

LA UNIÓN EUROPEA COMO COMUNIDAD DE VALORES: A VUELTAS CON LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca*

SUMARIO

I. A modo de introducción: democracias liberales, Unión Europea y populismos. II. La importancia de los valores en el proceso de integración europea: la dimensión constitucional y normativa del artículo 2 TUE. III. Los mecanismos de sanción de la Unión por violación de los valores: el artículo 7 TUE como actuación *ultima ratio*. IV. El temor hecho realidad: la aplicación del artículo 7 a los casos de Polonia y a Hungría. IV. A modo de conclusión: la necesidad de actuar (con prudencia).

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: DEMOCRACIAS LIBERALES, UNIÓN EUROPEA Y POPULISMOS

1. La difícil convivencia entre las democracias liberales y el populismo

Es ya lugar común afirmar que el mundo está conociendo un proceso de aceleración histórica sin precedentes. Al margen de posibles matices, la realidad es que el efecto combinado de la globalización, el desarrollo de las nuevas tecnologías y las consecuencias de la crisis económica de 2008 está provocando cambios muy profundos, con hondas consecuencias económicas, sociales, éticas y, por supuesto, también políticas y jurídicas¹. La globalización ha difuminado el

¹ En realidad, el Derecho tampoco puede quedar ajeno al cambio profundo que estamos viviendo. Las estructuras estatales e internacionales que dieron lugar al surgimiento del Derecho contemporáneo post-Westfalia han sufrido una transformación sistémica que, sin embargo, no ha encontrado reflejo adecuado en los fundamentos jurídicos de nuestro Derecho. Ni el Derecho Internacional contemporáneo, asentado en sus últimas formulaciones en el contexto del final de la II Guerra Mundial y la Guerra Fría

concepto de frontera y, con ello, ha eclosionado la clásica noción westfaliana de territorio como base existencial del Estado, a la vez que está provocando la creación de conglomerados económicos gigantes que escapan (casi) por completo al control de los poderes públicos. La biotecnología y la infotecnología están haciendo posible lo inimaginable, planteando avances biomédicos, genéticos o de inteligencia artificial de enorme envergadura, apenas aprehensibles por las categorías jurídicas clásicas y con riesgos serios para la supervivencia del sistema democrático. Igualmente, la fórmula de ortodoxia monetaria extrema bajo la que se afrontó la crisis económica en la *zona euro* ha tenido perniciosos efectos sobre capas muy amplias de la sociedad, manifestándose en forma de desigualdades crecientes y de desmantelamiento de estructuras asistenciales esenciales; y, como efecto de ello, también en forma de desapego frente al sistema.

Por todo ello, resulta acertado señalar, como ha considerado Daniel Innerarity, que vivimos una época de incertidumbre y perplejidad². Frente a esa incertidumbre y perplejidad ante un mundo desconocido, se responde con respuestas simples a cuestiones complejas; con reacciones de rechazo frente a fenómenos que el ciudadano asocia con los cambios que están afectando a su vida diaria y que tienen, a su vez, consecuencias políticas e institucionales de primer orden. Así, se ha afirmado, con razón, que los intensos efectos de las fuerzas tecnológicas, económicas y de identidad están conduciendo a nuestras democracias hacia extremos indeseables, hacia un proceso de ‘*desenamoramamiento*’ del ciudadano respecto de sus sistemas políticos³. En suma, todo invita a pensar que caminamos hacia un ambiente político en el que los populismos y los movimientos anti-sistema más

(Conferencia de San Francisco, Carta de las Naciones Unidas, codificación internacional de las grandes Convenciones) ni el Derecho Constitucional nacional, fundado básicamente sobre los postulados de los Estados democráticos de Derecho del nuevo constitucionalismo europeo de la postguerra (Ley Fundamental de Bonn de 1949, Constitución italiana de 1947) ni probablemente tampoco el constitucionalismo supranacional encarnado por el proceso de integración europeo (abierto con la Declaración Schuman y articulado en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas) han sabido reaccionar a los retos contundentes que plantean los cambios actuales.

2 En su último ensayo —en el que da continuidad a una obra anterior de referencia en la materia (*La política en tiempos de indignación*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2015)—, considera que «[s]i hubiera que sintetizar el carácter del mundo en el que vivimos yo diría que estamos en una época de incertidumbre». A su entender, «[l]a perplejidad es una situación propia de sociedades en las que el horizonte de lo posible se ha abierto tanto que nuestros cálculos acerca del futuro son especialmente inciertos». Esa sería, pues, la diferencia básica entre el momento presente y las sociedades anteriores a la nuestra, donde los seres humanos «[p]odrían pasar hambre y sufrir opresión, pero no estaban perplejos»; *Política para perplejos*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2018, pp. 9-14.

3 Yascha MOUNK, *The People vs Democracy — Why Our Freedom is in Danger and How to Save It*, Harvard University Press, Cambridge, 2018. A juicio de esta autora los ciudadanos están ‘desenamorándose’ de sus sistemas políticos, con el riesgo que ello entraña para los sistemas democráticos. A su juicio, son tres los elementos fundamentales que desencadenan el descontento popular, a saber, el estancamiento de los estándares de vida, el temor a una democracia multiétnica y las transformaciones en los medios de comunicación.

radicales encuentran un caldo de cultivo propicio para obtener respaldo y representación en las instituciones (dentro del sistema que pretenden combatir).

En este contexto, la primera y más rotunda consecuencia política está afectando a la propia esencia de la democracia; a la democracia liberal, como forma de gobierno más acorde con los valores políticos del mundo occidental surgido de la II Guerra Mundial. Estas democracias liberales, basadas en el pluralismo político, el Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales, están convirtiéndose en diana de las críticas de buena parte de la ciudadanía, insatisfecha con los efectos de la globalización, las nuevas tecnologías, los efectos de la crisis económica y en definitiva, esa incertidumbre generalizada a la que hemos hecho mención.

Ante esta situación, un sector relevante de la más prestigiosa doctrina política está elaborando durante los últimos años estudios de interés en los que se plantea qué ha de entenderse por populismo, a la vez que trata de establecer con método científico criterios específicos que permitan medir la deriva de un régimen democrático hacia fórmulas claramente autoritarias o, si se prefiere, la travesía desde una democracia liberal hacia 'democracias *iliberales*' en el sentido que le dio Fareed Zakaria⁴.

En realidad, es amplísima e inabarcable la literatura reciente que aborda la cuestión de los populismos y la crisis de la democracia. No es, sin embargo, un fenómeno en absoluto nuevo, ya que el término (peyorativo) de 'populismo' se utilizó profusamente en la década de los cincuenta y sesenta del siglo pasado para referirse a situaciones tan diversas como el *macartismo* americano —de tono anti intelectual—⁵, el *poujadismo* francés —de oposición a la clase política—⁶ o el *powellismo* británico —de raíz claramente racista—⁷. Luego, en los años ochenta, especialmente en Francia, los principales acercamientos doctrinales vincularon los populismos con la decadencia del modelo occidental de pensamiento⁸. Y, desde luego, desde la caída del Muro de Berlín y, sobre todo, desde la entrada en el nuevo milenio ha sido tema de particular atención por la doctrina⁹. Con todo,

4 «The Rise of Illiberal Democracy», *Foreign Affairs* 1997, vol. 76, nr. 6, november-december. Bien cabe, en todo caso, plantearse si realmente puede hablarse de una 'democracia iliberal' o si, más bien, 'democracia' e 'iliberal' son términos incompatibles entre sí.

5 Véase, por ejemplo, Richard HOFSTADTER, *Anti-intellectualism in American Life*, Vintage Books, Nueva York, 2.ª ed., 1963, especialmente pp. 3-4 y 41-42.

6 En este sentido, Stanley HOFFMANN, *Le mouvement poujade*, Arad Colin, París, 1956, especialmente pp. 228-240.

7 Vid. Margaret CANOVAN, *Populism*, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York y Londres, 1981, pp. 228-230.

8 Puede verse, por todos, Alain FINKIELDRAUT, *La défaite de la pensée*, 1987.

9 Véase, por ejemplo, Emmanuel TODD, *Après la démocratie*, Gallimard, 2008. Concreta en cinco las características de la decadencia europea: incoherencia del pensamiento como consecuencia de un vacío ideológico y religioso, mediocridad intelectual vinculada con el anquilosamiento y estancamiento de la educación, agresividad creciente, excesivo apego al dinero e inestabilidad afectiva y familiar. También, Peter MAIR, *Gobernando el vacío, La banalización de la democracia occidental*, Alianza Editorial, Madrid, 2013.

es menester reconocer que el acercamiento doctrinal al fenómeno del populismo ha estado siempre acompañado del más absoluto relativismo conceptual y terminológico¹⁰. Y, en realidad, se mantiene hasta nuestros días¹¹.

En todo caso, como bien muestran Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, lo que distingue a la deriva autoritaria actual de la surgida en otros momentos de la historia es que ahora las democracias no se subvierten mediante golpes de Estado¹², sino mediante gobiernos electos¹³. Es más, nada impide en una democracia robusta poner en tela de juicio alguno de sus valores y proponer su modificación. Más bien, habría que considerar como un rasgo definidor del populismo la consideración de que *sólo* ellos representan al pueblo, a la gente real, a la mayoría silenciosa, a los verdaderos ciudadanos, mientras que el resto de partidos, el resto de políticos —en definitiva, el *sistema*— únicamente defienden sus propios intereses y por eso son todos iguales; son todos corruptos, están todos alejados del pueblo y del buen ciudadano. Ponen, por tanto, en duda la legitimidad del resto de actores políticos. Se trata, en suma, de un ataque directo al principio de pluralidad política característica de las democracias. Por eso, en nuestra opinión, resulta también particularmente relevante la observación que hacen Levitsky y Ziblatt cuando constatan que las democracias auténticas y más estables en la historia se caracterizan precisamente por mantener dos elementos, que resultan capitales para la vida democrática. Se trata de la tolerancia y la contención: la *tolerancia* exige la premisa de que los partidos rivales se aceptan recíprocamente como legítimos competidores en la arena política; y la *contención* consiste en que los políticos han de regirse por el comedimiento (*restraint*) en el ejercicio de su tarea.

10 De manera muy plástica, Peter WILES en 1969 caracterizó esta situación de relativismo conceptual radical con su visión de que «à chacun sa propre définition du populisme, selon le saint académique pour lequel il prêche»; «A Syndrome. Not a Doctrine: Some Elementary Theses on Populism», en Ghita IONESCU y Ernest GELLNER (eds.), *Populism. Its Meanings and National Characteristics*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1969, p. 166.

11 Véase, entre otros, Jan-Werner MÜLLER, *What is Populism?*, Penguin, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2017 (traducido al francés por Frédéric JOLY, *Qu'est-ce que le populisme — Définir enfin la menace*, Folio essais, Gallimard, París, 2018); uno de los capítulos de este libro ha sido publicado en español, «El auge ¿imparable? de los populismos», OpenMind, 2017, <https://www.bbvaopenmind.com>). Igualmente, Cas MUDDE y Cristóbal R. KALTWASSER, *Populism — A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

En la doctrina francesa, puede verse la obra colectiva dirigida por Jean-Pierre RIOUX (coord.), *Les populismes*, Perrin, París, 2007; Catherine COLLIOT-THÉLÈNE y Florent GUÉNARD, *Peuples et populisme*, PUF, París, 2014; Pierre-André TAGUIEFF, «Le populisme et la science politique du mirage conceptuel aux vrais problèmes», *Vingtième Siècle-Revue d'histoire* n.º 56, 1997, pp. 4-44. De hecho, llama la atención que, por ejemplo, el defensor del pueblo (*médiateur*) del diario *Le Monde* se haya interrogado por el buen uso del término; Franck NOUCHI, «Du bon usage du mot 'populiste' dans *Le Monde*», *Le Monde*, de 4 julio de 2018.

12 En esta misma línea, Tom GINSBURG y Aziz Z. HUQ recogen en un reciente libro la tipología de cambios de regímenes constitucionales hacia el autoritarismo, siendo el golpe de estado militar tan solo uno de ellos y erigiéndose la degradación institucional gradual en la regla actual; *How to Save a Constitutional Democracy*, The Chicago University Press, Chicago, 2018.

13 Steven LEVITSKY y Daniel ZIBLATT, D., *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Barcelona, 2018, p. 13 (traducido del inglés, *How Democracies Die*, Crown, Nueva York, 2018).

A partir de esta base, existen variantes doctrinales que colocan el foco de atención en cuestiones diversas. Así, por ejemplo, existe un sector de la doctrina politológica que, con Jason Brennan a la cabeza, centran su mirada en el creciente desconocimiento de la ciudadanía sobre aspectos esenciales de la realidad pública a la hora de conformar su decisión de voto¹⁴. En parecido sentido, el historiador Yuval Noah Harari analiza las causas estructurales que pueden estar incidiendo en el desgaste actual de las democracias liberales y centra su atención en la creciente concentración de la información —y, paradójicamente, la mayor desinformación—, que puede generar ‘dictaduras digitales’¹⁵. En un sentido no muy alejado de esta visión, John Keane cataloga la democracia actual como una ‘democracia monitorizada’¹⁶. Entre nosotros, Daniel Innerarity plantea la delicada cuestión de si la ciudadanía está realmente en condiciones de comprender y observar críticamente la política de nuestras democracias actuales, bajo la premisa previa de que «[n]o hay democracia cuando no se comprende»¹⁷. Otros autores, como el filósofo político David Runciman, bajo el lema de ‘*thinking the unthinkable*’, considera erróneo echar la mirada a las crisis de las democracias europeas en el periodo de entreguerras para buscar paralelismos, como está constatándose últimamente en múltiples contribuciones¹⁸, y estima que el verdadero peligro para nuestras democracias radica en la creciente decadencia de las instituciones¹⁹. Hay quienes, finalmente, ven el deseo subconsciente en situaciones de crisis

14 En esta línea Jason BRENNAN utiliza metafóricamente la distinción entre ‘*hobbits*’ y ‘*hooligans*’ para caracterizar a una gran parte de los ciudadanos. Los primeros tienen poca información y apenas se preocupan por la política; y los segundos tienen mayor información, pero están llenos de prejuicios en su más activa participación política. Este autor llega a considerar que «most democratic citizens and voters are, well, ignorant, irrational, and misinformed nationalists»; *Against Democracy*, Princeton University Press, Princeton y Oxford, 2018, p. 19 y capítulo segundo del libro.

15 Así, este autor considera que «[l]os algoritmos de macrodatos pueden crear dictaduras digitales en las que todo el poder esté concentrado en las manos de una élite minúscula al tiempo que la mayor parte de la gente padezca no ya explotación, sino algo muchísimo peor: irrelevancia»; *21 lecciones para el siglo XXI*, Barcelona, Madrid, 2018 (traducido al español del inglés *21 Lessons for the 21st Century*, Jonathan Cape, Londres, 2018), p. 14.

16 *Vida y muerte de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

17 A su entender, existe «un claro desajuste entre la competencia real de la gente y las expectativas de competencia política que se dirigen a la ciudadanía en una sociedad democrática» y su hipótesis en este trabajo radica en que, «frente a la seducción del recurso a los procedimientos desdemocratizadores, las mejores soluciones son las más democráticas: fortalecer la cooperación y la organización institucional de la inteligencia colectiva»; *Comprender la democracia*, Gedisa, Madrid, 2018, pp. 29-30.

