⁰. Al respecto, es importante considerar que la corrupción no es solo un delito que como tal tiene que ser perseguido, enjuiciado y sancionado, sino que es antes un factor cultural, y esto contribuye a crear círculos de impunidad, normalizando este fenómeno³¹.

Por otra parte, el que en España no exista una actitud hostil y excluyente hacia determinadas minorías, como las personas LGTBI o los inmigrantes, típica de Estados caracterizados por un populismo de extrema derecha, que tienden a identificar a estos colectivos como el “enemigo”, es simplemente parte integrante de la estrategia del populismo de izquierdas, que quiere transmitir una apariencia de mayor apertura al otro e inclusión, aunque después el reparto de poderes siempre se realiza entre unas élites muy cerradas. En este sentido, en palabras de Arias Maldonado, la “erosión” “es compatible con progresos tangibles en la igualdad entre sexos o la discriminación de las minorías

²⁷ E. MORALES, *El Gobierno tiene 1.259 asesores, de los que 606 son solo para Sánchez*, en <https://theobjective.com/espana/politica/2025-09-13/gobierno-1259-asesores-606-sanchez/>, 13.9.25.

²⁸ Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones, BOE, n. 76, de 30 de marzo de 2021.

²⁹ De forma más específica, en Hungría y Polonia, la *rule of law backsliding* ha representado la reacción, por un lado, a las élites dominantes y a los políticos corruptos del pasado, y, por otro, la reivindicación de una mayor autonomía con respecto a la UE, que es percibida como un opresor más. Esta “política de resentimiento” ha redefinido el marco constitucional, instrumentalizándolo para intereses particulares y ha creado nuevos centros de corrupción y criminalidad organizada.

³⁰ Además de los casos que ven involucrados a ex ministros del Gobierno Sánchez y altos cargos de Gobierno, acaba de imputarse por corrupción también al expresidente del Gobierno de España, J.L. Rodríguez Zapatero.

³¹ V. FAGGIANI, *La corrupción como elemento de devaluación de los Estados de Derecho*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2025, n. 67, pp. 117-147.

étnicas y sexuales”³². Además, como bien afirma el autor, no necesariamente los cambios a los que estos procesos de involución someten el sistema democrático acaban convirtiendo el sistema en una dictadura³³. Esto no quita que es necesario reconocer estos fenómenos y aprender a categorizarlos correctamente para identificarlos e intentar responder antes de que sea demasiado tarde.

3.2. La oposición silente a la primacía del Derecho de la UE

Y, por último, sin bien el Tribunal constitucional español no ha llegado nunca a enfrentarse de forma expresa al Derecho de la UE y al principio de la primacía, como los Tribunales constitucionales de Hungría, Polonia y Rumania³⁴, se puede observar la existencia de una oposición más sutil y silenciosa. Esta actitud omisiva se concreta en el tradicional no planteamiento del reenvío prejudicial. El caso de España es bastante llamativo, pues después del asunto *Melloni*, que remonta al lejano 2009³⁵, el TC no ha vuelto a confrontarse con el TJUE y no porque no hayan surgido ocasiones. Es suficiente pensar en los recursos planteados contra la LO de amnistía. En esta ocasión, el presidente del TC rechazó tanto presentar una cuestión prejudicial como paralizar la tramitación de esta medida hasta que se pronunciara el TJUE sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Cuentas y la Audiencia Nacional³⁶, priorizando la necesidad de resolver su constitucionalidad en tiempos breves para contentar al Gobierno y permitirle cumplir con los acuerdos con los independentistas. En aquel momento, no era conveniente preguntar al TJUE.

La tradicional reticencia al diálogo se ha manifestado también en la reunión bilateral celebrada en marzo de 2026 en Lisboa con el TC de Portugal³⁷, en la que el Sr. presidente

³² M. ARIAS MALDONADO, *¿Hacia una democracia iliberal?*, en V. FAGGIANI, F.J. GARRIDO CARRILLO (dirs.), *La crisis del Estado de derecho...*, cit., p. 23.

³³ *Idem*.

³⁴ Con respecto a Hungría *vid.* Tribunal Constitucional húngaro, sentencia 22/2016 AB134 relativa a la Decisión 2015/1601 del Consejo (DO L 248 de 24.9.2015) sobre las medidas temporales en el sector de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia, que imponía también a Hungría la obligación de respetar el plan cuotas para el reparto equitativo de los solicitantes de asilo entre los Estados miembros. Con respecto al TC polaco *vid.* la sentencias de 14 de julio de 2021, P 7/20, y de 7 de octubre de 2021 K 3/21. Y en cuanto al Tribunal constitucional de Rumania, se remite a la sentencia de 8 de junio de 2021 en la que se ha opuesto a la STJUE *AFJR c. IJ* (TJUE, Gran Sala, sentencia de 18 de mayo de 2021, C-83, 127, 195, 291, 355 y 397/19, *Asociația “Forumul Judecătorilor din Romania” c. Inspecția Judiciară*). G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia difende il principio del primato a fronte della ribellione delle corti costituzionali di Polonia, Ungheria e Romania*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2021, n. 3, en particular p. 478 ss; D. GALLO, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, en *Quaderni costituzionale*, n. 2, 2022, pp. 374-378.

³⁵ ATC 86/2011, de 9 de junio, y STC 26/2014, de 13 de febrero.

³⁶ Á. MARTIALAY, *Conde-Pumpido rechaza paralizar la tramitación de la amnistía hasta que se pronuncie Europa*, en <https://www.elmundo.es/espana/2025/05/19/682b2582fc6c83df498b4599.html>, 19.5.2025.

³⁷ La reunión se celebró bajo el título “Los 40 años de adhesión de Portugal y España a la Unión Europea: problemas constitucionales; las relaciones entre los Tribunales Constitucionales y el TJUE”. Al respecto, *vid.* TC, *Nota informativa n. 31/2026, El presidente del TC recuerda el equilibrio necesario entre la primacía del Derecho de la Unión y la supremacía constitucional para que la apertura a la realidad europea no implique la renuncia a la identidad nacional*, en

del TC español reafirmó la necesidad de mantener el “equilibrio entre la primacía del Derecho de la Unión Europea y la supremacía constitucional” para que el proceso de integración europea no implique renunciar a los elementos esenciales de la identidad nacional”, “desnaturaliz[ando]” “la legitimidad constitucional interna de los Estados”. En dicho marco, se criticó que el TJUE “está asumiendo progresivamente funciones de garante estructural del Estado de Derecho en los Estados miembros, aproximándose a un tribunal constitucional supranacional”. Esta extralimitación en las funciones del Tribunal de Luxemburgo contribuiría a exacerbar la “tensión con la supremacía constitucional interna”, propiciando las reacciones “a estas expansiones competenciales injustificadas del TJUE” de determinados tribunales constitucionales “como el alemán y el italiano o los de Europa central”.

No obstante, habría que rebatir a tales afirmaciones apuntando que tanto la *Corte costituzionale* italiana³⁸ como el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA)³⁹, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, han mostrado una mayor disposición hacia la cooperación vertical que el TC español. La posibilidad de que estas interrelaciones puedan desembocar en un choque abierto es parte integrante del sistema. La *Corte costituzionale* italiana, por ejemplo, en el ámbito de la saga *Taricco*, en el Auto 24/2017⁴⁰, manifestó la deferencia hacia la primacía del Derecho de la UE para reiterar su posición de garante supremo de los principios constituyentes del núcleo duro de la identidad nacional. De hecho, mediante este “ultimátum” al TJUE, dejó claro que no estaba dispuesta a ceder sobre los principios fundamentales del ordenamiento nacional, como el principio de legalidad en materia penal. Esto le ha permitido evitar el enfrentamiento directo, derivado de la aplicación inmediata del contra-límite ex art. 25.2 Const. it. y de la consiguiente declaración de ilegitimidad constitucional de la Ley de ejecución del Tratado de Lisboa⁴¹. Por su parte, el TCFA tras plantear su primer reenvío prejudicial en el ámbito de la cuestión relativa al programa de compra de deuda pública del BCE (Banco Central Europeo), a la que el TJUE (Gran Sala) contestó en la sentencia de 16 de junio de 2015, C-62/14, *Peter Gauweiler y otros contra Deutscher Bundestag*,

https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2026_031/NOTA%20INFORMA TIVA%20N%C2%BA%2031-2026.pdf, 4.4.2026.

³⁸ *Ex multis*, vid. A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali: Atti del Convegno del Dottorato di ricerca “Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali” del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara*. Ferrara, 7-8 aprile 2016, Napoli, 2017; V. FAGGIANI, *El diálogo jurisdiccional tras la sentencia del TJUE M.A.S. y M.B.: entre estándar europeo de protección y tendencias centrípetas*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, n. 60, pp. 639-676; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, en *www.giurcost.org/studi*, 2017, pp. 81-88.

³⁹ S. NINATTI, M. GALIMBERTI, *Tribunales constitucionales nacionales y tribunal de justicia: la confrontación sobre el principio de primacía*, en V. FAGGIANI (dir.), *Independencia judicial y crisis del estado de derecho en perspectiva comparada y europea*, Valencia, 2024, pp. 83-111.

⁴⁰ Corte cost., ord. n. 24/2017, dep. 26.01.2017.

⁴¹ Legge 2 agosto 2008, n. 130, Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007 (GU Serie Generale n. 185 del 8.8.2008 - Suppl. Ordinario n. 188).

en la decisión *Weiss* de mayo de 2020 sobre el *Public Sector Purchase Program* (PSPP) opuso la defensa de la identidad y el control *ultra vires*⁴². Tales ejemplos muestran la importancia del diálogo jurisdiccional europeo, que no tiene que ser entendido como un sometimiento absoluto y acrítico a la jurisprudencia del TJUE. Todo lo contrario, en las respuestas de estos dos Tribunales constitucionales autorizados, el italiano y el alemán, no se aprecia una dependencia pasiva, más bien se puede observar como el uso del Derecho de la UE le ha permitido reafirmar una posición, que no tiene que coincidir necesariamente con la del TJUE.

En cuanto a los Tribunales Constitucionales de Europa centro-oriental, su oposición al TJUE y al Derecho de la UE no representa en absoluto un referente, sino todo lo contrario, siendo una de las técnicas usadas por los Estados iliberales para oponerse al proceso de integración y seguir incumpliendo los estándares europeos. Y finalmente, sorprende también el llamamiento reiterado del presidente del TC español a la identidad nacional (art. 4.2 TUE) y a la necesidad de “autocontención por parte del TJUE” cuando recurre a “cláusulas abiertas como el Estado de Derecho o la tutela judicial efectiva”, advirtiendo del “riesgo de convertirse en un instrumento para trasladar controversias constitucionales o políticas internas de los Estados miembros al ámbito europeo”. Esta crítica cerrada al TJUE, que parece más propia del TC constitucional húngaro o polaco, desconoce el rol importantísimo desarrollado en los últimos años por el Tribunal de Luxemburgo en sinergia con el Tribunal de Estrasburgo⁴³ en la lucha contra las crisis sistémicas del Estado de Derecho.

4. La independencia judicial como eje del Estado de Derecho

La existencia de un sistema de justicia independiente representa el eje que sustenta y asegura el mantenimiento del Estado constitucional de Derecho. La violación reiterada y sistemática de esta garantía incide en la distribución de los poderes públicos, alterando la necesaria separación equilibrada y perjudicando la protección de los derechos fundamentales. En la Unión Europea no existe un modelo común, siendo la organización de la magistratura una competencia reservada a la autonomía institucional de los Estados miembros⁴⁴. No obstante, estos no pueden eximirse del respeto de las obligaciones derivadas de la adhesión al proceso de integración y, en particular, del principio de separación de poderes, que es un elemento irreductible de la cláusula del Estado de

⁴² TJUE, Gran Sala, sentencia de 11 de diciembre de 2018, *Procedimiento incoado por Heinrich Weiss y otros. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverfassungsgericht*, asunto C-493/17, a la que el BVerfG respondió el 5 de mayo de 2020 (2 BvR 859/15).

⁴³ Sobre el caso polaco el TEDH se ha pronunciado en numerosas decisiones hasta la sentencia *Walesa*, en la que ha aplicado el mecanismo de las sentencias piloto (TEDH, sentencia de 23 de noviembre de 2023, final 23 de febrero de 2024, *Walesa c. Polonia*).

⁴⁴ TJUE, sentencia de 5 de noviembre de 2019, C-192/18, *Comisión c. Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios)*, 102.

