

# DE NUEVO (Y TODAVIA) POLONIA: *RULE OF LAW* Y ART.7 TUE EN EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

JUAN F LÓPEZ AGUILAR

*Catedrático de Derecho Constitucional*

*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

## SUMARIO

I. Las reformas constitucionales y legales polacas continúan bajo la lupa europea del Estado de derecho. II. Antecedentes parlamentarios del examen a Polonia: *rule of law mechanism* y diálogo estructurado (2014-2019). III. Documentos de trabajo y resoluciones del PE en relación con Polonia y con la iniciativa política de la comisión europea (2014-2019) IV. El art.7 tue en los debates del PE (la improbable unanimidad en el Consejo y la necesidad de desarrollo del «mecanismo estructurado») V. Jurisprudencia reciente del TJ sobre la ley judicial polaca: la situación del poder judicial y la justicia en Polonia VI. Algunas consideraciones conclusivas.

## I. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES POLACAS CONTINÚAN BAJO LA LUPA EUROPEA DEL ESTADO DE DERECHO CONFORME AL TRATADO DE LISBOA

Empecemos resaltando —como hemos explicado en anteriores escritos<sup>1</sup>— la relevancia de Polonia en la perspectiva europea. En el contexto histórico de la operación estratégica de «gran ampliación» de la UE (con la adhesión simultánea de diez nuevos EE.MM. en 2004), Polonia aportó, por tamaño, población, PIB e historia, un peso específico propio al conjunto de la UE. Tanto sus más de 40 millones de habitantes (población que se aproximaba a la española a principios del siglo XXI) y su extenso territorio emplazaban a Polonia como el país de mayor

1 En esta apretada síntesis de historia constitucional polaca y su secuencia de reformas, me remito a mi trabajo en esta misma Revista: «El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de Derecho y «dilema de Copenhague», TRC n.38, 2016, pp.101-142

calado de entre los que accedieron tras el histórico ciclo que arrancó en el desmoronamiento del muro de Berlín y el colapso de la URSS. Polonia añadía además rasgos geoestratégicos únicos. Es el único país de todo el continente europeo que, en las últimas tres décadas, ha mudado por completo de países fronterizos: ha desaparecido la extinta URSS (ahora es frontera con Letonia, Bielorrusia, Ucrania. y Rusia en Kaliningrado); la extinta RDA (ahora lo es Alemania) y la extinta Checoslovaquia (ahora son dos Repúblicas, ambas EE.MM. de la UE). Además, es un país cuya evolución política (de la dictadura comunista a la democracia representativa), social y económica (de país agrario a país inserto en la economía de servicios y de mercado), ha venido acompañada con atención por los comparatistas (especialmente en la fase de desmantelamiento del régimen férreamente controlado por el Partido Comunista bajo el empuje del sindicato *Solidarność* y su líder L. Wałęsa, quien luego llegaría a ser Presidente de Polonia).<sup>2</sup>

Sírvanos recuperar este recordatorio para encuadrar brevemente la escasamente conocida peripecia constitucional polaca. Arranca con un dato notable: Polonia allegó a Europa la primera Constitución escrita de la historia del constitucionalismo europeo, de 1791 (cuatro meses anterior a la Constitución francesa de 1791, primera de las de su historia tras la Revolución Francesa de 1789). De la efímera vigencia de aquella Carta se abrió paso a la de 1921, no menos semántica que la primera, en el sentido que K. Loewenstein explicó esta adjetivación<sup>3</sup>. En esa fase se proclamó la separación de poderes, con un legislativo bicameral (*Sejm* y Senado), un ejecutivo bicéfalo (con un presidente de la República de elección parlamentaria y un Consejo de Ministros) y un Poder Judicial independiente. Resulta, no obstante, que a partir de su expansión tras la *Gran Guerra* europea (1914-1918) y los Tratados de Versalles (1919), su inestabilidad política y territorial de Polonia se cronificó trágicamente durante la primera mitad del «olvidado siglo XX» que nos explicó T. Judt<sup>4</sup>. Así, los polacos hubieron de padecer la dictadura de Pilsudski (1926), el pacto germano-soviético Ribbentrop-Molotov (agosto de 1939) para la repartición de su territorio, seguida inmediatamente por la brutalidad devastadora de la invasión nazi y la ocupación soviética de su frontera este, de la que ahora se cumplen 80 años (1939). Y por la inconmensurable catástrofe de la II Guerra Mundial (1939-1945), de la que los episodios del *Ghetto* de Varsovia testifican como pocos el drama en que se fundieron holocausto y heroísmo. Tras la capitulación nazi (mayo 1945), y tras el «telón de acero» (1946), una breve y provisional Constitución socialista daría lugar a una segunda, adoptada en 1952, de clara impronta soviética. La tradicional separación de poderes

2 Sigo en esta introducción de la secuencia de reformas en Polonia la ya desarrollada en mi artículo en esta Revista: «El caso de Polonia en la UE (...), *cit. Nota supra*

3 LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución* (Trad. A. Gallego Anabitarre). Ariel, Barcelona, con sucesivas ed. desde 1983 a 2018.

4 De este autor sobresaliente pueden consultarse sus obras: *Sobre el olvidado siglo XX*, Taurus, Madrid, 2008; y *Postwar: A History of Europe since 1945*, Penguin, N.Y., 2002.

dio paso a la concentración de poderes, con un ejecutivo a cargo de un Consejo de Estado conforme al centralismo soviético. Un crescendo protestas (estudiantiles y obreras, aglutinadas a menudo por el clero católico) espolea, a fines de los años 70 y principios de los 80, el liderazgo del sindicato *Solidarność* fuertemente radicado en los astilleros de Gdansk. Unas así denominadas «negociaciones de la mesa redonda» en 1989, en el contexto del colapso del régimen prosoviético del general Jaruzelski, condujeron a una serie de leyes constitucionales (7 de abril y 29 de diciembre de 1989, 9 de marzo de 1990 y 19 de abril de 1991), por las que se recuperó el Senado y la jefatura de Estado en un Presidente elegido por el *Sejm* y, desde 1990 por sufragio universal. Desde tales coordenadas se transitó en su día hacia la así denominada «Pequeña Constitución» (Ley Constitucional del 17 de octubre de 1992), que derogó la de 1952 para recuperar la arquitectura de la separación de poderes, el parlamentarismo bicameral, el ejecutivo bicéfalo (un Presidente de la República y un Consejo de Ministros con Primer ministro al frente) y la prefiguración de un Estado de Derecho. La *Ley Constitucional* de 1992 regula la elección popular (por sufragio universal) del Presidente de la República y la investidura (y censura) del Primer ministro con los rasgos distintivos de lo que los constitucionalistas venimos denominando «parlamentarismo racionalizado», incorporando un mecanismo de sucesivas votaciones para la investidura parlamentaria del jefe de gobierno, culminada con un original dispositivo de «presunción de confianza provisional» revalidable en seis meses en caso de agotarse las votaciones sin haberse superado el límite de investidura.

A partir de ahí, el siguiente capítulo de la secuencia constitucional polaca conduce a la Constitución de 1997 —derogatoria de la de 1992— que no solamente perfila la apuesta por un Estado social y democrático de Derecho sino que la articula estableciendo un listado de derechos constitucionales (civiles, políticos, económicos y sociales). En lo demás, conjuga la organización unitaria del Estado con la autonomía local de ciudades y municipios. La (desde entonces denominada) *nueva Constitución* asume como cometido redefinir la representación de la soberanía popular y, consiguientemente el sistema electoral que debe delinear la correlación de fuerzas en el interior del *Sejm*, una de cuyas consecuencias políticas de mayor impacto ha sido la conformación, con «premio de mayoría» que acabará abriendo cauce a una amplia mayoría de orientación ultraconservadora en la Cámara, actualmente en el Gobierno (*PiS*, Ley y Justicia, por sus siglas en polaco).

Un punto de especial interés reside en la conformación de un Tribunal Constitucional con funciones de jurisdicción constitucional concentrada y diferenciada de la Justicia ordinaria encomendada a un Poder Judicial cuyo estatuto profesional (con los atributos sólitos: independencia, inamovilidad, incompatibilidades) queda deferido a la legislación judicial infraconstitucional. La Constitución de 1997 establece, en efecto, un TC (arts.188-197) con caracteres análogos a los prevalentes en el Derecho comparado europeo. Su primer desarrollo legislativo quedó fijado por la ley del 1 de agosto de 1997. Se perfila un órgano de

jurisdicción constitucional concentrada que combina el control abstracto (recurso) y el concreto (cuestión), al que se encomienda también la garantía de derechos (recurso de amparo), la resolución de eventuales conflictos constitucionales así como el control jurídico sobre la constitucionalidad de los partidos políticos (art. 188.4) La supremacía normativa de la Constitución quedó, por su parte, asegurada en el Capítulo XII (Reforma Constitucional, arts. 228 y ss): Se excluye de la iniciativa de reforma constitucional tanto al Gobierno como a la iniciativa popular, exigiéndose para su aprobación mayoría cualificada y referéndum vinculante en caso de afectar al segmento más blindado del texto constitucional (principio de rigidez de la reforma constitucional). No hay límite material, pero sí prohibición de iniciativa durante la tramitación de los «estados de crisis» (análogamente a lo previsto en el art.169 CE). Conforme a estas previsiones, la Constitución ha sido modificada en dos ocasiones relevantes hasta la fecha. El 8 de septiembre de 2006 fue reformado el originario tenor del art. 55 para prohibir la extradición de ciudadanos polacos (salvo delito de genocidio o crímenes contra la humanidad cubierto por tratado internacional ratificado por Polonia). Por su parte, el 7 de mayo de 2009 fue reformado el art. 99 relativo a la mayoría de edad para el sufragio pasivo a la *Sejm* y al Senado, y prohíbe la elegibilidad de personas sentenciadas a prisión por delitos dolosos.

Así las cosas, ¿De qué hablamos cuando hablamos en la UE de *retrocesos democráticos* y de *regresión constitucional* en Polonia, singularmente a la luz del Tratado de Lisboa (TL, vigente desde el 2009) y de la *Carta de Derechos Fundamentales de la UE* (CDFUE), que entró en vigor conjuntamente? ¿Cómo se explica que la alarma sobre Polonia se haya desatado, y cómo, a todo lo ancho y largo de la UE? Responder a esta pregunta requiere establecer contacto con el precedente húngaro. Con su agresiva restricción de las minorías y de las ONGs («tercer sector»; «*Civil Society*»); con su sucesión de ataques acumulados contra la independencia del Poder Judicial y su deslizamiento e en una pendiente imparable de retrocesos en libertades y pluralismo (singularmente el pluralismo informativo con el control gubernamental de los medios de comunicación), al punto de suscitar no sólo la «preocupación» de las instituciones europeas acerca sino sus iniciativas para la «constatación» del «riesgo» de una violación «grave y sistemática» del «Estado de Derecho» (*Rule of Law*) tal y como prevé el art. 7 TUE<sup>5</sup>. No puede ignorarse tampoco que Polonia fue, en sí, el primer E.M de la UE en el que se verificaron acciones de complicidad con los «programas de entrega y detención secreta» (*secret renditions*) autorizados por el Presidente de EE.UU G.W. Bush tras los atentados del 11S. De hecho, en julio de 2014 el TEDH condenó con las

5 Con carácter introductorio al actualmente inabarcable desarrollo doctrinal del constitucionalismo democrático europeo y de la idea constitucional europea del *Rule of Law*, puede consultarse la síntesis de FERNANDEZ ESTEBAN, M.L.: *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer Law International, Den Hague, 1999. En castellano, por todos, un enfoque precursor en: DIAZ PICAZO GIMENEZ, L.M: *Constitucionalismo europeo, Civitas, 1997*.

sentencias sucesivas los abusos perpetrados por el Gobierno Polaco en convivencia por la CIA por violación de la prohibición de tortura y trato inhumano y degradante y detención secreta. Durante los años 2002 y 2003 se mantuvo en territorio polaco.<sup>6</sup> En lo demás, seguramente es en el ámbito del derecho de familia y de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres donde Polonia acopia un historial problemático de denuncias ante el TEDH por violación del CEDH, ensanchado por las causas de contravención de prohibiciones de discriminación (como ese el caso de los llamados «crímenes de odio» y de la proliferación de actitudes antisemitas).

Enlazando este contexto con el concreto examen de la situación en Polonia, una sucesión de importantes Resoluciones adoptadas en el PE en el curso de la Legislatura 2014-2019 puso de manifiesto la necesidad y la urgencia de la activación de las llamadas «*Rule of Law Warning*» y «*Rule of Law Mechanism*» previstas ya por entonces en el acervo y *toolbox* del Derecho europeo; esto es, en la «caja de herramientas» disponibles y potencialmente conducentes a la activación del dispositivo contemplado en el art. 7 TUE. Encuadradas de este modo, la secuencia de decisiones políticas que enhebran el supuesto de hecho de la alarma desatada a todo lo largo de la UE acerca de la situación del «*Rule of Law*» en Polonia puede sintetizarse, siquiera apretadamente, con trazos de marcados contrastes: Inmediatamente después de las elecciones legislativas de diciembre de 2015 (que pusieron fin a los 8 años de mandato de los liberal conservadores del entonces primer ministro Donald Tusk, luego presidente del Consejo 2014-2019), el partido ganador de tan decisivos comicios —*Ley y Justicia, PiS*, por sus siglas en polaco— puso en marcha su anunciado plan de reforma del Tribunal Constitucional (TC) así como, sucesivamente, la reforma del entero sistema judicial polaco, incluyendo lo tocante al Consejo Judicial y la Escuela Judicial, a la Justicia Ordinaria, al Tribunal Supremo (TS), Tribunal Supremo Administrativo y a la Comisión Electoral Nacional. Concretamente, la ley de reforma del TC fue aprobada por el *Sejm* el 23 de diciembre del 2017. En síntesis, la enmienda de la ley del TC de 1997 introducía las siguientes novedades: a)—Modificación de las normas procedimentales («*sequency rule*») para el señalamiento de los asuntos asumidos por la jurisdicción constitucional, estableciendo la regla de la precedencia de casos para su enjuiciamiento por el TC; b)—Fijación legal de una nueva regla de mayoría de los 2/3 de sus 15 miembros para poder decidir sobre cualquier asunto y *quorum* preceptivo de al menos 13 de los 15 Jueces para poder constituirse y deliberar legalmente. Debe recordarse aquí que el art. 190.5 de la Constitución requiere solo una «mayoría de votos» (entendiéndose desde entonces que se requiere mayoría simple). Por su parte, el sistema judicial polaco —objeto también de

6 Véase a este respecto el penetrante estudio comparativo de los investigadores CARRERA, Sergio, y GUILD, E., SOARES DA SILVA, J., WIESBROK A.: «*The Results of inquiries into the CIA's program of extraordinary rendition and secret prisons in European States in light of the new legal framework following the Lisbon Treaty*», Policy Department, EP, 2012

amplias reformas— venía siendo sometido con alta frecuencia al escrutinio del TEDH por la alegada violación de los derechos del CEDH (especialmente a propósito de la así denominada «Ley de Procedimiento contra personas con trastornos mentales», autorizando su reclusión en aislamiento en centros cerrados). Los casos de demandantes de refugio y de asilo han sido objeto dado asimismo de un elevado número de denuncias de Polonia ante el TEDH, frecuentemente concluidas en condenas por violación de los derechos de la CEDH. En todos estos terrenos, las autoridades de Polonia se habían venido distinguiendo por oponer resistencia a la integración europea desde su misma adhesión a la UE en 2004, singularmente obstaculizando o excepcionando el así llamado «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» (TUE art.3.2, y ELSJ, art. 67 a 89, título V, TFUE) así como oponiendo excepciones a la *Carta de Derechos Fundamentales de la UE* (CDFUE), que entró en vigor con el *Tratado de Lisboa* (TL, 1 de diciembre de 2009) provisto «con el mismo valor jurídico de los Tratados» (art. 6.1 TUE)<sup>7</sup>.