18 En efecto, el eco de los años 30 está generando escrutinio atento por parte de historiadores, políticos y economistas. Se buscan, así, paralelismos con los efectos de la crisis económica del 29 y el posterior suicidio de las democracias europeas salidas de la I Guerra Mundial. Idéntico paralelismo se traza también en Estados Unidos. Particular resonancia académica y también mediática provocó el artículo del historiador especialista en el periodo nazi, Christopher R. BROWNING, «The Suffocation of Democracy», *The New York Review of Books*, octubre, 25, 2018.

19 *How Democracy Ends*, Basic Books, Nueva York, 2018; igualmente, Tom GINSBURG y Aziz Z. HUQ, *op. cit.* (*How to Save...*), nota 12.

profundas de elegir a ‘líderes fuertes’ que arreglen problemas, aunque sea con formas autoritarias²⁰.

El caso es que, sea cual fuere la explicación politológica más plausible, lo cierto es que las democracias liberales de prácticamente todo el mundo occidental están sufriendo un serio proceso de erosión interna y, en muchos casos, una verdadera deriva autoritaria. Resulta imperceptible en sus primeras etapas, pero la tendencia es incuestionable cuando los síntomas se hacen ya muy explícitos. Queda por ver si cuando estos síntomas se hacen perfectamente visibles quizás ya sea demasiado tarde por actuar.

2. La (más difícil aún) convivencia entre la democracia multinivel europea y los populismos

Pero el desgaste democrático descrito no solo afecta a los Estados. Parece realmente incuestionable que también la Unión Europea es diana preferida de las diatribas de los movimientos populistas. Reúne, en verdad, los ingredientes favoritos de cualquier receta populista. Sirve de útil plasmación visible de la globalización, es provechosamente identificable con un supuesto poder tecnócrata y elitista externo, que el ciudadano no comprende bien²¹, pero al que acusa de sus males más directos, y, desde luego, se identifica con la fuente de todos los males derivados de la forma de combatir la crisis económica de 2008²².

20 Llama a la reflexión la constatación de que las generaciones más jóvenes, con independencia de su concreta inclinación política, efectivamente miran con creciente simpatía la presencia de un líder fuerte que ‘arregle problemas’, aunque ello se haga bajo formas autoritarias; Robert Stefan FOA y Yascha MOUNK, «The Democratic Disconnect», *Journal of Democracy*, vol. 27, 2016, pp. 5-17.

Aunque los juristas no nos resulte sencillo, parece imprescindible incorporar en nuestros análisis el discurso de las emociones. La doctrina más solvente en la materia nos muestra cómo las emociones no son únicamente afectos y querencias. Gozan también de una dimensión cognitiva y constituyen así elementos necesarios para categorizar el mundo y comprender la percepción ciudadana de la política. En nuestra doctrina merecen particular atención las interesantes aportaciones de Victoria CAMPS, *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011. Esta autora, entre otras fuentes, se inspira en previos trabajos igualmente atractivos de Martha NUSSBAUM, entre los que cabe destacar como más reciente, *Political Emotions. Why love matters for justice*, Harvard University Press, Cambridge, 2013.

21 De nuevo, cabe remitirse a un atractivo estudio de Daniel INNERARITY en el que se sitúa en la complejidad de la Unión uno de sus problemas básicos para ser percibida por la ciudadanía como una entidad verdadera demócrata; *La democracia en Europa*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2017.

22 No oculto, con ello, los graves desatinos cometidos por la Unión por la forma de abordar la crisis ni los errores de diseño de la (mal) llamada Unión Económica y Monetaria que se cometieron en Maastricht. Pero, en realidad a la hora de buscar responsabilidades probablemente habría que dirigir la mirada más a algunos Estados muy concretos de la *zona euro* que a las instituciones de la Unión. No en vano esa forma de afrontar la crisis de 2008 ha dejado también a la vista de todos la profunda división de intereses que existe en la Unión entre el Norte y el Sur, entre el Oeste y el Este. Pero el caso es que las duras medidas de austeridad adoptadas en la *zona euro* para combatir la crisis económica de 2008 han tenido graves consecuencias en términos de brecha social entre ganadores y perdedores de la globalización. A su vez, la creciente desigualdad social que se ha generado en las sociedades actuales tiene también un peligroso impacto

Bien mirado, la campaña de 2016 a favor del *Brexit* en el Reino Unido fue una primera señal de esta tendencia; y se ha manifestado precisamente en la democracia más antigua, estable y asentada del nuestro continente. La explosiva mezcla de profundo desconocimiento de buena parte de la ciudadanía sobre la Unión, mentiras flagrantes envueltas en interesado celofán identitario nacional y decisiones políticas temerarias han dado como resultado final una situación de verdadero caos que, tal y como se ha podido ver en los últimos años, es buen ejemplo de todo lo que no se debería hacer en una democracia responsable. La situación generada, al final, linda con el estrambote y las consecuencias son, en el momento de concluir este trabajo, del todo punto imprevisibles, tanto para la Unión, como sobre todo para el Reino Unido.

En realidad, en prácticamente todos los Estados miembros afloran discursos antieuropeos que, con mayor o menor respaldo, resultan muy preocupantes. Solemos citar, no sin motivos, a los cuatro países de Visagrado o, más recientemente, también a algunos otros más cercanos. Pero, en realidad, *todos*, absolutamente todos, deberíamos sentirnos concernidos, ya que prácticamente ningún Estado de la Unión es ya inmune al discurso populista y, que es peor, a sus consecuencias.

En este contexto, las elecciones al Parlamento Europeo del 23 al 26 de mayo de 2019 van a ser buen termómetro para medir el respaldo ciudadano de esas fuerzas manifiestamente antieuropeas. No sé si resulta excesivamente catastrófica la visión de quienes consideran que nos enfrentamos en Europa «a una batalla en defensa de la civilización» y creen que esas elecciones al Parlamento Europeo pueden ser «las más catastróficas que hayamos visto jamás»²³. Pero sí es cierto que no podemos creer que «*Europa se fara di se*» de manera providencial; y, desde luego, lo que realmente está en juego es la pervivencia del propio proceso de integración supranacional, tal y como lo hemos conocido en los últimos setenta años, que no es poco. Por mucho consenso doctrinal que tengamos a propósito del

sobre la estabilidad de las democracias liberales. Vid. Mark BLYTH, *Austeridad. Historia de una idea peligrosa*, Crítica, Madrid, 2014.

A este respecto, puede resultar un ejercicio interesante examinar la jurisprudencia que los diferentes Tribunales Constitucionales han desplegado en relación por los poderes públicos de medidas de austeridad y recorte para combatir la crisis de 2008. En el caso de nuestro Tribunal Constitucional, se han adoptado sentencias en materia de sanidad y educación que resultan muy discutibles, si bien no es ahora momento de entrar en ello.

23 En un tono marcadamente pesimista, Bernard-Henri LEVY ha lanzado un manifiesto, al que se han adherido numerosos intelectuales de muy distinta inclinación política, en el que, sobre la base de considerar que «Europa está en peligro», estima que las elecciones europeas se desarrollarán en un clima nocivo en el que «si no cambian las cosas, si nada contiene la ola que crece, y empuja, y sube, si no surge rápidamente en todo el continente un nuevo espíritu de resistencia, pueden ser las elecciones más catastróficas que hayamos visto jamás». Cree que «nos enfrentamos, 75 años después de la derrota de los fascismos y 30 años después de la caída del muro de Berlín, a una nueva batalla en defensa de la civilización». Véase «La Casa Europea en llamas», publicado en España por *El País*, de 27 de enero de 2019.

‘éxito inverosímil’ que ha supuesto el proceso de integración europea²⁴, debemos tener bien presente que «éxitos pasados no garantizan éxitos futuros»²⁵. El éxito del proceso de integración no está, en absoluto, garantizado por ninguna pretendida ‘ley de la inevitabilidad’²⁶.

Por tanto, no está de más tomarnos muy en serio el riesgo que los populismos entrañan para la democracia y para el proceso de integración europea, especialmente porque ambos están estrechamente imbricados. Si algo caracteriza a la Unión Europea es su vinculación con unos valores, que son propios de *todos* los Estados que la componen y entre los cuales la democracia, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho son su estandarte más visible. En realidad, bien puede afirmarse que democracia, derechos humanos y Estado de Derechos son la seña de identidad que mejor identifica al nuevo *espacio jurídico europeo*, en el que con vocación constitucional propia, se superponen los ordenamientos jurídicos de los Estados, la UE y el Consejo de Europa²⁷.

A ello dedicaremos este trabajo. Pondremos el centro de atención en los riesgos del populismo en la UE, analizando el carácter constitucional y normativo de los valores recogidos en el artículo 2 TUE (II), concretando los mecanismos de sanción previstos en caso de su violación grave (III) y examinando su concreta

24 No sin razón el historiador Tony JUDT, en el interesante repaso en 24 capítulos que hace a la historia europea entre 1945 y 2005 en su obra *Postwar: A History of Europe since 1945* (The Penguin Press, Nueva York, 2005), califica como un éxito inverosímil que, sobre los restos de imperios contrapuestos, guerras fratricidas e historias contrapuestas, Europa haya logrado construir una Unión Europea que conforma una de las economías más prósperas y uno de los espacios democráticos más asentados del mundo. No es para menos. Más que inverosímil, parece un prodigioso milagro. Es, en nuestra opinión, un éxito notable que resultaría irresponsable dilapidar.

25 Esta idea la he desarrollado, con insistencia, en trabajos anteriores, pero realmente creo que es una consideración a tener muy en cuenta; véase, por ejemplo, «La Unión Europea ante el espejo: éxitos pasados no garantizan éxitos futuros», en Joxerramon BENGOTXEA CABALLERO (coord.), *Nuevas narrativas para Europa: ¿Qué Europa reconstruir tras 60 años de los Tratados de Roma*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 95-111.

26 Timothy SNYDER, en su último ensayo (*El camino hacia la libertad*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2018), realiza una interesante reflexión política sobre la diferenciación entre política de la inevitabilidad, que promete un futuro mejor para todos —y que imperó bajo el prisma del ‘fin de la historia’ tras la caída del mundo comunista y el consiguiente triunfo del capitalismo en la máxima de que la «la naturaleza generó el mercado, que engendró la democracia, que engendró la felicidad»— y la política de la eternidad, que sitúa a un país en el centro de un relato de victimismo cíclico —en el que vuelven las amenazas del pasado una y otra vez—. Ambas perspectivas tienen estilos de propaganda propios. En esta obra, el autor se detiene en la historia reciente de Rusia, Ucrania, Europa y Estados Unidos para definir los problemas políticos del presente y disipar algunos de los mitos que los envuelven. Tiene seis capítulos y cada uno de ellos centra en un hecho particular y un año concreto, acompañado de una dialéctica que lo caracteriza: 2011 con el regreso del pensamiento totalitario; 2012 con el desmoronamiento de la política democrática en Rusia; 2013 con el asalto ruso a la Unión Europea; 2014 con la revolución de Ucrania y la posterior invasión rusa; 2015 con la difusión de la ficción política en Rusia, Europa y Estados Unidos; y 2016 con la elección de Donald Trump. Cada uno de estos capítulos se acompaña, en el título, de una alternativa, siendo estas respectivamente individualismo o totalitarismo, sucesión o fracaso, integración o imperio, novedad o eternidad, verdad o mentiras e igualdad u oligarquía.

27 No es ya momento de detenernos en las doctrinas de nuevo cuño que, desde planteamientos de pluralismo constitucional, tratan de dar una respuesta válida al nuevo contexto jurídico multinivel que concurre en el espacio jurídico europeo. La existencia de ese espacio jurídico europeo, el menos *in fieri*, es ya evidente.

aplicación práctica actual a los casos polaco y húngaro (IV). Finalmente, concluiremos con unas consideraciones finales de carácter crítico (V).

II. LA IMPORTANCIA DE LOS VALORES EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA: LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL Y NORMATIVA DEL ARTÍCULO 2 TUE.

El artículo 2 TUE deja constancia explícita en la *Carta Constitucional* de la Unión que ésta «se fundamenta en los valores del respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías». E igualmente precisa que estos valores «son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres»²⁸. Afirmar la importancia de determinados valores esenciales de la Unión no es una disquisición teórica o filosófica. Es una cuestión constitucional y normativa que se fundamenta en la consideración de la Unión como una comunidad de valores (1), en la que la democracia y el Estado de Derecho constituyen sus elementos nucleares (2) y, lo que es más relevante, gozan de carácter normativo y justiciable (3).

1. La Unión como ‘comunidad de valores’

El artículo 2 TUE es en efecto, la plasmación constitucional de unos valores que, desde los primeros pasos del proceso de integración europea, se han asociado claramente con la *identidad* de la Unión²⁹. Es, en el fondo, una solemne declaración de los valores esenciales de esa identidad europea, que hasta ahora ha tenido por

28 Para un análisis en detalle de este precepto resultan particularmente útiles los comentarios de los tratados constitutivos más representativos, v.gr, Stelio MANGIAMELI, «Art. 2 TEU», en Hermann J. BLANCKE y Stelio MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*, Springer, Berlín-Heidelberg, 2013, pp. 109-155, con amplia lista bibliográfica en pp. 147-155; Jean Paul JACQUÉ, «Art. 2» en Hans von den GROEBEN *et al.* (ed.), *Europäisches Unionsrecht — Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäische Union*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 7.^a ed., 2015, vol. 1, pp. 65-70, con bibliografía amplia en el anexo final.

29 Así lo hicieron, por ejemplo, los Jefes de Estado y Gobierno de los entonces nueve Estados miembros de las Comunidades Europeas cuando, recién producida la primera ampliación, aprobaron en la cumbre de Copenhague 14 y 15 de diciembre de 1973 la llamada *Declaración sobre la Identidad Europea* (*Bull. EC*, de diciembre 1973, n.º 12, pp. 118-122. Se establecía, en concreto, que «[t]he Nine wish to ensure that the cherished values of their legal, political and moral order are respected, and to preserve the rich variety of their national cultures. Sharing as they do the same attitudes to life, based on a determination to build a society which measures up to the needs of the individual, they are determined to defend the principles of representative democracy, of the rule of law, of social justice—which is the ultimate goal of economic progress—and of respect for human rights. All of these are fundamental elements of the European Identity». Cursivas añadidas por nosotros.

encima de todo un valor declarativo y programático. Se trata, visto desde una perspectiva estrictamente jurídica, de lo que la doctrina germánica ve como un reflejo evidente de su artículo 28 de la Ley Fundamental de Bonn y ha denominado tradicionalmente ‘cláusula de homogeneidad’³⁰, una realidad que también está presente en la tradición federal norteamericana encuentra asiento³¹.

El significado e importancia de esos valores ha adquirido tal magnitud que un sector doctrinal ha venido considerando a la Unión como una ‘comunidad de valores’ (*Wertegemeinschaft*)³². Por tanto, no se trata solo de considerar a la Unión como una ‘comunidad de Derecho’, en el sentido hecho por el Tribunal de Justicia a partir del conocido asunto *Los verdes*³³ —convertida posteriormente en ‘Unión de Derecho’³⁴—, y asumido, por cierto, por la doctrina iuscomunitarista con toda naturalidad³⁵.

Así, estos valores son, en primer término, exigencia ineludible para los Estados que pretendan la adhesión. El artículo 49 TUE, recogiendo una pretensión siempre existente en la tradición del proceso de integración³⁶, incluye *expressis verbis* como requisito para la adhesión el respeto de los valores del artículo 2 TUE.