Derecho⁴⁵, con arreglo al art. 2 TUE⁴⁶. Este precepto, que reconoce los valores europeos fundamentales, no es una mera norma programática o una simple “declaración de intenciones políticas”, sino que consagra un conjunto de valores, que constituyen parte integrante “de la identidad” “de la Unión, como ordenamiento jurídico común”. Tales “valores” “se concretan en principios que contienen obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros”⁴⁷.

En dicho marco, la independencia judicial representa un elemento básico y estructurador del sistema de protección de los derechos fundamentales y por ende de la supervivencia del Estado Derecho. Dicho derecho-garantía procesal de carácter fundamental consta de dos dimensiones: una dimensión *ad extra* y una dimensión *ad intra*⁴⁸. La independencia externa, que deriva del principio de separación de poderes en el seno del Estado de Derecho, se sustancia en la libertad del juez frente a posibles injerencias de otros poderes, en particular el poder legislativo y el ejecutivo⁴⁹, que podrían comprometer la evaluación, condicionándola⁵⁰. En cambio, la independencia interna pretende asegurar la autonomía de los jueces frente a los demás órganos jurisdiccionales, con la inclusión de los pertenecientes a categorías jerárquicamente superiores.

⁴⁵ Sobre la noción formal y sustancial de Estado de Derecho v.: P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, in *Public law*, 1997, p. 467 ss.; L. PECH, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Jean Monnet Working Paper*, NYU School of Law, 2009, p. 1 ss.; B.Z. TAMANAHA, *The History and Elements of the Rule of Law*, en *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, p. 233 ss.; C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016; R. BELLAMY, S. KRÖGER, *Countering Democratic Backsliding by EU Member States: Constitutional Pluralism and ‘Value’ Differentiated Integration*, en *Swiss Political Science Review*, 2021, p. 619 ss.

⁴⁶ Sobre el art. 2 TUE, *ex multis*, v. P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell’Unione europea*, en *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2021, p. 73 s.

⁴⁷ En este sentido, se reenvía al TJUE (Gran Sala), sentencia de 5 de junio de 2023, C-204/21, *Comisión Europea c. República de Polonia*, 67 ss., que a su vez reenvía a la sentencia del TJUE (GS) del 16 de febrero de 2022, C-156/21, *Hungría c. Parlamento y Consejo*, 232.

⁴⁸ Sobre la noción de independencia judicial en el Derecho de la UE, vid. V. FAGGIANI, *Indici di violazione dell’indipendenza giudiziaria nell’UE da Est a Ovest: l’importanza degli standard di Strasburgo e Lussemburgo*, en *Studi sull’integrazione europea*, 2023, n. 2, pp. 283-313; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell’Unione Europea*, en esta *Revista*, 2020, n. 1, p. 10 ss.; R. BUSTOS GISBERT, *Independencia judicial e integración europea*, Valencia, 2022; P. CRAIG, *Definición y conceptualización del Estado de derecho. La importancia de la independencia judicial*, en *Teoría y realidad constitucional*, 2020, n. 50, pp. 165-184; K. LENAERTS, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2020, n. 72, pp. 351-368; N. MAGALDI, *La construcción de un Poder Judicial europeo y las garantías de su independencia*, en *Revista española de derecho constitucional*, 2022, n. 125, pp. 127-157; D. SARMIENTO, E. ARNALDOS ORTS, *La independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en *Revista de estudios políticos*, 2020, n. 198, pp. 121-151; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *La independencia judicial ante el Tribunal de Justicia de la UE*, Cizur Menor, 2024.

⁴⁹ TJUE, Gran Sala, sentencia de 16 de noviembre de 2021, C-748/19 a C-754/19, *procedimientos penales a cargo de WB*, 68 ss., en la que se mantiene la noción de independencia judicial, formulada desde la sentencia *L.M.* (TJUE, sentencia de 25 de julio de 2018, C-216/18 PPU, *L.M.*).

⁵⁰ En el Derecho de la UE resulta, en cambio, más problemático el concepto de independencia interna, que el TJUE confunde y superpone al de imparcialidad, olvidándose de que son dos garantías distintas, aunque estrictamente relacionadas. El TJUE la concibe en términos de equidistancia del juez de las partes de la controversia y de sus respectivos intereses respecto al objeto de esta última, cuando, en cambio, dicha garantía pretende asegurar la autonomía de los jueces respecto a los demás órganos jurisdiccionales con la inclusión de los pertenecientes a categorías jerárquicamente superiores.

El respeto de estas dos dimensiones depende del equilibrio que se consiga alcanzar entre el sustrato normativo, es decir, las normas, que conforman la “estructura” del estatuto de los jueces, cuya correcta interpretación y aplicación permite asegurar esta garantía *in concreto*, transmitiendo una apariencia de independencia. Apariencia y efectividad se configuran, por lo tanto, como dos planos complementarios. Las normas “estructurales”⁵¹, que regulan el estatuto y la organización de los órganos judiciales, se refieren, entre otros aspectos, a la composición del órgano jurisdiccional, el nombramiento, el desarrollo y la cesación del servicio, la retribución, la inamovilidad, el régimen disciplinario o los procedimientos penales, en los que los jueces pueden encontrarse involucrados, las causas de recusación y la posibilidad de prórrogas más allá de la edad de jubilación. Tales normas deberían permitir excluir cualquier duda respecto de su “impermeabilidad” para alcanzar un equilibrio entre efectividad y apariencia, en definitiva, entre la confianza y la percepción por parte de los ciudadanos de la administración de la justicia en sus países. Este principio se encuentra perfectamente sintetizado en la máxima citada por el Abogado general en las conclusiones relativas al caso C-216/21, *AFJR, YN c. CSM*: “Justice must not only be done, it must also be seen to be done”⁵².

5. Los ataques a la Justicia

Ahora bien, la independencia judicial suele ser a menudo atacada. Los ataques a esta garantía pueden proceder tanto *ad extra* por las presiones del Poder Ejecutivo o Legislativo o también por vía de los medios de comunicación afines a la mayoría gobernante, como *ad intra*, desde los mismos órganos y asociaciones judiciales, lo cual nos lleva también a plantear si existe de verdad esta garantía o es una mera quimera o una “fabula”, en palabras de Sosa Wagner⁵³. Son conocidas las estrictas relaciones de las asociaciones judiciales con la política, que siempre han orientado el reparto de los cargos discrecionales, a través de acuerdos informales con estos colectivos⁵⁴. Esta “influencia” puede ser tanto “directa” como “indirecta”. En el primer caso, se realiza mediante reformas regresivas, que modifican el sistema, instrucciones u órdenes, con las que se indica al órgano jurisdiccional cómo tiene que comportarse; en cambio, en el segundo, se intenta orientar el proceso decisorio para someterlo a un vínculo jerárquico o de subordinación.

En ambos supuestos, la política suele desempeñar una función manipuladora, más inmediata en el primer caso, porque las presiones proceden del gobierno, o interpuesta en el segundo, puesto que el corporativismo de las asociaciones judiciales está

⁵¹ En relación con el concepto de “independencia estructural” se remite a EUROPEAN COMMISSION, The 2022 EU Justice Scoreboard, Communication, COM(2022) 234, 2022, p. 43 ss.

⁵² Conclusiones C-216/21, *AFJR, YN c. CSM*, 1.

⁵³ F. SOSA WAGNER, *La independencia del juez ¿una fábula?*, Madrid, 2016.

⁵⁴ D. KOSAŘ, D., K. ŠÍPULOVÁ, M. URBÁNIKOVÁ, *Informality and Courts: Uneasy Partnership*, *German Law Journal*, 2014, n. 24, pp. 1239-1266.

funcionalmente orientado a la judicialización de la política. Las dos tendencias son intrínsecas a las tensiones constantes, que caracterizan el dinamismo y la dialéctica del sistema democrático. No obstante, en contextos de involución de más amplio alcance estas manipulaciones y repartos alcanzan niveles muy criticables. En los gobiernos iliberales, como los de Hungría y Polonia, por ejemplo, dichas presiones proceden sobre todo del Ejecutivo. En cuanto a España, hasta ahora no se ha producido la captura, pero sí ha habido intentos fallidos de interferir en la magistratura, que ha resistido a las presiones.

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

Esta reacción tiene raíces profundas y complejas, explicándose a la luz del proceso de *democratic backsliding*, que se está manifestando, aunque con distinta intensidad en los diferentes Estados, cuyo objetivo es difuminar los límites al poder, alterando la separación en favor del Ejecutivo, que se refuerza. De esta forma, los gobiernos consiguen interferir en la administración y desempeño de las funciones judiciales, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de la jurisdicción constitucional. Y para ello, es necesario “capturar” las instituciones de garantía.

Según Cartabia el ataque a la justicia es, en realidad, el ataque al sentido de los límites al poder, que es parte de la democracia constitucional contemporánea⁵⁵. De hecho, estos ataques se concretan en reformas involutivas, a través de las que se pretende modificar el sistema de acceso a la carrera judicial, pues, a través de la politización de los nombramientos y la instrumentalización de la imposición de sanciones disciplinarias, se consigue colonizar las altas instancias judiciales y los órganos de garantía y de control, como el TC y el CGPJ, a fin de excluir las voces disidentes, que se intenta silenciar. Este tipo de política además contribuye a crear centros de corrupción y espacios de impunidad. En definitiva, los ataques de los Ejecutivos a la independencia e imparcialidad judicial, como límites del poder, esto es, a los instrumentos de contrapeso y de denuncia de la arbitrariedad, minan los principios fundamentales de la democracia constitucional, que se ve mermada en su esencia, desestabilizando su arquitectura⁵⁶.

Estas tendencias se han intensificado en los últimos años, poniendo en riesgo la arquitectura de los Estados miembros y por ende la supervivencia de la UE. No obstante, la intervención de la Unión para frenar las tendencias iliberales en los Estados miembros, restablecer una equilibrada tensión dialéctica entre *gubernaculum* y *iurisdictio*⁵⁷, entre

⁵⁵ M. CARTABIA, *Le Corti e la Democrazia*, en *Quaderni costituzionali*, 2025, n. 1, pp. 69-96.

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ G. PALOMBELLA, *The Rule of Law at Home and Abroad*, en *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, pp. 1-23.

poder ejecutivo y poder judicial, y volver a desarrollar una cultura constitucional no ha sido rápida ni ha producido los efectos esperados. A continuación, veremos porqué.

6. El *court-packing*

La politización de la justicia por parte de los gobiernos está funcionalmente orientada a moldearla a sus propios intereses para controlar y anular el margen de autonomía del que dispone en los procesos decisorios. Ahora bien, para alcanzar este objetivo se suelen adoptar medidas de *court-packing*, que permiten, por un lado, incidir en los procedimientos de nombramiento y de promoción, a fin de modificar la composición de dichos órganos⁵⁸; y por otro lado, ponen en marcha una estrategia de *chilling effects*, que se concreta en el ejercicio de la potestad disciplinaria y la adopción de decisiones y medidas ejemplares, que sirven no solo para disuadir en el caso concreto, sino que tienen un alcance más amplio, prospectivo.

Estas medidas de “*court-packing*” pueden desembocar en verdaderos ataques a la independencia judicial y en la violación del principio de separación de poderes sobre todo cuando se enmarcan en un contexto de regresión constitucional más generalizado, es decir, no se trata de medidas aisladas⁵⁹. Por eso, para identificar si los fallos en los sistemas de justicia representan meros déficits democráticos o llegan a integrar un supuesto de crisis sistémica del Estado de Derecho es necesario realizar una evaluación *in concreto*, contextualizando dichas reformas⁶⁰.

En efecto, como afirma correctamente la Comisión de Venecia⁶¹, no existe un único “modelo” apolítico que asegure plenamente el principio de separación de poderes. En términos generales, se puede observar que en las democracias más antiguas existen sistemas, que, a pesar del rol preponderante del poder ejecutivo en los procedimientos de nombramiento, desde el punto de vista práctico, funcionan bien en virtud de una cultura y de tradiciones jurídicas consolidadas en el tiempo. Al contrario, esto generalmente no ocurre en las democracias “más jóvenes”, en las que tales tradiciones no se han desarrollado suficientemente.