Por descontado, ninguna de las referidas modificaciones legales —en especial, las atinentes a la configuración y competencia del TC y del TS polaco— ha resultado ser políticamente neutra. Tampoco jurídicamente. Hasta la entrada en vigor de las referidas reformas, los asuntos pendientes ante el TC podían y venían demorándose en el entorno seis meses, salvo excepcionales circunstancias de urgencia que aconsejaran su reducción a la mitad, tres meses. La nueva regla establecida por la reforma legal obliga al TC a enjuiciar los asuntos por «orden de bandeja de entrada» (*sequency rule*). Además, queda afirmada la potestad del *Sejm* de revocar (destituir) a los jueces del TC de su respectiva competencia jurisdiccional para entender de los asuntos inicialmente asignados. Pese al debate suscitado, la iniciativa fue aprobada definitivamente por el Senado polaco el 24 de diciembre de 2015 tras un agónico debate culminada en la madrugada. La ley de reforma del TC fue finalmente promulgada por el Presidente de la República el 28 de diciembre de 2015, en una decisión orientada con claridad meridiana a condicionar la «parálisis» jurisdiccional de un TC. Subsiguientemente sometida al enjuiciamiento del propio TC, esta ley fue declarada inconstitucional en su sentencia de 9 de marzo de 2016. Que resultaría, a su vez, repelida de inmediato con ostensibles signos de desprecio y desacato por las más altas autoridades del Estado, la primera ministra Szydło, el ministro de AA.EE., el ministro de Justicia y el líder del *PiS* Lech Kaczyński, incluyendo su negativa a publicar en el BOE polaco el fallo de 9 de marzo.

A la vista la reacción de desacato, sin ambages, por parte del Gobierno del *PiS* ante la contundente sentencia del TC polaco, la Comisión Europea resolvería el 19 de marzo de 2016 iniciar el proceso denominado «Mecanismo del Estado de Derecho» (incoado por la Comisión y adoptado por el PE en 2014<sup>8</sup>) en relación con

7 Sigo de nuevo en este punto los supuestos de hecho ya abordados en mi anterior trabajo en esta misma Revista: «El caso de Polonia en la UE (...)» ,*art.cit.*

8 Comunicación de la Comisión *Un Nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*, COM (2014) 158, 11 marzo 2014.

Polonia, articulado en tres fases. El objetivo: evaluar el nivel de adecuación de la reforma del TC polaco a los valores europeos del Estado de Derecho (*Rule of Law*), junto a otras medidas regresivas adoptadas en cumplimiento del programa ultraconservador del *PiS* (e incluyendo en este examen el progresivo e inexorable incremento del control político y gubernamental sobre los medios de comunicación).

Vistas estas coordenadas en perspectiva europea, tanto el «guardián de los Tratados» como el Parlamento Europeo (en adelante, PE) han venido asumiendo como un hecho indisputado que el Gobierno de Polonia (y de su mano, Polonia como E.M de la UE) ha encadenado pasos —y lo ha hecho resueltamente— hacia la senda antieuropea, de orientación nacionalista y ultraconservadora, teñida por una retórica en la que se mezclan tintes victimistas y euróforos, abrazada hace ya tiempo por el Gobierno de Victor Orbán y de *Fydesz* en Hungría.<sup>9</sup>

Y es que, efectivamente, desde que se produjese la victoria por mayoría absoluta del ultraconservador *PiS* —con el 38% de los votos, pero reforzada hasta la mayoría absoluta (con «premio de mayoría») de apoyo al Ejecutivo inicialmente liderado por Beata Szydlo y luego por Mateusz Morawiecki (siempre bajo la dirección política de Lech Kaczyński, líder del *PiS* en la *Sejm* y hermano superviviente de su gemelo Jarosław)—, la legislación polaca ha venido embarcada en un ciclo de reformas, tanto constitucionales como legislativas, de sentido regresivo cada vez más alejado de los valores europeos consignados en el TUE (art.2), y se ha acompañado, además de un discurso deslegitimador de las instituciones, crudamente favorable al incremento del control sobre otras esferas y ámbitos institucionales (medios independientes de comunicación, Poder Judicial, Tribunal Constitucional.) y de la argumentación de que «pueblo polaco les ha elegido para gobernar Polonia, llevar a cabo su programa, y hacer lo que ahora está haciendo»<sup>10</sup>.

Tal y como luego veremos, subyace en dicho discurso la premisa inaceptable de que la democracia no sería sino una cáscara vacía, forma sin contenido, apenas

9 Una introducción sintética a la espiral conducente al deterioro democrático causado por la profunda crisis ha sacudido a la UE a partir de los inicios de la segunda década del siglo XXI, sus concausas, expresiones específicas en los EE.MM y denominadores comunes, Cfr., por todos, BIRDWELL, J., FEVE, S., TRYHORN, C. & VIBLA, N.: *Democracy in Europe can no longer be taken for granted: BACKSLIDERS*, Demos, London, 2013

10 La premisa «populista» —fundada en la pretensión de encarnadura hipostática de una «voluntad del pueblo» que se situaría por encima de las formas y las leyes— ha sido objeto de elaboraciones teóricas al hilo de sus proteicas manifestaciones históricas. La literatura al respecto puede remontarse tan lejos en la historia como fijemos la vista en expresiones precursoras de toda demagogia que apela a un supuesto unanimismo de las «masas populares» en movimiento o «o en pie» contra «enemigos» externos («ellos», los «otros», «chivos expiatorios» de la «ira popular», por oposición al «nosotros» capturado en esa fórmula). Con todo, recientemente, al hilo del deterioro o «crisis de gobernanza» del vínculo de confianza (entre los representados y sus representantes) sobre el que se sustenta la democracia representativa (al hilo de la Gran Recesión y la peor crisis de la UE, con severísima erosión de la «voluntad de Europa»), la doctrina sobre la fenomenología mutante del(los) populismo(s), abordada desde ángulos asimismo muy diversos, se ha multiplicado exponencialmente, también entre los ensayistas y analistas españoles. En perspectiva comparada, por todos, puede consultarse al respecto: MÜLLER, J.W.: *What is Populism?* Penguin, University Press, Philadelphia, 2017; MUDDÉ, C. & KALTWASSER, C.: *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017.

contraída a la regla de la mayoría, sin más consideraciones. Contrariamente a esta versión casi caricatural de lo que H. Kelsen teorizó como «esencia y valor de la democracia»<sup>11</sup>, nunca ha sido verdad que exista nada parecido a una variante «iliberal» de la democracia (sucedánea de «antiliberal») por la que la mayoría puede desvirtuar su sustrato de principio, que incluye la garantía del pluralismo político, del equilibrio entre poderes distribuidos policéntricamente y en disposición de compensarse, frenarse y equilibrarse interactiva y recíprocamente, la regla de la primacía del Derecho y del imperio de la ley democráticamente legitimada, así como la inviolable dignidad de la persona en la que residiría la «soberanía del individuo» resistente a cualesquiera abusos eventualmente derivados de otras tantas decisiones tomadas por mayoría.<sup>12</sup> Es sabido, sin embargo, que la idea europea de democracia —o, para ser más precisos, la idea europea de democracia constitucional— sobre la que se sustenta el proceso de construcción europea y, en definitiva, la UE, no se reduce al dictado de la regla de la mayoría; es también, y sobre todo, respeto de la(s) minoría(s) y de los derechos fundamentales sobre los que se estructura la dignidad de la persona, garantizados en su caso por un poder judicial independiente en el marco de una democracia representativa con separación de poderes bajo el imperio de la ley (art.2 TUE)<sup>13</sup>. Lo que implica protección —esto es, tutela jurídica— de la función de oposición y garantía de que la oposición puede llegar al gobierno a través de un debate pluralista en una sociedad abierta.<sup>14</sup>

## II. ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS DEL EXAMEN A POLONIA: *RULE OF LAW MECHANISM* Y *DIÁLOGO* *ESTRUCTURADO* (2014-2019)

En ese clímax de tensión el PE debatió —con carácter monográfico— en su Pleno de Estrasburgo (octubre de 2016) tan preocupante situación en la República polaca, con la participación de la PM Beata Szydło. Por descontado, en el debate tuvo amplia presencia la configuración del «*Mecanismo del Estado de Derecho*» (*Rule of Law Framework Mechanism*), adoptado por la Comisión y el PE en

11 KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, (Ed. Ignacio de Otto), Guadarrama, Madrid, 1977

12 El concepto aporético de «democracia iliberal» viene siendo objeto de explicación desde distintos parámetros. Por todos, vid. ZAKARIA, F.: «The rise of Illiberal Democracy», *Foreign Affairs*. vol.76, n. 6, sept-dic 1997. La aplicación de este concepto al caso húngaro bajo el Gobierno de Fydesz ha cobrado fuerza paradigmática, cfr. HALMAI, G.: «Illiberal Constitutionalism?: The Hungarian Constitution in European Perspective», en KADELBACH, S. (ed): *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, Nomos VerlagsGessellschaft, Baden-Baden, 2018, pp. 84 ss.

13 Vid. KOCHENOV, D.: «On Policing Art.2 TEU Compliance: Reverse Solange and Systemic Infringements Analyzed», *Polish Yearbook of International Law*, n.133, 2013, pp.168-159.

14 Con carácter general, debe consultarse al respecto la excelente exposición de los supuestos del problema en un reciente trabajo del prof. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. en esta misma Revista: «La Unión Europea como comunidad de valores: A vueltas con la democracia y del Estado de Derecho», TRC n.43, 2019, pp.121-160.



2014<sup>15</sup>, cuyas tres fases procedimentales fueron explicadas ante el Pleno por el Vicepresidente de la Comisión (Frans Timmermans, responsable de *Rule of Law & Fundamental Rights*): a)— primera, la «aclaración objetiva de los hechos en diálogo con el Gobierno polaco» («diálogo estructurado» e información complementaria. b)— segunda, la adopción de medidas de salvaguarda o reparación proporcionales a los problemas detectados. c)—tercera, eventualmente, la activación del proceso decisonal que, en última instancia, agotadas todas las vías políticas y judiciales previas<sup>16</sup>, conduce a la aplicación del art.7 TUE contra un E.M en el que se «constate» que «viola de forma grave y persistente» los valores de la UE (procedimiento que incluye, en último extremo, como *ultima ratio* y sanción, la suspensión de su derecho de voto en el Consejo).

A partir de ahí, la constatación de la alarma política sobre la situación de Polonia (*Rule of Law Warning*) ha sido recurrente y objeto de intensos debates, reiterándose a menudo los argumentos en contraste, en sucesivos Plenos del PE en Estrasburgo. Traídas posteriormente a su pertinente debate otras tantas situaciones asimismo preocupantes (Hungría, Rumanía, Malta, Eslovaquia), una y otra vez se reafirma la mayoría del PE en que todos los EE.MM. —llámese Hungría, Eslovaquia, Rumanía, Malta o cualquier otro— deben respetar y cumplir los compromisos contraídos con la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* (TL) y la *Carta de Derechos Fundamentales de la UE* (CDFUE). Conforme a las Resoluciones adoptadas en el PE en relación con la concreta situación de Polonia, se asume como premisa que el Gobierno polaco del *PiS* responde a una agenda nacionalista y ultraconservadora, acompañada de retórica y de actuaciones concretas tendencialmente antieuropeas. No en vano su programa político fue en su día calificado de auténtico «golpe de estado» desde la oposición (por más que menguante su espacio, como también el disfrute de su tutela jurídica). Confrontada Polonia abiertamente con la gestión de la emergencia humanitaria de la denominada «crisis de refugiados» desatada en 2015 (al albur del refractario «*Grupo de Visegrado*»), así como a la admisión de ningún tipo de responsabilidad ni solidaridad (art.80 TFUE) en la admisión de contingentes («cuotas») de «realojamiento» de refugiados dentro de su territorio<sup>17</sup>, el gobierno del *PiS* se ha situado prácticamente extramuros de Decisiones europeas adoptadas en Consejo y de normas europeas vigentes, resistiendo la lectura evolutiva (por más que hoy consolidada) del principio fundacional del Derecho europeo que garantiza la supremacía de la

15 COM (2014) 158, *cit.*

16 Sobre el carácter subsidiario, de extrema *ultima ratio* (una vez agotadas las vías extrajudiciales y judiciales previas), la doctrina autorizada ha explorado las opciones de la cuestión prejudicial ante el TJ (art.267 TFUE) y de los procedimientos de infracción por incumplimiento de sentencias del TJUE (ex art.260 TFUE). Cfr., al respecto, la elaboración doctrinal de un prestigioso experto iuscomunitario: VON BOGDANDY, A. (et.al): «Reverse Solange: Protecting the essence of Fundamental Rights against EU Member States», *Common Market Law Review* vol. 49, 2012, pp.489 ss.

17 Cfr. *Fundamental Rights at Borders: findings from selected EU border crossing points*, FRA, 2016

Constitución sobre ningún otro poder constituido en el Estado (art.2 TUE)<sup>18</sup>. Así, cuando se produce el pronunciamiento del TC acerca de su ley de reforma, el Gobierno de Polonia se apresura a descalificarlo sin escatimar trazo grueso ni carga de profundidad. El Pleno del TC afirmó con claridad que dicha reforma inconstitucional sustrae al TC funciones y merma su independencia tanto como su eficacia, poniendo en peligro no solo el Estado de Derecho sino la democracia y la propia libertad reconquistada en Polonia. La reacción inmediata del Gobierno de Ley y Justicia es ciertamente fulminante: descalifica al TC, colocándolo fuera del foco, y posiciona al Gobierno en abierto desacato a sus resoluciones por considerarlas contrarias a las reglas sobrevenidas, las mismas que le habían sido impuestas en la reforma que ha sido declarada inconstitucional.

No puede sorprender por tanto que otra organización supranacional europea de la que es miembro Polonia, el Consejo de Europa —muy destacadamente, su *Comisión de Venecia*, (*Democracy through Law*)— haya alertado en sus Informes acerca de los riesgos sistémicos planteados no solo por la reforma obrada en Polonia por su mayoría parlamentaria, sino del riesgo cierto de una amenaza sistémica que para la integración supranacional europea representa un retroceso de tal calado en materia de derechos y de calidad democrática<sup>19</sup>. Y si, ante la acumulación de problemas, también al Consejo de Europa ha correspondido emitir su específica secuencia de Dictámenes (*Opinions*), también, invariablemente, la reacción del Gobierno y autoridades polacas consistiría, una vez más, en descalificar cada informe de la Comisión de Venecia, atacando personal y políticamente a quien ha sido hasta hace poco su Secretario General, el noruego Thornjorn Jagland. Y así, efectivamente, la Comisión de Venecia deliberó (en su sesión plenaria del 11-12 de marzo de 2016) su dictamen sobre la Ley de 28 de junio de 2015 del TC, sin que pueda soslayarse que la referida *Opinion* de la Comisión de Venecia había sido requerida por carta del entonces ministro de AA.EE. de Polonia, Witold Waszczykowski, para evaluar las reformas del TC sometidas al *Sejm* el 2 y 15 de diciembre de 2015.

Con carácter general, el Dictamen consultivo de la Comisión de Venecia repasa la cronología de la configuración legislativa del TC polaco. En 2013, el (entonces) Presidente Komorowski promulgó una importante reforma del TC, en

18 Sobre el art.2 TUE, en que se constitucionalizan los antes denominados «criterios de Copenhague» (por el Consejo en Dinamarca en que se formalizaron los requisitos democráticos para la candidatura a la adhesión a la UE), y cuyas limitaciones tras la plenitud de acceso dieron lugar al debate sobre el «dilema de Copenhague» (cfr. mi anterior trabajo: «El caso de Polonia en la UE» (*art.cit*), puede consultarse, por todos, MANGIAMELLI, S.: «Art 2 TEU», en BLANCKE, H. & MANGIAMELLI, S. (Eds): *The Treaty of the European Union (TEU)*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2013, pp. 109-155.

19 Acerca de la Comisión de Venecia («Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho del Consejo de Europa», *Democracy through Law*) pueden consultarse sus Informes (*Opinions*) disponibles en la web; para una síntesis explicativa: JOWELL, J.: «The Venice Commission: Disseminating Democracy through Law!», *Public Law* n.24, 2001, pp. 675-683; HOFFMANN-RIEM, W.: «The Venice Commission of the Council of Europe: Standards and Impact», *International Journal of European Law* n.25, 2014, pp.579-597

el 25 de junio de 2015 cuando el *Sejm* adopta la última versión de la Ley del TC, que entró en vigor el 30 de agosto de 2015. El 8 de octubre de 2015, en su última sesión antes de las elecciones, el *Sejm* votó la elección de los 5 jueces que debían reemplazar a los tres salientes el 6 de noviembre de 2015 y a los dos que completaron su mandato en diciembre de 2015. El presidente de la República (en sintonía con la nueva mayoría ultraconservadora desde las elecciones de noviembre de 2015) se negó a ratificar estos nombramientos de los desde entonces llamados «*jueces de octubre*». El Grupo parlamentario del PiS impugnó ante el TC estos nombramientos, también la nueva composición del *Sejm* (con mayoría absoluta del PiS con la base de un 38% de apoyo electoral y un «premio de mayoría») resuelve invalidar esos nombramientos y sus decisiones a partir de la elección. Desde entonces la reforma constitucional no ha hecho más que complicarse.