30 Hans Peter IPSEN, «Über Verfassung-Homogenität in der Europäischen Gemeinschaft», en G. BÜRIF y H. MURER (eds.) *Das akzeptierte Grundgesetz — Festschrift für Günter Düring*, Beck Verlag, Munich, 1990, pp. 159-184; Felix HANSCHMAN, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft*, Heidelberg, 2008; Thomas GIEGERICH, «Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU: Zum ‘neuen Rechtsstaatsmechanismus’ der Europäischen Kommission», en Christian CALLIES (ed.), *Herausforderungen an Staat und Verfassung—Liber amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, 2015, pp. 499-542. En inglés, puede verse Stelio MANGIAMELI, «The Union’s Homogeneity and Its Common Values on the Treaty on European Union», en *ib* y Hermann J. BLANKE (eds.), *The European Union after Lisbon*, Springer, Heidelberg, pp. 21-46.

31 Cfr. el Art. IV Sect. 4 y Arts. XIII a XV de la Constitución de los Estados Unidos de América.

32 Véase, por ejemplo, Christian CALLIES, «Europa als Wertegemeinschaft — Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht», *Juristen Zeitung* 2004, pp. 1033-1045; Dieter BLUMENWITZ/G Gilbert H. GORNIG/Dietrich MURSWIEK (coords.), *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*, Duncker Humblot, Berlín, 2005. Más recientemente, resulta de interés la visión que de esta idea tiene el actual presidente del Tribunal Constitucional alemán; Andreas VOSSKUHLE, *Die Idee der Europäischen Wertegemeinschaft*, Buchhandlung Klaus Bittner, Colonia, 2018.

33 TJUE sentencia de 23 de abril de 1986, *Los verdes c. Parlamento Europeo*, C-294/83. Igualmente, dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, *Espacio Económico Europeo*, 1/91.

34 TJUE sentencia de 6 de octubre de 2015, *Schrems*, C-362/14, ECLI: EU: C: 2015: 650, apdo. 60 (con cita de jurisprudencia anterior).

35 Baste recordar la clásica contribución de Manfred ZULEEG, «Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft», *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, pp. 545-549. Antes de la decisión del TJUE y antes también de su asunción doctrinal generalizada, Walter HALLSTEIN había escrito sobre la aspiración a que las Comunidades Europeas se convirtieran en tal Comunidad de Derecho (*Rechtsgemeinschaft*); *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Econ, Viena y Düsseldorf, 1969. Véase también Klaus STERN, «La Unión Europea en el camino hacia una comunidad de Derecho constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 70, 2007, pp. 15-34. Nuestra doctrina iuscomunitaria ha asumido también sin mayor complicaciones esta importante consideración.

36 No es preciso recordar que esa fue precisamente la causa de que países como España, Portugal o Grecia no pudiéramos adherirnos a la Unión hasta que no acreditamos una régimen democrático homologable al del resto de Estados miembros de las Comunidades Europeas, así como la previa adhesión y pleno cumplimiento de las obligaciones derivadas del CEDH y el control externo en materia de derechos humanos por

Pero, con toda lógica, por extensión ha de resultar exigible también para la permanencia una vez dentro y, en consecuencia, la Unión ha de dotarse de instrumentos eficaces para preservar esos valores una vez los Estados son ya miembros de pleno derecho. El artículo 2 TUE revela en su esencia constitucional que no pueden darse por sobreentendidos esos valores e incluso trasluce, en el fondo, que en algún momento y lugar podrían detectarse violaciones serias de los mismos³⁷.

2. Democracia y Estado de Derecho como elementos esenciales de la comunidad europea de valores

a) *La vinculación entre democracia y Estado de Derecho*

El artículo 2 TUE recoge, de esta manera, una concreta enumeración de los valores de la Unión. En verdad, recoge un listado de valores y también una caracterización de la sociedad en la que se desenvuelven los Estados. Los valores en sentido estricto serían la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales, mientras que la caracterización de la sociedad sería el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres. En realidad, estos seis últimos elementos —salvo acaso la solidaridad— son manifestaciones concretas de los valores propiamente dichos y resultan, en cierto sentido, reiterativos por quedar ya comprendidos en los seis valores enunciados en el inciso anterior.

A decir verdad, democracia y Estado de Derecho —incluyendo dentro de este último como elemento central la protección de los derechos fundamentales— conforman el sustrato nuclear de los valores enunciados en el artículo 2 TUE y, con ello, de todo el *espacio jurídico europeo*: de los Estados, de la Unión y también del Consejo de Europa. En los Estados todas las Constituciones se fundan en el principio democrático y, de una forma u otra, ofrecen vías efectivas para garantizar la protección de los derechos fundamentales básicos. También el Consejo de Europa se funda en esta misma vinculación; tanto la actuación de la Comisión de Venecia, que desde su propia denominación deja bien clara su función y objetivo³⁸, como la for-

parte del TEDH. Lo propio ocurrió, tras la caída del muro de Berlín, con los países de Europa central y oriental.

37 Dimitry KOCHENOV ha dicho en varias ocasiones, con bastante razón, que «being part of the EU does not make a state immune from the potential problems all states face»; «The Issue of Values», en Peter van ELSUWEGE y Roman PETROV y (eds.), *Legislative Approximation and Application of EU Law in the Eastern Neighbourhood Policy of the European Union*, Routledge, Londres y Nueva York, 2014, p. 46.

38 Su denominación oficial es *Comisión Europea para la Democracia por el Estado de Derecho*; el seguimiento de su trabajo, tanto de dictámenes como de estudios, puede hacerse a través de su página web (<https://www.venice.coe.int>). Véase Jeffrey JOWELL, «The Venice Commission — Disseminating Democracy through Law», *Public Law*, n.º 24, 2001, pp. 675-683.; Wolfgang HOFFMANN-RIEM, «The Venice Commission on

mulación del Estatuto de Londres³⁹ dejan buena constancia de ello. Incluso, aunque resulte menos conocido, también el TEDH está desarrollando una interesante jurisprudencia a propósito del concepto de '*democracia convencional*', vinculando democracia y derechos fundamentales, que cohonesta además perfectamente con la construida antes dentro de los Estados y también en la UE⁴⁰; por cierto, en el ámbito americano también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha transitado con vigor por esta senda⁴¹ y ha realizado idéntica vinculación⁴². Será, en todo caso, el ámbito de la UE el que centre ahora nuestra atención y en el que, como también ocurre en los Estados, resulta claro que sin democracia no puede haber Estado de Derecho ni respetarse el Estado de Derecho sin auténtica democracia.

b) *Democracia en la Unión Europea*

En efecto, el principio democrático es también una aspiración interna de la Unión, lo que sin duda constituye toda una novedad en la comunidad internacional, ya que democráticos son los Estados, pero no las organizaciones internacionales. Sin embargo, en la Unión la democracia es ya una verdadera exigencia para su propio funcionamiento interno, pese a no haber perdido (aún) su condición de organización internacional⁴³ y, por tanto, deudora del Derecho Internacional. En este sentido, es bien representativo que el artículo 10 TUE establezca en su primer apartado que el «funcionamiento de la Unión se fundamenta en el principio de democracia representativa»⁴⁴.

the Council of Europe — Standards and Impact», *International Journal of European Law*, n.º 25, 2014, pp. 579-597.

39 El Estatuto de Londres en el tercer apartado de su preámbulo reafirma expresamente «su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de su libertad individual, libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia».

40 Como bien ha mostrado Alejandro SAIZ ARNÁIZ en el último número de esta revista, de la jurisprudencia del TEDH resulta un interesante concepto de *democracia convencional* que actúa como límite a la actuación de los Estados, si bien se debe conjugar tanto con el respeto de la variedad histórica, cultural, política de esos Estados como con el margen de apreciación que el TEDH deja también en sus manos. «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación», *Teoría y Realidad Constitucional* 2018, n.º 42, pp. 221-245.

41 Véase, por ejemplo, Asdrúbal AGUIAR ANGUIANO, *La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1997-2012*, Observatorio Iberoamericano para la democracia, Buenos Aires-Caracas, 2012.

42 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro, por ejemplo, que «la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo 'suscceptible de ser decidido' por parte de la mayorías en instancias democráticas; Corte IDH *caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (*Fondo y reparaciones*), apdo. 239.

43 Véase, v. gr., el preámbulo de los tratados constitutivos y los artículos 1 y 54 TUE.

44 Por definición, el funcionamiento interno de las organizaciones internacionales se cimenta usualmente en una estructura intergubernamental que, con mayor o menor control por sus Estados miembros, muy poco tiene que ver con las exigencias del principio democrático propio de los Estados. Sin embargo, la UE ha

Todavía queda, sin duda, camino por recorrer para convertir en plena realidad la aludida previsión del artículo 10 TUE. Pero, desde luego, en nuestra personal opinión no es ya posible hablar de *déficit democrático* en la Unión con la ligereza —y casi me atrevería a decir desconocimiento— con la que se hace en algunas ocasiones. Tras sucesivas reformas de los tratados constitutivos, la Unión se ha dotado de un sistema organizativo interno dotado de legitimidad democrática *formal*, esto es, con elección de los miembros del Parlamento por sufragio universal directo (desde 1979). Pero la Unión está revestida también de una notable legitimidad democrática *material*, ya que en la actualidad dispone de las competencias típicas de cualquier Parlamento. Es titular de poderes muy fuertes de control; y no solo de la Comisión⁴⁵. Ostenta un intenso poder legislativo, una vez que el Tratado de Lisboa erigió el procedimiento de codecisión (entre el Consejo y el Parlamento Europeo) en el procedimiento legislativo ordinario de la Unión⁴⁶. Y, por supuesto, cuenta también con una posición central en la aprobación del presupuesto⁴⁷. Incluso se han diseñado interesantes mecanismos de colaboración

ido evolucionando desde su diseño inicial en los originarios Tratados de París y Roma, de carácter intergubernamental y vocación supranacional, hasta la actual regulación del Tratado de Lisboa, inspirada claramente en los postulados de la democracia representativa.

45 Véase, por ejemplo, la contribución de Mariola URREA CORRES, «El Parlamento Europeo y la función de control político en una democracia supranacional multinivel», en Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA y Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (coords.), *El Parlamento Europeo: ¿esta vez es diferente?*, IVAP, Oñate, 2015, pp. 64-90.

46 Esta cuestión la abordamos en su momento *in extenso* en el estudio preliminar a la obra, editada junto a Mariola URREA CORRES, *Tratado de Lisboa — Textos consolidados del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 17-66. Cfr. también Gregorio GARZÓN CLARIANA, «El Parlamento Europeo y la evolución del poder legislativo y del sistema normativo de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50, 2015, pp. 43-83. Igualmente, sobre esta cuestión, Edward BEST, «Legislative procedures after Lisbon: fewer, simpler, clearer?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2008, vol. 15, pp. 85-96.

En concreto, el Tratado de Lisboa elevó el procedimiento de codecisión a la categoría de 'procedimiento legislativo ordinario' que será, por tanto, el procedimiento legislativo a utilizar para la adopción de cualquier reglamento, directiva o decisión para los que los tratados no prevean un procedimiento legislativo especial (arts. 289.1 y 294 TFUE). Además, de manera paralela, el Tratado de Lisboa culminó también la tarea de conversión de cuatro decenas de bases jurídicas que pasaron a regirse tras el Tratado de Lisboa por este procedimiento legislativo ordinario. Las más relevantes de todas ellas probablemente sean las catorce que se referían a los asuntos de justicia e interior: se trata de las bases jurídicas derivadas de los artículos 75 (bloqueo capitales en lucha contra terrorismo), 77.2 (controles de fronteras y visados), 78.2 (asilo), 79.2 (inmigración), 79.4 (integración inmigrantes), 81.2 (cooperación judicial civil), 82. 1 y 2 (cooperación judicial penal), 83 1 y 2 (armonización tipos penales y sanciones), 84 (prevención de la delincuencia) 85.5 (evaluación de *Eurojust*), 87. 2 (cooperación policial no operativa), 88.2 (regulación y control de *Europol*). Ahora bien, desde una perspectiva eminentemente práctica, también cobra particular importancia las nuevas bases jurídicas sobre las cuestiones agrícolas (arts. 42. y 43.2 TFUE), los fondos estructurales y de cohesión (art. 177 TFUE), la aplicación de la política comercial común (art. 207.2 TFUE) o el establecimiento de las modalidades de control de las competencias de ejecución (art. 291.3 TFUE). En suma, si a estas bases jurídicas se les suman también las que ya prevenían la codecisión y son mantenidas, aunque sea con diferente redacción, la suma total ascendía concretamente a 85.

47 *Vid.* arts. 313.2 y 314 TFUE.

entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales⁴⁸. Todo ello respalda plenamente una aproximación a la Unión como un espacio jurídico (y también político) multinivel basado en el principio democrático, aunque obviamente mantenga peculiaridades propias. Es evidente que no puede trazarse un paralelismo directo entre democracia estatal y democracia en la UE. En este sentido, es todavía difícilmente rebatible el mantra de que la UE carece de un *demos*⁴⁹ y que, como mucho, se podría hablar de una multiplicidad de *demoi*⁵⁰. Pero, sinceramente, no creemos que pueda seguir hablándose sin más de «the EU's own feable democracy credentials». Tiene unas credenciales democráticas sin parangón en ninguna otra organización internacional y cuya articulación concreta se adapta al peculiar entorno supranacional de su naturales iusinternacional, si bien es obvio que tiene aún un recorrido de mejora, especialmente desde la perspectiva del control, de la *accountability*, y de la preeminencia fáctica (creciente) del elemento intergubernamental⁵¹.

c) *El Estado de Derecho en la Unión Europea*

No obstante, en la Unión es probablemente el principio de Estado de Derecho el que ha experimentado un desarrollo más sofisticado y, en consecuencia, ha adquirido una posición preponderante. Dicho principio se ha erigido, de hecho, en una posición radicalmente diferente de la que tiene en el Derecho Internacional⁵² y ha alcanzado un grado de desarrollo muy similar al que tiene en los Estados miembros de la Unión.

48 Manifestaciones de ello son, por ejemplo, la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos de los Estados miembros y del Parlamento Europeo, la COSAC, las reuniones interparlamentarias de comisiones y, por supuesto, el mecanismo de alerta temprana para el control político *ex ante* de la subsidiariedad, en los términos previstos en el Protocolo n.º 2, sobre el control de la subsidiariedad

49 Véase, por todos, el muy citado trabajo por los defensores de esa tesis, Kalypso NICOLAIDIS, «The New Constitution as European Demoi-cracy?», *Critical Review of International Social and Political Philosophy* vol. 7, 2004, p. 76-93; *ib.*, «The idea of European Demoi-cracy», en J. DICKSON y P. ELEFTHERIASIS (eds.), *Philosophical Foundations of European Union, Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 247-274.

50 Cfr., en este sentido, la clásica contribución de Joseph WEILER, «To Be a European Citizen. Eros and Civilization», *Journal of European Public Policy*, n.º 4, 1997, p. 495-519.

51 Esta cuestión la hemos tratado *in extenso* en nuestro trabajo «La posición de los Estados miembros ante la evolución de la Unión Europea: comprometidos con el proceso de integración, convencidos de la necesidad de reforzar los rasgos de intergubernamentalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50, 2015, pp. 125-171.