Al respecto, España representaría un modelo intermedio, porque si bien se suele incluir entre las democracias consolidadas, sobre todo en comparación con los países de Europa centro-oriental y de otros continentes, sigue siendo un sistema relativamente incipiente, que ha demostrado ser todavía muy frágil. Ahora bien, la captura del poder judicial es un proceso complejo y articulado, que se lleva a cabo a través de modificaciones, que están destinadas a incidir en el acceso a la carrera judicial, en la composición de los órganos de justicia, no solo los de última instancia y los tribunales

⁵⁸ El cambio en la composición puede ser cuantitativo o cualitativo.

⁵⁹ D. KOSAŘ, K. ŠÍPULOVÁ, *Comparative court-packing*, en *International Journal of Constitutional Law*, 2023, n. 1, pp. 80-126.

⁶⁰ TJUE, sentencia de 19 de noviembre de 2019, A.K. y otros, C-585, 624 e 625/18, 139-144.

⁶¹ VENICE COMMISSION, *Judicial Appointments - Report adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session (Venice, 16-17 March 2007)*, CDL-AD(2007)028-e.

constitucionales, en las fiscalías y también en los órganos de autogobierno de la magistratura.

7. Reformas e intentos de contrarreformas de los órganos de autogobierno de la magistratura

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

Dichos órganos, tras una primera fase de éxito, seguida a su institución después de la Segunda Guerra Mundial, empezaron un proceso de declive, que los ha expuesto a la captura tanto por parte del Poder Ejecutivo, como de las corporaciones judiciales⁶². Si bien los Consejos de Justicia están atravesando una crisis generalizada, las experiencias de Polonia, España y Hungría pueden ser útiles para comprender cómo suelen actuar los Estados iliberales. En este caso, entre Polonia y España existe una analogía importante. En ambos países la indefinición del texto constitucional ha favorecido su instrumentalización por parte del poder político. En Polonia, el Gobierno de Pis aprovechó el silencio de la Constitución para modificar por ley el sistema de nombramiento de los vocales del CNJ, que fue sustraído a los jueces y atribuido al *Sejm*⁶³.

⁶² M. VOLPI, *I Consigli della magistratura in Europa*, en *Cosmopolis. Rivista di Filosofia e Teoria politica*, XIX, 2022, n. 1, D. KOSAŘ, K. ŠIPULOVÁ, O. KADLEC, *The Case for Judicial Councils as Fourth-Branch Institutions*, en *European Constitutional Law Review*, 2024, n. 1, pp. 82-119; P. CASTILLO ORTIZ, *The politics of implementation of the judicial council model in Europe*, en *European Political Science Review*, 2019, n. 4, pp. 503-520; F. DONATI, *Dal CSM ai Consigli di Giustizia europei. L'incerta diffusione di un modello costituzionale*, en *Quaderni costituzionali*, 2021, n. 2, pp. 355-373; V. FAGGIANI, *Los Consejos de Justicia ante la involución del Estado de Derecho: perspectivas de reforma interna y estándares supranacionales*, en *Revista de Derecho Político*, 2025, n. 123, pp. 251-277.

⁶³ Sobre las reformas del sistema de justicia en Polonia: G. HALMAI, *How the EU can and should cope with illiberal Member States*, en *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 2, pp. 313-340; A. KRZYWON, *La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): como cuestionar el sistema del equilibrio constitucional en dos años*, en *TRC*, 2018, n. 41, pp. 359-379; A. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, *The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition*, en *German Law Journal*, 2018, n. 7, pp. 1839-1870; L. BOJARSKI, *Judicial Resistance: missing part of judicial independence? The case of Poland and beyond*, en *Onati Socio-Legal Series*, 2024, pp. 1-39; D. MAZUR, *From Bad to Worse – The Polish Judiciary in the Shadow of the “muzzle act” (second publication)*, en *Annual report for 2020. Themis Sedziowie.eu*, 2020. Polonia incorporó el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en la Constitución de 1989. Según el artículo 186 de la Constitución su función es “salvaguardar la independencia de los tribunales y de los jueces”. A continuación, el artículo 187 de la Constitución establece además que el CNM está compuesto por tres miembros de pleno derecho (el primer presidente del TS, el Ministro de Justicia y el presidente de la Suprema Corte Administrativa), un miembro designado por el presidente de la República, quince miembros elegidos entre jueces del TS, tribunales ordinarios, administrativos y militares, sin especificar de qué forma, cuatro miembros, también de elección por el *Sejm* entre sus diputados y dos miembros por el Senado entre senadores. Atendiendo a la reforma de 2017, los quince vocales togados ya

Este es el ejemplo de un caso-límite de cómo los gobiernos iliberales pueden aprovecharse de un ordenamiento frágil para capturarlo y así manipular la justicia.

Sin embargo, el intento de contrarreforma, con la que se pretende revertir los efectos de la enmienda de 2017, devolviendo la elección de los 15 miembros de extracción judicial a los jueces y sustrayéndola al *Sejm*, ha sido bloqueado por el TC, todavía “capturado”, en el ámbito del recurso preventivo interpuesto por el expresidente Duda⁶⁴. En la misma línea, los vetos del actual presidente Karol Nawrocki (Pis), elegido en junio 2025, están produciendo un ulterior endurecimiento de la oposición al Gobierno, del que se deduce que las reformas pendientes⁶⁵, fundamentales para restablecer el Estado de Derecho, muy probablemente no serán adoptadas.

En España, en cambio, el modelo parlamentario de designación de los vocales de extracción judicial del CGPJ fue adoptado en 1985. Este sistema fue promovido por el PSOE. El bloqueo en la renovación del Consejo, que se ha extendido durante más de 5 años, no ha representado una simple “anomalía institucional”, un déficit democrático, sino que es el reflejo de una crisis mucho más profunda⁶⁶. En junio de 2024, se consiguió llegar al acuerdo entre PP y PSOE para renovar dicho órgano y poner en marcha el proceso de reforma. La designación de los vocales ha permitido paliar los efectos de la LO 4/2021, que instituyó un Consejo *ad interim* privado de la potestad de proceder al nombramiento de los altos cargos judiciales, lo cual desembocó en una parálisis de la justicia. No obstante, a pesar de los reiterados llamamientos del GRECO⁶⁷, el TEDH⁶⁸ y las instituciones de la UE⁶⁹, el sistema no se ha modificado todavía. A continuación, en febrero de 2025, en el plazo de seis meses previsto en la disposición única de la LO 3/2024⁷⁰, adoptada justo después del acuerdo, el Pleno del CGPJ elaboró una propuesta con dos alternativas. El hecho de que hayan sido formuladas dos opciones no es índice de

no tenían que ser propuestos por los magistrados, sino por el *Sejm*, con la consiguiente prevalencia de los nombramientos políticos (23 sobre 25).

⁶⁴ LAWYERS AND DEMOCRATIC DECLINE, *Poland's Constitutional Tribunal Blocks Judicial Reform Bill*, en <https://ladd.law.wisc.edu/2025/11/20/polands-constitutional-tribunal-blocks-judicial-reform-bill/>, 20.11.2025.

⁶⁵ S. FELLA, *Poland: The Tusk government and the 2025 presidential election*, en <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-10300/>, 3.7.25.

⁶⁶ Sobre la reforma del CGPJ, R. MIGUEL BARRIO, *El Consejo General del Poder Judicial en Perspectiva: análisis, desafíos y propuesta de reforma*, en *Revista de Derecho Político*, 2024, n. 120, pp. 289-317; M.Á. CABELLOS ESPIÉRREZ, *La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2020, n. 118, 2020, pp. 13-44; T. VIDAL MARÍN, *Una propuesta conciliadora para la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial: la necesaria despolitización del mismo y la superación de las situaciones de bloqueo*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2023, n. 51, pp. 347-384.

⁶⁷ Por último, GRECO, Council of Europe, Fifth evaluation Round, Preventing corruption and promoting integrity in central governments (top executive functions) and law enforcement agencies, Second compliance Report Spain, Adoption 1.12.2023, Publication: 16.4.2025.

⁶⁸ TEDH, sentencia de 22 de junio de 2023, *Lorenzo Bragado y otros c. España*.

⁶⁹ Por último, COMISIÓN EUROPEA, Informe sobre el Estado de Derecho en 2025, Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España que acompaña al documento, Estrasburgo, 8.7.2025, SWD(2025) 909 final.

⁷⁰ Ley Orgánica 3/2024, de 2 de agosto, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de reforma de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, BOE, n. 188, de 5 de agosto de 2024.

pluralismo, como se ha afirmado; más bien denota el desacuerdo en el seno de este órgano por la persistente oposición de la “parte progresista”, que siguiendo las indicaciones del Gobierno ha intentado mantener el *status quo*.

La primera alternativa prevé que los miembros de extracción judicial del CGPJ sean propuestos por jueces o por una asociación judicial y posteriormente elegidos por los jueces; la segunda, que se articula en tres fases, en cambio, pretende preservar el modelo parlamentario. Esta última opción establece que en la primera fase los candidatos tengan que ser aprobados por treinta jueces o por una asociación judicial; en la segunda interviene la comunidad judicial, a la que le corresponde la preselección para crear un grupo de candidatos tres veces más numeroso que los puestos vacantes. La decisión final sería adoptada por el Parlamento en la tercera fase, en la que los miembros son elegidos entre el grupo preseleccionado.

Las dos opciones mencionadas han sido sometidas por el presidente del CGPJ, María Isabel Perelló Doménech, a la Comisión de Venecia, que el 9 de octubre de 2025, adoptó un interesante dictamen, en el cual considera que la primera propuesta es compatible con los estándares europeos, si bien con algunos ajustes, mientras rechaza de forma categórica la segunda⁷¹. En particular, se estima que, aunque la primera opción, en principio, sea conforme a los parámetros convencionales, que requieren la elección de los miembros togados entre pares, sería necesario mejorar el sistema de elección para evitar las eventuales injerencias del asociacionismo judicial y garantizar un auténtico pluralismo, permitiendo también a los jueces no afiliados, que en España son casi la mitad, participar⁷². El dictamen por lo tanto no discute la conformidad *in abstracto* de la presente propuesta. Las mejoras sugeridas intentan solo adaptar el nuevo sistema al contexto de este país, impidiendo pasar de la politización derivada de eventuales presiones de las principales fuerzas políticas a la injerencia del corporativismo sobre todo en la transición al nuevo sistema.

Con respecto a la segunda alternativa, al contrario, la Comisión de Venecia afirma en varias ocasiones que es contraria a los estándares europeos. En su opinión, esta propuesta establece un procedimiento complejo, “vulnerable”⁷³ y poco claro, que mantendría invariado el modelo. Se pone de relieve la necesidad para el Estado democrático, que se basa en la separación de poderes, de funcionar como un sistema de pesos y contrapesos, en el que la magistratura tiene que seguir siendo independiente⁷⁴. En su opinión, la legitimidad democrática del poder judicial y por lo tanto el pluralismo, invocados por la parte progresista del CGPJ, no derivarían de la participación del Parlamento, sino de la Constitución, del respeto de las leyes, del principio de legalidad y de la confianza pública, no de acuerdos políticos sobre el nombramiento de los miembros de los Consejos⁷⁵.

⁷¹ VENICE COMMISSION, Spain Opinion on the manner of election of the judicial members of the General Council of the Judiciary, adopted at its 144th Plenary Session (Venice, 9-10 October 2025) on the basis of comments by Ms M. CARTABIA, Ms R. KIENER, Mr F. SÉNERS (Substitute member, France), 54 y 67.

⁷² *Ibidem*, 45.

⁷³ *Ibidem*, 67.

⁷⁴ *Ibidem*, 49.

⁷⁵ *Ibidem*, 50.

En este sentido, la composición mixta del CGPJ en España ya está asegurada por la inclusión de los miembros laicos, que han sido elegidos por las dos Cámaras. Esta pluralidad, que es de por sí un valor, permite evitar las eventuales presiones del corporativismo. Por lo tanto, un sistema como el propuesto en la segunda alternativa aumentaría el riesgo de instrumentalización. Involucrar el poder legislativo después de la preselección de los jueces no neutraliza las connotaciones políticas del procedimiento; al contrario, las duplica tanto en la magistratura como en el ámbito de los distintos grupos políticos en el seno de las Cortes Generales.

La elección parlamentaria de los miembros togados del CGPJ ha creado y reforzado los vínculos entre las asociaciones judiciales y la esfera política, que de esta forma habrían sido preservados. Pedir a los candidatos al Consejo – también después de haber sido seleccionados por la comunidad judicial – someterse a un proceso político en Parlamento puede atribuir a tales jueces un “color político” para el resto de su carrera profesional, perjudicando la apariencia de independencia. Además, la segunda alternativa no proporciona ningún criterio específico sobre la decisión del Parlamento, que se presume tendrá un carácter excepcional, no se prevé la obligación de motivación, ni un mecanismo para controlar en vía jurisdiccional tales decisiones políticas⁷⁶. Y, por último, no instituye un adecuado mecanismo antibloqueo en sede parlamentaria, en el caso de que no se consiguiera alcanzar la mayoría de los tres quintos⁷⁷.