La aprobación por el *Sejm* de la reforma del TC (ley del 22 de diciembre) fue a su vez impugnada por la oposición parlamentaria. La sentencia del 9 de marzo de 2016 K47/15 del TC polaco se pronunció sobre el recurso de inconstitucionalidad, después de haber admitido a trámite su «procesabilidad» (auto de 14 de enero), examinando los objetos esenciales del litigio: a) — Fundamentos jurídicos: esto es, examen de la propia regla de fundamentación constitucional para enjuiciar las leyes reguladoras de la propia configuración de la función jurisdiccional del TC, y de sus modificaciones. b) — Cuestiones de procedimiento: b.1) — Examen de la «*sequency rule*», o regla de enjuiciamiento temporal de casos subordinados a la protección temporal y cronológica de su respectiva admisión en la bandeja de entrada del TC. b.2) — *Quorum* de presencia de jueces necesario para la reunión legal del TC: se establece como umbral mínimo de presencia al menos 13 de los 15 jueces del total que integran el TS polaco. b.3) — Examen de la regla de mayoría de 2/3 para la adopción de decisiones válidas por parte del TC. b.4) — Establecimiento de un plazo legal mínimo para el enjuiciamiento de casos: tres meses para la audiencia pública y seis meses para la deliberación en pleno. c) — Examen del procedimiento disciplinario para la renovación de jueces y previsión constitucional de composición del TC. La pretendida «costumbre constitucional» de «evitar» la elección de nuevos jueces cerca de unas elecciones (alegada por el PiS para deslegitimar a los cinco nuevos «jueces de octubre») y principio de leal cooperación entre poderes del Estado.

Como conclusión del examen, la *Comisión de Venecia* emitió Dictamen crítico, y advirtió severamente contra la arbitrariedad y el abuso de poder de la mayoría parlamentaria con grave quebranto de las formas y de la garantía de la participación de las minorías en el procedimiento legislativo. Pero —y esto es importante— en lo que aquí nos ocupa, se desprende de la opinión del organismo consultivo del Consejo de Europa una sólida teoría de la democracia constitucional conforme al modelo europeo, enfocada a desactivar la burda identificación de la democracia constitucional con la «regla de la mayoría». De acuerdo con su Dictamen, tanto la acumulación de reformas parciales sobre la jurisdicción constitucional como su sobreimposición en su ritmo acelerado de tramitación

parlamentaria redundan en la restricción o atropello de los derechos de participación de las minorías en el procedimiento legislativo, con la consiguiente vulneración a las reglas y métodos que hacen reconocibles a una democracia pluralista. El examen del Consejo de Europa culmina con una áspera crítica a las declaraciones de desacato a las sentencias del TC, emitidas con abierto desprecio por lo resuelto, y con la declaración expresa de la voluntad política del Gobierno del *PiS* de desobedecer el pronunciamiento jurisdiccional, incumpliendo el fallo, teniéndolo por «ilegal» y dictado por un «órgano ilegítimo».

### III. LOS DOCUMENTOS DE TRABAJO Y RESOLUCIONES DEL PE EN RELACIÓN CON POLONIA Y CON LA INICIATIVA POLÍTICA DE LA COMISIÓN EUROPEA (2014-2019)

Planteados así los antecedentes del caso de Polonia en la UE, pasemos ahora al repaso de los trabajos del PE tanto en lo que se refiere a la cuestión de fondo como en sus Resoluciones orientadas a requerir la actuación de la Comisión y el Consejo. Con carácter previo al propio examen de las Resoluciones del PE, los documentos de trabajo del PE aportan ideas interesantes sobre la vinculación histórica de la construcción europea y los valores fundamentales del Estado de Derecho, la democracia representativa y el respeto a los derechos fundamentales. En las elaboraciones del PE, las referencias normativas presentes en los arts. 2, 3, 4, 5 y 6 del TUE, encuadran la lectura sistemática del célebre art. 7 TUE, y la complementaria de la *Carta de Derechos Fundamentales de la UE* (CDFUE), revestida del «mismo valor jurídico que los Tratados» (art.6.1 TUE), especialmente en lo atinente a las reglas relativas a la delimitación de su ámbito de aplicación, a la cláusula de prohibición del abuso del derecho y a su conjugación con los niveles nacionales de protección de los mismos derechos fundamentales de la propia CDFUE (arts. 51 a 54 CDFUE)<sup>20</sup>.

Merecen singular atención, al respecto, los debates sustanciados tanto en la *Comisión de Libertades, Justicia e Interior* del PE (Comisión LIBE) como en el Pleno del PE acerca de los mecanismos y los procedimientos previos y complementarios a los jurisdiccionales<sup>21</sup>. Así han podido discutirse y deliberarse a fondo, primero

20 Una síntesis explicativa del alcance constitucional de estos avances afirmados antes de la entrada en vigor del TL y de la CDFUE puede encontrarse en CÁMARA VILLAR, G.: «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción europea y su valor en el Tratado Constitucional, n.4, 2005, pp. 9-42; para la prospectiva de su impacto tras la entrada en vigor de TL y CDFUE, cfr. ROLLA, Gian Carlo: «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE en perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación», en *Rev. Dcho Const Europeo (Homenaje a Peter Häberle)*, n.11, 2009; del mismo autor: «La CDFUE y el CEDH: su contribución a la formación de una jurisdicción constitucional de los derechos fundamentales», REDF n.15, 2010, pp. 15-39.

21 La entrada en vigor del TL (que incluye el ELSJ, art.3.1 TUE y Título V TFUE, y la CDFUE como ámbitos competenciales de legislación europea) supone una expansión competencial del PE (derechos

en la Comisión LIBE y posteriormente en el Pleno, desde el procedimiento de infracción por incumplimiento del Derecho europeo (arts. 258 y 55 TFUE) hasta el eventual recurso jurisdiccional ante el TEDH (pendiente como está todavía el cumplimiento de la obligación de la UE de instrumentar su adhesión al CEDH y al TEDH, conforme a lo establecido en el art. 6.1 TUE, tras el desalentador Dictamen 2/13 emitido a este respecto por el TJ)<sup>22</sup>. Aunque es cierto que el acceso a los recursos judiciales (*judicial remedies*) no están al alcance de cualquiera (siquiera por sus requerimientos de asesoramiento legal y disponibilidad para asumir los costes de la litigación), el dispositivo jurisdiccional para la invocación de las reglas del Estado de Derecho viene configurado como una acción ejercitable tanto por personas individuales como por poderes públicos (E.M contra otro E.M) así como, desde luego, por las instituciones europeas. Es notable, a este respecto que el TUE prevea expresamente que un determinado E.M suscite una amenaza «grave y persistente» de violación del Derecho. pero no que este incumplimiento pueda además provenir de una institución de la UE<sup>23</sup>.

Desde un enfoque panorámico, la reflexión política en los debates del PE ha orbitado en torno a la posibilidad de «reforzar» o «perfeccionar» los llamados «marcadores» (*Scoreboard*) y los procedimientos de «diálogo estructurado» progresivamente diseñados para asegurar el carácter general, periódico y ordinario del escrutinio europeo sobre la situación del *Rule of Law* en el conjunto de los EE.MM<sup>24</sup>. Procede aquí subrayar que fue cabalmente pensando en calibrar con

fundamentales, Derecho penal, Derecho procesal penal, cooperación judicial, entre otras materias de inequívoca dimensión constitucional) sin precedentes en la historia de la construcción europea, y en modo muy especial de su Comisión LIBE, la de mayor espectro legislativo de la Eurocámara. Para una explicación más extensa de su impacto, cfr. BARÓN CRESPO, E.: *La constitucionalización del poder legislativo de la UE*, Thomson, Madrid, 2006. Trato asimismo, en extenso, esta cuestión en mi libro: *Europa, Parlamento, Derechos: Paisaje tras la Gran Recesión*, Tirant, Madrid, 2017.

22 Para una aproximación a la problemática planteada por el mandato contenido en el art.6 TUE para que la UE se adhiriera al CEDH (y su consiguiente impacto sobre la delimitación de las jurisdicciones del TEDH con sede en Estrasburgo y el TJUE con sede en Luxemburgo), ver, por todos, CORTÉS MARTÍN, J M: «Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de la presunción de su equivalencia con el CEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n.46, 2013, pp. 935-971. Como se ha apuntado *supra*, tras el completamiento del proceso de adhesión por parte de la Comisión siguiendo el mandato del Consejo, y tras el voto favorable del PE, el Dictamen negativo del TJ, Dictamen 2/13 del TJ, de 14 de diciembre de 2013, bloqueó su conclusión y abrió un prolongado *impasse* que aún perdura en los inicios de la Legislatura 2019-2024 del PE.

23 Acerca de la inabarcable dinámica e interacción de distintos Tribunales en el sistema de protección jurisdiccional de derechos, me remito a la lectura, por todos, de las esclarecedoras síntesis del prof. LÓPEZ GUERRA, antiguo vicepresidente del TC y magistrado del TEDH. Entre otros trabajos, véase «Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales», RVAP n.65, 2003, pp. 191-294; «La evolución del sistema internacional de protección de los derechos humanos», *Parlamento y Derecho. Anuario*, n.18, 2017, pp. 81-101; «EL TEDH y el TJUE: Le mouvement nécessaire des choses», TRC n.39, 2017, pp163-188;

24 *Vid.* Doc. de Trabajo sobre el establecimiento de un mecanismo de la UE para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (Comisión LIBE, Ponente: Sophie in 't Veld), DT/1084088ES.doc, de 26 enero 2016; Doc. de Trabajo sobre el empleo del art.2 y la Carta como fundamento para procedimientos de infracción (Comisión LIBE, Ponente: Barbara Spinelli) DT/1084086ES.doc, de 26 enero 2016; Doc. de Trabajo sobre el establecimiento de un mecanismo de la UE para la democracia, el Estado de Derecho

precisión la viabilidad de cada una de las herramientas disponibles, en el complejo entramado de supuestos contemplables y de sus respectivas consecuencias y respuestas judiciales, y hacerlo con carácter previo a la activación de lo dispuesto en el art. 7 TUE (aun cuando resulte notoriamente sobreactuada su adjetivación como «opción nuclear», a la vista de su limitado poder de disuasión), que la Comisión Europea, con la participación del PE, articuló en su día el así denominado *Mecanismo de Marco del Estado del Derecho (Rule of Law Framework Mechanism)* (COM2014/0158 de 11 marzo de 2014), estructurado en tres fases: a)—Evaluación de la de la situación por parte de la Comisión Europea; b)—Recomendación de la Comisión<sup>25</sup>; c)—Seguimiento de las Recomendaciones y, en su caso, activación de la eventual aplicación del art. 7 TUE<sup>26</sup>.

Ante la dificultad (y, en su caso, resistencias) de incoar a este propósito las acciones judiciales disponibles ante el TJUE (procedimientos de infracción, conforme al art. 258 TUE) —y desde luego consciente de las limitaciones del art.7 TUE ante el requerimiento de la unanimidad en la «constatación» (art.7.2 TUE)— también por su lado el Consejo resolvió estipular un «*Diálogo para promover y salvaguardar el Estado de Derecho*» (Conclusiones del Consejo de 15 de diciembre de 2014). Desde entonces, esta práctica figura regularmente en los documentos de Conclusiones de las Reuniones del Consejo, especialmente a partir de las Conclusiones del Consejo sobre la aplicación de la CDFUE adoptadas en Consejo JAI (ministros de Justicia e Interior) el 12 de octubre de 2017.

Por su parte, el PE resolvió (mediante acuerdo de su Conferencia de Presidentes, órgano rector de la Eurocámara, en 2012) adoptar regularmente un así denominado «*Informe anual sobre la situación de los derechos fundamentales con Resolución en el PE*», mediante un examen seccionado por asuntos temáticos, y complementario a su vez tanto del *Informe Anual sobre la Aplicación de la CDFUE* que aborda la Comisión (COM 2010/0573, 19 octubre 2010) como del de *EU Justice Scoreboard* (Cuadro de Indicadores de la Justicia en la UE) (COM 2013/016, 27 de marzo de 2013), del que resulta un examen comparativo de los indicadores de independencia, calidad y eficiencia judicial, instrumento puesto en marcha desde 2013 por la entonces Vicepresidenta y Comisaria de Justicia Viviane Reding.

y los derechos fundamentales: Métodos y mecanismos existentes (Comisión LIBE, Ponente: Ulrike Lunacek), DT/108500ES.doc, de 26 enero de 2016; Doc. de Trabajo sobre el establecimiento de un mecanismo de la UE sobre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (Comisión LIBE, Ponente: Frank Engel) DT/1084091ES.doc, 26 enero 2016; Doc. de trabajo sobre el establecimiento de un mecanismo de la UE en materia de democracia, Estado de Derecho y derechos fundamentales: en las evaluaciones de impacto o los procedimientos de control (Comisión LIBE, Ponente: Timothy Kirkhope) DT/1084090ES.doc, 26 enero 2016. Resumiendo y recopilando sus trabajos hasta entonces, Informe de la Comisión LIBE de 4 de julio de 2018 (A8-0250/2018).

25 Vid. Recomendación (UE) 2016/1374, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia, y Recomendación (UE) 2017/146, de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016.

26 Cfr., al respecto, el estudio de CLOSA, C.: «Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law: Normative Arguments, Institutional Proposals and Procedural Mechanisms», en KOCHENOV, D. & CLOSA, C. (eds): *Reinforcing Rule of Law Oversight in the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp.11-35.

Para completar el repaso de la *caja de herramientas* disponible a los efectos del examen del Estado de Derecho en los EE.MM, no puede ignorarse el papel de la Comisión de Peticiones del PE (en ejercicio del derecho de petición de la ciudadanía de la UE, art.44 CDFUE y art. 277 TFUE), espacio donde se debaten a menudo alejadas incidencias y problemas de respeto y garantía de los derechos de los ciudadanos en los EE.MM (a «petición» de personas o colectivos afectados). Ni el importante papel desempeñado por la *Agencia de los Derechos Fundamentales* (la célebre *FRA*, por sus siglas en inglés, con sede en Viena). Este organismo vinculado a la «constelación» de la *Comisión de Libertades, Justicia Interior* del PE (LIBE), emite regularmente informes y documentos acerca del estado de los derechos fundamentales en la UE, con especial atención a la protección de minorías frente a la discriminación y frente al discurso del odio (*bate speech*) frente a los colectivos LGBT, comunidades gitanas, comunidades judías (antisemitismo), y minorías religiosas<sup>27</sup>. Como tampoco, finalmente, puede pasarse por alto la propia incardinación de la UE en la comunidad internacional y en las diversas Agencias y organismos especializados de la ONU para la protección de los derechos de personas vulnerables (ACNUR, UNICEF, entre otras).

En respuesta a todos estos retos, las propuestas y recomendaciones que emanan de los trabajos y Resoluciones del PE vertebran, a estas alturas, un conjunto de mandatos y orientaciones de trabajo y desarrollo de experiencias expresamente encuadradas en las previsiones del TL y del *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* del Título V TFUE (ELSJ, arts.67 a 89). En ese marco, sobresalen: a)—Propuestas para el refuerzo de la *supervisión ex ante de la legislación de los EE.MM* (de conformidad a parámetros e indicadores objetivos en los Informes de la *FRA*); b)—Propuestas de desarrollo del *Rule of Law Framework Mechanism* singularmente orientadas a superar el llamado «dilema de Copenhague («*Copenhagen Dilemma*») puesto de manifiesto ya en el *Informe Tavares* (primer *EP Report* de entre los adoptados sobre la *situación del Estado de Derecho en Hungría*, en 2013); c)—Propuestas de reanimación y profundización del «diálogo estructurado» y cooperativo entre el PE y los Parlamentos Nacionales (previsto y ya ejercitado en el ámbito del ELSJ, arts.74, y 81, 84 y 88 TFUE), incluyendo en estos ejercicios de diálogo interinstitucional en tratamiento preventivo de los procedimientos de infracción por violaciones de los derechos protegidos de CDFUE ante el TJUE (art. 258 TFUE); d)— Examen parlamentario de la evaluación de la jurisprudencia del TJUE en aplicación de la CDFUE; adviértase que este examen se efectúa desde el reconocimiento de las limitaciones impuestas por los preceptos de la CDFUE que encuadran su alcance vinculante y reglas de aplicación (arts. 51 a 54 CDFUE) y en que el TJUE ha ensanchado su capacidad de enjuiciamiento del derecho derivado de <sup>28</sup>la UE y de la legislación de los EE.MM en

27 Pueden consultarse al efecto los *Fundamental Rights Reports (FRA Opinions)* desde 2013 a 2018, publicados regularmente en la web de la Agencia de Derechos Fundamentales, *FRA*.