52 En Derecho Internacional el principio del Estado de Derecho también está adquiriendo una importancia creciente como pretendido principio de valor universal. Existe, así, una pujante corriente doctrinal que desarrolla la idea del *global constitutionalism* y que incluye este principio como una de sus señas de identidad principales. Entre sus principales impulsoras se encuentra Anne PETERS, «The Merits of Global Constitutionalism», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n.º 16, 2009, pp. 397-411.

En este plano universal, Naciones Unidas está desplegando esfuerzos para promover el Estado de Derecho en la comunidad internacional; *vid. Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616; también la Asamblea

Estado de Derecho implica, antes de nada, que en una sociedad democrática el Derecho es el mismo para todos. Este importante principio, bien estudiado ya por la doctrina constitucionalista —y también por la iusinternacionalista—, incluye tanto una dimensión procedimental como otra material. La primera conlleva, por ejemplo, la independencia de los jueces y tribunales, así como la existencia de tutela judicial efectiva, garantías procesales efectivas y la obligación jurídica de razonar suficientemente las decisiones de los poderes públicos. La segunda conlleva, entre otros aspectos, la protección de los derechos fundamentales y la garantía de principios fundamentales como el de legalidad, seguridad jurídica o igualdad. Todas estas manifestaciones se encuentran recogidas en los tratados constitutivos y amparadas en la jurisprudencia del TJUE⁵³.

Ahora bien, sin duda, la protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión ha sido el más visible caballo de batalla para materializar la vigencia del Estado de Derecho. Empezó vía jurisprudencial con la saga *Solange* y ha culminado con el artículo 6 TUE, aunque ciertamente el TJUE en el dictamen 2/13 no estuviera a la altura constitucional que de él se esperaba al cerrar el paso a la adhesión de la Unión al CEDH apelando al principio de autonomía del Derecho de la Unión.

Pero, por lo que aquí interesa, la cuestión básica no es tanto reiterar el acercamiento constitucionalista o iusinternacional sobre el contenido material y formal de este principio o reiterar la discutible posición del Tribunal de Justicia cuando está en juego su propio poder en relación con los tribunales constitucionales o con el TEDH⁵⁴, como precisar la naturaleza concreta que en la Unión tienen los valores recogidos en el artículo 2 TUE.

3. Carácter normativo y justiciable de los valores de la Unión

En efecto, en relación con el artículo 2 TUE, la tarea más importante en este momento es concretar su naturaleza jurídica y, sobre todo, determinar sus precisos efectos en el ordenamiento de la Unión. Se trata, en el fondo, de aclarar sus consecuencias para los Estados miembros, especialmente en caso de su violación sistemática. No es momento de detenernos en las disquisiciones dogmáticas que la doctrina alemana ha mantenido en las tres últimas décadas para perfilar las

General ha incluido el Estado de Derecho como tema de su programa desde 1992. No obstante, su grado de consolidación efectiva en el Derecho Internacional y en la práctica internacional está aún muy lejos de alcanzar el papel que juega en los Estados democráticos.

⁵³ Cfr., por todos, María Luisa FERNÁNDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, especialmente su capítulo 5.

⁵⁴ Esta cuestión la hemos tratado ya de manera detallada en «El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/2013: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 52, 2015, pp. 825-869.

diferencias entre ‘valores’ y ‘principios’, intentando trasladar al ámbito europeo la específica jurisprudencia establecida al respecto por el Tribunal Constitucional alemán⁵⁵. Ahora nos interesa, por encima de todo, constatar dos elementos fundamentales del artículo 2 TUE.

En primer lugar, los concretos valores a los que alude este precepto son comunes a los Estados miembros, como indica el propio artículo 2 en su inciso segundo. No son, en absoluto, valores creados *ex novo* por la Unión. No son tampoco valores que, como sería el caso de otros principios de la Unión —como el de atribución expresa de competencias (art. 5.1 TFUE)— proceden del Derecho Internacional. Tampoco son valores a los que la Unión pretenda darles un contenido diferente al que tienen ya afianzado en los Estados. Simplemente, como antes hizo el TJUE con los derechos fundamentales (art. 6.3 TUE), son valores comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Ello, como ha mostrado la práctica de la Comisión, el Parlamento Europeo y también el Tribunal de Justicia facilita mucho la labor de precisar su alcance material.

En segundo lugar, se trata de valores que gozan de carácter normativo propio y, por tanto, resultan justiciables. Esta ha sido una cuestión particularmente polémica en la doctrina, que no siempre ha estado clara. En este sentido, ha resultado clásico discutir a propósito de si los valores del artículo 2 eran obligaciones morales o mandatos de naturaleza jurídica susceptibles de control judicial⁵⁶. Existe un sector doctrinal que excluye toda posible aplicación jurisdiccional del artículo 2 TUE, basándose, entre otros argumentos, en la extrema vaguedad de su formulación⁵⁷. Sin embargo, en nuestra opinión, si deseamos mantenernos dentro de los márgenes de la discusión alemana entre valores y principios, en el fondo se trataría más de principios jurídicos, susceptibles de interpretación y de control jurisdiccional, que de valores de naturaleza axiológica. Entre los posibles argumentos para respaldar tal posición, puede indicarse, siguiendo a Carlos

55 Los valores tendrían una naturaleza constitutiva, axiológica, identitaria, previa. Mientras que los principios serían susceptibles de interpretación jurídica en aplicación de las técnicas hermenéuticas al uso. En todo caso, una vez fijados esos valores en el artículo 2 TUE y utilizados por ejemplo como parámetro de aplicación de los mecanismos previstos en el artículo 7 TUE, adquieren también una dimensión semejante a la de los principios, demandando interpretación jurídica para la aplicación a la controversia concreta que se plantee. Cfr. T. RENNSMANN, «Grundwerte im Prozess der europäischen Konstitutionalisierung. Anmerkungen zur Europäischen Union als Wertegemeinschaft aus juristischer Perspektive», en G. BLUMENWITZ/G. H. GORNIG/D. MURSWIEK (coords.), *op. cit.* (*Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*), nota 32 nota 53 pp. 49-71, especialmente pp. 57-58. Desde otra perspectiva, véase María Luisa FERNÁNDEZ ESTEBAN, *op. cit.* (*The Rule of Law...*), pp. 39-42.

56 Cfr., entre las contribuciones más recientes, Luke Dimitrios SPIEKER, «From Moral Values to Legal Obligations — On How to Activate the Union’s Common Values in the EU rule of Law Crisis», *MPIL Papers*, n.º 24, 2018, especialmente pp. 22-23 (<http://www.mpil.de/en/pub/publications/mpil-research-paper-series.cfm>).

57 Se ha dicho, por ejemplo, que «[t]he famed Article 2 TEU has arguably never been intended to leave the world of high ideas to land on a *pretore’s* desk»; Dmitry KOCHENOV, «On Policing Article 2 TEU Compliance — Reverse Solange and Systemic Infringements Analyzed», *Polish Yearbook of International Law*, n.º 33, 2013, pp. 145-170, especialmente p. 149 y 168-169.

Closa, tres principales: el papel protagonista que en la UE tiene el principio de confianza mutua; el principio de afectación común en caso de incumplimiento del Estado de Derecho por un Estado, con especial trascendencia cuando se ven concernidos los ciudadanos; y el principio de congruencia, derivado de la presunción de cumplimiento de esos valores por todos los Estados y plasmado en la práctica totalidad de las políticas de la Unión⁵⁸.

En todo caso, más allá de este interesante debate doctrinal, importa conocer la posición adoptada por el Tribunal de Justicia. Éste ha tomado postura clara a favor de la justiciabilidad del Estado de Derecho en al menos dos casos bien recientes, que están llamados a cobrar un protagonismo constitucional europeo. Así, por un lado, el Alto Tribunal Europeo ha dejado claro en el asunto *Sindical dos Juízes Portugueses*, en el que se dilucidaba la compatibilidad de una rebaja salarial de los jueces portugueses con el Estado de Derecho, que la independencia judicial es una manifestación de ese Estado de Derecho, establecido en el artículo 2 TUE, y se impone tanto a los jueces de la Unión como a los jueces nacionales⁵⁹.

Por otro lado, en el no menos importante asunto *LM*, que es una cuestión prejudicial en la que se plantea la posibilidad de no ejecutar una orden de detención europea cuando el Estado demandante pudiera adolecer de carencias sistémicas en materia de Estado de Derecho, el TJUE da un paso más en la garantía de los valores del artículo 2, que había establecido ya en su jurisprudencia anterior⁶⁰ y estima que los jueces nacionales pueden examinar si existe un riesgo real de que se viole el derecho fundamental a un proceso equitativo, como consecuencia de la falta de independencia de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en ese mismo Estado⁶¹.

58 Carlos CLOSA, «Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law — Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations, en ib. y Dimitry KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 15-35, especialmente pp. 16-22.

59 TJUE sentencia de 27 de febrero de 2018, C-64/16, ECLI: EU: C: 2018: 117. En concreto, el TJUE recuerda que la independencia judicial es «inherente a la misión de juzgar» y, como derivación del artículo 19 TUE, se impone tanto a los jueces de la Unión como a los órganos jurisdiccionales nacionales (apdo. 42) y es «esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial ínsito en el mecanismo de remisión prejudicial» (apdo. 43). Esa independencia la define como la exigencia de que el órgano jurisdiccional nacional « ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación frente a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones» (apdo. 44), siendo la «inamovilidad de los miembros del órgano en cuestión (...) una garantía inherente a la independencia judicial» (apdo. 45).

60 Resulta de particular relevancia la sentencia del TJUE de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-4044/15 y C-659/15 PPU, ECLI: EU: 2016: 198, especialmente apdo. 89. Véanse también la sentencia de 10 de noviembre de 2016, *Kovalkovas*, C-447/16 PPU, ECLI: EU: C: 2016: 861; y la sentencia de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, ECLI: EU: C: 2016: 858.

61 TJUE sentencia de 25 de julio de 2018, C-216/18 PPU, ECLI: EU: C: 2018: 586, especialmente apdos. 61 y 70. Según el TJUE, si se constata en el caso concreto la existencia de tales deficiencias sistémicas y comprueba de manera concreta y precisa que en el caso concreto «existen razones serias y fundadas para creer

Esta afirmación jurisprudencial tiene obviamente importantes consecuencias. También plantea, empero, bastantes interrogantes, que merecerán por sí mismos atención específica en el futuro. En cualquier caso, como primera duda existencial, se plantea la cuestión de si un órgano jurisdiccional nacional, incluso cuando se trate del Tribunal Constitucional, debería plantear cuestión prejudicial ante el TJUE cuando, en el marco de un procedimiento nacional del que esté conociendo, se alegue un déficit sistémico de otro Estado miembro. Ciertamente, cabría pensar en la posibilidad de que en tal situación el órgano jurisdiccional nacional resolviera el asunto basándose en la defensa de los valores que derivan de su propio ordenamiento interno o incluso, como ha hecho ya el Tribunal Constitucional alemán en al menos una ocasión, recurriendo al principio de defensa de la identidad constitucional⁶². Pero esta interpretación no parece óptima. Por un lado, desde un prisma general, el principio de identidad constitucional, reconocido por los propios tratados constitutivos (art. 4.2 TUE), reclama una interpretación restrictiva que no debería estirarse más allá de lo estrictamente necesario. Por otro lado, desde una perspectiva más concreta, esta opción nacional (unilateral) no da oportunidad al Estado concernido a presentar sus alegaciones, a la vez que no resulta la vía más acorde con las exigencias derivadas del principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE) ni tampoco con el sentido y fin de la exigencia de cooperación judicial que inspira la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE⁶³. Ello por no aludir a la constatación obvia de que en el asunto en cuestión el Tribunal Constitucional alemán no necesitaba recurrir a esa interpretación extrema, porque en modo alguno concurría una situación de déficit sistémico⁶⁴.

que la persona buscada, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá riesgo» (apdo. 68) podrá no aplicar automáticamente la petición de entrega prevista en la regulación de la orden de detención europea.

La argumentación de fondo es bien sencilla: «la confianza mutua entre los Estados miembros —y, en particular, entre sus juzgados y tribunales respectivos— se basa en la premisa fundamental de que los Estados miembros comparten una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el propio artículo 2 TUE»; cfr. sentencia de 27 de febrero de 2018, *cit.*, apdo. 30. El TJUE ya había establecido antes en diversas ocasiones que el principio de confianza mutua entre los Estados miembros obliga a considerar que «todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y muy especialmente los derechos fundamentales»; TJUE sentencia de 10 de noviembre de 2016, C-447/16 PPU, ECLI: EU: C: 2016: 861, apdo. 27; sentencia de 10 de noviembre de 2016, C-452/16 PPU, ECLI: EU: C: 2016: 858, apdo. 26.

62 BVerfGE 140, 317 (*Identitätskontrolle I*). En este asunto, el Tribunal Constitucional estimó que la decisión del *Oberlandesgericht* de Düsseldorf de entregar a Italia a un ciudadano de Estados Unidos con base en una euroorden, que había sido juzgado en Florencia *in absentia*, era contraria al principio de dignidad humana recogido en el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn en conexión con la cláusula europea del artículo 23. Igualmente, consideró que no era necesario plantar cuestión prejudicial al TJUE porque no había campo para duda alguna en el sentido marcado por la jurisprudencia CILFIT (teoría del acto claro) (apdo. D).

63 En este mismo sentido, Armin von BOGDANDAY, *infra*, III, 2, a).

64 Dana BURCHARD, además de criticar también esta decisión, considera que en el caso en cuestión el Tribunal Constitucional tenía margen suficiente para haber resuelto el asunto sin recurrir a la técnica de la identidad de la Constitución, por lo que en realidad pretendía establecer en un asunto que en realidad no afecta en modo alguno a un déficit sistémico su posición para poder fijar el control de la identidad constitucional como un mecanismo de control básico en el contexto del Derecho de la Unión por parte del Tribunal

III. LOS MECANISMOS DE SANCIÓN DE LA UNIÓN POR VIOLACIÓN DE LOS VALORES: EL ARTÍCULO 7 TUE COMO ACTUACIÓN *ULTIMA RATIO*

Así las cosas, si la democracia y el Estado de Derecho son valores esenciales de la UE, como establece el artículo 2 TUE y gozan además de carácter normativo y justificable, parece lógico suponer que los tratados constitutivos se planteen la cuestión de cómo reaccionar ante los déficits sistémicos que pudiera aparecer, esto es, en el supuesto de que algún Estado miembro conculcase gravemente los valores de la Unión, bien por perder el carácter de democracia, bien por violar grave y reiteradamente el principio del Estado de Derecho.

Obviamente, no nos referimos a violaciones puntuales de determinados derechos fundamentales. Lamentablemente, los tribunales nacionales y también el TEDH dan sobrada muestra de las más variadas violaciones de derechos fundamentales recogidos en las Constituciones nacionales o en el CEDH. También el TJUE, tras la atribución de carácter jurídicamente vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión por el Tratado de Lisboa (art. 6.1 TUE), tiene competencia para examinar posibles violaciones de los derechos en ella recogidos por parte de los Estados miembros cuando aplican Derecho de la Unión (art. 51 Carta). Pero siempre que tales violaciones de derechos fundamentales sean puntuales y las sentencias condenatorias se ejecuten con naturalidad, lejos de ser un problema para el Estado de Derecho, se trata más bien de una manifestación del funcionamiento adecuado del sistema, al ser capaz de detectar, declarar y poner fin con la correspondiente reparación a esas violaciones concretas de derechos.

