

Defensa del Estado de Derecho por la Unión Europea: la rebeldía de Polonia a la independencia judicial

Por la Académica de Número
Excma. Sra. D.^a Araceli Mangas Martín *

1. Introducción

Ningún tratado internacional se refiere de forma tan clara al respeto a los valores en tanto que condición de ingreso y como obligación permanente durante la membresía en una organización internacional que el Tratado de la Unión Europea. Ese compromiso estaba en su versión inicial de Maastricht (1992) y tras su importante evolución en las reformas de Ámsterdam en 1998 y de Lisboa de 2009 (art. 2 y 49 TUE).

Como la Unión no es solo un mercado interior y sus competencias y objetivos se proyectan sobre toda la sociedad, el Estado candidato debe ser un Estado *democrático* que respete antes y durante la pertenencia los valores enunciados en el art. 2 TUE.

Aunque son muy diversos los reproches jurídicos a Polonia¹, los que más preocupan han sido los constantes y progresivos atentados al Estado de Derecho acaecidos desde finales de 2015 con la vuelta al poder del partido gobernante Ley y Justicia y su continuación tras las elecciones generales de 2019.

Son numerosos y muy detallados los informes de la Comisión Europea desde 2016 y del Parlamento Europeo²), también por la Comisión de Venecia del Consejo de Europa³, y sentencias del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -a las que me referiré en este trabajo- que constatan violaciones graves y sistemáticas a la independencia judicial.

Han sido una decena de leyes consecutivas que afectaron a toda la estructura del sistema judicial de Polonia en su conjunto y su denominador común ha sido haber “conferido sistemáticamente al poder ejecutivo o al poder legislativo la posibilidad de

* Sesión del día 5 de diciembre de 2021. Se han añadido varias actualizaciones imprescindibles a 20 de junio de 2022. Las citas de internet se han comprobado a 20.06.2022s

¹ El Parlamento europeo señaló diversas leyes polacas que atacan los valores de la UE, por ejemplo, en la Resolución de 14 de septiembre de 2016 (apartado 8), entre otras, Ley sobre los medios públicos de comunicación, Ley por la que se modifica la Ley sobre la policía y otros actos legislativos, Ley por la que se modifica el Código Penal y la Ley sobre la Fiscalía, Ley que modifica la Ley relativa a la función pública, la Ley sobre la lucha contra el terrorismo, normas los derechos de la mujer), DO C204, de 13.6.2018, [2016/2774(RSP)].

² Sobre esos proyectos y actos de reforma judicial se pronunció tempranamente el Parlamento Europeo, Resolución, de 14 de septiembre de 2016, sobre los últimos acontecimientos en Polonia y su incidencia en los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 14 de septiembre de 2016 (2016/2774(RSP)).

³ La «Comisión europea para la democracia mediante el derecho» (*Comisión de Venecia*) del Consejo de Europa ya había constatado la violación del Estado de Derecho en Polonia, 11 de marzo de 2016, Avis núm. 833/2015; Dictámenes de 2016 y 2017 sobre el proyecto de modificación de leyes del Consejo Nacional del Poder Judicial (CNPJ), Tribunal Supremo (TS), organización de los tribunales ordinarios y sobre la ley del Ministerio fiscal.

interferir de forma significativa en la composición, las competencias, la administración y el funcionamiento de estas autoridades y órganos”, como ha señalado la Comisión⁴.

Y esta situación continúa: en el informe sobre “El Estado de la Unión 2021” de 15.09.2021 se reconoce que desde 2020 -en el actual mandato de la presidenta Ursula Von der Leyen- se han abierto 40 procedimientos por infracción al Estado de Derecho y otros valores del art. 2 TUE⁵.

2. Fracaso del art. 7 TUE (sanciones) y de los “Marcos de diálogo”

El art. 7 TUE⁶, como el mismo marco político que desde 2014 le precede, “no está pensado para hacer frente a situaciones individuales o casos aislados de violación de los derechos fundamentales o errores judiciales”⁷. Las conculcaciones atribuibles a algunos Estados miembros solo son relevantes en el marco de los arts. 2 y 7 TUE cuando tales constataciones tienen el carácter de graves, asiduas, y persistentes.

Desde la reforma hecha en Ámsterdam en 1998, el respeto a los derechos humanos puede ser objeto de un control en dos fases que se regula en el art. 7 TUE. Parecía el art. 7 TUE un mecanismo de control proporcionado, con dos intensidades o dos fases en función de la gravedad (una, preventiva y de observación, la otra, ante hechos consumados y de sanción) y con las dos legitimidades, la europea y la intergubernamental en juego, para decidir la constatación y la sanción.

La Comisión, tanto en el segundo mandato de su presidente Durao Barroso 2009-2014 como en el inicio de la etapa de Juncker en 2014, tardó mucho en abrir los procedimientos de observación a Hungría (Orban llegó al poder en 2010) o a Polonia (los ultraconservadores llegaron al poder en 2015) . Y es más, debió pasar sin demora y directamente a la fase de constatación de la violación grave y sistemática sin esperar a paños calientes de “marcos de diálogo” que no están previstos en los Tratados.

Claro que es legítimo buscar una solución directa *con* y *por* el Estado miembro afectado. Pero debe constatarse la buena voluntad y predisposición del Estado bajo sospecha: cuando los ataques son tan generalizados y persistentes y se desoyen las primeras recomendaciones y las subsiguientes, aquellos marcos nada previnieron, nada revertieron y, por el contrario, dieron tiempo, en especial a Polonia, para consumir su estrategia política sistemática de desmantelamiento del Estado de Derecho y conseguir la plena sumisión del poder judicial, en especial del TS y del Tribunal Constitucional mismo.

⁴ Apartado 173 de la propuesta motivada de la relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia, (COM/2017/0835 final).

⁵ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/soteu_2021_achievements_and_timeline_fr.pdf , p.4.

⁶ Art. 7.1 TUE: “A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.” Con un procedimiento ligeramente distinto el ap. 2 del art. 7 permite constatar la violación y abrir la posibilidad de sanciones.

⁷ Tal como reconocía la propia Comisión, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-237_es.htm, p. 2, desde la llegada al poder, en 2015, del partido ultraconservador Ley y Justicia (PiS).

Los Marcos de Diálogo fueron para Polonia⁸ (también par Hungría) una maniobra amable que les permitió ralentizar la presión institucional de la UE, diluir la prevención e impedir la reversión de la situación mientras daban vueltas de tuerca a la supeditación del poder judicial, TS y tribunal constitucional al poder fusionado del ejecutivo-legislativo.

Desde los primeros informes, la Comisión reprochaba al gobierno polaco los cambios en el nombramiento y mandato de los jueces y presidencia del Tribunal Constitucional, las destituciones de jueces ya nombrados; la negativa a cumplir sentencias del Tribunal Constitucional –entonces independiente–, leyes que modifican funcionamiento de los jueces e impiden su independencia, el poder discrecional de la Presidencia para extender el mandato de los jueces del Tribunal Supremo; la no publicación de sentencias del Tribunal Constitucional por orden del Gobierno. O la abolición del procedimiento de apelación extraordinario, o la posibilidad de cuestionar sentencias firmes dictadas varios años atrás.