28 Sobre toda esta problemática, de la que traen causa los últimos desarrollos comentados en estas páginas, puede consultarse mi artículo anterior en esta misma Revista: «El caso de Polonia en la UE: Dilema de Copenhague y Estado de Derecho en la UE», *TRC n.35*, 2015, pp.101-142.

función de su compatibilidad o no con los derechos de la CDFUE, enfatizando así su valor jurídico como parámetros de validez del Derecho europeo (ej: *Data Retention case*)<sup>29</sup> o del Derecho nacional de los EE.MM (ej: control de legalidad europea de la legislación procesal española de procedimiento judicial ejecutivo hipotecario.), incluso cuando el legislador nacional prevea hipotéticamente «un nivel más alto de protección» siempre que imponga un obstáculo a la aplicación efectiva y uniforme del derecho europeo (así, *caso Melloni*, 2013, en relación con el alcance vinculante y de la efectividad de la *Orden Europea de Arresto*)<sup>30</sup>; e)—Propuestas con el objetivo de reforzar el sometimiento de cada E.M y de sus poderes públicos al *standard* europeo del Estado de Derecho, asegurando la independencia del Poder Judicial y la imparcialidad del Ministerio Fiscal de los EE.MM (para evitar la instrumentalización política de la acción penal al servicio del Gobierno para perseguir a los adversarios políticos fabricando contra ellos investigaciones, acusaciones o procesamientos penales), así como de protección de las minorías (y la función de oposición, que debe ser tutelada con una disciplina jurídica específica, así como la pluralidad de los medios informativos (*media pluralism*, en un paisaje que suscita creciente preocupación y no solo entre los EE.MM de más reciente adhesión, como ejemplifica la concentración de medios como ejemplifica la concentración de medios de comunicación en manos afines a los respectivos Gobiernos nacionales de turno).

Finalmente, se propone también institucionalizar el *Debate* (anual) de alcance *paneuropeo* sobre la «*Democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*», desarrollando experiencias y prácticas que ensayadas por las Conferencias de Presidentes de Parlamentos de la UE (que se remontan atrás, tan lejos en el tiempo, hasta 1981), la Conferencia de Órganos especializados en *Asuntos Comunitarios* de los Parlamentos de la UE (la *COSAC*, operativa desde 1989) y por las *Reuniones Interparlamentarias Conjuntas* (*Joint Interparliamentary Meetings*) especialmente interesantes en el ámbito del *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, ESLJ (y practicadas desde 2010, tras la entrada en vigor de las previsiones al respecto del TL en el TFUE, arts.70 y 81)<sup>31</sup>.

Sumado a todo lo anterior emerge, cada vez más frecuente y con mayor intensidad, la colación de la dinámica prevista en la que se conoce como «*Semestre Europeo*». Establecido este mecanismo, en 2011, en el estresante contexto de

29 Sobre la jurisprudencia del TJUE sobre privacidad y protección de datos, ver, por todas, la STJUE de 8 de abril de 2014, Caso *Digital Rights Ireland*, que invalida la Directiva de Retención de Datos adoptada en 2006, en los asuntos acumulados C-293-/12 y C-594/12; y STJUE c-362/14, de 6 de octubre de 2015, Caso *Schrems/Data Protection Commissioner*, con colación de jurisprudencia en la materia.

30 Una introducción a los instrumentos de cooperación judicial penal, y a Decisión Marco de 2002 en la que se establece la rden Europea de Arresto conocida como Euroorden, en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.): *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

31 Vid. «*An EU Mechanism on Democracy, Rule of Law and Fundamental Rights*», Authors: PECH, L., WENNERSTRÖM, E. LEIGH, V., MARKOWSKA, DE KEYSER, L., A., GÓMEZ ROJO, A. & SPNIKOVA, H., ERPS/ EP Research Service, Policy Research, 2016.



la *Gran Recesión* (la gran crisis económica y financiera que arrancó en 2009), pretende institucionalizar un «diálogo estructurado» y un «ciclo» regular y preventivo del riesgo de desviación en la respectiva planificación presupuestaria y de las cuentas públicas de cada E.M a efectuar entre la UE y los EE.MM. Su sistema de control periodizado institucionaliza un debate en el que participan Comisión, Consejo, PE y los EE.MM. para «asegurar los objetivos de la *Estrategia 2020* y el *Pacto de Estabilidad y Crecimiento*»<sup>32</sup>. Todo ello implica sujetarse a interacciones anuales entre los EE.MM y el PE al objetivo de asegurar una coordinación de políticas públicas y acciones legislativas en este ámbito temático. Y se propone transportar a la evaluación, escrutinio y prevención de desviaciones respecto de la observancia de los parámetros objetivados de medición de los estándares nacionales de respeto por las reglas del Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales, haciendo valer en ello cuantos documentos de apoyo, opiniones de cualificados expertos, asesoramiento externo (modo *Comisión de Venecia*), Agencias especializadas (Agencia Europea de Derechos Fundamentales, FRA), Recomendaciones documentadas (Comunicaciones de la Comisión) y Resoluciones adoptadas (y su documentación aneja) por el Pleno del PE que sean de utilidad. Así, el acervo de conocimiento especializado y prácticas de cooperación interinstitucional se orientan a producir *ex ante* una *evaluación de impacto* sobre la *Rule of Law* de las legislaciones de los EE.MM pareja a la ya prevista en el preexistente ciclo del *Semestre Europeo* sobre las cuentas públicas y la presupuestación de los EE.MM: se trata, como se ve, de la institucionalización de un novedoso y exigente (por su carácter general, y periodizado) de *Policy Cycle on Rule of Law, Democracy and Fundamental Rights*<sup>33</sup>. En síntesis apretada, en los debates y Resoluciones adoptadas en el PE se han repasado con provecho las abundantes elaboraciones doctrinales disponibles, preocupadas por el deterioro de la democracia en la UE y por la dificultad estructural para hacer descansar en ellas el dispositivo previsto en el art. 7 TUE. Se ha sintetizado en ellas también el marco legal y político de la *idea de democracia constitucional en Europa*. Y se ha ofrecido una visión sumaria de la caja de herramientas de que dispone la UE: valores, principios, *Soft Law*, mecanismos de examen y evaluación europea y de política exterior (por más que resulte difícil su aplicación en las escalas nacionales y europea e internacional por encima de la regla de la subsidiariedad, art.5.3 TUE y 51.1 CDFUE)<sup>34</sup>.

32 Para la explicación de esta secuencia, me remito al desarrollo crítico del modelo de gestión de crisis impuesto a todo lo largo de la *Gran Recesión* europea en mi libro: *Europa: Suicidio o Rescate: del mito de rapto de Europa a la tentación de la autodestrucción*, Tirant, Madrid, 2013

33 *Vid.* Las Comunicaciones de la Comisión COM (2018) 98, de 14 de febrero de 2018; y COM (2018) 324, de 2 de mayo de 2018,

34 Acerca del *Soft Law* en la UE, por todos, cfr. LÓPEZ GUERRA L.: «El *Soft Law* y sus efectos en el ámbito del Derecho Europeo de los Derechos Humanos», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n.11, 2012, pp. 150-167.

Las Resoluciones del PE han atendido también a algunos de los *case study* más llamativos de este deterioro de la democracia en la UE: Hungría<sup>35</sup>, Rumanía<sup>36</sup>, Malta, Eslovaquia (estos dos últimos casos al hilo de la alarma suscitada por sendos asesinatos de periodistas de investigación), con singular detenimiento en la situación en Polonia<sup>37</sup>. Como trasfondo en todos los casos, se ha subrayado la importante regla del reconocimiento recíproco y de la confianza mutua (arts.81.1 y 82.1 TFUE), tan deteriorada en el transcurso de la *Gran Recesión* y la subsiguiente crisis de proyecto e identidad europea. Y se han propuesto alternativas para superar esas dificultades en perspectiva de futuro.

Una conclusión relevante de la sucesión de debates sustanciados en el PE se sintetiza como sigue: nunca ha sido verdad en ningún E.M —tampoco en la propia UE— que se pueda contraponer «la democracia» (los votos) al imperio de la ley (democráticamente legitimada) ni a la Constitución. Ninguna democracia ha sido nunca «ley de la mayoría» sin más. Conforme a la idea europea, la democracia es, sobre todo, respeto a las minorías, a los derechos fundamentales que sustentan la dignidad inviolable de todas las personas (del individuo) y garantía a la función de la oposición. En síntesis, democracia es respeto a las reglas de juego previamente establecidas en leyes democráticamente legitimadas.<sup>38</sup>

Es cierto, y así se reconoce, que el *PiS* (*Ley y Justicia*) obtuvo la presidencia de la República Polaca el 24 de mayo de 2015, y una mayoría absoluta (un premio de mayoría: 38% de los votos) en las elecciones habidas el 28 de octubre. También que inmediatamente se procedió sin ambages al desmantelamiento del TC (cuando de su composición y reglas de decisión), a la injerencia política sobre el Poder Judicial (Ley Judicial polaca, de la que luego hablaremos), y a la intervención masiva de los medios de comunicación (con la regubernamentalización abrupta de la Radio y la TV públicas). ¿Burdo, brutal, grosero? ¿Muestra, una vez más, la propensión de los partidos de vocación autoritaria a controlar la justicia y los medios de comunicación? Singularmente preocupante es la situación del TC y del TS polacos tras las reformas legales promovidas por el *PiS* y su mayoría de gobierno. La secuencia del conflicto entre el TC y el Parlamento pone de manifiesto un conflicto institucional que evidencia un retroceso en los

35 La sucesión de Debates y Resoluciones del PE en relación con Hungría es la única que, con Polonia, culmina con Resolución del PE de 12 de septiembre de 2018 en que se solicita al Consejo que, conforme al art.7.1 TUE, constate la existencia de un riesgo claro de violación por parte de Hungría de los valores en que se fundamenta la Unión.

36 Recuérdese que, sobre Rumanía, la Comisión de Venecia ha emitido su reciente Dictamen n.950/2019, de 22 de junio 2019, crítico sobre sus ordenanzas de reforma judicial.

37 *Vid.* Resolución del PE de 15 de noviembre de 2017, sobre la situación del Estado de Derecho en Polonia, y los antecedentes y documentos citados en la Exposición preliminar.

38 Para un análisis de los efectos negativos de la prolongada crisis de la UE sobre la consistencia del respeto del Derecho y, particularmente, de la legislación sobre derechos y libertades en los EE.MM de la UE, puede consultarse, TAMAMOVIC, A.I.: «*The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU: Comparative Analysis*», Policy Department, Citizens Rights & Constitutional Affairs, EP, 2015

parámetros de democracia en la UE. En apariencia, el conflicto enfrenta la legalidad (nombramiento de magistrados) con la *legitimidad* derivada de la idea europea de democracia constitucional (como argumentan las sentencias dictadas por el TC, y evidencia de inmediato la descalificación gubernamental de los propios magistrados constitucionales tras la resolución del Tribunal).

Por su parte, ante este estado de cosas, la Comisión Europea 2014-2019 resolvió enfrentarse con coraje —Vicepresidente Frans Timmermans— tanto a la situación política planteada como a la derivada de la respuesta polaca: incoando la actuación del art. 7 TUE (con el apoyo del PE en su correspondiente Resolución) poniendo en marcha para ello el *Mecanismo estructurado del Estado de Derecho* en sus tres fases sucesivas<sup>39</sup>. El ministro de Interior polaco —Zbigniew Ziobro— ha confrontado crudamente con la Comisión Europea (Comisario Günther Oettinger y Vicepresidente Frans Timmermans) con la habitual retórica de «intolerable injerencia en la soberanía de Polonia». Pero, pese a sus protestas, el PE y la Comisión han venido coincidiendo, a todo lo largo del proceso de la Legislatura 2014-2019, en la reafirmación de la cuestión principal: la UE es una experiencia de integración supranacional basada en un acto jurídico —fundado en Derecho y regido por este— de consentimiento activo hacia la participación de cada E.M en una esfera de soberanía compartida en la que se entrelazan derechos y obligaciones. Para una clara mayoría del PE, quien no entienda este principio es que no ha entendido nada. Una UE sin valores y principios jurídicamente vinculantes sería irreconocible e irrelevante *ad intra* y en la globalización. Las reglas definitorias del Estado de Derecho son pues un componente esencial del propio *modelo europeo* y de su razón de ser: pesos y contrapesos, equilibrios y frenos entre poderes y contrapoderes. Todo el edificio cruje cuando la UE consiente que ciudadanos europeos queden desamparados frente al declive o retroceso de estas reglas compartidas en algún E.M por impotencia o inanidad de las instituciones europeas. Como no es verdad tampoco que se pueda contraponer Polonia, Hungría —o España— a la UE o a su Derecho. Se es polaco

39 Procede advertir, incidentalmente, que el alto perfil incorporado por el Vicepresidente F. Timmermans en su asertiva defensa del Estado de Derecho, de los valores comunes y de los principios fundantes de las «tradiciones constitucionales» que el TL ha consagrado como «principios generales del Derecho» (arts.2, 3 y 6.3 TUE), confrontando con gobiernos de los EE.MM cuestionados por sus prácticas o sus legislaciones, supuso para quien sería candidato socialista a presidir la Comisión (esto es, *SpitzenKandidat* electo del Grupo Político S&D del PE y del PES, proclamado en el Congreso del PES en Lisboa en febrero de 2019) un alto precio político tras las elecciones europeas de mayo de 2019: de acuerdo con sus propias declaraciones, los Primeros Ministros del *Grupo de Visegrado* (con el húngaro V. Orbán al frente), opusieron su veto a la candidatura de Timmermans como Presidente de la Comisión para el mandato 2019-2024, pese al apoyo expresado en su favor por los negociadores designados por las tres principales formaciones («familias políticas», en la jerga europea) para la conformación de una mayoría en el PE en la eventual investidura, en las que el PE es decisivo (la Canciller A. Merkel por el PPE, el Presidente del Gobierno Pedro Sánchez por el Grupo S&D, y el Presidente Emmanuel Macron por ALDE-*Renew Europe*). Como es sabido, el subsiguiente bloqueo generado por el veto contra Timmermans sólo pudo sortearse mediante un consenso fraguado en torno a la candidatura de U. Von der Leyen (hasta entonces ministra alemana de Defensa) a presidir la Comisión. Su investidura en el PE tuvo lugar, en efecto, en el Pleno de Estrasburgo de 15 de julio de 2019.

y europeo, se es húngaro y europeo, se es español y europeo. Identidades compatibles. Y solo hay democracia en la UE cuando se cumple un Derecho que garantiza en igualdad las identidades compatibles de los ciudadanos europeos. No es pues casualidad ni accidente que tanto la tratadística como las revistas jurídicas especializadas en Derecho constitucional y europeo —es el caso destacado de *Teoría y Realidad Constitucional*— hayan venido prestando, en el curso de los últimos años, una creciente atención a los debates suscitados sobre la «situación del Estado de Derecho» en Hungría y en Polonia desde la perspectiva de su compatibilidad con el Derecho de la UE.

Con estas premisas en mente, el PE deliberó y aprobó, en los intensos años 2017 y 2018, varias densas e importantes Resoluciones sobre los casos de Hungría y Polonia. Concretamente, en su extensa *Resolución de 15 de noviembre de 2017 sobre la situación del Estado de Derecho y la Democracia en Polonia*, el PE sienta las bases expresas para requerir a la Comisión la decisión de activar el art.7.1 TUE sobre la situación en Polonia, requerimiento formalizado en su posterior Resolución de 1 de marzo de 2018. La situación en Hungría, anterior en su tratamiento y debate parlamentario, se encuentra en la actualidad en un estadio más avanzado de desarrollo a la vista de su mayor gravedad. Habiendo votado anteriormente tan varias Resoluciones reclamando la actuación de lo dispuesto en el llamado «Mecanismo del Estado de Derecho» por parte de la Comisión, el PE decidía, en su Resolución sobre Hungría de 12 de septiembre de 2018, requerir directamente al Consejo su deliberación acerca de la determinación de «un riesgo claro de violación grave» de los valores sobre los que se funda la UE, aplicando, por lo tanto, lo previsto en el art.7.1 del TUE.