Tampoco nos referimos aquí a casos en los que el principio democrático no tenga un funcionamiento óptimo, conforme a los indicadores y medidores que nos suministra la ciencia politológica. Siempre ha habido —y siempre habrá— gradación en la calidad democrática de los Estados miembros⁶⁵. Lo que estamos analizando ahora son situaciones límite en las que la erosión democrática en el seno de un Estado sea tan grave y evidente que colocaría a ese Estado en una situación muy comprometida para ser considerado como una verdadera democracia liberal. Se trataría, pues, de una crisis democrática sistémica de los valores en los que se fundamenta la democracia liberal. Para tales casos, las Constituciones de los Estados a veces prevén instrumentos de defensa constitucional de dispar naturaleza. También los tratados constitutivos lo han hecho, por lo que merece la pena detenerse en su regulación general contemplada en el

Constitucional; «Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 76, 2016, pp. 527-551, especialmente pp. 550-551.

⁶⁵ Baste recordar, quizá, como uno de los medidores más empleados el elaborado anualmente por la Unidad de Inteligencia de *The Economist* mediante el que se determina el grado de democracia de 167 países del mundo.

artículo 7 TUE (1) y también en el posible uso previo (o combinado) de otros instrumentos (2).

1. Los dos mecanismos del artículo 7 TUE: la existencia de *riesgo o violación* grave y reiterada de derechos fundamentales

La idea de incluir en los tratados constitutivos algún tipo de mecanismo sancionador que pudiera regular la reacción de la Unión en caso de que se constatará una situación particularmente grave en algún Estado miembro, en la que se pusieran en peligro los valores centrales del proceso de integración, ha sido objeto de reflexión en las instituciones europeas desde la década de los setenta del siglo pasado. Volvió a aflorar con mayor intensidad en la década de los ochenta con ocasión de la adhesión de tres Estados nuevos recién salidos de una dictadura (Grecia, España y Portugal). La reflexión no pasó, empero, de ahí. Sin embargo, en la década de los noventa, justo antes de la gran ampliación hacia el centro y el este europeo, el Tratado de Ámsterdam logró fraguar la primera regulación para constatar «la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados» en los tratados (antiguo art. F.1 TUE). Después, el Tratado de Niza, como consecuencia del fallido intento de aplicar este mecanismo a Austria en el año 2000, añadió a los cinco apartados del citado precepto uno más, para prever no sólo la situación de *violación*, sino también la de *riesgo* de una violación. El Tratado de Lisboa, por su parte, mantuvo sin alteraciones esa regulación en la formulación que tiene actualmente el artículo 7 TUE⁶⁶.

El TUE establece, de esta manera, una gradación en la posible respuesta de la Unión a situaciones en las que en un Estado miembro concreto puedan verse comprometidos valores de la Unión, según nos encontremos en una situación de riesgo de violación o ya en una situación de violación clara. La primera actuaría a modo de serio toque de atención, mientras que la segunda se trata de una reacción más contundente, si bien en la práctica puede no resultar nada sencillo establecer una división nítida del momento temporal y de la actuación fáctica que justifiquen uno u otro procedimiento.

En consecuencia, el artículo 7 TUE prevé dos procedimientos diferentes. Por un lado, el apartado primero recoge el mecanismo para constatar «la existencia de un *riesgo* claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores

⁶⁶ Cfr. MANGIAMELI y SAPUTELLI, «Art. 7», en Hermann J. BLANCKE y Stelio MANGIAMELI (eds), *The Treaty on European Union (TEU)*, Springer, Berlín-Heidelberg, 2013, pp. 349-373 (con amplia lista bibliográfica añadida en pp. 370-373); Voet van VORMIZEELE, «Art. 7», en Hans von den GROEBEN *et al.* (ed.), *Europäisches Unionsrecht — Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 7.ª ed., 2015, vol. 1, pp. pp. 137-142 (con lista bibliográfica en p. 137).

contemplados en el artículo 2». Por otro lado, el apartado segundo regula el mecanismo para «constatar *la existencia de una violación grave y persistente* por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2»⁶⁷. Mientras que en el primero la situación del Estado concernido se encuentra aún en un estadio de riesgo de violación grave y persistente de los valores de la Unión, en el segundo se ha producido ya la referida violación.

En coherencia con las diferentes situaciones que motivan cada mecanismo, también los procedimientos de activación presentan diferencias relevantes. Así, mientras que el mecanismo del apartado primero puede ser activado «[a] propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión», el del apartado segundo se puede hacer «a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión», esto es, no por el Parlamento Europeo. Aunque solo el apartado primero especifica que la propuesta habrá de ser motivada, todo apunta a que también a la propuesta del apartado segundo deberá exigirse ese requisito. También en ambos casos se prevé que el Estado miembro concernido sea oído: en el primer caso se establece que el Consejo «[a]ntes de proceder a esta constatación, oír al Estado miembro de que se trate», mientras que en el segundo se dice que el Consejo Europeo ha de «invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones». En ambos casos se exige la «previa aprobación del Parlamento Europeo». A partir de ahí, la decisión final en el caso del mecanismo para constatar un riesgo de violación corresponde al Consejo, que deberá aprobarla con una mayoría de cuatro quintos de sus miembros (esto es, al menos 23 Estados), mientras que en el mecanismo de constatación de la violación la decisión corresponde al Consejo Europeo y se exige la unanimidad.

Por último, en lógica concordancia con la diferente naturaleza de cada mecanismo, también las consecuencias de la constatación son diferentes. En el primer caso, la constatación conlleva, por un lado, la exigencia de que el Consejo compruebe «de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos» y, por otro, existe también la posibilidad de que el Consejo, por el mismo procedimiento descrito, pueda «dirigirle recomendaciones». En el segundo caso, por el contrario, la constatación de violación grave y persistente de valores de la Unión puede llevar consigo la sanción consistente en que «se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo»; y la decisión de esta suspensión corresponde al Consejo por mayoría cualificada. En esta decisión, realmente grave por sus consecuencias, pero sobre todo por su significado político, la regulación del artículo 7.3 TUE advierte al Consejo del deber de tener «en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas», a la par que aclara que

67 Cursivas añadidas por nosotros.

«las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas de los Tratados continuará, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado»⁶⁸. Una vez adoptada esta constatación, la modificación o revocación de las medidas adoptadas corresponderá al Consejo, por mayoría cualificada, «como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición» (art. 7.4 TUE).

El artículo 7 TUE no constituye ninguna excepción a la jurisdicción del TJUE, si bien el control de legalidad que puede ejercer el Tribunal de Justicia se encuentra muy limitado en relación al mecanismo ordinario del recurso de anulación (art. 263 TFUE). De hecho, tan solo el Estado miembro objeto de la constatación goza de legitimación activa para instar el control del acto adoptado por Consejo (art. 7.1 TFUE) o por el Consejo Europeo (art. 7.2)⁶⁹; el control ha de limitarse únicamente a lo que se refiere al respeto de las disposiciones de procedimiento fijadas por el artículo 7⁷⁰; y el plazo de presentación de la demanda es de un mes a partir de la constatación (art. 269 TFUE)⁷¹.

Una interesante cuestión a debatir sería la de concretar si, en caso de darse una continuidad en la violación grave y persistente de valores del artículo 2 y ausencia de cambios que puedan hacer prever una superación de la situación, cabría la expulsión definitiva de la Unión. No es esa la intención del artículo 7 TUE. Tampoco la conclusión de los tratados constitutivos por tiempo ilimitado, según establece el artículo 53 TUE, da pie para esa interpretación. Incluso la letra del novedoso procedimiento de retirada del artículo 50 TUE deja claro en su formulación y espíritu que se trata de una retirada *voluntaria* («[t]odo Estado miembro *podrá decidir* ... retirarse de la Unión»). No obstante, no resulta descabellado plantearse que, en casos realmente extremos de Estados con gobiernos del todo punto incompatibles con los valores enunciados en el artículo 2 TUE y con actitudes verificables de extrema hostilidad permanente hacia la Unión hasta resultar incompatible con los fines y objetivos de los tratados, cupiera plantear la posibilidad de recurrir *in extremis* a las normas de Derecho Internacional General para intentar diseñar una construcción jurídica que permitiese justificar una tal expulsión. Es, en realidad, una vieja discusión doctrinal que afloró por primera vez con ocasión del no del referéndum danés al Tratado de Maastricht⁷² y que, lamentablemente, recobra ahora toda su actualidad.

68 Véase *in extenso* Katrin TRÄBERT, *Sanktionen der Europäischen Union gegen ihre Mitgliedstaaten*, Frankfurt a. M., 2010.

69 Usualmente en el recurso de anulación, también el resto de Estados, el Parlamento Europeo o la Comisión pueden instar el control de legalidad de un acto legislativo de la Unión.

70 Con carácter general, el control de legalidad en la Unión puede versar tanto sobre vicios de forma como por violación de los tratados, incompetencia o desviación de poder.

71 El plazo ordinario para la presentación de recursos de anulación que insten al Tribunal de Justicia el control de legalidad de un acto legislativo de la Unión es de dos meses. Idéntico plazo existe en el caso de los recursos de omisión o inactividad, en el caso de que el control del Tribunal de Justicia consista en constatar la inacción de una institución de la Unión que entrañe una violación de los tratados (art. 265 TFUE).

72 Esta discusión doctrinal la tratamos, en su momento, en nuestra contribución «El sistema de reforma de los Tratados y la cuestión danesa», *Comunidad Europea Avanzada* 3/1993, pp. 29-37, especialmente pp. 35-36.

2. El carácter *ultima ratio* de los mecanismos del artículo 7 TUE: la posibilidad de un uso combinado con otros mecanismos de los tratados

En cualquier caso, parece evidente, a la luz de lo expresado, que los mecanismos del artículo 7 TUE se conciben más como una medida preventiva de alerta a los Estados cuya democracia o cuya protección de los derechos fundamentales sufra un deterioro realmente serio, que como un mecanismo ordinario para mejorar los estándares de calidad de las democracias de los Estados miembros. Está concebido para situaciones de riesgos sistémicos; es un mecanismo *ultima ratio*. Por tanto, se hace preciso agotar antes los mecanismos judiciales (a) y extra-judiciales ordinarios (b), así como también el nuevo procedimiento que la Comisión diseñó en 2014 para abrir una actuación institucional previa a la activación del artículo 7 propiamente dicha (c). Incluso, cabría pensar también en la adopción (previa o paralela) de medidas sancionadoras de carácter económico (d).

a) Agotamiento previo de los mecanismos judiciales ordinarios

En efecto, como ya se ha indicado, los mecanismos del artículo 7 TUE son de naturaleza política y no están diseñados para combatir las violaciones puntuales de derechos fundamentales. Para eso existen, como ya se ha indicado, los mecanismos ordinarios de garantía de esos derechos a través de los órganos jurisdiccionales nacionales, del TEDH y, en su caso, el TJUE en aplicación de sus respectivas Constitucionales, CEDH y Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Por lo que específicamente se refiere a la UE, los mecanismos judiciales dejan margen de actuación en casos de violaciones sistémicas. De hecho, en la doctrina más reputada pueden encontrarse dos aproximaciones particularmente interesantes, que en el fondo se complementan mutuamente. Por un lado, Armin von Bogdandy aboga en tales situaciones por una actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros que podrían afrontar problemas sistémicos a través de lo que denomina *Reverse-Solange* y que conlleva básicamente el sometimiento del problema al Tribunal de Justicia a través del mecanismo de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE)⁷³. Por otro lado, autores como Kim Lane Scheppele, desde una perspectiva diferente, se decanta por el uso del mecanismo del recurso por incumplimiento (art. 258 TFUE)⁷⁴.

73 Armin von BOGDANDY *et al.*, «Reverse Solange — Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States», *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 489-520.

74 Esta profesora de la Universidad de Princeton desarrolló en 2013 su posición en un trabajo publicado en su blog («What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions») y lo ha concretado en publicaciones posteriores; véase, por ejemplo, «Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions», en Carlos CLOSA y Dimitry KOCHENOV (eds.), *op. cit.* (*Reinforcing Rule of Law...*), nota 58 pp. 105-132.

En nuestra opinión, no es adecuado plantear esas opciones como una dicotomía frente a la que haya que optar. En verdad, ambas vías resultan compatibles. Resulta perfectamente imaginable que la Comisión, en su condición de ‘guardiana de los tratados’, ante una violación del artículo 2 TUE interponga ante el TJUE el correspondiente recurso por incumplimiento del artículo 258 TFUE. De hecho, si se analiza su jurisprudencia, existen ya situaciones en las que la Comisión ha realizado una suerte de ‘agrupamiento de infracciones’ al Derecho de la Unión (*bundling of infringements*)⁷⁵, configurando un mecanismo que más allá de la mera agregación formal de recursos de incumplimiento contra un Estado, aunque ciertamente no se trata de situaciones de déficits sistémicos derivados de una violación del artículo 2 TUE, sino de infracciones en materia de medio ambiente⁷⁶. En esta misma línea, para el caso que nos ocupa de déficits sistémicos por violación del artículo 2, cabe pensar en la utilización *in extremis* del mecanismo judicial del artículo 260 TFUE, que permite la imposición de sanciones económicas a tanto alzado por el incumplimiento de una previa sentencia de constatación de una infracción de Derecho de la Unión⁷⁷.

Ahora bien, este mecanismo tiene en principio la importante limitación de que la violación aducida por el Estado en cuestión ha de suponer a la vez una infracción de una concreta disposición del Derecho de la Unión. Su empleo en el caso de déficits sistémicos exigiría una interpretación paralela que permitiese desvincular al TJUE de la necesidad de tener que fundar la infracción en una concreta violación dentro del ámbito competencial de la Unión —es decir, en una base jurídica añadida a la del artículo 2 TUE— y le permitiera poder hacerlo solo con fundamento en los valores del citado artículo 2 TUE. Ciertamente, en el caso de violaciones de derechos fundamentales por el Estado concernido es evidente que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión establece explícitamente que resulta de aplicación «únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión» (art. 51 de la Carta)⁷⁸. Resulta claro que el artículo 7 TUE no establece ninguna referencia explícita al posible control judicial de la situación constatada a través del mismo. Tampoco es controvertido que la Unión —y, por tanto, también el

75 Es, por ejemplo, el caso del asunto *gestión de residuos en Irlanda*; sentencia de 26 de abril de 2005, *Comisión c. Irlanda*, C-494/01, ECLI: EU: C: 2005:250.

76 Cfr. Val WENNERAS, «A New Dawn for Commission Enforcement under Article 226 and 228 EC: General and Persistent (Gap) Infringements, Lump Sums and Penalty Payments», *Common Market Law Review*, n.º 43, 2006, pp. 31-62. En el asunto citado en la nota anterior, el Abogado General GEELHOED, consideró que, a su juicio, «una pauta de denuncias de características similares puede proporcionar el fundamento para que se declare que un Estado miembro ha incumplido sistemáticamente sus obligaciones de Derecho Comunitario»; conclusiones de 23 de septiembre de 2004, C-494/01, *cit.*, apdo. 19. Cursiva añadida por nosotros.

77 Véase, por todos, WENNERAS, “Sanctions against Member States Under Article 260 TFEU: Alive, But Not Kicking”, *Common Market Law Review*, vol. 49, p.p. 145-175.

78 Así lo ha establecido también el Tribunal de Justicia en una amplia jurisprudencia. Véase, por ejemplo, sentencia de 26 de febrero de 2013, C-617/10 *Aklaragaren y Hans Akerberg Fransson*, ECLI: EU: C: 2013:105, apdo. 48; sentencia de 27 de noviembre de 2012, *Pringle c. Irlanda*, C-370/12, ECLI: EU: C: 2012: 756, apdo. 79 (con cita de jurisprudencia en el mismo sentido).

