

EDITORIAL

EL NUEVO RÉGIMEN GENERAL DE CONDICIONALIDAD PARA LA PROTECCIÓN DEL PRESUPUESTO DE LA UNIÓN

The new general regime of conditionality for the protection of the Union budget

ALBERTO DE GREGORIO MERINO¹
alberto.degregorio@consilium.europa.eu

Cómo citar/Citation

de Gregorio Merino, A. (2022).
El nuevo régimen general de condicionalidad para la
protección del presupuesto de la Unión.
Revista de Derecho Comunitario Europeo, 71, 11-26.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.71.01>

I. INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2020, y tras más de dos años de negociaciones, el legislador europeo adoptó el Reglamento 2020/2092², por el que instaura el nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. Es, como explicaremos más adelante, un mecanismo dirigido a proteger el presupuesto de la Unión Europea ante violaciones de los principios

¹ Director, Servicio Jurídico del Consejo de la Unión Europea. Las opiniones expresadas en esta contribución son emitidas a título personal y no vinculan al Consejo de la Unión Europea.

² Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (DO 2020, L 433I, p. 1).

del Estado de derecho cometidas por los Estados miembros. Sin embargo, su interés no se agota en su dimensión presupuestaria: el Reglamento 2020/2092 no es únicamente un instrumento de técnica presupuestaria. Es, fundamentalmente, un instrumento de un valor constitucional e institucional mayor. Expresa principios fundamentales (y fundadores) como el de solidaridad y da traducción legislativa a los valores enunciados por el art. 2 del Tratado de la Unión Europea, entre los que se encuentra el del respeto al Estado de derecho en el que este mecanismo se incardina.

Estas páginas buscan en primer lugar describir el funcionamiento de este mecanismo; en segundo lugar, dar cuenta de su *iter* legislativo; y finalmente presentar las cuestiones jurídicas a que el mecanismo ha dado lugar, así como su significado constitucional. Esto último lo haremos a la luz de las importantes sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022 en los asuntos en los que tanto Hungría como Polonia contestaron la legalidad del Reglamento 2020/2092 (C-156/21, Hungría/Parlamento y Consejo, y C-157/21, Polonia/Parlamento y Consejo)³.

II. EL RÉGIMEN GENERAL DE CONDICIONALIDAD PARA LA PROTECCIÓN DEL PRESUPUESTO DE LA UNIÓN

1. DESCRIPCIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Pasamos ahora al objeto principal de esta contribución, el examen del mecanismo de condicionalidad presupuestaria —Estado de derecho, establecido por el Reglamento 2020/2092—.

La Comisión presenta su propuesta en mayo de 2018⁴. Esta se enmarca en un contexto doble. De un lado forma parte de la estrategia general de la Comisión para hacer frente a los desafíos que en la fecha de presentación acechaban al Estado de derecho en algunos Estados miembros. Por otro lado, la propuesta es parte integrante del paquete legislativo del marco financiero plurianual de la Comisión para el período 2021-2027.

Las negociaciones del actual ciclo presupuestario giraron en torno a tres pilares: el reglamento de perspectivas financieras propiamente dicho, que, conforme al art. 312 TFUE, establece los importes máximos anuales de gasto por categoría; el paquete New Generation EU (NGEU), que establece un

³ Sentencias de 16 de febrero de 2022, *Hungría/Parlamento y Consejo*, C-156/21, EU:C:2022:977; y *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, EU:C:2021:978.

⁴ COM/2018/324 final - 2018/0136 (COD)

programa de financiación de 750.000 millones de euros para hacer frente a las consecuencias económicas del COVID-19, cantidad que está fuera del marco financiero plurianual y que, como es de sobra conocido, se financia por medio de emisiones de empréstitos en los mercados; en tercer lugar, la propuesta del reglamento de condicionalidad del que hablamos.

El mecanismo general de condicionalidad es un instrumento dirigido a proteger el presupuesto de la Unión en caso de vulneración de los principios del Estado de derecho en los Estados miembros. Se fundamenta sobre la idea de que éstos solo pueden garantizar la buena gestión financiera del dinero de la Unión si sus autoridades públicas actúan conforme a derecho⁵. Su base jurídica es el art. 322, apdo. 1, letra a) TFUE, que permite la adopción por medio del procedimiento legislativo ordinario de normas financieras por las que se determinarán, en particular, las modalidades de establecimiento y de ejecución del presupuesto.