Merece la pena remarcar que el PE es plenamente consciente, en su *Resolución sobre Hungría*<sup>40</sup>, de que es la primera vez que se requiere la actuación de lo dispuesto en el art.7 TUE, el mismo que, durante un tiempo, venía siendo visto con cautela como «botón nuclear» de la arquitectura europea por parte de la doctrina. Se pide la puesta en marcha —insisto, por primera vez— una de esas cláusulas constitucionales diseñadas para no tener que ser nunca aplicadas hasta que los acontecimientos (quizá hace poco impensables lo hacen inevitable. Pero, además de hacer esto, en esta que hasta la fecha puede considerarse su más determinante<sup>41</sup> *Resolución sobre Hungría* (Ponente: Judith Sargentini) —que fue adoptada,

<sup>40</sup> Vid. Resolución del PE de 12 de septiembre de 2018, solicitando al Consejo que, conforme a lo dispuesto en el art.7.1 TUE, constatare la existencia de un riesgo claro de violación por parte de Hungría de los valores y principios de la Unión. Previamente, la jurisprudencia del TJUE contaba con las sentencias de 6 de noviembre de 2012, C-286/12. *Comisión v. Hungría*, y los C-66/18 y C-78/18 pendientes de decisión y fallo. Por su parte, también el TEDH ha dictado algunas sentencias importantes en las que condena a Hungría por violación de los derechos consagrados en el CEDH en materia de derecho a un juicio justo por un tribunal imparcial con todas las garantías (art.6 CEDH). Vid, entre otras, STEDH de 16 de julio de 2015, *Gazzó v. Hungría*, y STEDH de 23 de junio de 2016, *Baka v. Hungría*.

<sup>41</sup> Resolución del PE de 12 de septiembre de 2018, en que se solicita al Consejo que, conforme al art.7.1 TUE, constatare la existencia de un riesgo claro de violación por Hungría de los valores de la UE: Sobre

por cierto, en el Pleno de septiembre 2018 del PE en Estrasburgo en presencia del Primer ministro Victor Orbán, que participó en el debate—, el PE se pronunció sobre otros adyacentes objetos de preocupación suscitados a propósito de la continuada involución regresiva en que la mayoría absoluta del ultraconservador partido en el Gobierno (*Fydesz*) ha embarcado al país magiar: a)—sistema electoral; b)—independencia del Poder Judicial y reformas del Derecho orgánico judicial; c)—corrupción y conflictos de intereses; d)—derecho a la privacidad y protección de datos; d)—libertad de expresión y pluralismo informativo; e)—libertad y pluralismo religioso; e)—libertad de asociación y libertad académica; f)—protección de minorías, discurso del odio y discriminación (situación de las comunidades gitanas y judías en Hungría); g)—derechos de los inmigrantes y de los demandantes de asilo; h)—derechos de carácter social y económico (criminalización de los «sin techo»<sup>42</sup>).

Así las cosas, percibiendo la envergadura del envite en una suerte de epílogo teatral que podría llevar por título «Polonia vs. Europa», el nuevo Primer ministro de Polonia, Mateusz Morawiecki, que relevó a Beata Szydło en nombre del mismo Partido *Ley y Justicia* (una vez más, *PiS*, por sus siglas en polaco), comparecía ante el Pleno del PE del mes de julio de 2018 en Estrasburgo, en la ronda de «Debates acerca del futuro de Europa» con los respectivos jefes de Gobierno de los EE.MM. Su intervención dio lugar a una abrumadora avalancha de críticas e invectivas, desde distintos flancos del arco parlamentario. En muchos de los intervinientes latió la encendida denuncia de la acumulación de leyes contra la separación de poderes, la independencia de la Justicia, el pluralismo político y los derechos de las minorías que en los últimos años ha venido imponiendo el ultraconservador ejecutivo polaco con su rodillo en la *Sejm* (Asamblea Nacional) a rebufo del refuerzo del discutido «premio de mayoría» de su sistema electoral. ¿Cómo puede explicarse que el ejecutivo polaco persista en hacer oídos sordos al clamor que le reclama una Polonia comprometida con Europa? El hecho de que, pese a tanto fragor, el Gobierno de Polonia sostenga contra viento y marea su giro ultraderechista, nacionalista y eurófobo, acaso sólo pueda explicarse combinando dos factores : a)—Uno, el partido de gobierno en Polonia (*Ley y Justicia*, *PiS*) ha apostado expresamente por explotar sin disimulo su desafío contumaz a los valores de la UE. Y lo hace persiguiendo rédito electoral, exasperando para ello — lejos pues de evitarla— la confrontación entre segmentos de la ciudadanía polaca crecientemente contrapuestos sobre un eje divisivo: la suma de contrarreformas del sistema judicial (Consejo y Escuela Judicial, TS y TS polacos) y de los medios

las específicas vicisitudes de Hungría, puede consultarse el trabajo reciente, en esta misma Revista, de JAKAB, A.: «El fracaso en Hungría del fortalecimiento institucional constitucional: los elementos institucionales informales como precondiciones y como consecuencia de la eficacia formal de las normas jurídicas», *TRC* n.43, 2019, pp. 161-192.

<sup>42</sup> Sobre la evolución constitucional de Hungría, cfr. CSINK, L., SCHANDA, B., VARGA, A.: *The Basic Law of Hungary: A first Commentary*, Clarus Press, Dublin, 2012

públicos de comunicación. Es una estrategia reaccionaria que ha merecido la crítica tanto del Consejo de Europa (Comisión de Venecia, Comisionado Europeo de Derechos Humanos y TEDH) como de la propia UE (Vicepresidente Timmermans, conversaciones y «diálogo estructurado» en Varsovia de 18 de junio de 2018, y el PE en su Resolución 2017/2131). Es claro que el Gobierno del *Pis* se ha lanzado hace ya tiempo hacia la rentabilización de su deriva regresiva contra la integración supranacional europea y sus principios fundantes (art.6.1 TUE). Opone así una visión deformada de la UE como una «nueva URSS», de la Comisión en Bruselas como un «nuevo Moscú», y del PE como si fuera un «intruso» de una «potencia extranjera». ¡Cómo si el PE no representase a sus 40 millones de ciudadanos polacos: a los que votan al *Pis* (38%) y a los que no lo hacen! De hecho, millones de ellos se han manifestado a menudo masivamente en las calles —su lema: *Not in Our Name*— para protestar su enfado ante la consumada entrada en vigor de su reforma judicial (con la *jubilación* forzosa de 27 jueces del TS, incluida su Presidenta), siendo caricaturizados por la propaganda oficial: ¡«nostálgicos del comunismo»!, ¡«cómplices de la dictadura previa a la democracia»! b)—Y dos: bajo el impulso de la Comisión de Libertades, Justicia e Interior (LIBE), sucesivas Resoluciones aprobadas por el PE desde que entró al fin en vigor el TL en 2009 han venido por activar el art. 7 TUE y proveer instrumentos para sortear sus límites. Se apunta a la imposición de las sanciones disponibles en el art.7 sobre aquel Estado cuyos actos planteen un «riesgo claro» y «persistente» de «violación» del *Rule of Law* y del respeto al pluralismo y a los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es palmario que el Gobierno de Polonia no teme que esa previsión pueda completar su trámite. Su cálculo está basado en la improbabilidad de la mayoría requerida en el Consejo para extraer de la regla todas sus consecuencias: 4/5 de los Gobiernos representados en el Consejo deben constatar el «riesgo» (7.1); pero *solo por unanimidad* pueden llegar a imponer la suspensión de su derecho de voto (7.2 TUE). Aunque se excluya del cómputo al Estado concernido en el examen (art. 354 TFUE), lo cierto es que el actual bloque más escorado a la derecha en el Consejo es de tanta magnitud (Hungría o República Checa, compañeros de Polonia en el *Grupo de Visegrado*, bloquean cualquier avance humanitario en la denominada «crisis de los refugiados») que es difícil o impensable que pueda llevarse a término. Y el Gobierno de Polonia lo sabe, demasiado bien.

Y empero, a pesar de ello, en el curso de aquel Pleno acalorado e intenso, el Primer Ministro Morawiecki escuchó con claridad, en polifonía coral y en todas las lenguas de la UE, que una mayoría en el PE —plural, pero europeísta— mostraba con claridad su voluntad de preservar las cuestionadas reglas del Imperio de la Ley y del constitucionalismo («criterios de Copenhague», art. 2 TUE) como normas vinculantes, definitivas de la UE y sus EEMM. Muchos. Incluyendo la incoación de procedimientos de infracción ante el TJ, y las sanciones económicas previstas por la Comisión en el *Marco Financiero Plurianual* (MFF) entonces en discusión, para penalizar deficiencias o retrocesos del *Estado de Derecho* (COM 2018/0324). En expresión del compromiso de la Comisión y el PE por respaldar

a esos millones de polacos que protestan y combaten los atropellos y abusos de su Gobierno ultraconservador y su sobreactuado canto de la «*tradición cristiana*» como «fuente del Derecho». Porque los millones de ciudadanos polacos que, en sus manifestaciones en las capitales polacas, han coreado el lema *Not in Our Name* contra el Gobierno de *PiS* no pueden ser despachados, sin más, como meros «epígonos del régimen comunista». Y porque no están solos. No lo están en su defensa de esa tutela y garantía de minorías y oposición que distingue a una democracia constitucional merecedora del nombre. Ni lo están en su defensa de valores europeos. Frente al aplastamiento de las opiniones discrepantes contra el Gobierno del *PiS*, la conculcación de la separación de poderes, la restricción de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres polacas, una mayoría europeísta hizo presente en el PE el eco de su protesta, desde el entendimiento de que el problema no es «ajeno» ni su debate es «injerencia» en un asunto de «estricta soberanía polaca», sino que representa a esa ciudadanía polaca sin la que la europea aparecería mutilada de una parte de sí misma<sup>43</sup>.

#### IV. EL ART.7 TUE EN LOS DEBATES DEL PE (LA IMPROBABLE UNANIMIDAD EN EL CONSEJO, Y LA NECESIDAD DE DESARROLLO DEL «*MECANISMO ESTRUCTURADO*»)

En cuanto a su más destacada *Resolución sobre el Estado de Derecho en Polonia*, el PE arranca con la colación de la *Propuesta Razonada* adoptada por la Comisión de 20 de diciembre de 2017 sobre la activación del art.7.1 TUE: Propuesta para el Consejo acerca de un «riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho» por parte del Gobierno polaco. Asimismo, se relacionan expresamente las acciones interpuestas por la Comisión ante el TJUE (art.258 TFUE) en relación con las Leyes de Organización Judicial y del Tribunal Supremo, así como su anterior Resolución de 15 de noviembre de 2017. Y endosa y apoya expresamente la decisión de la Comisión de incoar la activación del art.7.1 TUE respecto del *Rule of Law and Democracy* en Polonia. Sobre este asunto se ocupó, extensa y continuadamente, el PE a todo lo largo de las Legislaturas 2009-2014. Y 2014-2019. El apoyo a las actuaciones del Vicepresidente Timmermans (responsable de *Rule of Law & Fundamental Rights*) se concreta, por su parte, en otras tantas Resoluciones y debates sobre la necesidad y oportunidad política de adoptar una Iniciativa para la articulación de un *EU Structured Mechanism on Democracy, Rule of Law and Fundamental Rights*, en ampliación de lo previsto en el actual «*Mecanismo estructurado*

<sup>43</sup> Acerca de las tensiones intrínsecas a la construcción de una ciudadanía europea y de un poliedro de *demos* o de *pueblos* europeos en los que sea reconocible una idea europea de democracia constitucional resiliente aunque no análoga a la que se practica en los espacios nacionales, resulta singularmente útil, entre las publicaciones más recientes, la lectura del ensayo de INNERARITY, D.: *La democracia en Europa*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2017.

*sobre el Estado de Derecho*»: La idea consiste en requerir de la Comisión una iniciativa legislativa a través de la técnica parlamentaria del *Own Initiative Legislative Report* (art.225 TFUE), equivalente a la PNL del Derecho parlamentario español, acompañada de la correspondiente (y preceptiva) «Evaluación de Valor Añadido» (*Added Value Impact Assesment*) para identificar las potenciales consecuencias de la legislación propuesta. Y es que, a juicio del PE, las deficiencias detectadas en la respuesta ante el llamado «*dilema de Copenhague*» (del que nos hemos ocupado en anteriores escritos) aconsejan la conclusión de un *EU Pact for Democracy, Rule of Law and Fundamental Rights* en la conocida forma del *Interinstitutional Agreement*. Este Acuerdo Interinstitucional debería sentar las bases para: a)— Un *Informe Anual sobre el estado de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales* en cada Estado miembro de la UE, acompañado de recomendaciones específicas y objetivos y tareas a cumplir, b)— Un *ciclo político estructurado (Policy Cycle)* que involucre y comprometa a las Instituciones europeas y nacionales (Parlamentos nacionales de los EE.MM), con recomendaciones asimismo específicas e individualizadas conforme a las prioridades establecidas y a los problemas identificados. El objetivo será, en suma, el de promover sinergias de escala supranacional en torno a los valores fundacionales de la UE, al tiempo que se fomenta la confianza mutua de los sistemas judiciales y el reconocimiento mutuo de las resoluciones jurisdiccionales, activos que, como se sabe (y he examinado también en anteriores escritos) han sido deteriorados en estos últimos años al rebufo de la *crisis existencial* de la UE, derivada, entre otras concausas, de la prolongada crisis que arrancó en la *Gran Recesión* desatada en 2009.

Así el Vicepresidente Timmermans comparecía ante el PE en sucesivos debates plenarios en Estrasburgo para informar de la estrategia adoptada por la Comisión para responder ante los requerimientos dimanantes de las Resoluciones adoptadas por el PE apoyando la actuación del art.7.1 TUE desde el reconocimiento de que su culminación con la actuación de lo dispuesto en el art.7.2 TUE se enfrenta a las exigencias de la «unanimidad» del Consejo (excluido el E.M concernido, *ex art.354 TFUE*) resulta tan improbable como requerida de apoyos en el agotamiento de las vías judiciales y extrajudiciales (el «mecanismo» adoptado en 2014) para cargar de razones la eventual «constatación» de una violación «grave y persistente» del Estado de Derecho en Polonia. E importa comprender bien la fundamentación de fondo: la regla del Estado de Derecho no admite su disociación de (preliminar) la idea europea de Estado constitucional (Imperio de la Ley, separación de poderes, democracia representativa, derechos garantizados por un Poder Judicial independiente, protección de minorías y del pluralismo político) ni, consiguientemente, de la garantía judicial de los derechos fundamentales. Todos estos elementos se encuentran entrelazados inextricablemente en la propia redacción del art.2 TUE (valores fundacionales y principios generales como fuente del Derecho Europeo, «*criterios de Copenhague*») y en los preceptos sucesivos (arts.4, 5 y 6 TUE, este último consagrando la CDFUE que entró en vigor con el TL con el «mismo valor jurídico que los Tratados»). Esto es así en el



Derecho *escrito, primario, constitucional* de la UE (*lege data*). Pero también y sobre todo en la jurisprudencia del TJUE, que ha asumido con contundencia y de manera irreversible el carácter de la CDFUE y sus derechos fundamentales de última generación como parámetro de validez y canon de enjuiciamiento del Derecho europeo derivado y de la legislación nacional de los EE.MM cuando desarrollen o aplique el Derecho de la UE.

Con todo, en este último tiempo se producirían todavía algunos desarrollos posteriores que merecerán comentario. Junto a las ulteriores actuaciones de la Comisión y a las Resoluciones del Parlamento Europeo, la UE ha conocido los relevantes pronunciamientos del TJUE, por los que suspendió primero (Auto del TJ de 15 de noviembre de 2018) y anuló después (STJ de 28 de junio) la Ley polaca del Tribunal Supremo (*Sadzie Najwyzszym*), de 8 de diciembre de 2017 (firmada por el Presidente el 20 de diciembre de 2017, con entrada en vigor el 3 de abril de 2018). Por esta ley que se disponía la jubilación forzosa de los magistrados que superasen los 65 años de edad (entre ellos, su Presidenta, Malgorzata Gersdorf), confiriendo potestad (prácticamente irrestricta) al ministro de Justicia para los nombramientos de relevo en las respectivas vacantes. Previo a su comentario, es útil repescar aquí el recorrido cubierto en los debates del PE en torno a las posibilidades y límites de lo dispuesto en el art.7 TUE. Porque, efectivamente, a todo lo largo del transcurso de la Legislatura 2014-2019, describiendo su crescendo de preocupación a propósito de la evolución política en Hungría y en Polonia, el PE había aprobado sus varias Resoluciones en las que, con precisión, fija su posición sobre la situación de la *Rule of Law, fundamental rights and Democracy* en Polonia (Resoluciones de 13 de abril de 2016, 14 de septiembre de 2016, y 15 de noviembre de 2017). Haciendo su parte del trabajo, la Comisión de Libertades, Justicia e Interior del PE (Comisión LIBE) organizó y ejecutó una *fact-finding mission* a Polonia (19-21 de septiembre de 2018) y una sesión de audiencia (*hearing*) sobre el Estado de Derecho en Polonia (20 noviembre de 2018). En su Resolución de 1 de marzo de 2018, el Pleno del PE prestaba expresamente su respaldo a la Comisión (Vicepresidente Frans Timmermans, responsable de *Rule of Law & Fundamental Rights*) en su decisión de activar el art. 7.1 TUE en su examen a Polonia (con posterioridad, el británico Claude Moraes sería designado Ponente del PE para este procedimiento)<sup>44</sup>.