Tribunal de Justicia— únicamente pueden actuar en el ámbito de las competencias que le han sido atribuidas por los tratados constitutivos y no en los ámbitos reservados a la actuación interna, como es por ejemplo todo lo relativo a la organización del poder judicial (art. 5.1 TFUE).

No obstante, en relación con tales situaciones extremas de violación de derechos fundamentales cabría recordar, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia ha bordeado ya la frontera fijada por el artículo 51 de la Carta. Tampoco resulta baladí, en segundo lugar, que el propio artículo 6.3 TUE puede avalar la tesis de que el TJUE en materia de derechos humanos no solo utilice la Carta. De hecho, ha usado, por ejemplo, principios no escritos en situaciones claramente no cubiertas por la Carta, como podría ser en el asunto *Ruiz Zambrano*, el derecho de los menores con ciudadanía europea a no ser obligados a abandonar el territorio de la Unión⁷⁹. En este sentido, apenas entró en vigor la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión con carácter jurídicamente vinculante (art. 6.1 TUE) —probablemente desde el asunto *Rottmann*⁸⁰— existe sobrada jurisprudencia en la que el TJUE interviene en situaciones en las que no existe un elemento transfronterizo⁸¹. El Tribunal de Justicia recurre —formulado muy claramente en el asunto *Ruiz Zambrano*— a la llamada ‘doctrina de la privación de la esencia de los derechos fundamentales’ a ciudadanos de la Unión⁸². Es más, a mayor abundamiento, la práctica judicial ha mostrado que en casos extremos cabe pensar perfectamente en la adopción de medidas cautelares por el TJUE en el marco de un recurso por incumplimiento, ya que se trata de una posibilidad perfectamente prevista en el Reglamento del Tribunal⁸³.

Por otro lado, como bien ha mostrado la práctica, la vía de la cuestión prejudicial constituye también un cauce muy pertinente para que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre el posible riesgo sistémico para el Estado de Derecho. Tal petición puede provenir, en primer término, de los órganos jurisdiccionales del Estado concernido. Sería, de hecho, la vía natural de intervención del Tribunal

79 TJUE sentencia de 8 de marzo de 2011, C-34/09, ECLI: EU: C: 2011:124, apdo. 44.

80 TJUE sentencia de 2 de marzo de 2010, C-135/08 *Janko Rottmann*, ECLI: EU: C: 2010: 104.

81 Véase, por ejemplo, TJUE sentencia de 5 de mayo de 2011, C-434/09, *Shirley McCarthy*, ECLI: EU: C: 2011: 277; sentencia de sentencia de 15 de noviembre de 2011, C-256/11, *Murat Dereçi*, ECLI: EU: C: 2011: 734.

82 En el asunto *Ruiz Zambrano* la defensa jurídica del derecho de los menores comunitarios, aun siendo hijos de nacionales de Estados terceros susceptibles de expulsión por carencia del necesario permiso de residencia, se fundamenta en la afirmación de que si se les expulsara esos ciudadanos de la Unión se verían «de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que le confiere su estatuto de ciudadanía de la Unión»; apdo. 44 *in fine*. En el asunto *Rottmann* el problema radicaba en la no existencia de un derecho en la Carta a no ser retirada la nacionalidad (austriaca) —adquirida mediante fraude— a quien pudiera adquirir con esa decisión la condición de apátrida y, por tanto, privado también de la ciudadanía europea. Sin embargo, el TJUE, siguiendo la propuesta del Abogado General MADURO, considera que el Derecho de la Unión no se opone a que un Estado miembro revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad adquirida mediante naturalización cuando ésta se ha obtenido de modo fraudulento, si bien la condiciona a que la decisión respete el principio de proporcionalidad.

83 *Vid. infra*, II.3.

de Justicia. Ante la duda de un juez nacional sobre la compatibilidad de una decisión interna que pueda afectar a los valores esenciales del proceso de integración europea, el juez de la Unión se vería llamada a pronunciarse al respecto. Pero la práctica jurisprudencial de la Unión muestra que la cuestión prejudicial puede proceder también de órganos jurisdiccionales de *otros* Estados miembros. Dado que buena parte del Derecho de la Unión se funda en los principios de reconocimiento mutuo y confianza mutua, que a su vez presumen el cumplimiento por todos los Estados miembros de los estándares de democracia y protección de derechos fundamentales que derivan del artículo 2 TUE, bien puede surgirle al juez de un Estado miembro diferente del concernido la duda de si, con riesgo de violación grave de derechos fundamentales, se puede cumplir sin más con las obligación derivadas de tales principios. No es, pues, extraño concluir que sin garantía del cumplimiento de los derechos exigidos por el artículo 2, no concurrirían las circunstancias precisas para dar cumplimiento a las referidas obligaciones⁸⁴.

Esta vía judicial, complementaria al mecanismo (político) del artículo 7 TUE, puede darse tanto antes de que se inicie formalmente el procedimiento del artículo 7, como una vez iniciada su tramitación. Es más, es en tales casos cuando mayor virtualidad puede cobrar, especialmente en el caso de dudas planteadas por órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros. Una vez puesta en marcha este mecanismo, la duda de riesgo de violación de derechos fundamentales en caso de cumplimiento de las obligaciones basadas en el principio de confianza mutua cobra verdadera carta de naturaleza, como ha constatado el Tribunal de Justicia en el ya reiteradamente citado asunto *LM*⁸⁵.

b) *Agotamiento previo de los medios extrajudiciales*

Pero la vía judicial no es la única posible; ni probablemente tampoco la más deseable. Existen diversos instrumentos de carácter no jurisdiccional que pueden resultar también de utilidad para reconducir la situación antes de recurrir a los mecanismos extremos del artículo 7 o para, una vez iniciado el procedimiento del

⁸⁴ Obviamente, cuando se trate de dar cumplimiento a obligaciones en el marco de la libertad de circulación de mercancías o de cumplir con reglamentaciones técnicas puede no haber margen sencillo para esa duda. Pero cuando afecte a personas y se trate —por citar el caso más evidente— de cumplir con obligaciones propias de la cooperación policial y judicial en materia penal, donde por ejemplo puede estar en juego una pena de cárcel para el afectado de una orden de detención europea, o de entrega de demandantes de asilo al Estado por el que entró en la Unión, donde las condiciones acaso no sean suficientemente dignas, la duda sí puede ser ya de mayor entidad. Además del ámbito de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal, ya suficientemente tratada en el apartado anterior, cabe pensar también en materias igualmente delicadas, como la del asilo y la aplicación del llamado *sistema Dublín*; véase, en este sentido, la sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*; igualmente sentencia del TEDM de 4 de noviembre de 2014, *Tarakbel c. Suiza*.

⁸⁵ *Vid. supra*, II.3.

artículo 7.1, evitar que se haya de pasar a la siguiente fase más contundente del artículo 7.2 TUE. Tales instrumentos pueden ser propios o ajenos a la Unión.

Comenzando por estos últimos, existen varias instituciones ajenas a la Unión cuya actuación puede servir de útil apoyatura para justificar adecuadamente la concurrencia de motivos suficientes para la puesta en marcha del mecanismo *ultima ratio*. Tales instituciones pueden proceder del ámbito universal de protección de los derechos fundamentales, en particular de decisiones basadas en el Comité de Derechos Humanos o en la importante labor que desempeñan los Relatores de Naciones Unidas⁸⁶. Pueden proceder también del ámbito regional europeo. Así, al margen del TEDH, la ya mencionada Comisión de Venecia puede jugar un papel muy relevante⁸⁷. En la fase previa a la puesta en marcha de ese procedimiento, en un estadio inicial de la posible deriva autoritaria en un Estado, las recomendaciones o propuestas no ejecutivas de estas instituciones pueden darnos una primera voz de alarma. Durante la activación pueden servir también de base de apoyo para poder presentar en el marco de la Unión argumentos solventes que justifiquen la situación de riesgo sistémico. E incluso, una vez activado el mecanismo del artículo 7.1 TUE, la posición que mantenga esta Comisión de Venecia puede servir también de termómetro para constatar si el Estado concernido está atendiendo a las recomendaciones aprobadas. Pero es que, incluso dentro de la propia Unión, cabe pensar en una actuación complementaria de organismos como la Agencia de Derechos Humanos, GRECO o incluso OLAF.

En este mismo orden de cosas, tampoco debe desdeñarse el papel que la persuasión política en el seno de la Unión puede jugar en estos casos extremos. Así, el Parlamento Europeo puede desplegar un papel importante. Puede hacerlo, en primer término, a través de su actividad reglada, por ejemplo a través de los tradicionales informes de las comisiones con interés en la materia, como sería de manera clara el caso de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Llegado el caso, también el propio Pleno podría adoptar Resoluciones al respecto, sea para proponer la activación del mecanismo del artículo 7.1 TUE, sea para cumplir con el procedimiento previsto en el mismo una vez activado o sea simplemente para marcar previamente una posición clara al respecto. Mas, fuera de este trabajo pautado por los tratados, los grupos parlamentarios pueden ejercer una labor de persuasión política nada desdeñable con los partidos nacionales (homónimos) que sustenten a gobiernos con tendencias incompatibles con los valores del artículo 2 TUE.

En este mismo sentido, también el resto de Estados miembros puede desempeñar un papel importante. Sin duda, dentro del marco de los tratados constitutivos, en tales casos extremos gozan, una vez agotadas todas las demás medidas previas,

⁸⁶ Recuérdese que existen Relatores Especiales para, por ejemplo, la independencia de magistrados y abogados, la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión o sobre cuestiones de minorías.

⁸⁷ *Vid supra*, nota 38.

de legitimación para activar el mecanismo del artículo 7.1; habrían de reunir al menos a un tercio de los Estados miembros. Incluso la activación del mecanismo del artículo 7.2 está también en sus manos. Ello, al margen de que políticamente puedan preferir que sean la Comisión o el Parlamento Europeo quienes carguen con esa delicada tarea, la mera disposición de la legitimación activa para hacerlo les brinda un instrumento difuso de cierta presión. En primer lugar, cabe una actuación de naturaleza política, formal e informal, dentro o fuera de las instituciones netamente intergubernamentales de la Unión (Consejo Europeo y Consejo). Pero, en segundo lugar, cabe también una actuación concertada de ellos, en especial cuando se trate ya de pasar del mecanismo del 7.1 TUE al más radical del 7.2 TUE, que exige la unanimidad en el Consejo Europeo y es susceptible de escaramuzas políticas para bloquear su activación.

Y, por supuesto, la Comisión está llamada también a jugar un papel de primer orden en este sentido. Su labor de ‘guardiana de los tratados’, unida a su legitimación para proponer la activación del mecanismo del artículo 7.1 TUE la coloca en una posición central a la hora de velar por el respeto de los valores sobre los que se fundamenta la Unión, especialmente en los momentos previos a constatar ya fehacientemente el riesgo de violación sistémica de los valores del artículo 2 TUE. Ciertamente existen autores que no la consideran la más adecuada para dar lecciones de democracia a los Estados⁸⁸.

c) *Agotamiento previo del proceso previsto en el nuevo Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*

Precisamente, en 2012 el entonces Presidente de la Comisión constató en su discurso sobre el estado de la Unión los límites de los mecanismos institucionales existentes y la conveniencia de contar con instrumentos que no exijan forzosamente optar entre la simple persuasión política y la llamada ‘opción nuclear’ del artículo 7 TUE⁸⁹. Así, para preservar el mecanismo del artículo 7

88 Joseph WEILER, constata una cierta doble moral en la actitud de la Unión, porque en el fondo exige a esos Estados lo que no se exige a sí misma en términos de democracia; Joseph W. WEILER, «Epilogue: living in a glass house: Europe, democracy and rule of law», en Carlos CLOSA y Dmitry KOCHENOV (eds.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 313-326, en p. 326. A su juicio, la Unión «should simultaneously hurry up and put its own democratic house in order lest it be reminded again that those living in glass houses should be careful when throwing stones». No nos parece, sin embargo, que el problema a la hora de analizar la aplicación del artículo 7 TUE radique en el grado de paralelismo que se pueda hacer entre la democracia, tal y como la entendemos en los Estados, y la democracia supranacional propia de la UE. Con todas las peculiaridades propias de la naturaleza intergubernamental de la UE (internacional), la Unión sí cumple con la aspiración democrática regulada en los tratados constitutivos.

89 En concreto, el Presidente Barroso afirmó que los acontecimientos habían «puesto de manifiesto también los límites de nuestras disposiciones institucionales. Necesitamos un conjunto de instrumentos mejor desarrollado, no solo la alternativa entre la mano suave de la persuasión política y la mano dura del

TUE como un instrumento de verdadera naturaleza *ultima ratio*, la Comisión aprobó en 2014 un importante documento en el que se «establece un nuevo marco destinado a garantizar una protección eficaz y coherente del Estado en todos los Estados miembros», destinado a «abordar y resolver una situación en la que existe una amenaza sistémica para el Estado de Derecho»⁹⁰. Deja bien claro que «está concebido para cubrir un vacío», de modo que «[n]o es una alternativa, sino un mecanismo que más precede y complementa los mecanismos del artículo 7 TUE»⁹¹.

Este marco tiene una doble virtualidad. Por un lado, justifica la vital importancia del principio del Estado de Derecho para la Unión y precisa su contenido, refiriéndose a seis elementos fundamentales: «la legalidad, incluyendo un proceso legislativo transparente responsable, democrático y pluralista; la seguridad jurídica; la prohibición de la arbitrariedad de los poderes ejecutivos; unos tribunales independientes e imparciales; la revisión judicial efectiva, incluido el respeto de los derechos fundamentales; y la igualdad ante la ley»⁹².

Por otro lado, el nuevo marco regula un procedimiento en tres fases para actuar ante amenazas contra el Estado de Derecho que tengan carácter sistémico. La primera fase es de *evaluación*, en la que si constata una situación de amenaza sistémica para el Estado de Derecho inicia un diálogo con el Estado concernido y, en su caso, emite un dictamen motivado ofreciendo al Estado la oportunidad de presentar sus observaciones. En caso de que en esta primera fase no se resuelva el problema, se abre la fase de *recomendación*, en la que la Comisión dirigirá al Estado en cuestión una «recomendación sobre el Estado de Derecho» en la que se expresarán las razones de la preocupación y se establecerán tanto un plazo como indicaciones sobre las medidas concretas a adoptar. Finalmente, en la tercera fase la Comisión realizará un *seguimiento* de la reacción que adopte el Estado y, en caso de perseverancia en el mantenimiento de las razones que justificaban la recomendación realizada, podrá plantear ya la activación de los mecanismos del artículo 7 TUE⁹³.

artículo 7 del Tratado»; disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_es.htm, en p. 11. Y volvió a reiterarlo en el discurso del año siguiente («la necesidad de tender un puente entre la persuasión política y los procedimientos de infracción específicos, por un lado, y lo que yo llamo la opción nuclear del artículo 7 del Tratado, es decir, la suspensión de los derechos de un Estado miembro, por otro), anunciando ya en esa ocasión la presentación de una comunicación con una propuesta concreta; http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_es.htm, especialmente p.12.