El 25 de octubre de 2025 el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, “ante la resistencia del gobierno al cambio” presentó una Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁷⁸, para la modificación del modelo de elección de los vocales del CGPJ. La propuesta, que se alineaba al dictamen de la Comisión de Venecia de 9 de octubre de 2025, descartó la opción 2 elaborada por el CGPJ⁷⁹ y, en cambio, asumió la opción 1⁸⁰. Lamentablemente, no ha sido objeto de debate ni hay perspectivas.

Y, por último, distinto es el caso de Hungría, cuyo órgano de gobierno de la magistratura fue desconstitucionalizado en 2011 (art. 25 Ley fundamental); sus competencias fueron transferidas a la Oficina Judicial Nacional (*Országos Bírósági*

⁷⁶ *Ibidem*, 52.

⁷⁷ *Ibidem*, 53.

⁷⁸ Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el cambio del modelo de elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, BOCG, Congreso de los Diputados, XV Legislatura, 31 de octubre de 2025, núm. 273-1 Pág. 1.

⁷⁹ *Vid.* Propuestas elaboradas por el CGPJ el 5 de febrero de 2025.

⁸⁰ De forma más específica, con respecto a la elección de los vocales del turno judicial, la presente propuesta modificaría el art. 575 LOPJ, reconociendo el sufragio activo y pasivo en la elección de los doce vocales del CGPJ de procedencia judicial. Serán “electores todos los jueces y magistrados pertenecientes a todas las categorías judiciales que se encuentren en servicio activo en el momento de publicarse la convocatoria de la elección” y “Serán elegibles los mismos electores, excepto los que de ellos estén incurso” en las causas de inelegibilidad, que se detallan en la propuesta. En la elección se respetará la siguiente proporción: “a) Tres serán magistrados del Tribunal Supremo; b) Tres serán magistrados con antigüedad superior a quince años; c) Seis serán jueces o magistrados sin sujeción a antigüedad”.

Hivatal, OBH)⁸¹. En este caso, el Gobierno no intervino en la composición del órgano, capturándolo, sino que fue más drástico, desautorizándolo y vaciándolo de contenido⁸².

8. La dependencia del fiscal general del Ejecutivo

Otro aspecto muy problemático por su impacto en el correcto funcionamiento de la justicia es la fuerte dependencia del fiscal general del Ejecutivo. Tanto en Polonia como en España y en Hungría los vicios se encuentran *ab origine*, es decir, en la formulación abstracta de las normas, cuya aplicación práctica sobre todo en contextos de crisis impacta negativamente en el correcto desarrollo de la justicia por su posible instrumentalización. En España el art. 124 CE⁸³ facilita el control por parte del Ejecutivo. La Fiscalía no goza de independencia sino en todo caso de autonomía funcional. En la cúspide de esta estructura se encuentra el Fiscal General del Estado (FGE), que es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno y previa consulta del CGPJ⁸⁴, individualizándose una “sincronización” entre este y el poder ejecutivo⁸⁵. La dependencia jerárquica y el principio de unidad de acción pueden verse así muy tensionados especialmente en contextos involutivos con el principio de legalidad e imparcialidad.

Es lo que ocurrió durante el mandato de Dolores Delgado y que se ha agravado con su sucesor Álvaro García Ortiz, ex FGE, que no solo se ha distinguido por alinearse de forma excesivamente complaciente a la línea política del Gobierno, aunque esto supusiera adoptar decisiones muy críticas. Es el primer FGE, que ha sido condenado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la causa especial 20557/2024 por un delito de revelación de datos reservados relativos a la investigación por defraudación tributaria y falsedad documental contra la pareja de la presidenta de la Comunidad de Madrid, Díaz Ayuso⁸⁶. Al respecto, es interesante poner de relieve que el FGE, por un lado, no dimitió

⁸¹ S. BENVENUTI, *Dodici anni di riforme della giustizia in Ungheria*, en <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/74-main/138-diritti-stranieri/2758-dodici-anni-di-riforme-della-giustizia-in-ungheria-di-simone-benvenuti-2>, 29.4.23. V. Leyes n. 161 y 162 de 28 de noviembre de 2011.

⁸² La OJN está integrada por 15 miembros, el presidente de la Curia y otros 14 jueces elegidos en votación secreta por mayoría de votos en la reunión de los jueces delegados.

⁸³ Atendiendo al art. 124 CE, “1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”.

⁸⁴ Art. 8.1 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). Sobre esta cuestión *vid.* D. CAMONI RODRÍGUEZ, *Separación de poderes e independencia judicial en España, hoy: control de instituciones y episodios controvertidos*, en V. FAGGIANI (dir.), *Crisis del estado de derecho. La revisión de la independencia y del gobierno del poder judicial*, cit., pp. 75-112.

⁸⁵ Art. 25.1 EOMF.

⁸⁶ El ex FGE ha sido condenado a la pena de multa de 12 meses con una cuota diaria de 20 euros e inhabilitación especial para el cargo de FGE por dos años, y al pago de las costas procesales

antes, pero tampoco fue suspendido, como hubiera ocurrido a cualquier otro fiscal⁸⁷. El ex FGE, como era previsible, ha interpuesto recurso de amparo ante el TC, solicitando la anulación de la condena de inhabilitación impuesta por el TS. Ahora bien, el supuesto delictivo cometido por el ex FGE no es una mera disfunción, sino que lo acontecido tiene que ser interpretado en el contexto de deterioro de las instituciones del Estado y de la manipulación de los órganos de justicia por parte del Ejecutivo. Aunque el art. 124 CE se caracteriza por un defecto estructural, que hace de por sí la Fiscalía una institución estructuralmente vulnerable, las distorsiones que se han producido son el resultado de su dependencia extrema del Gobierno. Lamentablemente, parece que la nueva FGE siga la senda, y evidentemente esto arriesga a producir efectos muy perniciosos.

Por su parte, en Polonia, el ministro de Justicia es también fiscal general. Esta identificación es problemática, produciendo un solapamiento evidente del poder ejecutivo con el poder judicial, cuya separación se altera, difuminándose. Ahora bien, en calidad de fiscal general, este puede otorgar nombramientos discrecionales con criterios arbitrarios, no publicados anteriormente y sin motivar. El TJUE, en la sentencia de 16 de noviembre de 2021, C-748/19 a C-754/19, intervino al respecto en relación con la concesión y revocación de las comisiones de servicio, declarando que las normas nacionales en materia de organización de la administración de la justicia tienen que respetar el Derecho de la UE⁸⁸. Las normas sobre las comisiones de servicio pueden incidir tanto en la composición del órgano jurisdiccional como en la duración del mandato y afectan directamente a la independencia y a la misma inamovilidad judicial, porque el juez es consciente de que para mantener su condición es necesario satisfacer las pretensiones del ministro de Justicia, a quien está sometida la concesión y revocación de la comisión de servicios. La revocación además podría ser vista como una sanción disciplinaria.

Por su parte, Hungría en el marco de las reformas requeridas por la UE, tras la aplicación del Reglamento de condicionalidad (Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092), a principios de 2025, modificó de nuevo la Ley Fundamental de 2011, en lo que se refiere al procedimiento de elección del fiscal general, reforzando el rol del Parlamento. No obstante, esto no resuelve los problemas de captura. Antes, el art. 29 de la Ley Fundamental preveía que el fiscal general era elegido a propuesta del presidente de la República por la Asamblea Nacional por mayoría de dos tercios. Como se puede observar, la formulación del precepto no planteaba problemas. En cambio, a partir de enero de 2025,

correspondientes, incluyendo las de la acusación particular. Además, deberá indemnizar 10.000 euros por daños morales.

⁸⁷ A. RUIZ ROBLEDO, *El Fiscal, al banquillo: Un paso esperado, una suspensión pendiente*, en *El Español*, 14.9.2025.

⁸⁸ El TJUE, Gran Sala, en la sentencia de 16 de noviembre de 2021, *procesos penales seguidos contra WB*, asuntos acumulados C-748/19 a C-754/19, considera que un sistema como el polaco, atendiendo al que el ministro de Justicia puede destinar a jueces a tribunales penales superiores y destituirlos en cualquier momento y sin justificación, viola el Derecho de la UE. La necesidad de salvaguardar la independencia judicial impone que las normas que regulen el traslado no supongan el riesgo de que el destino asignado pueda ser instrumentalizado para llevar a cabo el control político sobre el contenido de las resoluciones judiciales, en particular de derecho penal.

el presidente de la República puede proponer prácticamente a cualquier ciudadano⁸⁹. El hecho de no requerirse exigencias particulares, además del periodo obligatorio de tres años de prácticas jurídicas necesarios para aprobar el examen de acceso a la abogacía y el requisito adicional de tener un año de experiencia profesional para desempeñar un cargo de esta tipología, en un contexto como el de Hungría, puede ser muy problemático porque al peligro de nombrar a una persona totalmente sometida al poder se añade la ausencia de los méritos y capacidades necesarias para ejercer funciones de esta envergadura. Dicha enmienda se encuentra, por lo tanto, muy lejos de las recomendaciones dirigidas tanto por la Comisión Europea como por el Greco a Hungría⁹⁰.

9. Las “capturas” de los Tribunales Constitucionales

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

Las capturas de los Tribunales constitucionales se han producido de distintas maneras. En algunos casos, ha sido un proceso gradual, como en Polonia y España, cuyas normativas no prevén cambios bruscos, sino que establecen renovaciones parciales, precisamente para evitar que su composición refleje la mayoría de Gobierno presente en un determinado momento. En el caso polaco, en concreto, la captura del TC se puso en marcha tras la toma de poder por parte de PIS a finales de 2015⁹¹. El *Sejm* saliente consciente de que su mandato estaba a punto de finalizar y se iba a elegir un nuevo Parlamento, con una mayoría diferente⁹², eligió a cinco jueces del TC para cubrir las vacantes (tres jueces para sustituir a los jueces, cuyo mandato finalizaba el 6 de noviembre de 2015, y dos jueces, que iban a sustituir a aquellos, cuyo mandato expiraba en diciembre

⁸⁹ E. FARKAS, *Hungary's 14th Constitutional Amendment: Cementing the Incremental Political Takeover of Judicial Power*, en <https://constitutionnet.org/news/voices/hungarys-14th-constitutional-amendment-cementing-incremental-political-takeover-judicial-power>, 29.4.25.

⁹⁰ EUROPEAN COMMISSION, Working document 2025, Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Hungary, Strasbourg, 8.7.2025 SWD(2025) 917 final.

⁹¹ TEDH, sentencia de 7 de mayo de 2021, *Xero Flor c. Polonia*, 257-259.

⁹² Con arreglo al art. 194 de la Constitución, el *Sejm* elige a los 15 miembros por mayoría absoluta, que ostentan un mandato de nueve años no renovable. El presidente y el vicepresidente del TC son designados por el presidente de la República entre los candidatos propuestos por la Asamblea General de los Jueces del TC. A. SCHULTZ, J. SAWICKI, *Polish(ing) a Broken Tribunal. How to Restore Constitutional Justice After a Populist Government*, en *Central Europe*, 2026, pp. 1-18.

de 2015). Los nuevos magistrados empezaron a desarrollar sus funciones, a pesar del rechazo del presidente de la República a que prestaran juramento⁹³.

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

El Tribunal de Justicia en la sentencia de 18 de diciembre de 2025 (asunto C-448/23), que resuelve el recurso por infracción interpuesto por la Comisión Europea ante las decisiones del TC polaco de 14 de julio de 2021 (asunto P 7/20)⁹⁴ y de 7 de octubre de 2021 (asunto K 3/21)⁹⁵, en las que se opuso al Derecho de la UE, ha afirmado que el TC polaco no es un tribunal independiente e imparcial, establecido previamente por la ley, como consecuencia de las irregularidades en el procedimiento de selección y nombramiento de tres de sus jueces en diciembre de 2015 y de su presidenta en diciembre de 2016. Esta ha sido la primera vez que la Comisión ha interpuesto un procedimiento por infracción contra un TC nacional y su jurisprudencia.