Como telón de fondo a esta última Resolución, subyacen con claridad los antecedentes respecto del caso de Hungría en la UE, en que el PE aprobó —Legislatura europea 2014-2019— sus Resoluciones de 10 de junio de 2015, 16 de diciembre de 2015, y 17 de mayo de 2017. En ellas, la Comisión LIBE recibió el mandato de elaborar su *propuesta razonada* de activación del art. 7.1 TUE a Hungría (Ponente: Judith Sargentini). Para cumplir el mandato, la Comisión LIBE

<sup>44</sup> *Vid.* Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación del Estado de Derecho en Polonia, COM (2017) 835, de 20 de diciembre de 2017.

sostuvo una extensa audiencia (*Hearing*) sobre la «*situación del Estado de Derecho en Hungría*» (7 de diciembre de 2017). Basándose en esos testimonios, el Pleno del PE aprobó, en su Resolución de 12 de septiembre de 2018, su requerimiento al Consejo para que determine, de acuerdo con lo dispuesto en el art.7.1 TUE, la existencia de un «riesgo cierto» («*clear risk*») de una violación grave («*serious breach*») de los valores fundacionales de la UE por parte del Gobierno de Hungría. Complementariamente, en un importante *Informe de Iniciativa Legislativa* adoptado el 25 de octubre de 2016 (reiterado en su Resolución de 14 de noviembre de 2018), el PE propuso a la Comisión la ampliación del *Rule of Law Mechanism* (2014) en un más ambicioso *Rule of Law, Democracy and Fundamental Rights Policy Cycle*. Se trata de poner en marcha, con carácter anual, y con criterios objetivos e imparciales, un nuevo y completo mecanismo que examine con periodicidad regular a todos los EE.MM y de lugar a un «*Informe anual sobre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*» con recomendaciones específicas para cada país, seguida de un debate interparlamentario (o conferencia) organizada en el PE sobre la base del *Informe*, y propuestas de medidas para la prevención de potenciales riesgos y violaciones de los valores consagrados en el art.2 del TUE con carácter previo a la eventual aplicación de lo dispuesto en el art.7 TUE. Se apunta a la institucionalización de un nuevo «*Policy Cycle*» sobre la democracia y los derechos en las instituciones de la UE. Y a la aseguración del carácter imparcial de esta evaluación mediante un «panel de expertos» en la evaluación del seguimiento y ejecución de las recomendaciones específicas para cada país (E.M). Y a su acompañamiento con un «*Programa de Derechos y Valores en la UE*» financiado con la fusión de dos Programas ya previamente existentes (*Rights & Equality Programme* y *Citizens Programme*), con especial atención al apoyo a la sociedad civil en los diversos niveles de poder territorial (local, regional, nacional, transnacional).

Para completar este cuadro de trabajos y debates parlamentarios del PE acerca las opciones (y límites) del art.7 TUE, en la Legislatura 2014-2019 también se ha ocupado el PE de examinar la *situación del Estado de Derecho en Malta* (Resolución de 19 de abril de 2018, a propósito del asesinato de la periodista de investigación Daphne Caruana), así como en *Eslovaquia* (Resolución de 28 de marzo de 2019, sobre el asesinato del periodista de investigación Jan Kuciak y su pareja Martinia Kusnirova). Adicionalmente, el PE ha continuado adoptando *Resoluciones anuales sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE* (la más reciente, de 16 de enero de 2019, Resolución 2018/2013 INI), además de fijar posición (Resolución de 4 de abril de 2019) sobre la Propuesta de Reglamento del PE y del Consejo iniciada por la Comisión acerca de la «*Protección del Presupuesto de la UE ante supuestos de deficiencias generalizadas en materia de Estado de Derecho en los Estados miembros*» (COM2018/0324, C8-0178/2018, y 2018-0136 COD).

Tras el fin de la Legislatura 2014— 2019, aun más reciente en el tiempo es la secuencia compuesta por dos importantes Comunicaciones dictadas por la Comisión en 2019: *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of*

*the Regions: Strengthening the Rule of Law within the EU. A blueprint for action*». Vertribran una *Propuesta para el fortalecimiento del Estado de Derecho* que consta de dos documentos: uno, de 3 de abril de 2019; y otro, de 18 de julio de 2019. La estructura que describen consta de una Introducción, una exposición del significado del Estado de Derecho como sistema de valores compartidos entre los europeos, una propuesta articulada para la responsabilidad compartida entre los EE.MM y las instituciones europeas en su preservación y garantía, que incluye medidas detalladas para el restablecimiento de la confianza mutua y el reconocimiento de resoluciones judiciales en la base del sistema de cooperación judicial (arts.67 a 89 TFUE, especialmente arts.81.1 y 82.1, y 267 TFUE), seguidas de un prontuario de acciones y medidas concretas para el fortalecimiento del Estado de Derecho. Entre estas últimas, destacan, en cuanto a su promoción, la construcción de una red de conocimiento mutuo y estímulos a la cultura del Estado de Derecho; sociedad civil, medios, instituciones académicas y sistemas educativos de los EE.MM; transparencia y acceso a la información; redes europeas de difusión de buenas prácticas; implicación de Parlamentos nacionales de los EE.MM y del acervo institucional del Consejo de Europa y de otras organizaciones internacionales; consolidación del «ciclo de política europea de los derechos fundamentales» y extensión del paradigma del «Semestre Europeo» a la evaluación de medidas contra la corrupción. La Comisión propone fortalecer asimismo la supervisión (*monitoring*) de las legislaciones de los EE.MM en un «*Rule of Law Review Cycle*», perfeccionando su respuesta ante deficiencias detectadas (fuentes de información; implicación de EE.MM y actores institucionales). Se postula para ello la institucionalización de una «red de puntos de contacto» entre los EE.MM, así como del Informe Anual sobre el Estado de Derecho y del *Justice Scoreboard*, en desarrollo de diálogos interinstitucionales que afinen la calidad de la información disponible. Tras un examen detenido de las respuestas preventivas a las jurisdiccionales (TJUE, en cooperación con los sistemas judiciales de los EE.MM), la Comisión se determina a ejercitar sus competencias como «guardiana de los Tratados» para asegurar el respecto del Estado de Derecho, incoando las acciones y procedimientos pertinentes ante el TJUE tras agotar lo dispuesto en el «*Rule of Law Framework*» adoptado en 2014, perfeccionando el actual procedimiento de aplicación del art.7 TUE con todas las garantías de equidad y seguridad jurídica exigibles, así como completando el mandato del PE anteriormente referido en orden a completar el Reglamento que vincula el acceso al Presupuesto y a los Fondos de la UE con el nivel de cumplimiento de las reglas del Estado de Derecho, democracia y derechos fundamentales por parte de los EE.MM («*Reglamento de protección del Presupuesto de la UE en caso de deficiencias generalizadas en relación con el Estado de Derecho en los EE.MM de la UE*»).<sup>45</sup>

45 Para una exposición detallada de este itinerario descrito por los trabajos y Resoluciones del PE en la Legislatura 2014-2019 en relación a los estándares europeos y nacionales de protección y garantía de los

## V. JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TJ SOBRE LA LEY JUDICIAL POLACA: LA SITUACIÓN DEL PODER JUDICIAL Y LA JUSTICIA EN POLONIA

Procede completar el repaso de instrumentos disponibles y de actuaciones incoadas por parte de las instituciones europeas en relación con el Estado de Derecho en Polonia fijando ahora la vista en los pronunciamientos del TJUE en diversas causas en las que el supremo garante del «respeto del Derecho» en el conjunto de la UE ha sido llamado a pronunciarse sobre aspectos más o menos centrales de la cuestión que venimos examinando en estas páginas.

En cuanto al *Case Law* del TJUE acerca de la independencia del Poder Judicial en los EE.MM de la UE, son de especial relevancia algunas recientes sentencias: *Case C-64/16 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*, 27 febrero de 2018); *Case C-216/18 PPU*, LM de 25 de julio de 2018, sobre los efectos de la Orden Europea de Arresto, conocida como *EuroOrden*. En la primera de ellas, el TJ sienta con firmeza el principio de sujeción vinculante a los derechos de la CDFUE en la acción legislativa de los EE.MM, concretamente en lo que toca a la garantía del derecho a la «tutela judicial» y acceso a un «juez independiente e imparcial» (art.47 CDFUE), afirma el TJ que ello exige: (...) «*that the body concerned exercises its judicial functions wholly autonomously, without being subject to any hierarchical constraint or subordinated to any other body and without taking orders or instructions from any source whatsoever, and that it is thus protected against external interventions or pressure liable to impair the independent judgement of its members and to influence their decisions*» (C-64/18, de 27 de febrero).

Con estos antecedentes, el TJ (Gran Sala) aborda su importante Sentencia sobre el *Case C-619/18, Commission v. Poland*, de 24 de junio de 2019, precedida por el Auto de Medidas Cautelares (*Interim Order*) de 17 de diciembre de 2018 que había suspendido la ley polaca impugnada (ponente: la vicepresidenta del TJ, R. Silva Lapuerta), en la que se declara incompatible con el Derecho Europeo la Ley Judicial Polaca que establecía el retiro forzoso de los Magistrados del TS de Polonia mediante el adelantamiento de su edad de jubilación. Concretamente, la enjuicia a la luz de los arts.19 TUE y 47 CDFUE (derecho a ser enjuiciado por un tribunal imparcial con todas las garantías), llegando a la conclusión de su anulación por contrarias al Derecho europeo.

En efecto, la recurrida Ley polaca del Tribunal Supremo (*Sadzie Najwyższym*), de 8 de diciembre de 2017, que entró en vigor el 3 de abril de 2018, rebajó la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo (así como del Tribunal

derechos fundamentales, con particular atención al acceso a los recursos jurisdiccionales disponibles, puede consultarse el estudio de MARZOCCHI, O. (Author): «*The Protection of fundamental rights in the EU: European Parliament achievements during the 2014-2019 legislative term and the challenges for the future*», Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, EP, April 2019.

Administrativo Supremo) a 65 años, con efectividad desde ese mismo día (arts. 37 y 111.1). La orden de retiro forzoso incluía la jubilación de la propia Presidenta del TS polaco, Malgorzata Gersdoff (pronto devenida en paladina de la contestación social suscitada por la Ley), a quien la Constitución (art.183.3) garantizaba un mandato inamovible de 6 años (que expiraría en 2020).

La propia Ley establecía una vía excepcional de permanencia en el servicio activo: la de la interposición de una solicitud formal en tal sentido ante el Presidente de la República por parte del miembro del TS —juez o jueza— que desee prorrogar su actividad, acompañada de un certificado médico acreditando que se encuentra en condiciones de salud para continuar, reservando al Presidente facultad discrecional para prorrogar o no el servicio judicial: De acuerdo con las Disposiciones Transitorias de la Ley, los magistrados que hayan cumplido 65 años antes del 3 de julio serán enviados forzosamente a la jubilación salvo que antes del ese día hayan obtenido la prórroga discrecional del Presidente de la República, debiendo haberla solicitado formalmente antes del 3 de mayo. Por su parte, el Presidente de la República no sólo no está vinculado por ningún criterio legal en su decisión, graciable, sino que queda miembros del TS, hasta el 3 de abril de 2019, sin ningún control judicial, pudiendo proveer a su cobertura el Gobierno, (ministerio de Justicia) por nombramiento de otros tantos nuevos magistrados.

A la vista de estos supuestos, la Comisión Europea incoó procedimiento judicial contra Polonia ante el TJUE, interponiendo a tal efecto recurso por incumplimiento del Derecho Europeo (art.258 TFUE): de acuerdo con los servicios jurídicos de la propia Comisión, tanto el retiro forzoso de la mitad de los magistrados/as del TS como el poder discrecional conferido al Presidente de la República para prorrogar o no sus funciones jurisdiccionales bajo determinadas condiciones implican una violación del Derecho: art.2 TUE y arts.19.1 TUE y 47 CDFUE (que consagra el derecho a un juicio justo por un Tribunal independiente, con todas sus garantías). Adicionalmente, la Comisión impugna otras disposiciones de la reforma legal asimismo consideradas contrarias el Derecho europeo: es el caso de la nueva regulación de la Sala Disciplinaria del TS polaco y de la regulación del nuevo sistema de procedimientos disciplinarios de la judicatura (introducido en la nueva Ley reguladora de la Justicia polaca), cuyos jueces serían nombrados por un Consejo Nacional del Poder Judicial (CNPJ) enteramente designado por el partido de Gobierno; igualmente es impugnada la Sala de Control extraordinario de Asuntos Públicos, también a elegir por el CNPJ, en la medida en que a esta Sala se encomienda el control extraordinario de validez de los procesos electorales en Polonia y la revisión de los recursos extraordinarios en aplicación de normas de Derecho europeo durante los últimos 20 años (en un proceso de nuevo cuño, creado por la misma ley, cuestionado no ya sólo por su contravención de la seguridad jurídica y de la «cosa juzgada» sino por su incompatibilidad con la función reservada al TJUE en garantía de la autonomía y primacía del ordenamiento europeo). Añádase a todo ello un dato a no

subestimar: el procedimiento incoado por la Comisión Europea responde a un clamor dimanante de una tupida red de *Think Tanks* y asociaciones de defensa del Derecho y de la independencia del Poder Judicial, cuyas elaboraciones y escritos abundan en la hasta ahora inédita —en ningún otro E.M de la UE— concentración de poder en el ministro de Justicia del Gobierno polaco, habilitado por la trama de reformas comentada para desinar por sí y ante sí a los directores de la Escuela Nacional de la Judicatura y de la Fiscalía sin ningún control de legalidad; seleccionar los paneles de formación de jueces (salvo objeción, en el plazo de un mes, del CNPJ), el nombramiento de los jueces (valorando la superación de las pruebas y programas de formación que controla), y el control político pleno de la acción disciplinaria sobre jueces y fiscales.<sup>46</sup>

Pero haciendo todo esto, además la Comisión impetra del TJUE la adopción de medidas cautelares. Concretamente: se pide la suspensión de la Ley en lo relativo a la rebaja de la edad de jubilación forzosa; y se solicita asimismo que el TJUE adopte todas las medidas que resulten necesarias y oportunas para que los magistrados afectados puedan continuar ejerciendo sus funciones como lo habían venido haciendo hasta la entrada en vigor de la Ley, con los mismos derechos, prerrogativas y retribuciones; y que el Presidente de la República de Polonia se abstenga de ningún nombramiento de sustitución o relevo de los magistrados afectados por su «pase a la reserva», incluido el relativo a la primera Presidencia del TS (puesto que su titular se encontraba entre los afectados). Se añade además el mandato de que las autoridades polacas informen en el plazo de un mes —y regularmente, cada mes— de las medidas a adoptar para cumplir con las medidas cautelares y, eventualmente, en su caso, con la sentencia del TJUE. Pues bien, es conocido que la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre medidas cautelares integra un triple examen de adecuación al caso: a)— constatación de la presencia de *fumus boni iuris*: la medida puede ser adoptada si *prima facie* aparece como «justificada» en su adecuación a los antecedentes de hecho y a los fundamentos jurídicos, b)— la adopción de la medida resulta urgente para evitar daños graves y de imposible reparación contra los intereses de la UE; c)— en su caso, el TJUE puede tomar en consideración una ponderación de los intereses en juego.<sup>47</sup>