Su activación tiene lugar cuando concurren dos circunstancias: i) una violación de los principios del Estado de derecho en un Estado miembro, que ii) afecta o amenaza con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo (art. 4, apdo. 1, del Reglamento 2020/2092). En ese caso, el Consejo, por mayoría cualificada, bajo propuesta de la Comisión, podrá adoptar medidas de suspensión o de cancelación de fondos europeos. La determinación del volumen e importancia de esas medidas se realiza conforme a criterios de proporcionalidad establecidos en el propio Reglamento (art. 5, apdos. 1 a 3, Reglamento 2020/2092): se determinarán a la luz de las repercusiones reales o potenciales que tenga la vulneración de los principios del Estado de Derecho en la correcta gestión financiera del presupuesto de la Unión o en los intereses financieros de la Unión. De forma secundaria, se tendrán debidamente en cuenta la naturaleza, la duración, la gravedad y el alcance de la vulneración de los principios del Estado de Derecho. Finalmente, las medidas se centrarán, en la medida de lo posible, en las acciones de la Unión que se vean afectadas por la vulneración.

El Reglamento incluye elementos de definición o concreción dirigidos a asegurar la mayor precisión posible en su aplicación. Entre ellos, y a los solos efectos de la aplicación del mecanismo, destaca la definición de la noción de Estado de derecho, que incorpora elementos dimanantes de la jurisprudencia del Tribunal, así como la especificación de una serie de indicios de vulneración de los principios del Estado de derecho (arts. 2, letra a) y 3 Reglamento 2020/2092). El Reglamento también establece una lista exhaustiva de situaciones típicas de

⁵ Considerando 8 del preámbulo del Reglamento 2020/2092.

violación del Estado de Derecho susceptibles de menoscabar el presupuesto de la UE (art. 4, apdo. 2, Reglamento 2020/2092). La vulneración de los principios del Estado de Derecho debe referirse necesariamente a uno de esas situaciones, que incluyen el buen funcionamiento de los servicios de investigación y de fiscalía en relación con casos de fraude, corrupción u otras infracciones del Derecho de la Unión relativas a la ejecución de su presupuesto o a la protección de sus intereses financieros, o el control judicial efectivo por órganos jurisdiccionales independientes de las acciones u omisiones de autoridades nacionales encargadas de ejecutar el presupuesto. Todas y cada una de las situaciones referidas en el art. 4, apdo. 2, del Reglamento tienen relevancia presupuestaria.

El mecanismo se concibe como un instrumento de naturaleza subsidiaria, cuya aplicación procede cuando otros procedimientos de protección del presupuesto no permitan su salvaguardia de manera más eficaz (art. 6, apdo. 1, Reglamento 2020/2092).

El procedimiento —art. 6 del Reglamento 2020/2092— se divide en dos etapas. En primer lugar, una de instrucción, en la que la Comisión lleva a cabo un diálogo con el país en cuestión para establecer los hechos y la existencia de las condiciones de activación. Este diálogo puede llevar hasta seis meses. En segundo lugar, una etapa de decisión: si sobre la base de su diálogo con el Estado miembro la Comisión estima que las circunstancias para activar el procedimiento concurren, está obligada a presentar medidas al Consejo, que tiene un mes para decidir sobre su adopción (en casos excepcionales, este plazo podrá prorrogarse por dos meses como máximo).

Finalmente, el Reglamento prevé un procedimiento de revisión y de adaptación o levantamiento de las medidas impuestas por el Consejo en caso de que las condiciones que dieron lugar a su aplicación hayan evolucionado o desaparecido (art. 7 del Reglamento). Las medidas de adaptación o de revisión se adoptarán por el Consejo, por mayoría cualificada, sobre la base de una propuesta de la Comisión.

2. *ITER* LEGISLATIVO

Como hemos recordado previamente, la propuesta de la Comisión aterriza en la mesa del legislador en mayo de 2018 como parte del paquete legislativo de las nuevas perspectivas financieras plurianuales. Se siguen numerosos meses de negociaciones complejas tanto desde un punto de vista político como jurídico.

Nos gustaría sobre todo centrar nuestra atención en el Consejo Europeo de julio de 2020, el segundo más largo de la historia —duró cinco noches de forma prácticamente ininterrumpida—. Es de sobra conocido que el Consejo Europeo tiene un papel clave en la negociación y acuerdo de cada una de las

perspectivas financiera plurianuales. Sin perjuicio del poder del legislador para adoptar los actos legislativos que integran cada ciclo presupuestario, está claro que el valor y la importancia de cada ciclo presupuestario justifica la intervención del Consejo Europeo como institución encargada de dar a la Unión «los impulsos necesarios para su desarrollo» y de definir sus «orientaciones y prioridades políticas generales» (art. 15, apdo. 1, TUE).