Por su parte, la propuesta para restablecer la composición legal del TC y acabar con su captura, presentada por el actual Gobierno, fue remitida por el presidente de la República al TC⁹⁶. En el proyecto de enmiendas se prevé la renovación completa de sus miembros. Dicha propuesta, sin embargo, ha sido criticada también por la Comisión de Venecia. En su opinión, sería más conveniente esperar que se produzcan las vacantes

⁹³ TEDH, *Xero Flor c. Polonia*, 259.

⁹⁴ En la sentencia relativa al asunto P 7/20 de 14 de julio de 2021 el TC polaco estimó que las medidas provisionales impuestas por el TJUE a Polonia (Auto de 8 de abril de 2020, *Comisión/Polonia* (C-791/19 R), en particular la que la obligaba a suspender la aplicación de las disposiciones legislativas que atribuían a la referida Sala la competencia en los asuntos disciplinarios relativos a los jueces, habían sido adoptadas *ultra vires*, siendo por lo tanto incompatibles con el marco constitucional de este país. “En concreto, el principio de efecto directo (aplicación directa) y el principio de primacía del Derecho de la Unión sobre las leyes nacionales, contemplados en el artículo 91, apartados 1 a 3, de la Constitución [polaca], no se aplican a los actos normativos emitidos *ultra vires* por los órganos, instituciones y entidades organizativas de la Unión” (v. TJUE, *Comisión Europea c. Polonia*, asunto C-448/23, 69-71).

⁹⁵ En la sentencia K 3/21, en particular, el TC polaco declaró la incompatibilidad con la Constitución de los preceptos de los Tratados (art. 1 TUE, párr. 1 y 2, junto al art. 4.3 TUE y arts. 19.1, par. 2, y 2 TUE), relacionados con la independencia judicial. Al respecto, afirmó que el proceso de integración europea para Polonia entra en una “nueva etapa”, en la que: “a) los órganos de la Unión Europea actúan fuera de los límites de las competencias que les han sido atribuidas por la República de Polonia en los Tratados; b) la Constitución no es la norma suprema de la República de Polonia que goza de primacía en cuanto a su validez y aplicación; c) la República de Polonia no puede funcionar como un Estado soberano y democrático”, lo cual es contrario al marco y la identidad constitucional nacional de este país (72 ss).

⁹⁶ VENICE COMMISSION, Poland opinion on the draft constitutional amendments concerning the constitutional tribunal and two laws on the constitutional tribunal, Strasbourg, 7 December 2024 CDL-AD(2024)035.

futuras porque la inamovilidad en el cargo de los jueces del Tribunal Constitucional está íntimamente imbricada a la independencia, puesto que pretende protegerlos de la mayoría política del momento. Por lo tanto, se debería optar por un cambio gradual en el TC, que impediría que la misma mayoría cualificada pudiera elegir a 15 jueces de una sola vez, dando la impresión de querer sustituir un régimen por otro. Además, en este caso concreto, muy probablemente la reforma no será adoptada⁹⁷. Las desviaciones del Estado de Derecho no pueden restablecerse violando sus principios, salvo por supuesto casos excepcionales⁹⁸.

En cuanto al caso español, si bien la politización por la influencia de los partidos políticos en la designación de los magistrados del TC nunca ha sido un secreto, antes se procuraba transmitir una “apariencia” de independencia. Dicha apariencia se veía reforzada por la elección en algunos casos de personalidades fuertes que, a pesar de la notoria alineación a una determinada ideología, han sido también capaces de adoptar soluciones con criterio propio en asuntos complejos, permitiendo al TC desarrollar sus funciones con una cierta autonomía y autoridad.

Este clima de trabajo a lo largo de la última legislatura ha sido sustituido por una fuerte crispación entre dos bloques contrapuestos, polarización derivada de la evidente “captura de este órgano”. Su colonización se ha concretado a finales de 2022, cuando, para permitir la designación de los magistrados propuestos por el mismo Gobierno, cuyo nombramiento se suele realizar junto a los dos magistrados propuestos por el CGPJ, en aquel momento *ad interim*, y evitar un giro de corte más conservador, a toda prisa, se adoptó la LO 8/2022⁹⁹. Dicha normativa modificó la LO 4/2021, adoptada solo unos meses antes, para restituir al Consejo, aunque estuviera en funciones, la potestad de nombrar a los dos magistrados del TC, que le corresponden. Fíjense que la LO 8/2022 ha mantenido la prohibición para el Consejo *ad interim* de designar todos los demás altos cargos judiciales.

El Gobierno aprovechó así la ocasión para proponer al ex ministro de Justicia en el primer Gobierno Sánchez y a la directora general de asuntos constitucionales y coordinación jurídica todavía en el cargo (y nombrada por el ministro de la Presidencia). Son personas que tienen una vinculación directa con el Gobierno, pues han participado activamente en la adopción de las medidas sobre las que el TC estaba llamado a pronunciarse. No transmiten, por lo tanto, aquella apariencia de independencia e imparcialidad, que es fundamental en el desempeño de un cargo de esta tipología. Críticas

⁹⁷ K.L. SCHEPPELE, *Blinded by Legality: The Venice Commission's Change of Heart on Restoring the Rule of Law in Poland*, en *VerfBlog*, 23.12.2024 (<https://verfassungsblog.de/blinded-by-legality/>), ha criticado la posición de la Comisión de Venecia. Al respecto, se ha considerado que ha priorizado la “legalidad sobre la independencia judicial sustantiva”, no dándose cuenta de que la “legalidad es la hoja de parra de moda detrás de la cual se esconde la autocracia en la actualidad. Mientras que antes los Gobiernos democráticos eran derrocados por golpes de Estado, ahora los autócratas elegidos suelen consolidar su poder a través de la ley”.

⁹⁸ En tal sentido, v. M. CARTABIA, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

⁹⁹ Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE, n. 180, de 28 de julio de 2022.

similares se pueden dirigir también al nombramiento por parte del *Plenum* de Conde-Pumpido Tourón, muy cercano al PSOE, para presidir esta institución¹⁰⁰.

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

Al contrario, en Hungría, la mayoría de Gobierno guiada por Orbán, cuando ganó las elecciones en 2010, para asegurarse el control del TC, modificó el texto constitucional. Se incrementó su composición, que se amplió de 11 a 15 jueces¹⁰¹, y se extendió la duración del mandato de 9 a 12 años¹⁰². Asimismo, se modificaron las competencias y el sistema de nombramiento de los magistrados y del presidente de esta institución para que no fuera necesario consultar a la oposición.

Este cambio ha permitido al Gobierno construir de forma indirecta, a través de la interpretación “activista” y “deferente” del TC, una “Constitución populista”¹⁰³. Esta tendencia se ha mostrado, por ejemplo, en la resolución de casos sobre el Derecho de la UE y el respeto de la primacía, que han llevado a una “interpretación abusiva de la identidad constitucional”¹⁰⁴, y en los asuntos relativos al impacto de las medidas adoptadas en contextos de emergencia. Con respecto a Hungría, por lo tanto, no nos encontramos solo ante un TC, que en un momento histórico de debilidad ha sido “capturado”. La alineación de este órgano al poder en este país parece algo natural, intrínseco, al tratarse de un TC de por sí “populista”¹⁰⁵. Las modificaciones normativas y las presiones del Gobierno, en realidad, han tenido una incidencia menor, más bien este órgano ha sabido beneficiarse de esta dependencia sin coacciones de relieve, siendo algo inherente a su naturaleza.

10. Purgas judiciales más o menos “encubiertas”

Otra técnica de *court-packing* consiste en incidir en la composición del Poder Judicial, bien reduciendo el número de magistrados, que componen las altas instancias judiciales, bien afectando a la judicatura en su conjunto, por ejemplo, con purgas

¹⁰⁰ Cándido Conde-Pumpido Tourón fue FGE durante el Gobierno de Zapatero.

¹⁰¹ Las purgas se encuentran en la experiencia de los países comunistas en el periodo de transición constitucional. Polonia cambió la composición del Tribunal Supremo, que pasó de ser integrado por 81 a 120 miembros.

¹⁰² TEDH, *Xero Flor w Polsce sp. z.o.o. c. Polonia*, 258 ss.

¹⁰³ F. GÁRDOS-OROSZ, *Confused Constitutionalism in Hungary—New Assessment Criteria for Recognising a Populist Constitutional Court*, en *Hague Journal on the Rule of Law*, 2024, 2, pp. 225-244.

¹⁰⁴ G. HALMAI, *Coping Strategies of the Hungarian Constitutional Court since 2010*, en *VerfBlog*, 27.9.2022.

¹⁰⁵ F. GÁRDOS-OROSZ, *op. cit.*, p. 226 ss.

generalizadas, disfrazadas de simples jubilaciones, a fin de sustituir a estos jueces con una nueva clase de profesionales más alineados con el poder.

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

El TJUE, en la sentencia de 6 de noviembre de 2012, asunto C-286/12¹⁰⁶, afirmó que el régimen nacional que obliga a cesar en su actividad profesional a los jueces, fiscales y notarios, que habían alcanzado la edad de 62 años, es contrario a las obligaciones, que incumben a Hungría en virtud de los artículos 2 y 6, ap. 1, de la Directiva 2000/78¹⁰⁷, y entraña una diferencia de trato por motivos de edad, que carece de proporcionalidad con los objetivos perseguidos y un menoscabo de la independencia judicial. Según el Abogado general, en las conclusiones, medidas de esta tipología hacen peligrar la “independencia externa”, siendo innecesarias y muy drásticas. El “poder ejecutivo no puede retirar de su cargo a los jueces durante su mandato”¹⁰⁸.

Aunque en este supuesto no se pretendía interferir en jueces o procedimientos concretos, estamos ante “una grave injerencia en la administración de justicia”, que llevó a la separación de un número considerable de jueces, quienes, con arreglo a la normativa anterior, aún debían permanecer en el servicio hasta ocho años más. Para que la interferencia sea relevante no es necesario que se tenga realmente la intención de influir en la administración de justicia, es preciso evitar también cualquier apariencia de influencia¹⁰⁹. En 2025, tras más de diez años y un proceso de negociación complejo, se modificó la normativa al respecto, permitiendo a los jueces jubilarse a los 70 años.

También Polonia intentó adoptar una medida parecida a Hungría en la Ley de reforma del Tribunal Supremo, vigente desde el 3 de octubre de 2018, que redujo la edad de jubilación de los jueces del TS de 70 a 65 años, obligando a 27 de los 72 jueces en ejercicio a jubilarse. En este caso, no obstante, la respuesta de la UE fue más efectiva. El TJUE en el auto de 19 de octubre de 2018 adoptó medidas cautelares, *inaudita altera parte*¹¹⁰, ordenando a Polonia la suspensión inmediata y con efectos retroactivos de la aplicación de las disposiciones nacionales relativas a la reducción de la edad de jubilación de los jueces de su Tribunal Supremo y la reintegración en sus puestos de trabajo.

¹⁰⁶ TJUE, sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Comisión Europea c. Hungría*, C-286/12.

¹⁰⁷ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DO L 303 de 2.12.2000.

¹⁰⁸ TJUE, sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Comisión Europea c. Hungría*, C-286/12, 54-55.

¹⁰⁹ *Ibidem*, 56 y 57-58.

¹¹⁰ TJUE, auto de la vicepresidenta del Tribunal de Justicia, *Comisión/Polonia*, C-619/18 R.

A continuación, en la sentencia de 24 de junio de 2019, C-619/18¹¹¹, se declaró que Polonia había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19 TUE, ap. 1, pár. seg., al prever, por un lado, la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces del *Sąd Najwyższy* (Tribunal Supremo) a los jueces de ese Tribunal en ejercicio nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018 y al atribuir, por otro lado, al presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de dicho Tribunal, una vez alcanzada la nueva edad de jubilación.

11. La potestad disciplinaria

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

El ejercicio de la potestad disciplinaria, a través de la imposición de sanciones, como la remoción del cargo por las posiciones y críticas manifestadas y el contenido de las decisiones o por haber interpuesto un reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE, se enmarca en la estrategia de los gobiernos iliberales para reforzar el Poder Ejecutivo en detrimento del Poder Judicial. Esta interferencia incide en el equilibrio entre *checks and balances*¹¹².

La adopción de un régimen disciplinar garantista pretende excluir cualquier duda legítima en las personas involucradas en un proceso para asegurar la “impermeabilidad” frente a “elementos externos”, en particular frente a influencias directas o indirectas del Poder Legislativo y Ejecutivo y en relación con su neutralidad respecto a los intereses de la controversia¹¹³. Tales interferencias pueden incidir negativamente en la “apariencia de independencia o de imparcialidad” judicial, vulnerando la confianza que la Administración de la justicia debe inspirar en una sociedad democrática¹¹⁴.