En esa misma línea también el Consejo (reunión informal del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 18 de enero de 2013 y reunión formal de 6 y 7 de junio de 2013, así como reunión del Consejo de Asuntos Generales de 22 de abril de 2013) había hecho llamamientos en este sentido

90 Comunicación de la Comisión *Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*, COM (2014) 158 final de 11 de marzo de 2014, espacialmente p. 3.

91 *Ib.*, p. 3.

92 *Ib.*, p. 4.

93 *Ib.*, pp. 7-9.

d) *Limitación del acceso a fondos de la Unión*

Por último, como medida complementaria añadida a los mecanismos del artículo 7 TUE, cabe pensar también en la posibilidad de que las instituciones de la Unión adopten frente al Estado concernido algún tipo de medida añadida de carácter sancionador, por ejemplo limitando el acceso a fondos comunitarios. Así, con ocasión de la discusión actual sobre el próximo marco financiero plurianual, se ha barajado la posibilidad de aprobar un Reglamento para «la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros»⁹⁴.

La argumentación para la adopción de tales medidas se fundamenta en que con «el fin de proteger los intereses financieros de la Unión frente al riesgo de pérdidas financieras ocasionadas por las deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en un Estado miembro, debe otorgarse a la Unión Europea la posibilidad de adoptar las medidas apropiadas en tales casos»⁹⁵. Tales medidas, estipula la propuesta de Reglamento, podrían consistir en la suspensión de los pagos o de la ejecución de compromisos asumidos en el marco del Reglamento Financiero, la prohibición de contraer nuevos compromisos, la suspensión de la aprobación de uno o más programas de la Unión, la interrupción de los plazos de pago, la suspensión de los pagos, etc.⁹⁶. El procedimiento para la adopción de un acto de ejecución por el que se adopten esas medidas lo podría iniciar la Comisión, sobre la base de la constatación de una «deficiencia generalizada del Estado de Derecho», y se consideraría aprobada por el Consejo, «a menos que este decida, por mayoría cualificada, rechazar la propuesta de la Comisión en el plazo de un mes»⁹⁷. Al Parlamento simplemente se le informaría «sin demora de toda medida propuesta o adoptada»⁹⁸. Y el levantamiento de la medida se regiría por idéntico procedimiento⁹⁹. Está por ver el destino de esta propuesta de Reglamento.

Este tipo de medidas puede ser efectivo como acción de presión al Estado concernido¹⁰⁰. Queda claro también que únicamente se aplica «en caso de deficiencias

94 COM (2018) 324 final de 2 de mayo de 2018. Esta propuesta de Reglamento encuentra su acomodo en la referencia concreta que hacía la propuesta de marco financiero que había hecho la Comisión tres meses antes, en la que con toda intención se afirmaba que en un Comunidad de Derecho como la UE los valores del artículo 2 TUE «impregnan la totalidad de su estructura jurídica e institucional, así como de sus programas y políticas, por lo que debe garantizarse su respeto en todas las políticas de la Unión» y entre ellas «se incluye el presupuesto de la UE en el que la observancia de los valores fundamentales constituye una condición previa indispensable para la buena gestión financiera y la eficacia de la financiación de la Unión»; COM (2018) 98 final, de 14 de febrero de 2018.

95 COM (2018) 324 final, *cit.*, p. 3.

96 Art. 4 de la Propuesta de Reglamento.

97 Art. 5 de la Propuesta de Reglamento.

98 Art. 7 de la Propuesta de Reglamento.

99 Art. 6 de la Propuesta de Reglamento.

100 Piénsese que, si nos centramos en los dos Estados sobre los que se encuentra puesta la mirada del artículo 7 TUE en este momento, Polonia ha recibido de la UE en el periodo 2013-2017, 69.383 millones de

generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros»¹⁰¹. Sin embargo, a nuestro entender, esta iniciativa plantea igualmente serias dudas. En primer lugar, le resulta aplicable, de entrada, las mismas dudas que despierta la imposición de sanciones a los Estados condenados por el TJUE *ex* artículo 260 TFUE por incumplimiento de una sentencia de infracción en la que se constate una violación sistémica¹⁰². En segundo lugar, con carácter general, surgen también dudas a propósito de su equidad, ya que los perjudicados por la medida terminarían siendo los ciudadanos necesitados de esos fondos. En tercer lugar, en este mismo orden de consideraciones generales, no es tampoco evidente su eficacia real, ya que a la postre no sería difícil imaginar una instrumentalización interesada por los partidos que sustentan a los ‘gobiernos díscolos’ del país en cuestión, para precisamente reforzar su posición interna frente al ‘enemigo europeo’ externo. Finalmente, en cuarto lugar, existen también problemas de índole técnico-jurídico. Así, la base jurídica para su adopción es la competencia que los tratados constitutivos prevén para la correcta ejecución del presupuesto general de la Unión, esto es, la base competencial sobre la que se fundamenta el Reglamento Financiero de la Unión¹⁰³. Una base que hay que ‘estirar’ bastante para acoger este tipo de medidas¹⁰⁴. Finalmente, aunque el procedimiento establecido resulte perfectamente consecuente con el marco del Reglamento financiero con el que comparte base jurídica, no parece que la entidad de la decisión a adoptar pueda ventilarse con un simple procedimiento en el que no solo queda relegado el Parlamento Europeo, sino que se presume su

euros, mientras que ha aportado 20.422; ello significa, dicho en términos relativos, que ha recibido el 3,39 % de la renta nacional, mientras que ha aportado el 1%. En el caso de Hungría, la diferencia es aún mayor, ya que ha recibido 26.678 millones de euros y ha aportado 5162 millones de euros, esto es, ha recibido de los fondos de la Unión el 5,01 % de su renta nacional, habiendo aportado el 0,97 %. Es, de hecho, el Estado miembro más beneficiado de los fondos en términos de renta nacional, seguido de Bulgaria (4,92 %) Lituania (4,17%) y Rumanía (3,77 %).

101 Art. 1 de la Propuesta de Reglamento.

102 Existe doctrina que, tras analizar la jurisprudencia del TJUE basada en el artículo 260 TFUE, considera que este mecanismo no ha respondido a las expectativas levantadas y carece del pretendido efecto disuasorio para el que se concibió; cfr. Brian JACK, «Article 260 (2) TFEU: An Effective Judicial Procedure for the Enforcement of Judgments?», *European Law Journal*, n.º 19, 2013, pp. 404-421.

103 En concreto, el Tratado de Funcionamiento de la UE atribuye al Parlamento Europeo y al Consejo para adoptar «las normas financieras por las que se determinarán, en particular, las modalidades de establecimiento y ejecución del presupuesto, así como las referentes a la rendición y censura de cuentas» (art. 322.1 a TFUE y 106 bis del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica).

104 Precisamente por ello llama la atención que en la preceptiva justificación de los criterios de necesidad, eficacia comparada y dimensión que exige la aplicación del principio de subsidiariedad (art. 5.3 TUE y Protocolo n.º 2) se solventa por parte de la Comisión con una única frase de carácter excesivamente abierto y genérico. Se limita a establecer que las «normas financieras por las que se rige el presupuesto de la Unión en virtud del artículo 322 del TFUE no pueden ser adoptadas al nivel de los Estados miembros»; COM (2018)324 final, *cit.*, p. 3. Mayor justificación merece el también exigible criterio de la proporcionalidad, si bien su formulación tampoco es excesivamente precisa («se tomarán en consideración, *entre otros aspectos*, la gravedad de la situación, el tiempo transcurrido desde el momento de la actuación de que se trate, su duración y recurrencia, la intención y el grado de colaboración del Estado miembro para poner fin a la vulneración del Estado de Derecho, así como las consecuencias de la deficiencia para los fondos correspondientes de la Unión; *ib.*, p. 3 (cursiva añadida por nosotros).

aprobación por el Consejo «a menos que este decida, por mayoría cualificada, rechazar la propuesta». No es de extrañar, por tanto, que esta propuesta no haya levantado un entusiasmo generalizado y, desde luego, habría que calibrar muy bien la pertinencia de este tipo de medidas.

IV. EL TEMOR HECHO REALIDAD: LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 7 A LOS CASOS DE POLONIA Y A HUNGRÍA

Al final el temor se ha hecho realidad. El Estado de Derecho parece encontrarse efectivamente amenazado¹⁰⁵ y los mecanismos analizados en las páginas precedentes, pensados para amagar más que para dar, han terminado siendo utilizados en el caso de Polonia (1) y Hungría (2).

1. El caso polaco: el uso combinado del artículo 7.1 y de los recursos ante el Tribunal de Justicia

Desde 2015 el Gobierno polaco viene adoptando una serie de medidas que están reestructurando de manera sustancial el poder judicial de ese país. El detonante inicial de la alarma en la Comisión fue la decisión del Parlamento polaco de 25 de noviembre de 2015 de modificar mediante un procedimiento de urgencia la Ley del Tribunal Constitucional y prever un mecanismo para anular los (5) nombramientos realizados por el parlamento anterior. El 2 de diciembre de ese mismo año, el Gobierno polaco, recién elegido, procedió al nombramiento de los nuevos jueces. A partir de ahí se desencadenó una suerte de ‘guerra’ entre el ejecutivo y el Tribunal Constitucional¹⁰⁶.

Frente a esas medidas, la Comisión activó la primera de las fases prevista en el ya mencionado marco nuevo para proteger el Estado de Derecho (evaluación y diálogo)¹⁰⁷. Pero, tras un intercambio de cartas entre la Comisión (envío de dos cartas en febrero y marzo de 2016) y el Gobierno polaco (respuesta a través de tres cartas) y la realización de tres reuniones conjuntas (en abril y mayo de 2016), el diálogo resultó infructuoso y la Comisión emitió el correspondiente dictamen (1 de junio de 2016), que se plasmó finalmente el 27 de julio de 2016 en la aprobación de la

¹⁰⁵ Peter M. HUBER, «Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis», *Der Staat*, vol. 56, 2017, pp. 389-414.

¹⁰⁶ El 9 de marzo de 2016 el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional la ley que permitió los nuevos nombramientos, si bien el ejecutivo no ha permitido hasta el momento su publicación en el Boletín Oficial polaco. Igualmente, el Parlamento polaco continuó aprobando durante diciembre de 2015 y enero de 2016 nuevas leyes de naturaleza muy controvertida, que afectaban a los medios de comunicación, a la función pública, la policía, el Ministerio fiscal, etc.

¹⁰⁷ *Vid. supra*, III. 2, c).

primera Resolución sobre el Estado de Derecho en Polonia, dando al gobierno polaco un plazo de tres meses para resolver la situación¹⁰⁸. Transcurrido ese plazo, la Comisión constató que quedaban problemas importantes por resolver e incluso aparecieron otros nuevos en relación con el anuncio de importantes reformas del poder judicial que suscitaban dudas en relación con la independencia del poder judicial y el mantenimiento de las decisiones adoptadas en relación con el Tribunal Constitucional (nombramiento de su Presidente y tres leyes), de manera que aprobó en diciembre de 2016 su segunda Resolución¹⁰⁹. Lejos de aceptar el gobierno polaco las recomendaciones de la Comisión, durante 2017 aprobó una nueva batería de leyes sobre el poder judicial que agravaron la situación¹¹⁰. Ello llevó a que la Comisión aprobase su tercera Decisión, en la que daba al gobierno polaco un mes para resolver la situación e indicaba una lista de seis medidas concretas a adoptar¹¹¹. Pero, una vez más, el Gobierno polaco, lejos de mostrarse receptivo, contestó en agosto de 2017 con una carta en la que mostraba su discrepancia con todos los puntos expresados por la Comisión y la aplicación de las reformas del poder judicial. En los meses sucesivos, diversos organismos internacionales expresaron su fundada preocupación por la independencia del poder judicial en Polonia. Sirva recordar como ejemplos la Comisión de Venecia¹¹², la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE¹¹³, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹¹⁴, la Red Europea de Consejos del Poder Judicial¹¹⁵ o el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de magistrados y abogados¹¹⁶, etc.

A la vista de los infructuosos resultados de la aplicación de las tres fases del procedimiento del nuevo marco, en diciembre de 2017, la Comisión, con el apoyo del Parlamento Europeo¹¹⁷, aprobó formalmente la propuesta de activar el

108 Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia; *DO L* 217, de 12.8.2016, p. 53.

109 Recomendación (UE) 2017/146, de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016; *DO L* 22 de 27 de enero de 2017, p. 65.

110 Se trataba de la Ley sobre organización de los tribunales ordinarios, ley de modificación de la Escuela Nacional de la Judicatura y el Ministerio Fiscal, ley del Consejo Nacional del Poder Judicial y ley sobre el Tribunal Supremo, que implicaba entre otros aspectos el cese de varios de sus miembros por jubilación forzosa.

111 Recomendación 2017/1520, de la Comisión, de 26 de julio de 2017 (*DO L* 228 de 2 de septiembre de 2017, p. 19).

112 Dictamen 904/2017 CDL (2017) 035 y Dictamen 892/2017 CDL (2017) 037.

113 OIDDH Dictamen de 20 de agosto de 2017 sobre determinadas disposiciones del proyecto de ley del Tribunal Supremo de Polonia; Dictamen de 13 de noviembre de 2017, sobre determinadas disposiciones de proyecto de ley del Tribunal Supremo de Polonia.

114 Resolución 2188 (2017), de 11 de octubre de 2017, sobre nueva las nuevas amenazas para el Estado de Derecho en el Consejo de Europa.

115 REDPJ Dictamen del Comité Ejecutivo, de 13 de diciembre de 2017, sobre la petición del Consejo General del Poder Judicial polaco.

116 Observaciones preliminares de 27 de octubre de 2017, tras una visita a Polonia.

117 Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2017, sobre la situación del Estado de Derecho y de la democracia en Polonia.

mecanismo del artículo 7.1 TUE¹¹⁸. Dicha propuesta se transmitió al Consejo, para que, tal y como prevé el Tratado, el Gobierno del Estado concernido presentara sus observaciones, cosa que hizo en las sesiones del Consejo de Asuntos Generales de 26 de junio de 2018 y de 18 de septiembre de 2018, sin que pudieran disiparse las dudas existentes. Queda pendiente en el momento de cerrar este trabajo la decisión que finalmente pueda adoptar el Consejo, si bien a nadie se le escapa que la necesidad de mantener una posición unánime (a 27) en relación con el *Brexit* puede estar condicionando indirectamente la adopción final de esta decisión.

En todo caso, de manera paralela a la activación del mecanismo del artículo 7.1 TUE, en octubre de 2018 la Comisión adoptó la decisión de interponer ante el Tribunal de Justicia diversos recursos por incumplimiento, considerando que las actuaciones de las autoridades polacas encaminadas a reducir la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo (de 70 a 65) por suponer una violación de los artículo 19.1 TUE, 47 de la Carta y también del 2 TUE, a la vez que solicitaba la adopción de medidas cautelares encaminadas a suspender la aplicación de la ley nacional en controversia. El Tribunal de Justicia, mediante Auto de 15 de noviembre de 2018 (reunido en Gran Sala), aceptó tramitar el asunto mediante el procedimiento acelerado¹¹⁹ y, lo que es mucho más relevante, aceptó la petición de la Comisión de adoptar determinadas medidas cautelares, que suponen la suspensión de la Ley polaca del Tribunal Supremo, que reduce la edad de jubilación de los jueces de ese Alto Tribunal, con el fin de que los jueces afectados puedan continuar en sus puestos, no se proceda a nombrar a los jueces nuevos que sustituirían a los jubilados y comunicar a la Comisión en un plazo de un mes las medidas que se adopten para cumplir con estas medidas provisionales¹²⁰.