Pues bien, el Consejo Europeo de julio de 2020 logra cerrar un acuerdo político sobre el marco financiero plurianual 2021-2027, así como sobre el paquete NGEU. Las conclusiones de ese Consejo Europeo mencionan expresamente —aunque de forma vaga— la necesidad de establecer un régimen de condicionalidad para proteger el presupuesto y el NGEU. Sin lograr un acuerdo claro sobre este respecto, las conclusiones afirmaban que esa institución volvería a tratar el asunto «sin demora»⁶.

Tras el verano de 2020, y a la luz del acuerdo del Consejo Europeo, los textos legislativos de los dos primeros pilares (marco financiero plurianual y NGEU) se cierran. De la misma forma, el 5 de noviembre de 2020 el Parlamento y el Consejo logran un acuerdo sobre el Reglamento de condicionalidad. Sin embargo, en ese momento se hace claro que dos Estados miembros, Polonia y Hungría, no podían aceptar el mecanismo de condicionalidad en la forma acordada con el Parlamento: pedían la retirada de la propuesta o, como mínimo, la introducción de un número de salvaguardias en su favor, fundamentalmente la unanimidad como regla de voto del Consejo para la adopción de medidas de suspensión o cancelación de fondos. De lo contrario bloquearían la adopción del marco financiero plurianual, así como del NGEU (cuya aprobación requería unanimidad del Consejo).

La solución llega en el Consejo Europeo del 10 y 11 de diciembre de 2020. Los miembros del Consejo (incluida la Comisión) acuerdan unas conclusiones que ofrecen varias garantías de interpretación sobre el alcance y aplicación futura del reglamento, garantías que satisfacen a los dos Estados miembros en cuestión.

Entre esas garantías cabe destacar las siguientes: i) la declaración de que el mecanismo es un instrumento genuinamente dirigido a proteger el presupuesto, cuya aplicación se hará de manera objetiva, justa e imparcial y sobre la base de hechos probados, garantizando la tutela judicial efectiva, la no discriminación y la igualdad de trato de los Estados miembros; ii) la declaración del valor subsidiario del mecanismo, cuya aplicación procede, por tanto, cuando otros instrumentos no permitan proteger el presupuesto de la Unión

⁶ Véanse conclusiones del Consejo Europeo de 17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020, documento n.º EUCO 10/20, apdo. 23.

de manera más eficaz, iii) la declaración de que el mecanismo se aplicará respecto de los compromisos presupuestarios dimanantes del próximo marco financiero plurianual (y no respecto de pagos debidos por marcos financieros anteriores); iv) el Consejo Europeo declara su expectativa de que el mecanismo no se activará hasta que la Comisión adopte una comunicación interpretativa de su aplicación (directrices), cuya adopción debería esperar e incorporar los elementos pertinentes derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia en posibles recursos de nulidad contra el Reglamento⁷.

Las conclusiones del Consejo Europeo de diciembre de 2020 son por lo tanto un documento de valor únicamente interpretativo, que no tienen el efecto ni de alterar, ni de modificar el contenido o los objetivos del Reglamento 2020/2092. Suponen una comprensión común del mecanismo por parte de los miembros del Consejo Europeo (que repito, incluye a la Comisión) que no contiene elementos *contra legem* sino *secundum legem*⁸.

La negociación del Reglamento 2020/2092 no solo suscita serios problemas políticos sino también numerosas controversias jurídicas. Seguramente la más importante de ellas fue dilucidar si la propuesta de la Comisión constituía una desviación respecto del art. 7 TUE, una forma de evitar por la puerta de atrás su exigente marco procedimental, o si consistía en una condicionalidad presupuestaria genuina, por consiguiente correctamente fundada en la base jurídica propuesta (el art. 322, apdo. 1, letra a) TFUE que, como hemos explicado anteriormente, permite al legislador la adopción de normas financieras relativas a la ejecución del presupuesto de la Unión).

Para algunos Estados Miembros la propuesta inicial de la Comisión incorporaba elementos un tanto ambiguos sobre el centro de gravedad del instrumento. Albergaban dudas sobre su verdadera naturaleza y objetivo: ¿protección del valor del Estado de derecho antes que del presupuesto de la UE? ¿Sucedáneo del art. 7 TUE o verdadera norma financiera-presupuestaria? Fue esta la cuestión jurídica central del debate legislativo. Fue también la cuestión fundamental de los asuntos en los que Hungría y Polonia pusieron en cuestión la legalidad del Reglamento 2020/2092, que examinaremos con detenimiento posteriormente.