Ahora bien, la independencia e imparcialidad aseguran el ejercicio autónomo de la función judicial frente al ejecutivo, el legislativo y las partes. Tales garantías requieren la existencia de normas sobre la composición del órgano jurisdiccional, el nombramiento, la duración del mandato, las causas de inhibición y recusación y sobre la cesación¹¹⁵. La existencia de un sistema disciplinario es determinante para asegurar una justicia garantista

¹¹¹ TJUE, Gran Sala, sentencia de 24 de junio de 2019, C-619/18, *Comisión Europea c. República de Polonia*.

¹¹² TJUE, *Miasto Łowicz*. Al respecto, se reenvía también a las conclusiones del Abogado General Pikamäe de 15 de abril de 2021, *Procedimiento penal c. IS*, C-564/19; y a la TJUE, Gran Sala, sentencia de 23 de noviembre de 2021, *Procedimiento penal c. IS*, C-564/19. En dicho pronunciamiento, se reafirmó que el procedimiento disciplinario contra un juez nacional por haber planteado un reenvío prejudicial ante el TJUE viola el art. 267 TFUE. Para un comentario, v. P. BÁRD, *The Sanctity of Preliminary References: An analysis of the CJEU decision C-564/19 IS*, en *VerfBlog*, 26.11.2021.

¹¹³ TJUE, Gran Sala, sentencia de 15 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia*, C-791/19, 59.

¹¹⁴ *Ibidem*, 60.

¹¹⁵ TJUE, *Comisión/Polonia*, C-619/18, 71-74.

y, en general, el orden constitucional. A tal fin, es necesario prever no solo las posibles infracciones, que pueden ser aplicadas en caso de incumplimiento del juez, sino también las garantías en el procedimiento, entre ellas el derecho de presentar recurso¹¹⁶. De esta forma, se pretende evitar que el ejercicio de dicha potestad se convierta en un mecanismo de control político del contenido de las decisiones¹¹⁷, con la inclusión de los autos de remisión de un reenvío prejudicial al TJUE relativos a eventuales dudas sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE en un caso concreto¹¹⁸.

Un ejemplo de esta involución de las tutelas y del uso distorsionado de la responsabilidad disciplinaria se puede encontrar en el impacto de tales políticas en la libertad de expresión de los jueces, en su condición de “poderes del Estado”¹¹⁹, tanto en relación con el contenido de sus decisiones como con las posiciones mostradas sobre los intereses profesionales. Su autonomía, de hecho, ha sido fuertemente limitada por las medidas adoptadas y el clima instaurado. En este sentido, la mayor o menor extensión de la libertad de expresión puede constituir un indicador inequívoco del nivel de independencia, que un determinado ordenamiento asegura a los jueces, siendo concebida como condición de responsabilidad del deber de lealtad constitucional¹²⁰. Sin embargo, este margen de autodeterminación, que constituye una garantía tanto con respecto a los demás poderes como a los demás jueces, con la inclusión de los que se encuentran en una situación de superioridad jerárquica, requiere de una serie de mecanismos de control, a fin, en su caso, de exigir la responsabilidad. Los dos objetivos, que se pretende perseguir, son evitar que el ejercicio de la potestad jurisdiccional desemboque en arbitrariedad, y frenar comportamientos de este tipo, puesto que estos instrumentos no pueden exceder determinados límites ni imponer medidas desproporcionadas de forma reiterada y sistemática.

Tanto el TEDH como el TJUE en los últimos años se han pronunciado sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria en contextos de involución democrática y los efectos en la independencia judicial, afirmando que el sistema de responsabilidad no puede ser considerado solo abstractamente, habida cuenta de la formulación literal de las normas, sino que es necesario considerar cómo se interpretan y aplican en el caso concreto. El TEDH, desde la sentencia *Baka c. Hungría*¹²¹, ha reiterado que los jueces, cuando manifiestan sus opiniones, especialmente cuando ponen en discusión la autoridad y la imparcialidad del poder judicial, tienen que ser “moderados y discretos” (*self-restraint*).

¹¹⁶ *Ibidem*, 80.

¹¹⁷ *Ibidem*, 61.

¹¹⁸ TJUE, sentencia de 17 de abril de 2018, *Vera Egenberger y Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e V*, C-414/16. En este supuesto, el TJUE ha otorgado eficacia directa al art. 21 junto al art. 47 de la Carta en las relaciones horizontales entre particulares. Tales argumentos han sido utilizados por el TJUE en la sentencia *Comisión c. Polonia*, C-791/19, para declarar que el régimen disciplinario de este país es contrario tanto al art. 19, par. 1 y 2, del TUE, como al art. 267, par. 2 e 3, del TFUE.

¹¹⁹ M. CARRILLO, *¿Tienen los jueces libertad de expresión? Notas para el debate*, en M^a. I. GONZALEZ PASCUAL y J. SOLANES MULLOR (coords.), *Independencia Judicial y Estado Constitucional: el estatuto de los jueces*, Valencia, 2016, p. 219 ss.

¹²⁰ En este sentido, *ibidem*, p. 214.

¹²¹ TEDH, de 23 de julio de 2016, *Baka c. Hungría*, 164.

Aunque la actividad política de los órganos judiciales puede ser limitada por la ley, que puede prohibirles participar “en las actividades públicas incompatibles con el principio de independencia e imparcialidad”, no se puede soslayar que “las cuestiones relativas al funcionamiento del sistema de justicia son de interés público”, siendo aseguradas por el art. 10 CEDH¹²².

Estos criterios han sido desarrollados posteriormente en asuntos, que involucraban a otros países, conocidos por la presencia de sistemas de justicia caracterizados por importantes fallos, como Rumania y Bulgaria. En el asunto *Kovesi c. Rumania* (2020), el TEDH individualizó la existencia de un nexo evidente¹²³, un vínculo casual, entre la libertad de expresión de la recurrente, que comprende la posibilidad de comunicar opiniones e informaciones, y la cesación en su mandato¹²⁴, que constituía una medida disciplinaria desproporcionada¹²⁵. Este vínculo entre derecho a la libertad de expresión y el derecho a la tutela judicial efectiva permite al TEDH concluir en dicho asunto que la remoción anticipada contrastaría con la necesidad de independencia del sistema judicial, que es parte integrante del contenido esencial del derecho a un proceso equitativo.

En esta línea, a continuación, en el asunto *Miroslava Todorova c. Bulgaria*¹²⁶, se consideró que la demandante, en su condición de presidenta de la principal asociación de jueces del país, tenía el deber de defender los intereses profesionales de sus miembros, estando legitimada a expresar opiniones sobre el funcionamiento de la justicia y sobre la necesidad de un cambio o de preservar la independencia del poder judicial. De tales principios junto a la ausencia de pruebas para fundamentar tales críticas, el TEDH dedujo que en la sanción impuesta se podían individualizar un objetivo formal y un objetivo escondido predominante, representado por la retorsión mediante la imposición de sanciones desproporcionadas por las posiciones manifestadas.

Más recientemente en el asunto *Danileț*¹²⁷, que ve de nuevo involucrada a Rumania, el Consejo Superior de la Magistratura impuso al demandante sanciones disciplinarias por haber publicado dos mensajes en su página de Facebook, de acceso público¹²⁸. En dicho pronunciamiento el TEDH consideró que publicar en un sitio como Facebook conlleva una serie de riesgos de exposición, que el demandante acepta¹²⁹; no obstante, las declaraciones en el caso concreto no se podían considerar ilegales, difamatorias, ni incitaban a la violencia¹³⁰. Y con respecto a la sanción, se puso de relieve el riesgo de *chilling effect*, no solo en el caso de que se trata, sino en una perspectiva más amplia de

¹²² Ídem.

¹²³ TEDH, de 5 de mayo de 2020, *Kövesi c. Rumanía*, 157-158.

¹²⁴ *Ibidem*, 190.

¹²⁵ TEDH, *Baka c. Hungría*, 158-161; y TEDH, *Kövesi c. Rumanía*, 200-201.

¹²⁶ TEDH, de 19 de octubre de 2021, *Miroslava Todorova v. Bulgaria*.

¹²⁷ TEDH, de 20 de febrero de 2024, *Danileț c. Rumanía*.

¹²⁸ En dichos mensajes se criticaba la credibilidad de las instituciones, apuntando que estaban controladas por el poder político y se proponía como solución la intervención del Ejército. En particular, el segundo mensaje contenía un hipervínculo a una entrevista con un fiscal, usando un lenguaje que superaba los límites de la decencia y era indigno para un juez. El caso fue remitido a la GS, que se pronunció en diciembre de 2025 (TEDH, Gran Sala, sentencia de 15 de diciembre de 2025, *Danileț c. Rumanía*).

¹²⁹ TEDH, *Danileț v. Rumanía*, 75-76.

¹³⁰ *Ibidem*, 77-80.

futuro con respecto a los demás jueces, que podrían verse coaccionados por participar en debates públicos que tuvieran por objeto la separación de poderes o reformas legislativas del sistema de justicia y, más en general, problemas concernientes a la independencia judicial. Por lo tanto, la decisión del Alto Tribunal carece de fundamento¹³¹, integrando una violación del art. 10 CEDH.

Más recientemente, el TEDH, en el asunto *Morawiec c. Polonia*, de 5 de febrero de 2026, declaró la violación del derecho a la libertad de expresión de una jueza, sancionada con el levantamiento de la inmunidad y la suspensión del ejercicio de sus funciones impuesta por la Sala disciplinaria del Tribunal Supremo por las “críticas abiertas” a las reformas relativas a la reorganización del poder judicial y su impacto en su condición de presidenta de la Asociación de Jueces Themis¹³². El razonamiento del TEDH se basa en tres argumentos centrales: la existencia de un nexo causal entre la lesión y el derecho vulnerado, la ilegalidad de la decisión impugnada, el contexto general de crisis del Estado de Derecho y las características del caso concreto.

En este sentido, las sanciones impuestas a la demandante, además de tener el objetivo de silenciarla, habían sido dictadas por un órgano que no puede considerarse un “tribunal independiente e imparcial establecido por la ley” a efectos del Convenio ni se establecieron las garantías procesales necesarias para impedir la aplicación arbitraria del Derecho sustantivo pertinente¹³³. La constatación de la ilegalidad de la sanción impuesta hubiera sido suficiente para declarar directamente la incompatibilidad con el marco convencional en el primer step del test de proporcionalidad, eximiéndole de la comprobación de la existencia de uno de los objetivos legítimos ex art. 10.2 CEDH y de la valoración de su necesidad en una sociedad democrática¹³⁴. No obstante, el TEDH, en este caso, opta por aclarar también estos aspectos por su estricta conexión con el Estado de Derecho, reafirmado su apuesta decidida por la salvaguarda de este modelo.

En su opinión, la demandante en calidad de presidente de la Asociación de Jueces Themis ejerció no solo un derecho, sino que tenía el deber de intervenir en el debate en defensa del Estado de Derecho y la independencia judicial, cuando esos principios fundamentales y valores se vean amenazados¹³⁵. Habida cuenta del contexto general y de las características particulares del supuesto en cuestión, las medidas impuestas parecían enmarcarse en la estrategia de *chilling effect*¹³⁶, cuya finalidad es intimidar o incluso silenciar no solo a la interesada sino de forma más generalizada a los jueces, para impedirles participar en el debate público sobre estos temas. Por todo ello, el TEDH concluye que dichas sanciones no perseguían ninguno de los fines legítimos invocados por el Gobierno a efectos del art. 10.2, CEDH, como la prevención de la delincuencia y

¹³¹ *Ibidem*, 81.

¹³² TEDH, *Morawiec c. Polonia*, 138 y 191.

¹³³ *Ibidem*, 178-180.

¹³⁴ *Ibidem*, 186-189.

¹³⁵ *Ibidem*, 191.

¹³⁶ *Ídem*.

la protección de la reputación de terceros, el mantenimiento de la autoridad y la imparcialidad del poder judicial¹³⁷.