A la vista del supuesto, el TJ (ponente: R. Silva Lapuerta, vicepresidenta del Tribunal) adoptó el 19 de octubre de 2018 un importante auto concediendo las medidas solicitadas por la Comisión con carácter previo al recibimiento de la documentación y de la contestación a la demanda por parte de Polonia. En efecto, el auto estima como admisibles los argumentos expuestos

<sup>46</sup> Véase, al respecto, GODZWON, A. (Former Director of the National Electoral Office): «Politization, of the Electoral Process in Poland under Laws adopted by the Law & Justice between 2015 and 2019», July 2019 (versión digitalizada)

<sup>47</sup> Vid. Art.160.3 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (medidas cautelares con carácter urgente y causa justificada, con base en *fumus boni iuris*).

por la Comisión en cuanto al *prerrequisito* del *fumus boni iuris*; estima asimismo fundada la prevención de daño irreparable en la jubilación forzosa de la Presidenta del TS y de al menos dos Presidentes de Sala, así como en el nombramiento de un número adicional de magistrados (pasando de 93 a 120) por el Presidente de la República, lo que hace que junto a la provisión de 44 vacantes causadas por jubilación se sumarían otros 27 de designación puramente gubernamental. En la práctica, ello acarrearía la violación del derecho de la ciudadanía polaca en cuanto ciudadanía europea a un proceso y juicio justo con todas las garantías ante un tribunal imparcial, así como una infracción grave de los valores de la UE como principios generales que fundan el Derecho europeo y su idea constitucional del Estado de Derecho y del imperio de la Ley (art.2, 3 y 6 TUE). Piénsese, recuerda el TJUE, que el TS actúa en el Derecho polaco como Tribunal de aplicación del Derecho europeo. La reforma legal por la que se extiende al alcance del recurso extraordinario de revisión de sentencias que hayan aplicado en el pasado la normativa europea podría dar lugar a violaciones de garantías afirmadas por el Derecho europeo que llegarían a ser de difícilísima o imposible reparación. Y a la misma conclusión llega el TJ aplicando el *test de ponderación de intereses*: las medidas cautelares suspenden ergo posponen la entrada en vigor de la Ley hasta tanto sea adoptada una sentencia sobre el fondo. Aun con posterioridad, en otro remarcable auto del Presidente del TJ, K. Lenaerts («oída la Juez Ponente», R. Silva Lapuerta), el TJ resolvería tramitar todo el asunto C-619/2018 «mediante el procedimiento acelerado previsto en el art.23 bis del Estatuto del TJUE y en el art.133 del Reglamento de Procedimiento del TJ». Merced a esa tramitación por el procedimiento acelerado, el TJ concluiría con su impactante Sentencia de 28 de junio de 2019, condenando «por incumplimiento» a la República de Polonia y declarando contrarios a Derechos los artículos impugnados de la Ley Judicial polaca del Tribunal Supremo, así como condenándola en costas y declarando que Hungría (coadyuvante en el proceso, en socorro de Polonia) «cargará con sus propias costas».

Con ocasión de esta secuencia de decisiones judiciales, el Gobierno polaco acata en principio lo ordenado por el TJ en su auto de medidas cautelares de noviembre de 2018 y suspende la jubilación forzosa de magistrados de tribunales afectados; e inicia, en segunda instancia, la reforma de las leyes para adecuarla a la sentencia que resuelve sobre el fondo, de 28 de junio de 2019. NO obstante, las organizaciones de expertos movilizadas al respecto han continuado advirtiendo de las maniobras atribuidas al ministro de Justicia, Zbigniew Ziobro, para eludir el cumplimiento pleno de lo resuelto. Algunas de las asociaciones de juristas que en su momento interesaron la acción de la Comisión alertan ahora ante ésta y el PE el anuncio de ulteriores reclutamientos de jueces conforme a las leyes declaradas contrarias a Derecho europeo, así como la continuidad de las normas del Código Electoral que atribuyen a la Sala de recursos extraordinarios el control de validez de elecciones en Polonia. En simultáneamente, se han elevado preguntas desde el CNPJ acerca de la aclaración del

alcance de los fallos del TJ sobre la composición del propio órgano judicial y del TC polaco.<sup>48</sup>

Llegados hasta este punto del análisis expuesto, debe advertirse por último que la preocupación acerca del *estado de la democracia y el Estado de Derecho* continúa, todavía hoy, irradiando los trabajos del PE. Tanto en el tramo final de la Legislatura 2014-2019 como desde los inicios de la Legislatura 2019-2025. Y desde la misma constitución de la Comisión LIBE en la nueva Legislatura después de las elecciones de mayo de 2019, con su decisión (aprobada en *Coordinators Meeting*, equivalente a la Mesa y Junta de Portavoces en el Derecho español, de 24 de julio de 2019) de retomar, entre los *pending files*, todos los relativos al seguimiento del Estado de Derecho en Hungría y en Polonia. Es más, ya en el tramo final de anterior Legislatura, en su Pleno de Estrasburgo de 12 de noviembre 2018, el PE aprobó su *Resolución sobre el Estado de Derecho en Rumanía*, tras haber sostenido (en su Pleno de septiembre) un intenso debate con la Primera ministra Viorika Dancila. La preocupación del PE vendría después corroborada por el crítico Dictamen de la Comisión de Venecia sobre las «Ordenanzas de Emergencia GEO n.7 y GEO n.12 de modificación de las Leyes sobre la Justicia en Rumanía (119 Sesión Plenaria de la Comisión de Venecia, 21 y 22 de junio de 2019). Las posiciones sostenidas en el PE a lo largo del *histórico* de sus Resoluciones son, en esencia, coherentes con los criterios fijados en su Resolución de 15 de noviembre de 2017: asume la base doctrinal de la sentencia del TC Polaco de 24 de octubre de 2017, anteriormente comentada, así como la de la sucesión de las medidas cautelares adoptadas por el TEDH el 8 de junio de 2017 (*Case 441/17*), las adoptadas a su vez por el TJ en sus autos de 2018, todas ellas (incluyendo la reacción despectiva del Gobierno de Polonia) conducentes de consuno a la apreciación de «riesgo «de «violación grave y persistente» de los valores europeos por parte del Gobierno polaco. También se hace eco el PE se hace de manifiestos y denuncias acerca de la politización y polarización de la Justicia y fiscalía polacas suscritas por asociaciones de jueces (IUSTITIA y «Themis»), juristas («Lex Super Omnia» y «Free Courts», *Helsinki Human Rights Association*) y periodistas polacos y sociedad civil. No menos demoledor, en fin, a juicio del Pleno del PE, resulta el informe de GRECO (Grupo de Estados contra la corrupción del Consejo de Europa (*Ad hoc Report on Poland Rule 34, adopted by Greco 79th Plenary Meeting*, Strasbourg, 19-23 March 2018). No en vano el 13 de junio de 2018, los principales líderes de los Grupos políticos de mayor representación en el PE (EPP, S&D, ALDE, *Greens* y GUE) firmaron y publicaron una carta conjunta urgiendo a la Comisión

<sup>48</sup> Véase, sobre el problema, con la intensa carga crítica de la judicatura y profesiones del Derecho englobadas en *Free Courts*: EJCHART DUBPOS, M., GREGORZCZYK-ABRAM, S., KIESZKOWKA-KNAKIPIM, P. & WAWRYKIEWICZ, M.: «State of the Rule of Law in Poland. Challenges for the European Union's Institutions in the new term of Office», *Idea Forum*, Stefan Batory Foundation, Warsaw, July 2019. Vid. También BURAS, P., DALHUISEN, J., KNAUS, G. & MILENKOWSKA, M.: «Under Siege: Why Polish Courts matter for Europe», *Idea Forum*, Stefan Batory Foundation, Warsaw, 2019.



a incoar «de inmediato» procedimiento de infracción del 258 TFUE contra Polonia, en paralelo a la actuación del art.7 TUE, así como a requerir del TJUE la suspensión y anulación sin dilación y mediante procedimiento acelerado de las debatidas Leyes de Reforma Judicial y del Tribunal Supremo.

En definitiva, es claro, que pese al transcurso de los años los problemas continúan siendo los descritos y examinados, por su orden, en el exhaustivo *Informe de la Comisión de Venecia* adoptado en su Sesión Plenaria 113, de 8-9 diciembre de 2017. Dicho *Informe* examinó los antecedentes jurídicos y políticos de la transición polaca y su Constitución de 1991. Siguió un estudio de la reforma judicial operada en 2017, y de sus distintas piezas componentes: las (sucesivas y acumulativas) reforma del Consejo Judicial, del Tribunal Supremo, de la Organización de los Tribunales Ordinarios y de la Oficina Judicial. La conglomeración de estas contrarreformas en un contexto de refuerzo de los poderes presidenciales y gubernamentales de interferencia en la Justicia y la propia jurisdicción —interviniendo ejecutivamente en la adjudicación de casos, contraviniendo los principios de independencia judicial, del derecho al juez predeterminado por la ley (*Lawful Judge*) y de acceso a un juicio justo con todas las garantías (arts.19 TUE y 47 CFDFUE)—, ejemplifica e ilustra el retroceso democrático que se ha registrado en Polonia y la fundamentación de la apreciación por el PE de un «riesgo serio» de «violación sistémica» de los principios fundacionales de la UE en Polonia. Por algo Polonia (junto a Hungría) optó por posicionarse, desde sus mismos inicios, en el núcleo del notorio «Grupo de Visegrado» y en freno y contrapedal frente a toda tentativa de avance del Derecho europeo, cada vez más confrontado con la lógica de la integración supranacional y con voluntad de Europa.

Subráyese, una vez más: a lo largo de estos años, el PE ha sido y es en todo momento consciente de la dificultad de completar las exigencias procedimentales, técnicas y políticas, del art.7 TUE. Y, aun así, contra pronóstico, el Pleno del PE ha sido capaz de aglutinar la resonante mayoría de los 2/3 requeridas para activar el principio (art.7.1 TUE) en su votación histórica en el Pleno de Estrasburgo de 18 de octubre de 2018. Ante los desafíos de la que en su día se anunció como «Comisión Juncker de la última oportunidad de rescatar a la UE» de su profunda desde la *Gran Recesión* —la más prolongada y grave crisis padecida por la UE a lo largo de su historia— («la última oportunidad» fue una formulación clave en el discurso de investidura del entonces candidato a Presidente de la Comisión, J.C Juncker, ante el Pleno del PE, en julio de 2014), en los debates del PE hemos venido asistiendo a episodios y jalones marcados todos por el *síndrome de la «primera vez»*, en que hemos llegado a ver cosas que nunca habíamos visto antes. Nunca, efectivamente, habíamos visto que un E.M largamente veterano (45 años de pertenencia a la UE) activase, *motu proprio*, el art.50 TUE para abrir cauce a su salida y abandono de la UE: lo vimos tras el referéndum de 23 de junio de 2016 en Reino Unido y el posterior (y agónico) proceso que llamamos *Brexit*. Nunca habíamos visto antes que la UE interviniese externamente las cuentas y presupuestos de varios de sus EE.MM, y lo vimos en los casos de Grecia,

Portugal, Chipre, Irlanda y —«rescate bancario» mediante—, parcialmente, de España. Nunca habíamos visto antes que la UE rechazase las cuentas y previsiones de un E.M de la UE para la anualidad siguiente —en el marco del *Six Pack* y del «Semestre Europeo»—, y lo vimos ¡con Italia! (Estado fundador del proyecto europeo comunitario) con el Gobierno coaligado de Conte, Di Maio y Salvini (en 2018, de cara a los Presupuestos de 2019). Y nunca habíamos visto antes la iniciativa política de petición de activación del art.7 TUE; y lo vimos, por iniciativa del PE (por mayoría de 2/3), en el caso de Hungría (2017), y, por iniciativa de la Comisión respaldada por el PE, en el caso de Polonia (2018).

## VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

1) La preocupación a propósito del bajo estado de forma de la regla del respeto por la primacía del Derecho (*Rule of Law*) y los derechos y libertades (*Fundamental Rights*) en los EE.MM. de la UE no ha hecho sino acentuarse en los últimos años, a rebufo de la crisis desatada tras la *Gran Recesión* a partir de 2009, sin duda la más profunda, prolongada —con ser, además, a mi juicio, la de gestión más corrosiva y dañina para el proyecto— que haya sufrido nunca la construcción europea a lo largo de su historia<sup>49</sup>.

2) Un conjunto de concausas entrelazadas entre sí —entre ellas, la «gran ampliación» de 2004 y la pérdida de consistencia y homogeneidad en los respectivos niveles de consolidación y maduración institucional y democrática de los recientes EE.MM, la *Gran Recesión* de 2009, el empobrecimiento de los servicios sociales, la austeridad, los recortes y el aumento de la desigualdad y el malestar social, la deslegitimación de la construcción europea, el auge del nacionalismo y del populismo asociado a los discursos xenófobos y estigmatizadores de determinadas minorías y/o de los extranjeros— han impulsado de consuno este empeoramiento acusado de la calidad democrática en los EE.MM de la UE.<sup>50</sup>

3) Al hilo de este estado de opinión se han multiplicado tanto los estudios especializados (escritos doctrinales y académicos) como los documentos de trabajo elaborados en el seno de las instituciones (informes parlamentarios del *Policy Research Department* del PE) y en *Think Tanks* o Agencias europeas (notablemente, de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE).

<sup>49</sup> Siendo enorme a estas alturas la elaboración doctrinal y académica al respecto, bástenos, para su repaso, el trabajo de BALAGUER CALLEJÓN, F.; «Crisis económica y crisis constitucional en Europa», REDC n.33, 2013, pp. 91-137; complementariamente, del mismo autor: «Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización del siglo XXI», RDCE n.30. 2018. También lo trato en mi libro: *Europa ¿Suicidio o Rescate?*, *op.cit.*

<sup>50</sup> Desde la perspectiva de la consistencia jurídica de la protección de derechos en el contexto de una crisis de profundidad y dureza carente de precedentes, véase en esta Revista la reflexión de LÓPEZ GUERRA, L.: «Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia»; TRC n.30, 2015, pp. 399-346.

4) Esta rica variedad de aportaciones documentales describe hilos conductores. Se trata de elementos comunes que pueden sintetizarse en torno a los siguientes ejes: a)—La fundamentación de la necesidad estratégica de que la UE refuerce su capacidad de examen (*scrutiny*) del nivel de sujeción de los EE.MM. a los valores comunes y al principio de la primacía del Derecho (*Rule of Law*). b)— La premisa básica es la de que la UE es ante todo una «comunidad de valores» regida por el Derecho (arts.2 y 3,1 TUE). En cuanto Comunidad, la UE se construye sólo sobre la confianza recíproca y el reconocimiento mutuo (arts.81.1 y 82.1 TFUE), desde la homogeneidad y compatibilidad de los principios jurídicos e instituciones comunes en los EE.MM (Parlamentos, Poderes judiciales, ministerios públicos, Tribunales constitucionales.). Por lo mismo el deterioro del Estado de Derecho en un E.M afecta a todos los demás. Tanto los EE.MM en su conjunto como la propia UE deben poder participar en un mecanismo fiable de evaluación continua. Complementariamente, la aproximación doctrinal a la UE como un caso único en la historia y en el Derecho comparado de «*Constitucionalismo multinivel*» exige (no solo aconseja) la aceptación de un juego de «pesos y contrapesos» (*checks & balances*) en el que los demás socios condicionen los reequilibrios de cada uno. c)— La tercera premisa se describe ya clásicamente como la formulación del debatido «*dilema de Copenague*»: las condiciones democráticas que deben verificarse con el filtro de *acceso al club* (protocolizados con detalle) se diluyen en controles *ex post* a partir de la adhesión. Ante ese «dilema» cuando la convicción de que es preciso afirmar «reglas de comportamiento en la pertenencia del club» (*club behaviour*), en modo que sea posible objetivar el reproche a los EE.MM. que eventualmente se deslicen en una dirección regresiva.<sup>51</sup>

5) Resulta necesario, ante todo, poner en común de manera comprensiva (conforme a característico «enfoque integral» del problema o *holistic approach* tan frecuentado por el PE) los instrumentos actualmente disponibles, que incluyen al menos los siguientes: a)— procedimientos judiciales ante la judicatura y ante los respectivos TC de los EE.MM; ante el TEDH (pendiente aún la adhesión de la UE al CEDH mandatada por el art. 6 TUE, desatendida e incumplida todavía a estas alturas tras el dictamen del TJ de 14 de diciembre de 2013<sup>52</sup>); y ante el propio TJUE (mediante los respectivos procedimientos de infracción e incumplimiento ante el TJUE arts. 258 y ss. TFUE); b)—Procedimientos de naturaleza constitucional europea: Comunicación de la Comisión (*Mecanismo del Estado de Derecho; Diálogo estructurado sobre el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales* (Comisión, Consejo, PE)

51 Me remito al desarrollo de la cuestión en mi anterior contribución sobre los retrocesos de la democracia en Polonia para esta misma Revista: «El caso de Polonia en la UE (...), *op.cit.*, así como a lo tratado en mi libro: *Europa, Parlamento, Derechos: Paisaje tras la Gran Recesión*, Tirant, Madrid, 2017.