Pues bien, una buena parte de la negociación en sede del Consejo consistió en incorporar a la propuesta de Reglamento elementos dirigidos a mejorar su anclaje en la naturaleza presupuestaria con que éste había sido

⁷ Véanse conclusiones del Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2022, documento n.º EUCO 22/20, párrs. 1 a 4.

⁸ Véase, en este sentido, la opinión del Servicio Jurídico del Consejo de 11 de diciembre de 2020, documento del Consejo n.º 13961/20.

concebido. La mayor parte de estas modificaciones fueron introducidas en el texto de la propuesta durante la presidencia rumana del Consejo, en el primer semestre de 2019⁹.

La primera modificación reseñable fue la introducción de un nexo causal claro entre las violaciones del Estado de derecho y el menoscabo del presupuesto de la Unión. No basta con un régimen presuntivo, en virtud del cual cualquier violación del Estado de derecho se presume lesiva para los intereses financieros de la Unión. Debe probarse que esa vulneración afecta o amenaza con afectar gravemente el presupuesto de la Unión «de un modo suficientemente directo» (art. 4 del Reglamento 2020/2092).

En segundo lugar, el texto establece una serie de obligaciones de prueba que incumben a la Comisión: a ésta le corresponde la carga de probar la existencia de los hechos y razones que fundamentan la aplicación de las medidas, fundamentalmente la existencia del nexo causal al que hemos hecho referencia anteriormente (arts. 6, apdos. 1 y 9, del Reglamento 2020/2092).

En tercer lugar, el texto aclara los criterios para determinar el importe y extensión de las medidas de suspensión o cancelación de fondos de una forma tal que están vinculados al daño al presupuesto: en virtud de los cambios introducidos por el Consejo, el cálculo depende primordialmente de la repercusión real o potencial de la violación de los principios del Estado de Derecho en el presupuesto de la Unión. Solo secundariamente se tendrá en cuenta la naturaleza, duración y gravedad y alcance de la vulneración (art. 5, apdo. 3, del Reglamento 2020/2092).

El empeño del Consejo en que el instrumento conserve su naturaleza eminentemente presupuestaria se hace también evidente en las negociaciones con el Parlamento: este pretendía extender la aplicación del mecanismo a la violación de cualquier valor del art. 2 TUE. Este intento fue abandonado a consecuencia de la dificultad de establecer un vínculo entre el amplio catálogo de valores y la protección del presupuesto.

⁹ Véase el texto de compromiso de la presidencia rumana, en el documento del Consejo ST 9499/1/19 REV1. La mayor parte de estas modificaciones fueron introducidas como consecuencia de opiniones orales y escritas dadas por el Servicio Jurídico del Consejo, y dirigidas a enraizar firmemente la propuesta de Reglamento en su lógica presupuestaria. Aunque aquellas opiniones del Servicio Jurídico del Consejo fueron objeto de duras críticas por una parte de la doctrina, la incorporación de las modificaciones en cuestión fue clave para que el Tribunal de Justicia concluyese sobre la legalidad del Reglamento en los recursos interpuestos por Hungría y Polonia. Véase Scheppele, Pech, y Kelemen (2018).

III. SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DEL MECANISMO A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 16 DE FEBRERO DE 2022 EN LOS RECURSOS DE HUNGRÍA Y POLONIA CONTRA EL REGLAMENTO 2020/2092

1. EL MECANISMO COMO CONDICIONALIDAD PRESUPUESTARIA GENUINA

Los recursos de anulación interpuestos por Hungría y de Polonia en los asuntos C-156/21 y C-157/21 centran sus argumentos en uno principal, que estos países habían ya esgrimido como *ritornello* negociador durante el debate legislativo: el Reglamento 2020/2092 no es más que una pantalla tras la que se esconde el verdadero propósito de controlar el respeto del valor del Estado de Derecho por medio de un procedimiento de aplicación menos exigente en términos de voto en el Consejo que aquél establecido en el art. 7 TUE. En opinión de estos Estados, este último sería el único medio que los Tratados establecen para verificar el respeto de los valores enunciados por el art. 2 TUE. De esta guisa, el art. 322, apdo. 1, letra a) TFUE constituiría una base jurídica incorrecta pues el objetivo y contenido del Reglamento no es el de establecer normas financieras. El legislador habría también violado el art. 7 TUE.