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

El sistema disciplinario de Polonia, tal y como fue modificado por PIS, ha estado en el centro del debate jurisprudencial supranacional, desarrollando un diálogo sinérgico y complementario entre TEDH¹³⁸ y TJUE, que han declarado su incompatibilidad tanto con los estándares convencionales como con el marco de la UE¹³⁹. Con respecto al marco convencional, según el Tribunal de Estrasburgo la lesión se produciría por la incidencia del derecho a un juez preconstituido por la ley, que es un derecho autónomo y específico, reconocido en el art. 6.1 CEDH, en las garantías de la independencia e imparcialidad judicial¹⁴⁰ y en su relación con los procedimientos de nombramiento de los jueces¹⁴¹. Tales elementos, si bien tienen una función bien definida en el marco del proceso equitativo, son guiados por el mismo “hilo conductor común”¹⁴².

Por su parte, según el Tribunal de Luxemburgo, el incumplimiento por parte de Polonia de las obligaciones derivadas del Derecho de la UE supone la violación del artículo 19 TUE, ap. 1, pár. seg., que se convierte en el parámetro de referencia. Su lesión, además, incide en el derecho de los jueces polacos a ser juzgados dentro de un plazo razonable en un caso concreto determinado *ex* 47 de la Carta, que constituye una de las garantías cardinales para la salvaguarda de los valores europeos fundamentales reconocidos en el art. 2 TUE, *in primis* el valor del Estado de Derecho¹⁴³.

La tutela de los valores europeos requiere, por lo tanto, la necesaria compatibilidad de los sistemas de justicia nacionales a este triángulo, del que el TJ deduce “una nueva esfera del Derecho de la UE”¹⁴⁴. No obstante, a pesar de la existencia de una equivalencia material entre los dos preceptos, el art. 19 TUE incluye todos los elementos estructurales y sistémicos, que constituyen el marco normativo, a través del que los Estados miembros garantizan los derechos de los individuos en los distintos asuntos concretos.

Configurándose como la base desde la que se desarrollan los sistemas de justicia de la UE, el art. 19 TUE no tendría solo un alcance más amplio, sino que requeriría superar

¹³⁷ *Ibidem*, 190.

¹³⁸ M^a.L. MARTÍNEZ ALARCÓN, *Estado de Derecho, República de Polonia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista general de derecho constitucional*, 2023, n. 39.

¹³⁹ Con respecto a las violaciones por parte de Polonia del marco convencional, v. TEDH, sentencia de 22 de julio de 2021 (final 22 de noviembre de 20219), *Reczkowicz c. Polonia*. Y en relación con el régimen disciplinario de los jueces v. también TEDH, sentencia de 6 de julio de 2023, *Tuleya c. Polonia*.

¹⁴⁰ TEDH, *Dolinska-Ficek y Ozimek c. Polonia*, 221.

¹⁴¹ *Ibidem*, 246-247.

¹⁴² *Ibidem*, 315.

¹⁴³ Conclusiones, *AFJR, YN c. CSM*, C-216/21, 26 ss.

¹⁴⁴ M. BONELLI y M. CLAES, *Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary*. ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, en *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 622 ss.; y A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 421 ss.

un “umbral de gravedad” más elevado “y/o de naturaleza sistémica”, que amenace el buen funcionamiento del sistema de justicia nacional y pueda impedir a los individuos el acceso a la justicia para poder constatar la violación. Esto significa que el art. 19 TUE permite evaluar la compatibilidad *in abstracto* de los “instrumentos legislativos o de los elementos estructurales adoptados en los Estados miembros” con el Derecho de la UE¹⁴⁵, que no tengan conexión con un caso específico de violación del derecho individual al proceso equitativo.

En cambio, el art. 47 de la Carta¹⁴⁶, que reconoce el derecho a un proceso equitativo ante un juez independiente e imparcial preconstituido por la ley, el cual a su vez se conecta con los arts. 6 y 13 del CEDH, en virtud de la cláusula *ex art.* 52, par. 3, de la Carta requiere de una evaluación detallada “*in concreto*” del supuesto. En este sentido, la existencia de eventuales déficit estructurales o sistémicos de la justicia (compatibilidad *in abstracto*) pueden constatare en un segundo momento en vía incidental a partir de la falta de independencia en un determinado proceso¹⁴⁷. De todas formas, en la práctica, es difícil prescindir de una lectura conjunta de los dos preceptos¹⁴⁸.

Según ambos tribunales supranacionales la Sala disciplinaria, instituida *ex novo* por ley en 2017 – al margen por lo tanto de la Constitución –, en el ámbito del TS¹⁴⁹, no es un órgano independiente e imparcial, no correspondiéndole el control de las decisiones adoptadas en los procedimientos disciplinarios¹⁵⁰. Atendiendo a la reforma de PIS, a dicha Sala le correspondería la competencia para adoptar en primera instancia y en apelación las decisiones relativas a los supuestos, que involucran a los jueces de los tribunales ordinarios, y para conocer de asuntos tanto en materia disciplinaria como de derecho del trabajo y jubilación forzosa, gozando de un nivel de autonomía organizativa, funcional y financiera particularmente elevado respecto a otras Salas de este órgano.

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

¹⁴⁵ Conclusiones, *AFJR, YN c. CSM*, C-216/21, 30.

¹⁴⁶ Sobre las disposiciones de la Carta en materia de Justicia, v. A. DI STASI, A. IERMANO, A. LANG, A. ORIOLO, R. PALLADINO (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2024.

¹⁴⁷ *Ibidem*, 29 y 30.

¹⁴⁸ En este sentido, según G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2020, n. 2, p. 255, “Tuttavia, appare difficile concepire due ‘coppie’ di combinati disposti normativi (da un lato, articoli 2 e 19, par. 1, co. 2, TUE e, dall'altro, articoli 2 TUE e 47 Carta), che hanno come medesimo oggetto la tutela dell'indipendenza della magistratura, senza che vi sia una fatale attrazione dell'art. 47 Carta (di applicazione più limitata) nell'orbita dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE (di applicazione più ampia). Quest'ultima disposizione dovrebbe consentire all'art. 47 Carta di operare pienamente, configurando un caso di applicazione di diritto dell'Unione (art. 51 Carta). In pratica, la Carta opererebbe sulla base di una triangolazione (art. 2 TUE, art. 19, par. 1, co. 2, TUE e art. 47 Carta), costituendo un'ipotesi di superamento dell'art. 51, ma di sua piena operatività”.

¹⁴⁹ V. los artículos 27, 73, par. 1, y 97, par. 3, de la ley del Tribunal Supremo y el art. 110, par. 1, de la ley de los Tribunales Ordinarios.

¹⁵⁰ Art. 19 TUE, ap. 1, par. 2, y art. 267 TFUE, par. 2 e 3.

imparcialidad. No obstante, en el caso polaco, es necesario tener en cuenta el contexto¹⁵¹ de ruptura y de “discontinuidad estructural” causado por los paquetes de medidas que han incidido negativamente en el sistema de justicia, perjudicando la “apariencia” y la confianza, que los órganos jurisdiccionales deben inspirar en una sociedad democrática, y la impermeabilidad de la Sala disciplinaria¹⁵². Y, por último, no se puede soslayar que dichos nombramientos se podían considerar viciados también *ab origine*, procediendo su propuesta del CNM, del que también se ha constatado la ausencia de independencia y de imparcialidad. Todo ello ha acabado afectando a su vez a la legitimidad tanto de los jueces de la Sala disciplinaria como de la Sala de control extraordinario¹⁵³ y de las cuestiones públicas¹⁵⁴.

En el pronunciamiento del TJUE se identifican en particular cuatro indicadores, de los que se puede deducir la violación de los estándares europeos en materia de justicia (art. 19 TUE y art. 267 TFUE) por parte de Polonia. En primer lugar, los órganos jurisdiccionales ordinarios no pueden ser sancionados por el contenido de sus decisiones, pues tal conducta no puede integrar un ilícito disciplinario. En segundo lugar, el reconocimiento del poder discrecional del presidente de la sección de designar al tribunal competente en primera instancia en los asuntos concernientes los jueces de los órganos jurisdiccionales ordinarios no asegura que sean examinados por un juez preconstituido por la ley. En tercer lugar, los sistemas de justicia de los Estados miembros tienen que respetar la razonable duración del procedimiento y los derechos de la defensa.

Y, por último, la previsión según la cual el uso del mecanismo del reenvío prejudicial por parte de los jueces (art. 267 TFUE) puede constituir un ilícito disciplinario, limita el ejercicio de este derecho-deber, obstaculizándolo excesivamente. Es evidente que normas procesales de este tipo pueden aumentar el riesgo de instrumentalización de este régimen, convirtiéndolo en un importante “sistema de control político del contenido de las decisiones”. El efecto disuasorio impide el correcto desempeño de las funciones judiciales por el miedo a ser sometidos a un procedimiento que no respeta los requisitos del proceso equitativo, en particular los derechos de la defensa.

Estos criterios fueron reiterados también después en la sentencia del TJUE (C-204/21) de 5 de junio de 2023¹⁵⁵ sobre la ley *muzzle*¹⁵⁶ (2019), que modificó la normativa sobre el sistema judicial, incidiendo en el régimen de responsabilidad

¹⁵¹ Este concepto ha sido utilizado recientemente también en TJUE, sentencia de 11 de mayo de 2023, *R.I. c. Inspekția Judiciară, N.L.*, C-817/21, 67-72.

¹⁵² TJUE, *Comisión c. Polonia*, C-791/19, 64 y 91.

¹⁵³ Los jueces de la Sala disciplinaria son nombrados por el presidente, previa propuesta del KRS.

¹⁵⁴ TEDH, *Reczkowicz c. Polonia*, 281 y 282; y TEDH, *Dolinska-Ficek y Ozimek c. Polonia*, 353-355.

¹⁵⁵ TJUE, *Comisión Europea c. República de Polonia*, C-204/21.

¹⁵⁶ También según la Comisión de Venecia, dictamen n. 977/2020, la medida viola el derecho de los jueces a hacer declaraciones en público y extrajudiciales tanto de forma individual como colectiva, pudiendo estos criticar las reformas del gobierno, en la medida en que sean moderados y proporcionados. D. MAZUR, *From bad to worse – the Polish judiciary in the shadow of the “muzzle act” (second publication)*, en *Annual report for 2020*, Themis Sedziowie.eu, 31.12.2020; L. PECH, W. SADURSKI, K.L. SCHEPPELE, *Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland’s “Muzzle Law”*, en *VerfBlog*, 9.3.2020; W. ZONTEK, *You Can’t Forbid Judges to Think: Why the Polish Constitutional Tribunal’s injunction against the Supreme Court resolution is legally pointless*, en *VerfBlog*, 5.2.2020.

disciplinaria de los jueces, la cual ha constituido una suerte de epílogo de la “saga polaca”. También en este caso se han identificado cuatro importantes elementos de incompatibilidad con el Derecho de la UE. Ante todo, sería contraria al marco normativo de la Unión la facultad atribuida a la Sala disciplinaria, que no es un órgano independiente e imparcial, de decidir respecto de asuntos, que inciden directamente en el status y en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, autorizando por ejemplo el inicio de procesos penales contra jueces y el arresto o pronunciándose sobre controversias en materia de derecho del trabajo y seguridad social relativos a los jueces del Tribunal Supremo o su jubilación.

Un segundo perfil radica en la prohibición para los jueces nacionales de verificar el respeto de los requisitos previstos en el Derecho de la Unión, en particular de las garantías jurisdiccionales, a través del ejercicio del derecho-deber de plantear un reenvío prejudicial, integrando dicha conducta un ilícito disciplinario¹⁵⁷. Asimismo, es incompatible con el Derecho de la UE que la Sala de control extraordinario y de los asuntos públicos del TS pueda ocuparse de asuntos en los que se invoca la ausencia de independencia de los jueces.

Y, por último, se observa que la obligación de los jueces de comunicar informaciones sobre sus actividades en el ámbito de asociaciones o fundaciones o sobre la previa afiliación política y su posterior publicación viola el derecho al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales¹⁵⁸. En el curso del procedimiento el TJUE impuso a Polonia una multa coercitiva¹⁵⁹, reducida luego, para asegurarse de que se diera actuación al auto de 14 de julio de 2021¹⁶⁰. Esta medida ha exigido la suspensión tanto de la aplicación del régimen de responsabilidad disciplinaria como de los efectos de las decisiones adoptadas por la Sala disciplinaria para reducir los perjuicios de la normativa polaca en este ámbito. Progresivamente, se han desbloqueado también los fondos del *Recovery Fund*.

12. ¿Es posible revertir la *democratic backsliding* y restaurar la Constitución?