Y, al final, fracasados los marcos de diálogo y vencida por acontecimientos consecutivos, sistemáticos y multiplicados, la Comisión Europea inició el procedimiento político sancionador del art. 7.1, ya demasiado tarde y sin posibilidades reales al haberse reorganizado la insurgencia populista en más de un Estado: Polonia y Hungría se apoyaron mutuamente. Los “Marcos de diálogo” fueron un circunloquio, un *by-pass*, para evitar el procedimiento político sancionador del art. 7 TUE.

El *plus o valor añadido* del art. 7.1 es permitir abordar situaciones que desbordan violaciones concretas más allá de obligaciones jurídicas precisas cubiertas por la legislación de la UE.

De ahí la pluralidad de instituciones para su activación (los Estados miembros, el Parlamento Europeo o la Comisión) y la compleja finalización para la constatación del riesgo de infracción sistémica con la concurrencia de mayorías reforzadas de las dos instituciones que encarnan la doble legitimación democrática e intergubernamental de la UE, el Parlamento y el Consejo.

La Comisión Europea decidió, por fin, el 20 de diciembre de 2017 presentar una propuesta de Decisión al Consejo para iniciar el procedimiento para constatar que existe “riesgo claro de violación grave” del Estado de Derecho en Polonia⁹; y en 2018 el Parlamento Europeo activó el art. 7.1 contra Hungría¹⁰.

El art. 7 TUE se ha revelado como un fiasco por la protección *inter se* entre el grupo organizado de los Estados populistas y sus aliados geopolíticos. Hay pocas dudas de que

⁸ Entre muchas, la primera Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión de 27 de julio de 2016 relativa al Estado de Derecho en Polonia, *DO*, 12.08.2017, L 217; Recomendación (UE) 2017/146; 2017/1520 de 26 de julio de 2017, *DO*, 02.09.2017, L 229.

⁹ En relación con Polonia: Comisión Europea, Propuesta motivada de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del TUE por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia, 20.12.2017 COM (2017) 835 final 2017/0360(NLE).

¹⁰ En relación con Hungría: Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7 [TUE], apartado 1, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión [2017/2131 (INL)] (*DO*, C 433 de 23.12.2019).

Hungría recurrió la apertura de proceso sancionador por el Parlamento Europeo. El Tribunal de Justicia de la UE rechazó su recurso en la sentencia de 3 de junio de 2021, C-650/18, *Hungría/Parlamento*, ECLI:EU:C:2021:426.

otros Estados de grupo de Visegrado (Eslovaquia, Chequia) u otros como Rumanía o Bulgaria hubieran neutralizado también el inicio de la constatación del riesgo mismo.

Cuando se redactó el art. 7 TUE seguramente se pensaba, con ingenuidad comprensible, que una situación así sería excepcional, casi impensable y en todo caso singular, no a pares y otros muy próximos en su desvarío de degradación de la democracia. El Estado enjuiciado encuentra en otros posibles enjuiciados aliados que pueden vetar cualquier constatación y sanción y hacer inservible esa tentativa de coerción federal.

3. La vía de los procedimientos contenciosos por infracción (art. 258 TFUE).

La Comisión decidió explorar otros instrumentos legales para rendir a las autocracias polaca y húngara y tomó la ruta de la vía contenciosa por incumplimiento de normas de los Tratados y derecho derivado (art. 258 TFUE).

Cada acto jurídico de Hungría y Polonia (también Rumania y otros países), infringiendo derechos humanos, la democracia o el Estado de Derecho en áreas que caen dentro del campo de la aplicación de los Tratados, ha sido impugnado ante el Tribunal de Justicia de la UE por violación de la legislación de la UE. Por tanto, en estricto respeto a los límites marcados por el art. 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales (aplicable solo cuando los Estados apliquen el Derecho de la Unión).

Sin embargo, hasta 2018 solo pudo recurrir a ese procedimiento judicial del art. 258 TFUE contra Polonia (y otros Estados) cuando normas y actuaciones de un Estado miembro constituyen la infracción de una disposición específica, sustantiva, de la normativa de la propia UE.

Es la gran diferencia con el art. 7, que es un sistema de control, reprobación y sanción ideado para situaciones político-jurídicas que no se sitúan en el ámbito potencial material de la UE.

Un giro de gran relevancia tuvo lugar a partir del fallo del Tribunal de Justicia de la UE en el asunto *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*. Intentando defender sus salarios de medidas de austeridad, un grupo de jueces portugueses brindó la oportunidad al Tribunal de Justicia de la UE para encontrar una forma de salvaguardar judicialmente el Estado de Derecho y la independencia del poder judicial en toda la Unión¹¹, permitiendo esquivar el *impasse* político y sortear los problemas derivados de la invocación del art. 51.1 de la Carta (normas en el campo de aplicación de los Tratados).

El Tribunal de Justicia de la UE afirmó en aquella sentencia y en otras relativas directamente a Polonia¹² que el art. 19.1, párr. 2, TUE debía interpretarse no como una

¹¹ TJUE, sentencia de 27.02.2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ASJP), ECLI:EU:C: 2018:117. Un caso español similar fue la sentencia de 7 de febrero de 2019, C-49/18, *Escribano Vindel*.

Aunque ya en 2006 el Tribunal de Justicia había declarado que la independencia judicial implica que los jueces deben estar protegidos contra toda injerencia externa que pudiera poner en peligro la independencia de sus sentencias y que la tutela judicial efectiva es la expresión concreta del Estado de Derecho y la independencia es esencial para garantizar la tutela judicial (TJUE, 19.06.2006, C-506/04, *Wilson*, ECLI:EU:C:2006:587).

¹² TJUE, sentencia de 24.06.2019, *Comisión/Polonia* (edad de jubilación e independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531; el TJUE estimó que reducir la edad de jubilación de los jueces del TS aplicando esta medida a los jueces en ejercicio nombrados antes del 3 de abril de 2018 y, por otra

disposición meramente procesal, sino abarcando, en conjunción con el art. 2 TUE, un elemento sustantivo como es la independencia e imparcialidad de los jueces. El TJUE parece considerar el art. 19 como un *texto completo y autónomo* que establece por sí mismo su propio alcance con un fundamento constitucional relativo al núcleo de los valores comunes que unen. Para el TJUE, el art.19.1, párr. segundo TUE tiene por objeto garantizar la tutela judicial efectiva con independencia de la situación en la que los Estados miembros aplican este Derecho (art. 51.1 de la Carta); reconoció que si bien corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su administración de justicia, no es menos cierto que, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión y, de forma particular el art. 19.1.

En el importante asunto *A.K.* de 2019¹³, el Tribunal de Justicia reiteró que la organización de la justicia es competencia nacional, pero al ejercerla se debe seguir respetando los compromisos adquiridos en la UE¹⁴. El Fiscal General polaco (que ostenta simultáneamente el cargo de Ministro de Justicia) estimaba que esos asuntos no estaban comprendidos en la competencia de la UE y, por tanto, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Pero el TJUE entendió que los demandantes alegaban, en particular, haber sufrido un incumplimiento de la prohibición de la discriminación por razón de edad establecida en la Directiva 2000/78 que, a su vez garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, al reiterar su art. 9 que los Estados miembros velarán por que cualquier persona que se considere perjudicada por la vulneración de la Directiva y el art. 47 de la Carta pueda tener derecho a defenderse.