En sus sentencias de 16 de febrero de 2022 el Tribunal rechaza los argumentos de ambas partes. Por una parte, concluye que el art. 322, apdo. 1, letra a) TFUE es la base jurídica correcta para la adopción del Reglamento, pues su finalidad y contenido es garantizar la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión y la protección de sus intereses financieros. El Tribunal llega a esta conclusión tras examinar las medidas susceptibles de ser adoptadas, los criterios relativos a su cálculo y determinación, así como las condiciones de aplicación para concluir que el mecanismo consiste en un instrumento de protección del presupuesto de la Unión. En el razonamiento del Tribunal tiene especial peso la disposición que exige un nexo causal suficiente entre la vulneración de los principios del Estado de Derecho y el menoscabo, efectivo o potencial, a los intereses financieros de la Unión que establece el art. 4, apdo. 1, del Reglamento, a saber, la necesidad de que tal vulneración afecte de una forma «suficientemente directa» al presupuesto de la Unión¹⁰. Lo mismo cabe decir de los criterios de proporcionalidad del Reglamento referidos primordialmente al daño infligido al presupuesto antes que a la gravedad de la violación del Estado de derecho¹¹ o de las obligaciones

¹⁰ Véanse apdos. 125, 159 y 165 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

¹¹ Véase apdo. 128 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

de prueba que le incumben a la Comisión, fundamentalmente la del nexo causal y el menoscabo al presupuesto de la Unión¹². En su razonamiento sobre la idoneidad de la base jurídica son también importantes las disposiciones relativas al procedimiento de levantamiento y adaptación de las medidas. Efectivamente, tal levantamiento o adaptación procede cuando el daño al presupuesto ha desaparecido (o disminuido), aun cuando la violación del Estado de Derecho siga en curso¹³.

Por lo demás, el Tribunal considera que las disposiciones del Reglamento 2020/2092 que se refieren de forma directa a la noción de Estado de Derecho, tales como su definición en el art. 2, letra a), los elementos indiciarios de una vulneración contenidos en el art. 3 o las situaciones de violación con pertinencia presupuestaria citadas en el art. 4.2 del Reglamento, son también normas financieras en el sentido del art. 322, apdo. 1, letra a) TFUE. Efectivamente, cabe considerar estos elementos como constitutivos de la condicionalidad prevista en el Reglamento, puesto que resultan necesarios para su aplicación: son parte integrante de las condiciones para su activación y su aplicación es a sus solos efectos – no cabría extrapolarlos a otros procedimientos o acciones de la Unión¹⁴.

Subraya además el Tribunal que el mecanismo no puede llevar a una determinación autónoma y aislada de una violación del Estado de Derecho por un Estado miembro. Este es uno de los dos presupuestos cumulativos para su activación: el objeto del procedimiento es constatar que tal vulneración ha afectado (o puede afectar) al presupuesto de la Unión. No cabe sustituir la determinación de una vulneración del Estado de derecho por medio del art. 7 TUE a través de este mecanismo. Estamos ante un procedimiento, por tanto, desprovisto de carácter sancionatorio o punitivo, a diferencia del art. 7 TUE. Lo demuestra otro art. 7, el del Reglamento, que permite la revisión y revocación de las medidas cuando el daño cese parcial o totalmente (algo que, en principio, no es posible en medidas de carácter punitivo)¹⁵.

Además de concluir sobre la idoneidad de la base jurídica del Reglamento 2020/2092, el Tribunal examina la cuestión del posible solapamiento del procedimiento que éste prevé con aquél previsto en el art. 7 TUE. El Tribunal afirma, conforme a su jurisprudencia anterior ya bien establecida, que el art. 7 TUE no tiene carácter exhaustivo. Las instituciones de la Unión pueden

¹² Véase apdo. 166 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

¹³ Véase apdo. 127 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

¹⁴ Véanse apdos. 154 y ss. de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

¹⁵ Véase apdo. 159 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

examinar y, en su caso sancionar, las violaciones de los valores enunciados por el art. 2 TUE cometidas por un Estado miembro en el marco de competencias y acciones que se derivan de otras disposiciones del tratado y cuya ejecución y eficacia depende precisamente del respeto de esos valores. Se refiere el Tribunal al art. 19, apdo. 1, TUE, que prevé la obligación de los Estados de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión y que, como es bien sabido, ha servido como base de la jurisprudencia del Tribunal para verificar la independencia de los sistemas judiciales de algunos Estados miembros¹⁶.

Cierto es que el legislador de la Unión no puede establecer procedimientos paralelos al art. 7 TUE, entendiendo por tales aquellos que tengan el mismo objeto y que lleven a la adopción de medidas idénticas. Pero ese no es el caso del Reglamento 2020/2092, que tiene un ámbito de aplicación distinto al del art. 7 TUE —pues sólo se refiere a uno de los valores del art. 2 TUE que aquél está llamado a proteger—, responde a diferentes criterios de activación y conlleva, finalmente, la adopción de medidas de naturaleza dispar a las del art. 7 TUE¹⁷.