La regresión democrática no transforma solo las instituciones desde dentro, sino que moldea la cultura y los ciudadanos, intentando comprarlos. Para ello, se colonizan las instituciones y el aparato administrativo del Estado, se consolida una relación de connivencia con los grandes centros privados de poder para desarrollar espacios de impunidad, en los que la corrupción asume un rol determinante, y se crea un imaginario

¹⁵⁷ La solución del TJUE fue anticipada por las conclusiones del Abogado General Collins, sentencia de 15 de diciembre de 2022, *Comisión Europea c. Polonia*, C-204/21.

¹⁵⁸ Artículos 7 y 8, par. 1, de la Carta y Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DOUE, n. 119, de 4 de mayo de 2016.

¹⁵⁹ Auto del vicepresidente del TJUE, de 27 de octubre de 2021, C-204/21 R.

¹⁶⁰ Auto del vicepresidente del TJUE, de 14 de julio de 2021, C-204/21 R.

populista y demagógico, una narrativa del relativismo, que permite a los gobiernos consolidar una “posverdad”, capaz de alterar mediante la manipulación de la información y la eliminación de todo tipo de oposición y disidencia la relación entre política y democracia¹⁶¹. Ya no existe un confín cierto y predeterminado entre lo que es lícito y lo que no lo es, entre la verdad y la mentira.

Este proceso de transición hacia nuevos modelos de Estado “híbridos”, de “casi-democracias”¹⁶² impone una “revisión de la independencia y del gobierno del Poder Judicial”, a fin de recuperar su esencia y frenar estas peligrosas derivas. Por ello, el concepto de revisión tiene que ser entendido como “contra-tendencia”, en función antagónica, frente a las medidas adoptadas en varios Estados en los últimos años, que están incidiendo en el corazón del concepto de independencia judicial tanto subjetiva, del juez *uti singuli*, como objetiva, de la magistratura como cuerpo, y en el rol de los órganos de autogobierno de la magistratura, por su carácter instrumental para el correcto desempeño de las funciones judiciales, y en todas las demás instituciones de Justicia.

El cambio es necesario para contrarrestar el desarrollo de tendencias regresivas, que se han manifestado con mayor intensidad en algunos Estados, más débiles y vulnerables desde el punto de vista constitucional, aunque se están extendiendo por su efecto contagio a otros sistemas, considerados más estables y consolidados. Para completar la transición hacia un sistema iliberal o autocrático los Gobiernos necesitan colonizar el Poder Judicial para controlarlo. Para ello, en algunos casos, como Hungría y México¹⁶³, como ejemplo de Estado extra-UE, los Ejecutivos no se han limitado a aprobar meras modificaciones legislativas, sino que han intervenido directamente en el texto constitucional, adoptando reformas inconstitucionales o abusivas en el intento de transformar permanentemente el sustrato normativo básico de tales ordenamientos. Por todo ello, esta exigencia de revisión de la independencia y del gobierno del poder judicial, que se reclama, tiene que entenderse en términos de oposición a las tendencias e impulsos autoritarios e iliberales, a fin de recuperar la esencia y el significado originario de las categorías básicas, que se están diluyendo y desvirtuando para finalidades políticas antisistema.

Todos éramos conscientes desde hace años de los déficits en la gestión y funcionamiento de la Justicia y de los órganos de autogobierno de la magistratura en los Estados de la UE y fuera del continente europeo; no obstante, el debate se ha desarrollado demasiado tarde cuando el proceso de involución democrática ya se encontraba en una fase avanzada. De hecho, los ciudadanos suelen darse cuenta de estos procesos demasiado tarde. Además, el carácter progresivo de la *backsliding* democrática refuerza su complejidad, porque en este caso no se produce un cambio repentino de un día al otro, como en un golpe de Estado. Por esto, cuando se supera el umbral de tolerancia después es muy difícil volver al estatus quo ante en tiempos breves.

¹⁶¹ M. ARIAS MALDONADO, *(Pos)Verdad y democracia*, Barcelona, 2024.

¹⁶² I. PAWEŁ KAROLEWSKI, R. SATA, *op. cit.*

¹⁶³ C. HUERTA OCHOA, F. TORTOLERO CERVANTES, *La independencia judicial en las transiciones jurídicas en México*, en V. FAGGIANI (dir.), *La Crisis del estado de derecho: la revisión de la independencia y del gobierno del poder judicial*, cit., pp. 261-295.

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

En el presente trabajo se ha hecho referencia, por un lado, a Hungría y Polonia, como ejemplos de Estados iliberales, y por otro a España, como un modelo intermedio, en el que a pesar de las fuertes presiones iliberales el retroceso democrático no ha culminado todavía, aunque está poniendo a dura prueba el sistema. El abuso de los decretos leyes, la no adopción de los presupuestos generales del Estado, la captura de las estructuras administrativas y de los demás centros de poder, la adopción de medidas involutivas sobre aspectos básicos como la LO 1/2024 en relación con el conflicto en Cataluña o la LO 4/2021, que ha creado un CGPJ *ad interim* limitado, el alto nivel de corrupción institucional dentro del mismo Gobierno central, que ha adquirido un carácter sistémico, son todos indicadores de la erosión en curso. Sin embargo, es cierto que en este caso falta un elemento clave, pues no se ha producido todavía el secuestro del poder judicial, que sigue siendo independiente e imparcial, habiendo dado muestra de ello también en casos complejos y mediáticos, con una importante trascendencia política, como el enjuiciamiento de los líderes del procés, el juicio contra el ex FGE y la serie de juicios que involucran a familiares del Sr. Sánchez y altos cargos del Gobierno por corrupción.

El análisis del proceso de involución democrática en España puede ser interesante para comprender que el fenómeno de regresión democrática puede darse no solo en Estados más vulnerables y frágiles en términos constitucionales sino también en democracias que parecían más consolidadas. Además, se puede observar que este fenómeno puede ser producido no solo por un populismo de extrema derecha, sino también por un populismo de izquierda. En ambos casos el populismo¹⁶⁴ se contrapone al constitucionalismo, pues se trata de una patología históricamente recurrente que corrompe desde dentro el sistema democrático, alterando los mecanismos de *checks and balances*. Y en ambos casos se puede observar que se realiza una manipulación del consenso¹⁶⁵, que se traduce en un mero asenso, típico de los regímenes totalitarios. La apertura e inclusividad hacia el otro, hacia las minorías, que es un elemento que caracteriza al Estado español puede ir perfectamente junto con la instauración de un

¹⁶⁴ Al respecto, v. M^a. SALVADOR MARTÍNEZ, *Populismo y crisis del estado democrático de derecho*, en V. FAGGIANI (dir.), *Independencia judicial y crisis del estado de derecho en perspectiva comparada y europea*, Valencia, 2024, pp. 45-82.

¹⁶⁵ En este sentido, v. A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee*, en www.forumcostituzionale.it, 2009, pp. 16-17.

gobierno iliberal o casi iliberal. Además, la involución, si bien no lo excluye, no conlleva necesariamente la instauración de una dictadura.

Observar cómo estos ordenamientos se han transformado permite reflexionar sobre los mecanismos de garantía, que se podría poner en marcha para contrarrestar estas tendencias. Revertir la *rule of law backsliding* y restaurar la Constitución es un proceso de por sí muy dificultoso y sin duda no inmediato, que requiere muchos sacrificios. Ahora bien, puede ser posible en contextos en los que no ha conseguido consolidarse del todo, como por ejemplo en España, donde sin embargo cada día que pasa la situación es más insostenible. En este caso el país necesita no solo que cuanto antes se convoquen elecciones y que haya un cambio de gobierno, sino un proceso de regeneración. Hay que tener en cuenta que en estos últimos diez años se ha producido una mutación constitucional del Estado, de sus estructuras básicas y también de la *forma mentis* de la actual clase dirigente y en general de la ciudadanía; por ello, revertir este proceso involutivo no va a ser en absoluto sencillo, aunque hay todavía esperanzas por la resiliencia de este país y su capacidad de innovarse y adaptarse a las adversidades.

El retorno a la democracia podría lograrse en cierta medida en Estados como Polonia, aunque necesita ser muy bien guiado en su transición constitucional¹⁶⁶ por las instituciones del Consejo de Europa y de la UE para que dicho proceso no sea instrumentalizado, llevando a la sustitución de un régimen por otro, y las reformas sean respetuosas de los principios básicos del Estado de Derecho. En efecto, hay que reconocer que en este país sí ha habido una oposición fuerte al régimen de PIS. Los jueces polacos, los medios de comunicación y la sociedad civil han mostrado una resistencia encomiable¹⁶⁷, asumiendo el riesgo de ser sometidos a retorsiones. Sin embargo, la incapacidad en estos dos años y medio de gobierno de Tusk de modificar el sistema de justicia es sintomática de la dificultad de reпрistinar el Estado de Derecho. La cuestión no es solo jurídica sino también cultural y en estos países es fuerte el riesgo de remplazar una élite por otra.

Al contrario, parece más difícil restablecer la situación en Hungría. El nuevo Gobierno de Péter Magyar tiene sin duda mejor apariencia. Estamos ante una persona con un perfil más europeísta, pero no tenemos que olvidar de dónde procede: del *establishment* de Orban, aunque después se separó. Es muy probable que pondrá en marcha determinadas medidas para transmitir una imagen de cambio, pero estas medidas no son suficientes¹⁶⁸. El cambio real tiene que venir desde dentro; por lo tanto, todo depende de lo que quiera realmente el pueblo húngaro y las nuevas élites en el poder y si están dispuestos a luchar para restaurar la democracia. En este momento, y habida cuenta de la coyuntura actual, en la que las tendencias iliberales se están reforzando, a Hungría le compensa el *estatus quo*, que le permite seguir estando en la UE y cuando no le

¹⁶⁶ G. HALMAI, *The Role of Constitutionalism in Transitional Justice Processes in Central Europe*, en www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/Professors/Halmai/Constitutions-and-TJ.pdf.

¹⁶⁷ PAWEŁ KAROLEWSKI, I., R. SATA, *op. cit.*

¹⁶⁸ A. BODNAR, *Polish Lessons for the Hungarian Transition. Regaining the Trust of Institutions and Citizens*, en <https://verfassungsblog.de/polish-lessons-for-the-hungarian-transition/>, 12.5.2026.

conviene hacer un guiño a los Estados autoritarios como Rusia. Su posición en la UE dependerá mucho de cómo se desenvuelva la coyuntura geopolítica internacional.

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

ABSTRACT: La Justicia está siendo sometida a continuos ataques por parte de los Gobiernos, no solo de corte iliberal o autoritario, a fin de controlar el desempeño de la función primordial de los jueces de dirimir conflictos, influenciando los procesos decisorios. Estos ataques llegan al corazón de uno de los elementos constitutivos del Estado de Derecho (art. 2 TUE), amenazando su mantenimiento. Por ello, el presente estudio pretende indagar cómo las interferencias gubernamentales en los nombramientos de los órganos de justicia están modificando el rol de los jueces. El objetivo es reflexionar si es posible y, en su caso, cómo se debería volver a articular el rol de la Justicia en un contexto de *rule of law backsliding* para intentar responder a estas tendencias involutivas, revirtiéndolas y restableciendo una suerte de equilibrio entre política y jurisdicción, tanto ordinaria como constitucional, y de esta forma restaurar la democracia. El análisis se centrará en Hungría y Polonia como ejemplos de Estados iliberales y España, que representa un modelo cada vez más híbrido.

KEYWORDS: Court-packing – rule of law backsliding – independencia judicial, Hungría – Polonia – España.

TOWARDS A HYBRID MODEL OF STATE: BETWEEN COURT-PACKING AND ATTEMPTS TO REVERSE BACKSLIDING

ABSTRACT: Justice is suffering constant attacks from governments, not only the illiberal or authoritarian executives, whose objective is to control the fundamental role of

judges in resolving conflicts and administering justice, influencing decision-making processes. These attacks strike at the heart of one of the constituent elements of the Rule of Law (Art. 2 TEU), threatening its maintenance. Therefore, this study aims at investigating how government interference in the appointment of judicial bodies is changing the role of judges. The objective is to understand whether it is possible and, if so, how the role of the judiciary should be rearticulated in a context of rule of law backsliding to try to respond to these regressive trends, reversing them and re-establishing a balance between politics and jurisdiction, both ordinary and constitutional, and thus restoring democracy. The analysis will focus on Hungary and Poland as examples of illiberal States and Spain, that represents a model increasingly hybrid.

KEYWORDS: Court-packing – Rule of law backsliding – Judicial independence – Hungary – Poland – Spain.