Aunque parecía novísima doctrina el fondo de la argumentación del TJUE entronca con la vieja y sólida jurisprudencia *Simmenthal* (1978) sobre la calidad de los jueces nacionales como jueces del Derecho de la Unión, es decir, que son, al mismo tiempo, orgánicamente nacionales y órganos jurisdiccionales funcionalmente europeos y, en todas sus actuaciones procesales nacionales y europeas, deben hacer respetar las garantías consagradas en el ordenamiento jurídico de la Unión para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el art. 19.1 TUE. Por ello, el TJUE actúa dentro de sus

parte, al atribuir al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de ese Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación era un atentado a la inamovilidad e independencia judicial que se deriva del art. 19.1 TFUE (en ap. 50 y 52).

En el mismo sentido la denominada «Comisión de Venecia» apreció que la ley de reforma contiene aspectos que pueden suscitar serias dudas en cuanto a que la reforma de la edad de jubilación de los jueces en ejercicio del Tribunal Supremo en la medida en que estuviera inspirada en la voluntad de apartar a un determinado grupo de jueces de ese Tribunal [puntos 33 y 47 de su dictamen n° 904/2017 (CDL-AD (2017)031)].

También argumentos similares en la sentencia del TJUE de 5.11.2019 (as. C-192/18, edad de jubilación de los jueces ordinarios).

¹³ La sentencia del TJUE en la que desarrolla con gran profundidad el alcance de la independencia judicial es la de 19.11.2019, *A.K. (Independencia de la sala disciplinaria del Tribunal Supremo de Polonia)* (C-585/18, C-624/18 et C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982), en particular a partir del apartado 121.

¹⁴ Posición que no era nueva pues un conjunto de sentencias sobre no discriminación por razón de sexo en las Fuerzas Armadas, orden público y servicio militar obligatorio ya habían sentado doctrina firme en el sentido de que la organización de las Fuerzas Armadas y la seguridad y defensa son competencia exclusiva de los Estados si bien la “las medidas que los Estados miembros adoptan en esa materia no quedan excluidas, en su conjunto, de la aplicación del Derecho comunitario por el mero hecho de servir al interés de la seguridad pública o de la defensa nacional” (TJCE, sentencia de 11.03.2003, *Alexander Dory contra Bundesrepublik Deutschland*, C-186/01, ECLI:EU:C:2003:146, ap. 30).

No hay, pues, “una reserva general en favor de los Estados”; para el Tribunal de Justicia, esa reserva absoluta “podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario” por lo que “las decisiones de los Estados miembros relativas a la organización de sus fuerzas armadas no pueden quedar completamente excluidas de la aplicación del Derecho comunitario” (ap. 31 y 35).

competencias cuando examina si los Estados miembros al legislar sobre la administración de justicia nacional respetan la independencia judicial, condición *sine qua non* para garantizar la tutela judicial efectiva consagrada por el art. 19.1 TUE.

La independencia judicial es la garantía esencial del respeto del derecho a un juicio justo. El TJUE tiene en cuenta que el art. 19 compromete de forma explícita *el deber de cada Estado miembro de garantizar que los tribunales cumplirán con los requisitos esenciales para la protección legal de la independencia*. Por consiguiente, afirmó que dicha disposición es una concreción del valor Estado de derecho del art. 2 TUE que queda anclada al art. 19 TUE y, por lo tanto, un instrumento para su operatividad. Luego, el Estado de Derecho es más que un valor, es una norma principal, núcleo jurídico de la democracia; la Unión es algo más que la Europa de los derechos, estadio inicial, para pasar a ser la Unión de las democracias. Se convierte la protección judicial efectiva e independencia del poder judicial en la esencia del principio fundamental del Estado de Derecho de la UE, vigía de la democracia. No cabe democracia sin el contrapeso del poder judicial y control constitucional independiente.

El art. 19 TUE no se acordó solo para defendernos de la arbitrariedad de las instituciones de la Unión Europea, sino en caso de rechazo de los Estados miembros con el compromiso fundamental con el Estado de Derecho. La independencia judicial es una condición existencial para la Unión.

En esa sentencia *A.K.* el tribunal de la Unión detalla qué entiende por independencia... El TJUE reconoce que “ni el artículo 6 ni ninguna otra disposición del CEDH impone a los Estados un modelo constitucional determinado que rijan de una manera u otra las relaciones y la interacción entre los diferentes poderes del Estado, ni tampoco los obliga a conformarse a una u otra noción constitucional teórica relativa a los límites admisibles de tal interacción”. Hay que examinar en cada caso estas exigencias pues la combinación de esos aspectos, o como se eligieron o renovaron los altos tribunales o el mismo Consejo Nacional del Poder Judicial (precedentes directamente del poder político y otros vicios en su elección), la imposibilidad de recurso para los jueces cuando promocionan sin comprobación de error de derecho o manifiesto de apreciación, abuso o desviación de poder, los acortamientos de los mandatos judiciales, las prórrogas discrecionales, etc.

Hasta tal punto había indicios de vulneración de derechos (*fumus boni iuris*) que la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia (Rosario Silva Lapuerta) decidió aplicar medidas provisionales, a petición de la Comisión, por el grave e irreparable daño que se podía producir (*periculum in mora*), sin esperar a las observaciones de Polonia, suspendiendo la aplicación de las normas de jubilación y nuevos nombramientos¹⁵. Tras la sentencia citada *A.K.*, claramente incumplida sin disolver la Cámara Disciplinaria, la Comisión volvió a demandar a Polonia solicitando medidas provisionales. Para la Comisión, al permitir tomar medidas disciplinarias contra jueces, es decir, iniciar un proceso penal o la detención “ante un órgano cuya independencia no está garantizada crea un ‘efecto paralizador’ para los jueces y puede afectar a su propia independencia”.

¹⁵ Auto de 19 de octubre de 2018, *Comisión/Polonia* (C-619/18 R, EU:C:2018:852); confirmado por el auto del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2018, *Comisión/Polonia* (C-619/18 R, EU:C:2018:1021).

Dicho Auto inicial C-619/18 R fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional polaco el 14 de julio de 2021, asunto 7/20, <https://trybunal.gov.pl/s/p-7-20> estimando incompatibles con la Constitución polaca el art. 4.3 TUE (la obligación de lealtad) y el art. 279 TFUE (que permite ordenar medidas provisionales). Naturalmente, la sentencia del TC polaco es una gravísima violación de las obligaciones comprometidas con Polonia desde su adhesión a la UE.

De nuevo, la Vicepresidenta del TJUE, Rosario Silva, ordenó el 14 de julio de 2021 medidas cautelares ante la inejecución de esa sentencia *A.K.* de 2019¹⁶, al tiempo que la Comisión iniciaba el procedimiento en constatación de inejecución de sentencia en abril del 2021 y solicitó la imposición de una multa diaria (apoyada por Dinamarca, Holanda, Suecia, Finlandia y Bélgica).