2. EL MECANISMO Y EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

El mecanismo constituye sin duda un ejemplo de maridaje entre los principios de solidaridad y de responsabilidad. Numerosas crisis recientes nos han mostrado que los procesos de integración a los que esas crisis dan lugar se realizan mediante la conjugación de ambos principios: ante la crisis del euro, se crea el Mecanismo Europeo de Estabilidad que permite movilizar cantidades ingentes para asistir a Estados Miembros que padecen problemas de liquidez o de insolvencia a cambio de medidas de responsabilidad presupuestaria; ante la crisis financiera, se crea la unión bancaria, en la mutualización de los riesgos bancarios a través de un fondo único de resolución va acompañada de una mutualización del control de esos riesgos bancarios (a través del sistema único de supervisión desde 2014 en manos del Banco Central Europeo). La convergencia de la solidaridad y la responsabilidad surge en otras políticas de la UE en las que los Estados miembros comparten un bien común —las

¹⁶ Véanse apdos. 194 a 199 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21. Véanse las sentencias 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531, apdos. 58 y 59; y de 5 de noviembre de 2019, *Comisión/Polonia* (independencia de tribunales ordinarios), C192/18, EU:C:2019:924, apdos. 106 y 107.

¹⁷ Véanse apdos. 212 a 217 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21

fronteras internas— como las de asilo e inmigración y así, el art. 80 TFUE refleja ambos principios en pie de igualdad.

El Reglamento 2020/2092 se incardina precisamente, y de nuevo en un tiempo de crisis, en la conexión de los principios de solidaridad y de responsabilidad. Como afirmó el abogado general Campos Sánchez Bordona el NGEU —la respuesta financiera más importante de la Unión a la crisis del COVID-19— supone posiblemente «el mayor esfuerzo de solidaridad puesto en marcha por la Unión en su historia»¹⁸.

En sus sentencias sobre los recursos de Hungría y Polonia, el Tribunal de Justicia expande su doctrina sobre los principios de solidaridad y de responsabilidad. Establece una especie de «macro-condicionalidad» al recordar que el respeto por los Estados miembros de los valores del art. 2 TUE constituye una condición necesaria para que puedan disfrutar de los derechos que en su favor se derivan de los tratados¹⁹. Recuerda que el presupuesto de la Unión es uno de los principales instrumentos que permiten concretar en las políticas y acciones de la Unión el principio de solidaridad, cuya puesta en práctica reposa sobre la confianza mutua entre los Estados miembros. Pues bien, no puede haber solidaridad, ni la confianza mutua que aquélla presupone, sin que los Estados miembros respeten los valores del art. 2 TUE²⁰. Concluye recordando que el respeto del Estado de Derecho, que presupone la independencia judicial, es esencial para la buena gestión financiera y la protección de los intereses financieros de la Unión²¹.

La condicionalidad es el vínculo que une solidaridad y responsabilidad. Y, no lo olvidemos, el actual ciclo presupuestario se ha caracterizado quizás de forma mucho más marcada en comparación con ciclos anteriores, por el establecimiento de una plétora de condicionalidades presupuestarias dirigidas a una gestión responsable del enorme esfuerzo de solidaridad puesto en liza. Uno de los elementos más importantes de la negociación en este ciclo presupuestario ha sido precisamente el de la condicionalidad, habida cuenta del especial e innovador esfuerzo solidario que le caracteriza. Baste mencionar la condicionalidad medioambiental y climática, la basada en el respeto de «principios horizontales» relativos a la protección de los derechos fundamentales y a la conformidad con la Carta de Derechos Fundamentales, o la condicionalidad macroeconómica en la que se vincula la disposición y eficacia

¹⁸ Véanse conclusiones del abogado general Campos Sánchez Bordona de 18 de marzo de 2021, Alemania/Polonia, C-848/19, EU:C:2021:218, en nota a pie de página 43.

¹⁹ Véase apdo. 144 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

²⁰ Véase apdo. 147 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

²¹ Véanse apdos. 148 a 151 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21

de los fondos al respeto de obligaciones presupuestarias y de buena gobernanza económica²².