Se trata, sin duda alguna, de un asunto sin precedentes en la jurisprudencia del Tribunal. En cuanto a la adopción de medidas cautelares, aunque obviamente es una posibilidad expresamente prevista en el Reglamento del Tribunal y existen ciertos precedentes, a nadie se le escapa la gran trascendencia que cobra la orden de suspender la ley polaca en cuestión. Por otro lado, en relación con la argumentación de fondo, cabría plantear numerosas cuestiones a propósito de la base jurídica empleada que escapa al objetivo de este estudio.

118 Propuesta de Decisión del Consejo, relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia; COM (2017) 835 final, de 20 de diciembre de 2017.

119 Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2018, C-619/18; ECLI: EU: C: 2018:910. Previamente, el 19 de octubre de 2018, la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia ya había estimado provisionalmente la demanda de medidas provisionales; ECLI: EU: C: 2018: 852.

120 El artículo 160.3 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia permite la adopción de tales medidas cautelares siempre que se justifique su carácter urgente y esté justificada, a primera vista, desde el punto de vista fáctico y jurídico (*fumus boni iuris*).

2. El caso húngaro: reticencias en el uso del mecanismo del artículo 7 TUE

Por otro lado, Hungría es un segundo Estado miembro de la Unión que, desde hace ya algunos años, viene generando preocupación en las instituciones europeas¹²¹, especialmente en el Parlamento Europeo. En 2011 y 2012, la aprobación de una controvertida Ley de Medios de comunicación¹²² y la adopción de diversas decisiones que incidían en la independencia del poder judicial y del Tribunal Constitucional despertó las primeras alarmas¹²³. De hecho, por ejemplo, el Tribunal de Justicia constató a finales de 2012 que la aprobación del régimen nacional que obligaba a cesar de su actividad profesional a los jueces, fiscales y notarios que alcanzasen la edad de 62 años suponía una violación del Derecho de la Unión¹²⁴.

Igualmente, la Comisión ha interpuesto también recurso de incumplimiento contra Hungría por considerar que la Ley de 2011 sobre la educación superior nacional entraña una restricción desproporcionada al establecimiento en ese país de universidades de otros Estados miembros, por lo que supone una violación de la Directiva de servicios (Directiva 2006/123/CE), del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (art. XVII) y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (arts. 13, 14.3 y 16)¹²⁵. Lo propio ha hecho también en relación con la legislación húngara que introduce de forma discriminatoria, innecesaria e infundada limitaciones a las donaciones extranjeras a organizaciones civiles húngaras, por considerar que se violan tanto las normas de los tratados sobre libertad de circulación de capitales (art. 63 TFUE) como la Carta de Derechos Fundamentales (arts. 7, 8 y 12)¹²⁶.

Estas alarmas se han mantenido hasta que, finalmente, el Parlamento Europeo consideró en septiembre de 2018 que los hechos y tendencias detectadas en ese país «considerados en su conjunto, representan una amenaza sistémica a los valores del artículo 2 del TUE y entrañan un riesgo claro de violación grave de los valores contemplados en el mismo» y, en consecuencia, instó al Consejo a activar el mecanismo del artículo 7.1 TUE¹²⁷. Los aspectos considerados como más preocupantes por el Parlamento Europeo ya no se

121 Gábor HALMAI, «Illiberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective», en Stefan KADELBACH (ed.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018, pp. 84-103

122 DO C 199 E de 7 de julio de 2012, p. 154.

123 DO C 249 E de 30 de agosto de 2013, p. 27.

124 TJUE sentencia de 6 de noviembre de 2012, C-286/12, *Comisión c. Hungría*, ECLI: EU: C: 2012: 687. Cabe recordar que Hungría resolvió la cuestión indemnizando a los jueces afectados.

125 TJUE as. C-66/18, aún pendiente de resolución; DO C 211, de 18.6.2018, p. 7.

126 TJUE as. C-78/18, aún pendiente de resolución; DO C 211, de 18.6.2018, p. 8.

127 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, apartado 1, del TUE, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en que se fundamenta la Unión; P8_TA-PROV (2018) 340.

refieren solo a leyes concretas, como ocurría en 2012, sino que detecta doce cuestiones diferentes en las que se ven gravemente comprometidos los valores del artículo 2 TUE, por lo que el carácter sistémico de la amenaza quedaría justificado¹²⁸.

Para fundamentar esta difícil decisión, el Parlamento Europea emplea, en primer término, sus propias Resoluciones anteriores¹²⁹. Pero, como en el caso polaco, se basa también, en segundo término, en informes de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de la Oficina del Lucha contra el Fraude, de la Comisión de Venecia, de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE, del relator de Naciones Unidas sobre independencia de los jueces, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) y, por supuesto, de la jurisprudencia del TEDH¹³⁰.

Queda por ver el desarrollo que pueda tener esta cuestión, una vez se clarifique el *Brexit* y se celebren las elecciones al Parlamento Europeo. Pero la tendencia no apunta nada bien.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE ACTUAR (CON PRUDENCIA).

El aluvión de libros recientes que, desde su mismo título, recogen el obituario de la democracia dejan al lector un desagradable regusto en el que se evocan aromas amargos bastante bien identificables (banalización de la política, apatía del ciudadano, inadaptación frente a los cambios, ascenso de populismos, desconsolidación institucional y un largo etcétera). Si ese lector es, además, jurista constatará de inmediato la conexión de la crisis de la democracia con la crisis paralela

128 Se refiere, en concreto, al «funcionamiento del sistema constitucional y electoral; la independencia del poder judicial y de otras instituciones y los derechos de los jueces; la corrupción y los conflictos de intereses; la protección de datos y la intimidad; la libertad de expresión; la libertad de cátedra; la libertad de religión; la libertad de asociación; el derecho a la igualdad de trato; los derechos de las personas pertenecientes a minorías, incluida la población romaní y los judíos, así como la protección frente a los mensajes de odio contra esas minorías; los derechos fundamentales de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados; los derechos económicos y sociales».

129 Véase, por ejemplo, el Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 4 de julio de 2018, A8-0250/2018.

130 A título de ejemplo, el TEDH en 2015 constató que existían violaciones del derecho a un juicio justo y del derecho de tutela judicial efectiva como consecuencia de la incapacidad reiterada de Hungría para garantizar que los procesos sobre derechos civiles concluyan en plazos razonables y el Estado húngaro sigue sin ejecutar esta sentencia; TEDH sentencia de 16 de julio de 2015, *Gazsó c. Hungría*. Más en relación con la cuestión de la independencia judicial, este mismo Tribunal constató en 2016 que la pérdida anticipada de su puesto como Presidente del Tribunal Supremo (elegido para un periodo de 6 años) como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Fundamental de 2012 suponía una violación del derecho a acceder a un tribunal y de la libertad de expresión, sin haberse ejecutado hasta el momento la sentencia; TEDH sentencia de 23 de junio de 2016, *Baka c. Hungría*.

del Estado de Derecho, teniendo también manifestaciones bastante repetitivas (erosión de la independencia judicial, control de los medios de comunicación, limitaciones de la libertad de expresión, restricción de derechos de las minorías, modificación de leyes electorales...).

Dentro de la UE la crisis de las democracias y del Estado de Derecho ha tomado posición protagonista en el actual debate político de la mano de actuaciones de algunos Estados miembros, en especial Polonia y Hungría. Además, en otros muchos Estados los llamados movimientos populistas han convertido a las instituciones europeas en diana preferida de sus diatribas, precisamente en un momento en el que tanto el *Brexit*, en la dimensión interna, como el desmoronamiento creciente del multilateralismo, en la vertiente externa, están debilitando las hechuras de la Unión.

El debate desencadenado por esta crisis de la democracia y del Estado de Derecho incluye cuestiones de muy diversa índole, pero se concreta básicamente en dos fundamentales. Por un lado, nos invita a rescatar el análisis *jurídico* de la concreción material y, sobre todo, la naturaleza precisa de los valores fundamentales que se recogen en el artículo 2 TUE; con la conclusión de que se trata de valores de carácter normativo, eficacia directa y susceptibles de control judicial por los órganos jurisdiccionales, tanto de los nacionales como del Tribunal de Justicia. Y, por otro lado, surge la duda *política* a propósito de la conveniencia y eficacia del empleo de los (contendentes) instrumentos que el artículo 7 TUE brinda a la Unión para hacer frente a déficits sistémicos en el cumplimiento de esos valores.

Un primer problema radica en la discusión sobre la legitimidad de la Unión para recurrir a tales instrumentos. A nuestro entender, con toda la prudencia que reclame su empleo y aun siendo plenamente conscientes de los múltiples efectos secundarios que acompaña su uso¹³¹, nos parece claro que ante violaciones claramente sistémicas de valores como la democracia o el Estado de Derecho no cabe la pasividad de la Unión. Tal déficit sistémico ha de ser afrontado porque afecta, de entrada, al principio de confianza mutua sobre el que se asienta todo el proceso de integración e incluso buena parte de su Derecho¹³².

Un segundo problema, una vez considerada la cuestión de la legitimidad de su uso, es que no es tarea nada sencilla determinar el momento preciso en que un Estado miembro traspasa en su progresivo deterioro democrático esa

131 Cfr. Waldemar HUMMER, «Nebeneffekte des Sanktionsverfahrens gegen Polen wegen dessen Rechtsstaatlichkeitsdefizit. Scheitert die Vollstreckung eines 'Europäischen Haftbefehls' in Polen auf die Unabhängigkeit der Justiz?», *Europarecht*, vol. 53, 2018, pp. 653-671.

132 Coincidimos plenamente con Armin von BOGDANDY en que el constitucionalismo europeo ha de trazar 'líneas rojas' para proteger sus valores fundamentales, aunque sus efectos puedan ser profundos; Armin von BOGDANDY, Piotr BOGDANOVIC, Iris CANOR, Matthias SCHMIDT y Maciej TABOROWSKI, «A potential constitutionalism moment for the European rule of law — The importance of red lines», *Common Market Law Review* vol. 55, 2018, pp. 983-995; Armin von BOGDANDY, «Tyrannei der Werte? — Probleme und Wege europäischen Schutzes nationaler Rechtsstaatlichkeit», *MPIL Research Papers Series* No. 4, 2019.

fin a línea que separa lo asumible de lo ya inaceptable. De hecho, la función última del mecanismo del artículo 7.1 TUE —y también de las decisiones judiciales a propósito de déficits sistémicos— es invitar al Estado concernido a no sobrepasar esa frontera infranqueable cuando ya se sitúa muy cerca de ella; o acaso esté empezando a traspasarla. Es, en el fondo, la situación en la que nos encontramos en la actualidad. La Comisión ha activado el artículo 7.1 frente a Polonia y el Tribunal de Justicia está preparando el terreno para su inminente pronunciamiento sobre la posible existencia de una violación sistémica de valores del artículo 2 TUE en los dos Estados concernidos¹³³. Queda aún suficiente recorrido para poder revertir el rumbo fijado por los Estados concernidos y no conviene entretanto adelantarse a los acontecimientos.

Pero si finalmente hubiese que adentrarse por el campo ignoto del artículo 7.2 TUE, hay que ser plenamente conscientes de que la crisis interna de la Unión sería muy notable; tanto si se logra superar los requisitos formales exigidos para su activación (unanimidad en el Consejo Europeo), que no parece tarea sencilla, como si se crea un grupo de Estados contrarios a continuar por ese camino. Ambas opciones resultan un escenario preocupante por el desarrollo futuro de la Unión.

Con todo, el verdadero problema de fondo, que nadie queremos ni imaginar, surgiría si se traspasara de manera evidente e irreversible esa línea roja, se adoptasen por la Unión los dos mecanismos previstos en los Tratados constitutivos y, a pesar de todo, el resultado fuere infructuoso. Esperemos que esta duda quede en nueva hipótesis académica y la Comisión no tenga que desempolvar el debate doctrinal surgido a finales del siglo pasado —cuando aún no existía el artículo 50 TUE— sobre la posibilidad de expulsar de la Unión a un Estado que deje de cumplir de manera flagrante y reiterada los requisitos de entrada fijados en el artículo 49 TUE.

En todo caso, más allá de cómo evolucionen los acontecimientos no es mal momento para plantearnos muy seriamente qué Europa queremos construir. En una época de incertidumbre y perplejidad, conviene poner a la Unión ante el espejo para hacer un balance crítico y mirar hacia un futuro que va a ser muy diferente al que existía cuando se establecieron los cimientos de la actual Unión. Pero, sobre todo, conviene tener bien presente que éxitos pasados no garantizan éxitos futuros. ...

133 Lo hizo de manera tentativa en asuntos como *LM*, al colocar la información suministrada por la Comisión en el marco del procedimiento del artículo como «un elemento especialmente pertinente a efectos de dicha evaluación» (apdo. 61); y lo consolidó en sus Autos sobre adopción de medidas provisionales en el marco de los recursos de incumplimiento contra Polonia (Auto de 17 de diciembre de 2018, *cit.*, apdo. 82); y habrá de afrontarlo de manera directa cuando resuelva el elenco de recursos de incumplimiento contra Polonia y Hungría que ha planteado la Comisión alegando una violación sistémica de los valores recogidos en el artículo 2 TUE en conexión con los artículos 19.1 TUE y 47 de la Carta.

TITLE: *The European Union as a community of values: the crisis of democracy and the rule of law, once again.*

ABSTRACT: *The liberal democracies of virtually the entire Western world are suffering a serious process of internal erosion and, in some cases, a real authoritarian drift. This democratic wear does not only affect the States. The European Union is also the preferred target of direct attacks by populist and anti-European movements. In fact, in these moments, some essential values of the integration process, such as democracy and rule of law, are being put into question in some Member States. Given that the Union is a “community of values” (Wertegemeinschaft) and that the values of Article 2 TEU possess a normative value and are actionable, the Commission have brought several infringement proceedings before the ECJ against Poland and Hungary, for the violation of those same values. Likewise, for the first time since its institution in the constitutive treaties, the mechanism of Article 7(1) TEU has been activated against Poland. We are, therefore, in uncharted territory, whose final outcome is uncertain and could represent a serious threat against the European integration process itself.*

RESUMEN: *Las democracias liberales de prácticamente todo el mundo occidental están sufriendo un serio proceso de erosión interna y, en algunos casos, una verdadera deriva autoritaria. Este desgaste democrático no solo afecta a los Estados. También la Unión Europea es diana preferida de los ataques de ataques directos de los movimientos populistas y antieuropeos. En realidad, en estos momentos valores esenciales del proceso de integración, como por ejemplo los de democracia y Estado de Derecho, se están poniendo en cuestión en algunos Estados miembros. Dado que la Unión es una ‘comunidad de valores’ (Wertegemeinschaft) y los valores del artículo 2 TUE gozan de carácter normativo y son justiciables, la Comisión ha interpuesto ante el Tribunal de Justicia diversos recursos por incumplimiento contra Polonia y Hungría por violación de dichos valores. Igualmente, por primera vez de su introducción en los tratados constitutivos, se ha activado contra Polonia el mecanismo del artículo 7.1 TUE. Se ha entrado así en una tierra inexplorada, cuyo resultado final es incierto y podría encarnar una seria amenaza al propio proceso de integración europeo.*

KEY WORDS: *Rule of law in the European Union, European democracy, European Unión, Community of values.*

PALABRAS CLAVE: *Estado de derecho en la Unión Europea, democracia Europea, Unión Europea, Comunidad de valores.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.12.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 5.02.2019