Precisamente, por incumplir las medidas cautelares en este procedimiento y la sentencia del Tribunal de Justicia, éste ordenó el 27 de octubre una multa diaria de 1.000.000 de euros¹⁷ desde ese día hasta que se avenga a respetar el auto C-204/21R, y la sentencia AK; y declara que la sala disciplinaria polaca no es un tribunal pues no es imparcial ni independiente.

El alto tribunal polaco ya venía desafiando desde 2017 la primacía del Derecho de la UE advirtiendo a los jueces polacos que no debían aplicar determinadas sentencias del TJUE en materia medioambiental (conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres)¹⁸.

4.- Otras vulneraciones en el marco de procedimientos diversos

El TJUE ha tenido que prevenir a las autoridades polacas respecto a *prohibiciones o limitaciones o sanciones nacionales* a sus jueces por plantear cuestiones prejudiciales al TJUE en el asunto *Lowicz*. Se da la circunstancia de que fue en un prejudicial que, sin embargo, no admitió pero aprovechó la ocasión para afirmar algo importante: “una norma de Derecho nacional no puede impedir que un órgano jurisdiccional nacional haga uso de dicha facultad, que es, en efecto, inherente al sistema de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE...”; y ante los riesgos que corren los jueces por plantear prejudiciales, previene que aunque han sido rechazadas esas concretas peticiones judiciales “[...] no cabe admitir disposiciones nacionales de las que se desprenda que los jueces nacionales pueden verse expuestos a procedimientos disciplinarios por haber planteado al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial”¹⁹.

En el asunto *A. B y otros sobre promociones a plazas*, un grupo de jueces interpusieron recurso contra resoluciones del Consejo Nacional del Poder Judicial (CNPJ) que desestimaba sus solicitudes para una plaza en el Tribunal Supremo²⁰. La ley de 2018

¹⁶ Auto C-204/21 R, *Commission/Pologne* en el que ordena suspender una serie de preceptos de leyes polacas (sobre jurisdicciones ordinarias, jurisdicciones especiales, Tribunal Supremo) que violan la independencia judicial; ese Auto fue ratificado -a pesar del recurso de revocación de Polonia- el 6 de octubre de 2021.

El TJUE añade un argumento reiterado hasta la saciedad desde los años sesenta del pasado siglo: “Que un Estado miembro no puede basarse en disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión y que estas obligaciones son vinculantes para todas sus autoridades, incluso en el marco de sus competencias, para las autoridades judiciales”.

¹⁷ Auto del Vicepresidente del TJUE, de 27.10.2021 (*Comisión/Polonia*, asunto C-204/21 R.). A 20 de junio de 2022 no había abonado la sanción.

¹⁸ Todas las medidas cautelares del TJUE fueron bloqueadas por Polonia, primero en materia medioambiental -el TJUE ordenó medidas cautelares en el auto de 20.11.2017, *Commission/Pologne*, C-441/17 R- y más tarde en las cuestiones organizativas judiciales que se tratan en este trabajo.

¹⁹ TJUE, sentencia de 26.03.2020, *Miasto Lowicz y otros*, C-558/18 y C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234.

²⁰ TJUE, sentencia de 2.03.2021, *A.B. y otros (Nombramiento de jueces al Tribunal Supremo)*, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

solo aceptaba: 1) la presentación del recurso por todos los participantes, 2) al tiempo que el nombramiento adquiriría firmeza con respecto al candidato propuesto; y además 3) el recurso no podía fundarse en la incorrecta valoración del cumplimiento por parte de los candidatos de los criterios. La normativa polaca excluye, pues, en la práctica toda efectividad de los recursos, por lo que el juez remitente polaco dudaba de su compatibilidad con el Derecho de la UE. Poco después el juez remitente complementó su cuestión prejudicial pues la Ley del CNPJ volvió a modificarse en 2019 dando otra vuelta de tuerca sobre la represión a los jueces suprimiendo, por un lado, la posibilidad de interponer recurso contra las resoluciones del CNPJ sobre el nombramiento a plazas de juez del Tribunal Supremo. Se decretó, por otro lado, el sobreseimiento de los recursos que estuvieran pendientes de resolución para privar de competencia al juez remitente.

Conviene precisar que 23 de los 25 miembros de CNPJ son nombrados por el Ejecutivo y Parlamento polacos o son miembros directamente de esos poderes, sin posibilidades para la oposición.

La respuesta del TJUE fue muy equilibrada al ser un prejudicial, dejando que decida el juez polaco remitente a partir de los criterios suministrado por el TJUE: afirma que el art. 19.1 TUE debe interpretarse en el sentido de que tales modificaciones serían incompatibles cuando resulte que pueden generar dudas legítimas, en el ánimo de los justiciables, en cuanto a la impermeabilidad de los jueces nombrados por el Presidente de la República, en particular frente a influencias directas o indirectas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Si fuera así, el principio de primacía del Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que obliga al órgano jurisdiccional remitente a dejar inaplicadas las modificaciones normativas en cuestión, sean de origen legislativo o constitucional, y, en consecuencia, a seguir ejerciendo la competencia que tenía atribuida para resolver los litigios que se habían instado ante él antes de que se produjeran dichas modificaciones.

En otro litigio iniciado por la Comisión, el TJUE constató que Polonia incumplió el artículo 19.1 TUE al no garantizar la independencia y la imparcialidad de la Sala Disciplinaria -solo con jueces de nueva designación del Tribunal Supremo-, al atribuir al presidente de la Sala la facultad discrecional de designar al tribunal disciplinario caso por caso de modo que no se garantiza que conozca de tales asuntos el tribunal «establecido por la ley»; también por permitir que el contenido de las resoluciones judiciales pueda ser calificado como infracción disciplinaria.

La Cámara disciplinaria tenía capacidad para sancionar, destituir o trasladar contra su voluntad a cualquier juez del país. Los jueces polacos podrían ser sometidos a sanciones disciplinarias por plantear cuestiones prejudiciales o mantener las planteadas, privando a los jueces nacionales de “una garantía inherente a su independencia”, esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial previsto en el artículo 267 FUE. Una serie de actuaciones procesales no garantizaban el respeto del derecho de defensa de los propios jueces de los tribunales ordinarios que puedan haber sido inculcados²¹.

²¹ TJUE, sentencia de 15.07.2021, *Comisión c. Polonia*, C-791/19, (*régimen disciplinario de los jueces polacos*) ECLI:EU:C:2021:596.

En septiembre de 2021 la Comisión envió una carta de emplazamiento con arreglo al artículo 260. 2 TFUE a Polonia, por no haber adoptado las medidas necesarias para cumplir plenamente esa sentencia - como tampoco antes la *A.K.*- que dictamina que la legislación polaca sobre el régimen disciplinario no es compatible con la legislación de la UE (Polonia sigue aplicando el régimen disciplinario). En febrero de

El TJUE tuvo ocasión, de nuevo, en un prejudicial, para estimar que *la remoción de un juez competente en un asunto* atentaba contra la independencia judicial y su inamovilidad²². En el mismo orden de atentados a la independencia judicial el TJUE respondió en un prejudicial planteado por el Tribunal penal regional de Varsovia sobre la compatibilidad de la facultad del ministro de Justicia de conceder una comisión de servicios a un juez para ir temporalmente a su tribunal penal superior, sin criterios predeterminados y sin que tal decisión pueda ser objeto de control judicial, así como revocarla y sin motivar la revocación.