3. EL VALOR NORMATIVO PLENO DE LOS VALORES DEL ART. 2 TUE COMO IDENTIDAD DEL ORDEN JURÍDICO DE LA UNIÓN

Hay un último elemento de significado constitucional importante. El mecanismo acredita la función *estructurante* de los valores del art. 2 TUE. Es cierto que este art. no constituye una base jurídica que otorga competencias a la Unión. Pero, por otra parte, los valores que menciona no tienen una función de simple aspiración. No son letra muerta constitucional, no es simple iconografía constitucional, por tomar prestada una expresión de Joseph Weiler²³. El art. 2 TUE tiene un valor normativo pleno que está llamado a penetrar la acción del legislador de la Unión cuando éste ejerce sus competencias. El legislador puede operacionalizar esos valores cuando considere que sea necesario en cualquiera de sus políticas, también por supuesto, en materia presupuestaria o financiera, como es el caso de este instrumento.

Las sentencias del Tribunal sobre los asuntos Hungría y Polonia abundan en esta dirección. El Tribunal afirma en repetidas ocasiones que el art. 2 TUE contiene valores jurídicamente obligatorios para los Estados Miembros. En concreto, el respeto a los valores del art. 2 TUE constituye una obligación de resultado, en el sentido de que, si bien los Estados miembros disponen de un margen de apreciación en su organización interna para asegurar el respeto de los principios del Estado de Derecho, todos y cada uno de ellos deben asegurar un nivel de respeto equivalente y eficaz²⁴. Es más, la obligación de respetar los valores del art. 2 TUE está sometida a un principio de no regresión: tal obligación no es solo una condición de adhesión a la Unión conforme al

²² Estas condicionalidades están previstas por el Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados (DO 2021, L 231, p. 159). La condicionalidad medioambiental y climática, en sus arts. 6 y 9(4); el respeto de principios horizontales (derechos fundamentales) en su art. 9; la condicionalidad macroeconómica, en su art. 19.

²³ Véase el trabajo de Weiler (2005).

²⁴ Véanse apdos. 142 a 145, 168, 169, 179 y 263 a 265 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

art. 49 TUE, sino una exigencia que debe respetarse de forma continuada una vez que la adhesión ha tenido lugar²⁵.

Y porque el art. 2 TUE tiene un valor plenamente normativo, la interpretación de su significado y alcance le corresponde a la Unión de forma autónoma, en última instancia por supuesto, al Tribunal de Justicia. Estos valores no son parte intangible de la identidad constitucional nacional, sino núcleo de la identidad constitucional europea. No puede hablarse de una identidad constitucional nacional cuya salvaguardia implica que la definición de esos valores se deje al albur de cada Estado miembro. No puede subcontratarse en ellos totalmente la definición, contenido y alcance de esos valores. Su definición y puesta en práctica le corresponde a la Unión sobre la base de la autonomía de la que goza su orden jurídico frente al derecho de los Estados miembros²⁶. Y fuera del art. 7 TUE, que insta un procedimiento sometido a consideraciones primordialmente políticas, el control del respeto de los valores del art. 2 TUE por parte de las instituciones de la Unión debe estar sometido a criterios eminentemente jurídicos²⁷.

Por consiguiente, a la luz del razonamiento del Tribunal en las sentencias Hungría y Polonia, el respeto a los valores del art. 2 TUE está llamado a penetrar la acción de legislador. La verificación y control de ese respeto no se agota en el procedimiento del art. 7 TUE (recuérdese su no exhaustividad, tal y como referimos anteriormente); ni siquiera en los procedimientos en sede judicial sobre la base del art. 19, apdo. 1, TUE. Es, como afirmamos antes condición para disfrutar de los derechos que para los Estados miembros se derivan de los Tratados. Es, de alguna forma, una llamada al legislador a incorporar en las diferentes políticas de la Unión, y en la medida en que sea necesario para la consecución de los objetivos del acto de que se trate, cláusulas de condicionalidad-valores de la Unión (entre los que se encuentra el Estado de Derecho). El mecanismo condicionalidad presupuestaria Estado de Derecho sería así un modelo de desarrollo legislativo que podría inspirar construcciones análogas en cualquier otra política de la Unión.

Efectivamente, y esto nos parece muy importante, el Tribunal no se limita a bendecir tales tipos de construcciones de condicionalidad-valores, sino que evoca una suerte de deber de defensa de dichos valores que corresponde a las instituciones de la Unión²⁸. Las instituciones deben desplegar por tanto una

²⁵ Véanse apdos. 143, 144 y 223 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

²⁶ Véase apdo. 143 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

²⁷ Véanse apdos. 200 y 203 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

²⁸ Véase apdo. 268 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

actitud de agente más que de paciente en relación con la promoción y defensa de los valores del artículo 2 TUE.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Las amenazas desde algunos Estados miembros al Estado de Derecho han encontrado en los últimos años una respuesta ya por vía jurisdiccional —mediante procedimientos de infracción abiertos por la Comisión contra los Estados miembros en cuestión o mediante cuestiones prejudiciales remitidas por jurisdicciones nacionales a Luxemburgo— ya por vía política —mediante mecanismos cuya aplicación incumbe a las instituciones políticas, tales como el diálogo sobre el Estado de Derecho que tiene lugar en el Consejo²⁹, o mediante los dos procedimientos del art. 7 TUE actualmente abiertos contra Polonia³⁰ y Hungría³¹—.