52 Sobre este pronunciamiento, que ha planteado problemas al cumplimiento del mandato del art. 6. TUE los que el conjunto de la UE no ha sabido todavía dar respuesta, puede consultarse la crítica del Prof. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/2013: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *RDCE*, n.52, 2015, pp. 825-869

6) Vistos los elementos de juicio expuestos hasta aquí, se constata la debilidad, límites e insuficiencias de los dispositivos actualmente disponibles. Para empezar, procede constatar la dificultad de que los actores institucionales (Consejo, Comisión, Parlamento) lleven, hasta el final, con todos los requisitos procedimentales y mayorías reforzadas requeridas, su determinación de intervenir a un E.M por la vía de lo dispuesto en el art.7 TUE.

La Comisión es consciente de las dificultades prácticas de la activación del art. 7 TUE. También demasiado a menudo los debates en el PE se muestran en exceso surcados por las contradicciones de las afinidades cruzadas entre sus filas políticas («los socialistas protegen a Victor Ponta», antaño Primer Ministro de Rumanía,,. . .») y el PPE a Victor Orbán», Primer Ministro de Hungría). Pero particularmente el Consejo deberá asumir el coste de superar los límites de la actual exigencia de la «unanimidad» para poder proceder contra un E.M (art.7.2 TUE, excluida la participación del propio E.M concernido, art.354 TFUE), eventualmente completada luego por la exigencia de una mayoría cualificada (2/3) para la adopción de las eventuales sanciones (que puede incluir la retirada de su derecho de voto en el Consejo) (art.7.3 TUE).

Por lo demás, se repiten recurrentemente las mismas alegaciones como objeción política a la activación del art.7 TUE. De un lado, la intolerancia hacia una eventual «intrusión» en la «gobernación» de un E.M. (su «idiosincrasia», su «identidad nacional»). De otro, se afean sistemáticamente los «dobles raseros» («¿Por qué me señalan a mí?» «¿la tienen tomada conmigo?»...). A la postre, se alega políticamente que la intervención de la UE sería «contraproducente» en la medida en que la UE «meta sus narices» en los «asuntos internos» de un E.M (!!!), el único resultado será «más nacionalismo» (reactivo) contra la injerencia de la UE y «más populismo» (reaccionario) escorado a la eurofobia.

7) Desde el punto de vista institucional, los procedimientos actualmente disponibles han intentado afrontar la crítica de su desfase entre las «condiciones (previas) para la adhesión» y las (menos constrictivas) de la «pertenencia al club». Por lo demás, el déficit arrastrado de estándares homogéneos de «examen» o de «escrutinio» venía redundando en protestas de «desigualdad de trato» (*double standards*) y de sesgo «político» en función de qué países y qué concretos gobiernos fuesen sometidos a examen.

8) Por ello mismo se explican las evidentes ventajas de establecer una arquitectura permanente: así, la necesidad de disponer de parámetros objetivados para el escrutinio imparcial de todos los EE.MM («*Policy Cycle*» en *Estado de Derecho, democracia y derechos fundamentales*), con la introducción de un sistema asimismo objetivado e imparcial de alerta temprana. Es en esta reflexión donde ha cobrado cuerpo el modelo de «gobernanza macroeconómica» propuesto a través del dispositivo de diálogo interinstitucional que ha dado en llamarse «*Semestre Europeo*» (control preventivo europeo de la planificación presupuestaria de las cuentas públicas de los EE.MM) los caracteres compatibles serían: a)—vinculación del acceso a los fondos europeos y al Presupuesto europeo con la disponibilidad a

someterse a un escrutinio de cumplimiento pleno con las exigencias y estándares del Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales; b)—protocolización de este nuevo «*Policy Cycle*» paneuropeo (generalizado y, por tanto, no susceptible de crítica de sesgo o discriminación política); c)—evaluación interinstitucional; d) aplicación preventiva y correctora de desviaciones frente a la eventualidad de ulteriores estadios de transgresión de valores y principios fundacionales de la UE.

9) Este control preventivo (complementario al de la fase de imposición de sanciones) podría desarrollar la experiencia de la *Justice ScoreBoard* (mediante su conversión en un *Rule of Law Scoreboard*) que se extendería a la evaluación de los niveles de protección de los derechos fundamentales o de los concretos parámetros de medición de la lucha contra la corrupción. Evitaría las quejas recurrentes de «inequidad» y de sesgo de politización (*double standards*), y permitiría, al mismo tiempo hacer valer las enseñanzas de las mejores experiencias (*best practices*) del Derecho comparado y la *Comparative Politics*. En este punto podría incluso reproducirse la prestigiosa metodología de la «Comisión de Venecia» en el Consejo de Europa (red de expertos, tratadistas, analistas y magistrados constitutivos), con un escrutinio *ex post* reforzado para asegurar el nivel de respeto y observancia de sus Dictámenes u *Opinions*. Los efectos deberían tender a la «exposición» del E.M y a su evaluación periódica en cuanto a sus reformas constitucionales y legislativas que potencialmente afecten al Estado de Derecho y a los valores comunes. La aspiración colectiva debería apuntar a emitir con claridad el mensaje de que la UE está dispuesta a hacer lo necesario («*what ever it takes*») para asegurar la correcta observancia del *Mecanismo Rule of Law, Democracy and Fundamental Rights* (que vendría a ser la aplicación de la llamada *Draghi Doctrine* en *compliance* democrática y valores europeos).

10) Nada de lo anterior será, sin embargo, suficiente. En última instancia, todo depende del factor de cuantificación intangible que más cuestionado se encuentra desde hace años en la UE: la voluntad política. La voluntad de integración supranacional europea. La voluntad de los EE.MM de permanecer vinculados por la «regla del acceso y la pertenencia club». Hasta la fecha, lamentablemente, los Gobiernos nacionales se han mostrado renuentes a actuar «contra otro E.M» (algunos Gobiernos temen su propio turno en esa espiral de señalamiento y escrutinio). Las limitaciones jurídicas del Derecho de la UE explican que la Comisión experimente, por su parte, dificultades ostensibles a la hora de tantear la aplicación del art. 7 TUE, de modo que la imagen gráfica (exagerada en su alcance) del «botón nuclear» carece de efectividad en la medida en que la «disuasión» pierda credibilidad.

11) En efecto, y pese a los avances examinados a lo largo de este artículo, todavía hoy un poderoso factor de deslegitimación de la UE deriva precisamente del contraste —insoportable para muchos— entre la determinación con que la UE persigue y sanciona a los EE.MM que incumplen la prohibición de «déficit excesivo» o «desequilibrio excesivo» de sus cuentas públicas. y la laxitud con la

que se consienten algunas regresiones groseras del Estado de Derecho y de las exigencias de calidad democrática (pluralismo político, medios independientes, justicia constitucional). Este contraste ha sido muchas veces denunciado enérgicamente en los debates y Resoluciones del PE. Por lo mismo, corregir esta situación podría contribuir significativamente a relegitimar la UE.

12) Con todo, para modificar sustancialmente la insatisfactoria situación actual, sigue siendo preciso (o aconsejable) una reforma de los Tratados de la UE. Pero mientras siga ahí la regla de la unanimidad exigida por el art. 48 TUE para la modificación de los Tratados, seguirá siendo difícil obrar un cambio real del *statu quo* actual. Introducir sanciones más duras (con restricción del acceso a fondos y beneficios presupuestarios europeos), incluyendo la eventualidad de la «expulsión» de un E.M persistentemente incumplidor (con violaciones graves de la primacía del Derecho o los derechos fundamentales), o la atribución de recursos y acciones judiciales directas para denunciar cada incumplimiento o violación de los valores comunes por parte de un E.M ante el TJUE, son todos ellos elementos del debate habituales en el PE.<sup>53</sup>

Finalmente un *caveat* es necesario. No es verdad que la ciudadanía europea (500 millones en los, todavía a día de hoy, 28 EE.MM.) se sientan o manifiesten distantes o indiferentes ante los retrocesos de la democracia en la UE. *They care, they really care. They do!* Y contrariamente a lo que se dice y se escribe demasiado a menudo, no existe ninguna evidencia de que los electores premien a los gobiernos que se enfrentan con la UE con una retórica agresiva cuando las instituciones se preocupan por la calidad democrática o de los derechos en ese país. y castiguen a los gobiernos que atienden esforzadamente sus obligaciones europeas, incluida la regla de solidaridad (art.80 TFUE, inaceptablemente desechada a todo lo largo de la mal llamada «*crisis de los refugiados*» y su emergencia humanitaria). Sigue siendo preciso, en todo caso, la institucionalización de un mecanismo ordinario de examen y de escrutinio de potenciales retrocesos en materia de derechos, contra la democracia y el Estado de Derecho. En última instancia, la prevención y corrección de eventuales riesgos y violaciones de principios y valores europeos, y la fijación de un rumbo por medio de instrumentos eficaces de Derecho positivo en la dirección apuntada (con sus consiguientes efectos potencialmente formidables), depende de la voluntad política y la determinación en las instituciones europeas y en los EE.MM. Pero también del empuje de una ciudadanía europea exigente, consciente de sus derechos (como europeos) y de su estatus ciudadano, que son expresión de un círculo concéntrico de identidades compatibles en un *espacio público europeo* supranacional: se apunta aquí a la progresión de una

<sup>53</sup> La hipótesis de la expulsión de un Estado miembro de la UE debida a su posicionamiento de grave y reiterada violación de los principios fundacionales e incumplimiento sistemático de sus obligaciones conforme al Derecho europeo (TL y CDFUE) es abordada expresamente en un reciente trabajo del Prof. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES para esta misma Revista: «La UE como comunidad de valores: A vueltas con la crisis de la democracia y el Estado de Derecho», *art.cit.*, pp. 42 y 143.

ciudadanía activa hacia un *constitucionalismo multinivel* cuya consistencia y garantías no desmerezcan de aquellas de las que disfrutaban conforme al constitucionalismo propio de los EE.MM., con todas sus vicisitudes históricas<sup>54</sup>.

Y vaya por delante, en fin, mi convicción personal de que esta es la única alternativa ante la agresividad y rampante pujanza del populismo reaccionario y del nacionalismo eurófono, así como frente al riesgo de una interpretación ultraconservadora de la cláusula europea de la «identidad nacional» de los EE.MM (art.4.2 TUE) desde una clave antieuropea.<sup>55</sup>

\*\*\*

TITLE: *Again (and still) Poland: rule of law and art. 7 TEU in the European Parliament and the Court of Justice*

ABSTRACT: *As one of the consequences of the protracted EU crisis aroused by the 2009 Great Recession—the deepest and the longest ever throughout the European process—, both the EU and its Member States have witnessed a growing concern about democratic backsliding and fundamental rights backlashes. Since both the Lisbon Treaty and the ECFR entered into force (December 2009), the EU Institutions have developed new strategies to reinforce and strengthen their ability to test Member States Law making standards as to their due respect to common constitutional values and principles, enshrined in art. 2 TEU («Copenhagen Criteria»). By doing that, they have unfolded as well new instruments to prevent, control and correct potential risk of backward steps at the Member States National level, be it via constitutional or via legal reforms. Hungary and Poland are paramount cases, in as much as they have called for: extrajudicial actions (Rule of Law Mechanism); infringement procedures by the Commission (art.258 TFEU), and EP Resolutions calling both the Commission and the Council to initiate art.7 TEU. This Paper examines recent developments in the sphere of Rule of Law, in view of extending its scope to a new Policy Cycle on Rule of Law, Democracy and Fundamental Rights, encompassing overall and regular scrutiny of all of the Member States by means of objective indicators, as a way to overcome the limits (and unlikely outcome) of the so-called «nuclear option» of art. 7 TEU. It builds on the proposal of linking access to EU Funds and budgetary benefits with full compliance with Rule of Law, Democracy and Rights EU standards. This Article focuses mainly on Poland. It adds to an overview and assessment of the latest ECJ rulings on Polish Judicial reforms led by the far conservative ruling Party (PiS), deemed to be incompatible with EU Law. It ends with conclusive remarks on the need on the need of making progress in the European path to multilayer constitutionalism and binding European Law above «national identity».*

<sup>54</sup> Sobre los horizontes del constitucionalismo multinivel, cfr., por todos, BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la UE», en AAVV: *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en homenaje al Profesor Peces Barba*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 133-157; «Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», REDC n. 69, 2003, pp. 181-213; «Niveles y técnicas internacionales de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional», *ReDCE* n.1, 2004, pp.25-46.

<sup>55</sup> Con carácter general me remito en este punto de reflexiones conclusivas de orden constitucional, a los contenidos desarrollados más extensamente en mi libro: *Europa, Parlamento, Derechos: Paisaje tras la Gran Recesión*, Tirant, Madrid, 2017. En cuanto al abordaje doctrinal (y jurisprudencial) de la cláusula europea de la «identidad nacional» (art.4.2 TUE), son de especial utilidad los trabajos de AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: «Identidad nacional y legitimidad del TJ», TRC n.39, 2017, pp. 187-214; «Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿Presupuestos contradictorios? La adhesión al CEDH como respuesta», REDC n.98, 2013, pp. 37-74; «Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio», REDC n.104, 2015, pp. 243-268.

**RESUMEN:** *Como una de las consecuencias de la prolongada crisis de la UE que arrancó con la Gran Recesión desatada en 2009 —la más profunda y severa de la construcción europea a lo largo de su historia—, tanto el conjunto de la UE como sus EE.MM han visto crecer la preocupación sobre el deterioro democrático y los retrocesos en materia de protección de derechos. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, diciembre de 2009, las instituciones europeas han diseñado y desarrollado estrategias para reforzar el examen de los niveles de respeto a los valores fundacionales y principios constitucionales comunes consagrados en el art.2 TUE («criterios de Copenhague»). Y para desarrollar instrumentos de prevención, control y corrección de retrocesos democráticos y en materia de derechos en eventuales reformas constitucionales y legales en los EE.MM. Los casos de Hungría y Polonia resultan paradigmáticos, en la medida en que han suscitado respuestas extraordinarias: entre ellas, la activación de mecanismos extrajudiciales (el «Mecanismo Estructurado del Estado de Derecho»); la incoación de acciones por incumplimiento del Derecho europeo por parte de la Comisión (art.258 TFUE); una serie Resoluciones del PE solicitando de la Comisión y el Consejo la activación de lo dispuesto en el art.7 TUE.; y, en el caso polaco, importantes decisiones jurisdiccionales del TJ. Este trabajo examina los recientes desarrollos en materia de Rule of Law y la extensión del instrumento actualmente disponible hacia un Mecanismo amplio de Estado de Derecho, democracia y derechos fundamentales. Este Mecanismo comprende —en un nuevo Policy Cycle— el escrutinio general, periódico y regular de la legislación de los EE.MM, apuntándose sanciones extrajudiciales previas a las de «botón nuclear» (de terminación improbable) del art.7 TUE: así, la de vincular el acceso a Fondos europeos y presupuestarios de la UE al pleno respeto del Derecho y los derechos fundamentales. El artículo se centra singularmente en el examen a Polonia. Se completa el estudio con una exposición de las últimas decisiones del TJ en relación con las reformas judiciales llevadas a cabo por la mayoría absoluta del ultraconservador partido en el Gobierno polaco (Pis). Concluye con reflexiones sobre la necesidad de profundizar el carácter vinculante de la integración en un orden regido por el Derecho, en una singular experiencia de ciudadanía abierta a círculos concéntricos (constitucionalismo multinivel) frente a lecturas regresivas de la «identidad nacional».*

**KEY WORDS:** *Poland, Rule of Law, Structure Mechanism on Rule of Law, Democracy, Fundamental Rights, art. 7 TEU, ECJ Case Law.*

**PALABRAS CLAVE:** *Polonia, Estado de Derecho, Resoluciones del PE, Mecanismo estructurado del Estado de Derecho, democracia, derechos fundamentales, art.7 TUE, jurisprudencia del TJ.*

**FECHA DE RECEPCIÓN:** 05.06.2019

**FECHA DE ACEPTACIÓN:** 29.07.2019