Y declaró que “*El Derecho de la Unión se opone al régimen vigente en Polonia, que permite que el ministro de Justicia, que es a la vez el fiscal general, adscriba a jueces a tribunales de lo penal superiores mediante comisiones de servicio a las que puede poner fin en cualquier momento sin tener que justificarse*”.

Era evidente que las comisiones de servicios se pueden adoptar pero deben tener garantías para evitar -como dijo el TJUE- que sean un “medio para controlar políticamente el contenido de las resoluciones judiciales, en particular en el ámbito penal” lo que afectaría también a la presunción de inocencia (en violación de la Carta de los Derechos Fundamentales y la Directiva 2016/343²³).

4. La escalada de la rebelión polaca

Y la provocación se consumó de nuevo al declarar el Tribunal constitucional polaco en su sentencia de 7 de octubre de 2021 (asunto K 3/21)²⁴ que: 1) el derecho polaco prima sobre el Derecho de la Unión; 2) que el art.1 (sobre la atribución del ejercicio de competencias a la UE), el art. 4.3 (sobre la cooperación leal de los Estados con la UE) y art. 19 TUE (el compromiso con la tutela judicial efectiva y las competencias del TJUE) son contrarios a la Constitución polaca; 3) y que el TJUE carece de competencias para velar por la independencia judicial ni puede examinar el sistema jurisdiccional de Polonia.

El Tribunal constitucional polaco negó vigencia a preceptos básicos del Derecho de la Unión, estimando que la ley de adhesión fue contraria a la Constitución y niega efecto a preceptos que son la clave de bóveda de la arquitectura jurídica de la UE y su primacía.

Lo proclama un Tribunal constitucional con composición ilegal -como ha declarado el TEDH²⁵- e ilegítimo, tal como lo adjetiva razonadamente el Parlamento Europeo por estar subordinado al Gobierno polaco²⁶: “no solo carece de validez jurídica e

2022 el Gobierno polaco anunció una reforma para suprimir la Sala Disciplinaria. La crisis en Ucrania ya estaba en la mente de todos confirmada por la agresión rusa a Ucrania.

²² TJUE, sentencia de 6.10.2021, *W.Ż.*, C-487/19 (*traslado forzoso de jueces*), ECLI:EU:C:2021:798.

²³ TJUE, 16.11.2021, *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim* (C-748/19 a C-754/19) ECLI:EU:C:2021:931.

²⁴ <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>

El Defensor del Pueblo polaco recusó, sin éxito, a jueces del TC que juzgaron este caso por considerar sus nombramientos, hechos tras la reforma judicial, ilegales. Diez de los 15 jueces del TC son del partido gobernante.

²⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constató el 7 de mayo de 2021 que el TC polaco es tribunal afectado por la ilegalidad en el nombramiento de, al menos, uno de sus jueces, y que no es tribunal conforme al art.6 CEDH (juicio justo) ni responde a los criterios de “tribunal establecido por la Ley” (asunto *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, requête n° 4907/18, <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-210065>).

²⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de octubre de 2021, sobre la crisis del Estado de Derecho en Polonia y la primacía del Derecho de la Unión (2021/2935(RSP)). El tribunal se ha convertido en un «instrumento para legalizar las actividades ilícitas de las autoridades». De nuevo en la Resolución citada en nota 38

independencia, sino que, además, no está cualificado para interpretar la Constitución en Polonia”.

Los medios de defensa contra esa concreta y reiterada rebeldía del TC polaco serán un nuevo procedimiento por infracción del Derecho de la UE contra Polonia, esperar la sentencia que lo constate, medidas cautelares y multa coercitiva.

Las actuaciones del Gobierno, Parlamento y Tribunal Constitucional polacos plantean, más allá de la gravedad de no aceptar la primacía del Derecho de la UE, la reversión del sistema democrático que no se limita a elecciones periódicas; se ha ordenado el ataque a valores elementales en una democracia: la independencia judicial y la negación de la tutela judicial efectiva exigida por el art. 19.1 TUE y art. 47 de la Carta.

Y no solo es la constatación por el TJUE, sino idénticas conclusiones y condenas de leyes y formaciones judiciales por subordinadas al ejecutivo polaco se deducen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁷. No hay una conspiración ni activismo judicial, sino una constatación amplia de un ataque profundo a valores bien explicitados en los Tratados y aceptados por Polonia.

Hay que plantearse ¿qué tribunal decide si la materia ha sido atribuida a la UE o se mantiene íntegra en la constitución y soberanía nacional? ¿Quién decide sobre el tribunal competente, el tribunal nacional o el Tribunal de la UE?

5. La competencia sobre la competencia

En una situación así se plantea una cuestión tradicional propia de la atribución de competencias a una jurisdicción internacional. Es claro que ante una adhesión a la UE o en caso de reformas del derecho originario, los tribunales constitucionales tienen la competencia para examinar la compatibilidad de tratados con la constitución en el momento previo a la ratificación de tratados internacionales. Pero solo en esas situaciones.

¿Quién tiene la competencia sobre la competencia judicial (*kompetenz-kompetenz*)? Cuando se plantea un conflicto entre jurisdicciones nacionales e internacionales, ¿qué tribunal dirime la competencia?

Es claro. Todo Tribunal internacional tiene la “competencia de la competencia”: tiene el poder inherente de determinar su propia jurisdicción, decidiendo, frente a los Estados o su poder judicial, sobre su propia competencia. Las tradiciones jurídicas de los Estados civilizados y la práctica internacional lo confirman. Así se acepta por los Estados en Naciones Unidas para el Tribunal Internacional de Justicia (art. 36.2 de su Estatuto); o en las dos Cortes penales *ad hoc* (para los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia

²⁷ En más casos (ver nota 25), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constató por unanimidad en sendas sentencias de 22 de julio y de 8 de noviembre de 2021 que la Sala Disciplinaria polaca no es “un tribunal independiente establecido por la ley” y, por tanto, que viola el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*Reczkowicz c. Pologne* (requête no 43447/19 , <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-211127%22>)) y (*Dolińska-Ficek et Ozimek c. Pologne*, requêtes nos 49868/19 et 57511/19, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-213403%22>})

Lo mismo que ha constatado el TJUE en tantas ocasiones citadas. Entre 2018-2021 se han registrado 57 demandas contra Polonia ante el TEDH.

y la de Ruanda)²⁸ y también en la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma (art. 19).

Como decía el inolvidable presidente Antonio Cassese en la sentencia *Tadic*, cada Tribunal en el ordenamiento internacional es *self-contained*, capaz de decidir sobre su propia competencia de acuerdo a sus propias normas aprobadas por los Estados partes.

La misma solución se sigue en los sistemas federales para controversias competenciales entre tribunales internos y el de la Federación (EEUU, o la propia Alemania).

Desde luego, los Estados miembros de la UE han reservado la competencia para constatar la invalidez de un acto en exclusiva al Tribunal de Justicia: los art. 19 TUE, 263, 265 y 267 TFUE le confían con carácter exclusivo el control de la legalidad. Es evidente que el TJUE es el único al que los Estados miembros han conferido esa competencia en las materias atribuidas a la UE, incluidas las exigencias normativas sobre el respeto a los valores de la Unión y su concreción expresa de la exigencia de un poder judicial independiente.

Esa fue la voluntad de los “dueños y señores de los Tratados” (expresión propia del Tribunal Constitucional alemán, *Herren der Verträge*). La misma solución se sigue en los sistemas federales para controversias competenciales entre tribunales internos y el de la Federación (EEUU, o la propia Alemania).

La autonomía de decisión del TJUE sirve en interés del objetivo de la integración y de la seguridad jurídica. Los actos (sentencias) del TJUE no pueden ser revisados unilateralmente por un Estado miembro. No podría garantizarse la primacía del Derecho de la Unión, su unidad y la seguridad jurídica. No podría garantizarse la igualdad de los Estados miembros (art. 4.2 TUE) si un tribunal nacional pudiera imponerse sobre el tribunal común.

La rebeldía del Tribunal constitucional polaco mina los cimientos mismos de la integración. Infringe el *deber general de lealtad* asumidos por Polonia mediante la adopción de todas las medidas generales y particulares para cumplir íntegramente los Tratados -art. 4.3 TUE, precepto que el propio Tribunal polaco se encarga de cortocircuitar declarándolo contrario a la Constitución-.

El caso polaco no es el primero dados los precedentes, en especial, del Tribunal constitucional alemán con su sentencia de 5 de mayo de 2020²⁹, que originó gran conmoción general. Pero *no son comparables*, en modo alguno, pues en Alemania no hay reversión de la democracia y sus contrapesos (una justicia ordinaria independiente que sigue garantizando la tutela de los derechos).

De entrada, el Tribunal alemán jamás tuvo el apoyo del Gobierno alemán a su rebeldía; al contrario, en ese y algún otro precedente, el Gobierno alemán tuvo siempre una actitud leal y cooperativa con personación directa del Gobierno ante su TC en favor

²⁸ Véase *The Prosecutor v. D.Tadic, Decisión on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, case IT-94-1-AR72.

²⁹ 2 BvR 859/15; ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html .

Vid. mi análisis a los pocos días de adoptarse esa polémica sentencia: “El Tribunal Constitucional alemán y su *fuego amigo* sobre Tribunal de Justicia de la UE y Banco Central Europeo” (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020), en *Real Instituto Elcano*, ARI 72/2020, 18 05 2020.

de la ortodoxia europea; incluso en el pasado presentando excusas como forma de satisfacción para evitar la responsabilidad por los ilícitos de su TC (por ejemplo, en 1967). Ni hubo prejudiciales de jueces alemanes alertados por el acoso a su independencia ni reformas agresivas y sistemáticas del sistema judicial alemán. La sentencia alemana de 2020 es un acto aislado en sí misma (a pesar de las sentencias Maastricht y Lisboa en líneas rojas interpretativas). Y los dos Estados han sido tratados por igual por la Comisión ordenando expedientes por infracción.

Naturalmente, como es irrelevante que el ilícito europeo lo origine el tribunal constitucional u otro órgano constitucional, la responsabilidad es del Estado miembro en su conjunto, y la Comisión europea, guardiana de los Tratados, decidió demandar a Alemania en 2021 (9 de junio) y como a Polonia, de conformidad con el art. 258 TFUE, por esa insólita sentencia del Tribunal Constitucional polaco.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2020 agotó sus efectos al entender cumplimentado por el Banco Central Europeo los requerimientos contenidos en su sentencia; por lo que el Tribunal Constitucional alemán rechazó dos recursos que pretendían lograr una orden de ejecución de su controvertida sentencia.

Como reconoce la Comisión³⁰, “Alemania ha declarado formalmente que afirma y reconoce los principios de autonomía, primacía, eficacia y aplicación uniforme del Derecho de la Unión, así como los valores establecidos en el artículo 2 del TUE, incluido en particular el Estado de Derecho”. También reconoce explícitamente “la autoridad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyas decisiones son definitivas y vinculantes. También considera que la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión no puede someterse al examen de denuncias constitucionales ante los tribunales alemanes, *sino que solo puede ser revisada por el Tribunal de Justicia*”. Y por último, el gobierno alemán, refiriéndose explícitamente a su deber de cooperación leal consagrado en los Tratados,” se compromete a utilizar todos los medios a su alcance para evitar, en el futuro, una repetición ‘*ultra vires*’, y asumir un papel activo en ese sentido”.

Es bien sabido que los Tratados no prevén la expulsión de un Estado miembro. Pero el órdago polaco es de muchos voltios. La Comisión y el Parlamento europeo están actuando con firmeza. El Consejo Europeo debería actuar también con firmeza política, utilizar el capital político de los grandes Estados y presionar al máximo sobre los dos Estados autoritarios de la Unión. Pero en la primera reunión del Consejo Europeo tras la rebeldía del Tribunal Constitucional polaco fue decepcionante: calma y no presionar (21-22 de octubre de 2021).

El Tribunal de Justicia hace años que expresó su juicio ante casos no del todo similares pero sí de neta rebeldía aunque aislada.

El Tribunal, entonces de las Comunidades Europeas, puso de relieve que “que al permitir a los Estados miembros que se beneficien de las ventajas de la Comunidad, el Tratado les impone asimismo la obligación de que cumplan sus normas”; que el hecho de que un Estado en función del concepto que tenga de su interés nacional, “rompa unilateralmente el equilibrio entre las ventajas y las cargas que se derivan de su pertenencia a la Comunidad, pone en entredicho la igualdad de los Estados miembros ante el Derecho comunitario y origina discriminaciones en perjuicio de los nacionales de dichos Estados miembros y, en primer lugar, de los del propio Estado que se sitúa al margen de la norma comunitaria”. Una actuación de rebeldía supone “incumplimiento de los deberes de solidaridad que los Estados miembros aceptan por el hecho de su adhesión

³⁰ Véase su comunicado: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/inf_21_6201

a la Comunidad” afectando a los fundamentos básicos mismos del ordenamiento jurídico comunitario. Y “al negarse deliberadamente a ejecutar en su territorio” sus obligaciones, el Estado miembro incumple “notoriamente, las obligaciones que asumió en virtud de su pertenencia” a la Unión³¹. Meridianamente claro y desde 1973.

6. Dinero a cambio de Estado de Derecho: la condicionalidad de los fondos de la UE. Efecto Ucrania

A la vista de la lentitud de los procedimientos judiciales y las tácticas húngara y polacas para eludirlos, la Comisión puso en marcha dos nuevos instrumentos que revelan la potencialidad y creatividad de las normas jurídicas para presionar en favor del respeto del Estado de Derecho. Una sanción *plus* que venía estudiando la Comisión desde 2018, con el apoyo del Parlamento Europeo, era cómo detener el flujo de fondos de la UE hacia esos dos Estados “gamberros” -en el sentido de refractarios sistémicos a un orden europeo basado en normas-, para que al menos el dinero europeo no sea utilizado para socavar los valores de la Unión. La condicionalidad de los fondos viene de atrás, pero esta idea-fuerza de la Comisión ha sido propulsada por la pandemia y el endeudamiento astronómico conjunto contraído de forma mutualizada (planes *Next Generation*).

La tutela judicial efectiva basada en jueces independientes ha resultado ser una condición necesaria para respetar el principio de buena gestión financiera exigida por los Tratados. Solo se puede probar buena gestión financiera si ante eventuales casos de fraude, corrupción, etc. son perseguidos de forma efectiva; y si cabe control judicial de las autoridades públicas nacionales ante decisiones arbitrarias o ilícitas. La idea es “proteger el presupuesto de la Unión frente a vulneraciones de los principios del Estado de Derecho que afecten o amenacen gravemente con afectar a su buena gestión financiera o a la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo”³².

La condicionalidad de las ayudas de la UE se aprobó más pronto de lo pensado aprovechando las circunstancias de la pandemia originada por el virus chino COVID-19. Se trata de suspender la concesión de fondos a un Estado miembro si se considera que adolece de un fallo sistémico -deficiencias generalizadas- en el respeto del Estado de derecho. La justificación es la necesidad de proteger los intereses financieros de la UE y permitir contrarrestar el retroceso del Estado de Derecho en Hungría y Polonia.

El Parlamento Europeo se mostró favorable a esta vía ya en 2018 para congelar fondos ordinarios y en 2020 exigió su aprobación como condición para aprobar el Marco Financiero Plurianual (2020-2027) y los fondos de recuperación por el COVID-19.

En el acuerdo histórico *Next Generation EU*³³ para distribuir fondos para enfrentar las consecuencias sin precedentes de la pandemia, mediante el Marco Financiero Plurianual 2021-2027 y el fondo de recuperación, se ha logrado un hito al incluir en el paquete legislativo el Reglamento que permite paralizar el desembolso de fondos cuando

³¹ Sentencia de 7 de febrero de 1973, *Comisión/Italia*, 39/72.

³² Como reiteran las *Orientaciones para la aplicación del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (Diario Oficial de la UE -DO-, C 123 de 18.03.2022)*.

³³ Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19 *Diario Oficial de la UE*, L 433 I, de 22.12.2020, p. 23

se detecten violaciones a la independencia judicial, la igualdad ante la ley o la separación de poderes que afecten directamente al buen uso del dinero³⁴.

El Estado miembro infractor se enfrentaría a la suspensión de créditos de pago y compromiso europeos y con prohibición de contraer compromisos adicionales. Al fin y al cabo, el presupuesto de la UE sirve para alcanzar los objetivos de los Tratados.

La congelación de los fondos ordinarios y extraordinarios a los Estados que no respeten el Estado de Derecho y los principios democráticos cuenta con el apoyo de 81 % de los europeos encuestados por el Eurobarómetro en septiembre de 2021, con un nivel de apoyo bastante uniforme en los encuestados de los 27 Estados miembros, y un 72% en Polonia³⁵.

Este Reglamento, que permite bloquear los fondos a recibir por los Estados infractores del Estado de Derecho, fue objeto de recurso de nulidad por parte de Polonia y Hungría ante el Tribunal de Justicia (11.3.2021). El TJUE desestimó ambos recursos contra el mecanismo de condicionalidad confirmando que ha sido adoptado sobre una base jurídica adecuada, es conforme con el procedimiento previsto en el artículo 7 TUE y respeta, en particular, los límites de las competencias atribuidas a la Unión y el principio de seguridad jurídica³⁶.

Hay que tener en cuenta que la facultad de retención de subvenciones económicas afecta a todo el presupuesto³⁷, a todos los Fondos, ordinarios o de carácter extraordinario como el de Recuperación COVID-19, que –especialmente en el caso de Polonia- resultan vitales para la economía del país. Solo de los Fondos *Next Generation* Polonia recibirá 67.000 millones de euros.

Debido a las sentencias del TJUE que estimaban graves violaciones del Estado de Derecho por parte de Polonia y su negativa a acatarlas, no se dio curso a la solicitud de fondos (hecha en mayo de 2021) del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en 2021 y nada hacía presagiar que se le liberaran en 2022.

Sin embargo, la agresión rusa a Ucrania (24.02.2022) vino en su ayuda; Polonia reaccionó contra tal agresión (a diferencia del dictador húngaro Viktor Orbán), y se destacó por su acogida ilimitada de refugiados ucranianos, ayuda militar y humanitaria y

³⁴ Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (*DO L* 433/I, 22.12.2020).

³⁵ <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/eurobarometer/2021/soteu-flash-survey/soteu-2021-report-en.pdf>, p. 14. La gran mayoría de los encuestados estaban de acuerdo con la idea de que la Unión debe supeditar la concesión de fondos a los Estados miembros a que sus Gobiernos defiendan

³⁶ TJUE, sentencia de 16.02.2022, *Hungría/Parlamento y Consejo; Polonia/Parlamento y Consejo* asuntos C-156/21 y C-157/21; ECLI:EU:C:2022:97, ECLI:EU:C:2022:98. El Abogado general del TJUE, el español Manuel Campos, presentó sus conclusiones previas a la decisión del Tribunal, proponiendo el rechazo de ambos recursos; señalaba que el Reglamento requiere que haya un vínculo “suficientemente directo entre la vulneración del Estado de Derecho y la ejecución presupuestaria”, de modo que no sería aplicable a todas las vulneraciones de dicho Estado, sino tan sólo a las que tuvieran una conexión directa con la gestión del presupuesto de la Unión.

³⁷ Las Orientaciones citadas en nota 32 aclaran todos los aspectos relativos a su aplicación: El Reglamento sobre condicionalidad es un instrumento permanente que debe aplicarse teniendo en cuenta: “i) las condiciones para la adopción de medidas; ii) la relación entre el Reglamento sobre condicionalidad y otros instrumentos; iii) la proporcionalidad de las medidas que se propondrán al Consejo; iv) el procedimiento y el proceso de evaluación; y v) la protección de los derechos de los destinatarios o beneficiarios finales”. Y advierten que se tendrá en cuenta, además de los tratados y actos de aplicación, la jurisprudencia del TJUE, citando expresamente varias sentencias Comisión/Polonia.

su desconexión energética de Rusia. Por todo ello, la presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen logró desbloquear el 1º de junio de 2022 36.000 millones de euros (pendiente de aprobación del Consejo) a pesar de que Polonia no cumple con las condiciones que Von der Leyen había exigido para la liberación ante el propio PE: desmantelamiento de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo, reforma de los procedimientos disciplinarios de los jueces y reincorporación de los jueces suspendidos por la Sala Disciplinaria.

El Parlamento Europeo ha avisado en reiteradas ocasiones que el Gobierno polaco no debe recibir fondos hasta que no ejecute las sentencias del TJUE y de los tribunales internacionales (el TEDH) de forma plena y adecuada estimado; también estimaba que las reformas iniciadas (pendientes de aprobación en el Parlamento) polaco no dan una respuesta efectiva a la preocupación por la independencia de los órganos jurisdiccionales y los procedimientos disciplinarios o que varios jueces seguían sujetos a procedimientos disciplinarios o que los represaliados no habían sido reincorporados. El PE dejaba claro que las sentencias del TJUE y del TEDH y el respeto de la primacía del Derecho de la Unión no son negociables y no pueden tratarse como moneda de cambio e instaba a la Comisión a iniciar procedimientos de infracción contra Polonia por tener un Tribunal Constitucional “ilegítimo” y un Consejo del poder Judicial “ilegítimo”³⁸.

Pero Polonia agrada a Comisión y Consejo porque ha roto el eje de Visegrado y ha anunciado que no vetará un procedimiento de suspensión a Hungría.

7. Ausencia de coerción federal

Es claro que el art. 7 TUE no es un instrumento de coerción federal ni ha sido útil. Aunque la UE es una asociación de Estados con una clara inspiración federal de integrar territorios y ciudadanía, no dispone de todas las características de un sistema federal.

No hay coerción federal en los tratados de la UE para las situaciones en las que los Estados miembros atenten gravemente al cumplimiento del pacto constitucional: por ejemplo, si impiden el cumplimiento del derecho derivado o las sentencias de los tribunales de la UE y, en general, si atentan a los valores y fundamentos constitucionales.

La ejecución forzosa federal es desconocida en la UE; para ejecutar cualquier acto (embargo, etc.) tiene que hacerse a través de los instrumentos judiciales nacionales. Más evidente es que la UE no podría intervenir directamente las competencias nacionales careciendo de base jurídica y de instrumentos efectivos para ello.

En EE.UU. la coerción federal se regula en el art. 1, sección 8ª, de la Constitución de 1787 otorgando al Congreso la competencia para “hacer cumplir las leyes de la Unión, sofocar las insurrecciones y rechazar las invasiones” recurriendo si fuera necesario a la guardia nacional (milicia) si fuera necesario. El monopolio del uso legítimo de la fuerza es signo distintivo del Estado, tanto del estado unitario como del federal. Y la UE está muy lejos de ello.

Y en Alemania la constitución pone a disposición de la Federación instrumentos para la ejecución forzosa para hacer cumplir la Ley Fundamental por los *länders* y de ejecución de la legislación nacional por éstos. Y en España es el art. 155 de la Constitución, aunque no es comparable a los sistemas de coerción citados por sus muchas limitaciones y falta de

³⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2022, sobre el Estado de Derecho y la posible aprobación del plan nacional de recuperación polaco (MRR) [2022/2703(RSP)].

determinación de los partidos políticos para defender la voluntad general que representa la Constitución de 1978³⁹.

La UE tiene que dar ejemplo para recuperar credibilidad entre la ciudadanía europea que ha constatado vacíos durante años (entre 2010 a 2018) en la falta de firmeza en la defensa del Estado de derecho frente a gobiernos *de ejercicio* no democráticos como Polonia o Hungría.

Al fin y al cabo, la lentitud e indolencia en los casos polaco y húngaro para defender los valores de la UE por la Comisión, Parlamento Europeo y los Estados miembros enviaron una señal confusa de que los Estados miembros pueden socavar los valores y que solo en casos extremos se enviarán meramente informes y advertencias. Los gobiernos estatales y regionales (como sucede con el gobierno independentista en Cataluña) que estén tentados en aniquilar o desobedecer los controles constitucionales y los valores de la UE pueden llegar a confiar en su impunidad ante la parsimonia e indolencia de las instituciones llamadas a velar por el Estado de Derecho.

8.- Apreciaciones finales con la perspectiva de la agresión de Rusia en Ucrania

En esta ponencia escrita no se puede negar relevancia a las consecuencias que la agresión desencadenada por Rusia contra Ucrania el 24 de febrero de 2022 y la guerra entre ambos -en legítima defensa para Ucrania- sobre la actitud de Polonia respecto a su concepción de la UE y sus valores, al menos el de solidaridad y en parte el de la democracia y la necesidad de contrapesos de control.

Se puede observar que esa agresión de Rusia es propia de un Estado que carece de contrapesos o límites y ello ha tenido ciertos efectos moderadores revalorizando la democracia donde peligraba como en Polonia. Lo que ha sucedido tanto en Polonia como en Hungría desde 2010 son procesos internos de descomposición, en parte, similares al contexto social, económico y político de entreguerras (1919-1939).

Polonia inició en 2022 cambios legislativos insuficientes para suprimir la Sala Disciplinaria (establece una nueva con dudas sobre su independencia) y probablemente otras reformas judiciales, pendientes de aprobación completa en el Senado⁴⁰. Es deseable que se convenzan por los acontecimientos en Ucrania, que la UE debe permanecer unida y defender el estado de Derecho, en lugar de destruirlo. Pero en el fondo su cruzada contra la independencia judicial no ha terminado ni se ha rendido ni se han eliminado los daños colaterales al contaminar el conjunto de la aplicación de las normas de la UE (euroórdenes, política exterior, etc.) .

Todavía se observa en España como parte de la derecha y la extrema derecha estima que adelantar la edad jubilación también se hizo en España y que Polonia es una víctima de la UE. Es posible que propugnen para España, como en Polonia, que 23 de los 25

³⁹ STC 90/2019, de 2 de julio de 2019, recurso interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra el Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, mediante el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del art. 155 de la Constitución, *BOE* núm. 192, de 12 de agosto de 2019, ECLI:ES:TC:2019:90.

⁴⁰ https://www.politico.eu/article/poland-parliament-partially-rolls-back-judicial-changes-rule-of-law-eu-recovery-funds/?utm_source=POLITICO.EU&utm_campaign=1a76e40a63-EMAIL_CAMPAIGN_2022_05_27_05_20&utm_medium=email&utm_term=0_10959edeb5-1a76e40a63-189129657

miembros del Consejo Poder Judicial los nombre el Gobierno o todo el Tribunal Constitucional (siempre que gobierne el PP, ¿pero y si es del otro partido?).

Es justo y evidente reconocer la conducta ejemplar de Polonia ante afluencia masiva de refugiados; ha abandonado, al menos de momento, su estatus de miembro radicalmente problemático pero está lejos de ser un Estado de Derecho. Hungría mantiene y multiplica su radical posición autoritaria tras dos años de estado de emergencia en los que gobierna por decreto aun teniendo mayoría parlamentaria.

Bajo el discurso populista e identitario -que tanto conocemos en España entre los nacionalistas- sobre la recuperación de la soberanía judicial -que comparte una parte de la derecha y la extrema derecha en España respecto a la UE-, ha habido un intento de minar de manera práctica y completa el proyecto europeo. Ha sido una estrategia política sistemática urdida desde hace años en Polonia (como en Hungría) para desarbolar el Estado de Derecho y lograr la plena sumisión del poder judicial al Gobierno polaco. Ha habido una decisión del gobierno y parlamento polaco de reversión del Estado democrático. Hubo orden de atacar los valores elementales de la civilización.