Pues bien, el bagaje de la utilización de los mecanismos políticos cabe ser calificado de pobre. Las instituciones políticas (fundamentalmente el Consejo) todavía no han ejercido de forma plena la responsabilidad que los Tratados les confieren en esta materia. Esto es si cabe más claro en el marco del art. 7 TUE, cuya eficacia y buen fin tiene limitaciones claras derivadas de su propia letra y estructura.

En primer lugar, el procedimiento del 7 TUE no establece plazos para la toma de decisiones, no ofrece un horizonte temporal claro en el que la apertura, desarrollo y buen fin del procedimiento se conozca con antelación. Esto ha llevado a la dilatación excesiva de los procedimientos abiertos hasta ahora, a una suerte de limbo procedimental que no ofrece una perspectiva de acción y resolución a las partes implicadas y por tanto afecta a su razón de ser. En segundo lugar, las decisiones previstas por el art. 7 TUE, sobre todo las de las dos primeras etapas

²⁹ El diálogo sobre el Estado de derecho es un mecanismo de naturaleza informal creado por conclusiones del Consejo de 16 de diciembre de 2014, cuyo objetivo es que los Estados miembros mantengan un diálogo para promover y salvaguardar el Estado de derecho, basado en los principios de objetividad, no discriminación e igualdad de trato entre ellos. Véase documento del Consejo n.º 17014/14.

³⁰ 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.

³¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el art. 7, apdo. 1, del Tratado de la Unión Europea, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión.

se basan en modalidades de voto muy exigentes: en la primera etapa, en la que el Consejo puede constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el art. 2, este vota por una mayoría de cuatro quintos de sus miembros³². En una segunda etapa, a la que se puede acceder directamente sin haber pasado por la primera, el Consejo Europeo por unanimidad —excluyendo el voto del Estado miembro concernido por el procedimiento— puede constatar la existencia de una violación grave y persistente de los valores del art. 2 TUE por un Estado miembro. Siendo así las cosas, la posibilidad de que el procedimiento desemboque en decisiones, principalmente en la suspensión de derechos, es improbable, sobre todo en aquellas situaciones (como la actual) en las que el deterioro del Estado de derecho afecta a varios Estados miembros, que sindicán sus posiciones y votos para evitar resultados que vayan en su detrimento.

Hasta ahora parece haber una actitud algo contemplativa de las instituciones políticas tales como el Consejo hacia los otros medios de hacer frente a la crisis del Estado de derecho, los medios jurisdiccionales. Sin embargo, no se puede cargar todo el peso de una crisis, la del Estado de Derecho, que no es solo jurídica o institucional sino eminentemente política, en una institución judicial. Sin poner en cuestión ni su competencia, ni el valor de su jurisprudencia en la materia, esto entraña riesgos para el propio Tribunal de Justicia a largo plazo³³. Parece que el mensaje del Tribunal a que nos hemos referido en la sección anterior, en el sentido de que los valores del art. 2 TUE están llamados a irrigar todas las políticas de la Unión, puede leerse también como una llamada al legislador a asumir su responsabilidad en la materia y operacionalizarlos a través de sus actos.

Ejemplos análogos han mostrado cómo subcontratar la solución a problemas políticos en instituciones que no lo son pueden exponer a estas últimas a situaciones delicadas. Así, la falta de instrumentos políticos de envergadura, de política fiscal, para hacer frente a la crisis del euro llevó al Banco Central Europeo a instrumentos de política monetaria no convencional que han ensanchado sus competencias a límites inaceptables para algunos, como acreditan decisiones recientes del Tribunal Constitucional alemán. Esto ha llevado a tensiones institucionales difíciles de gestionar, entre las jurisdicciones nacionales y las instituciones de la Unión (el propio Banco Central Europeo y el Tribunal de Justicia) que ponen en cuestión el mandato y competencias de las últimas.

³² Habida cuenta de que el Estado miembro objeto del procedimiento no participa en el voto, la mayoría de cuatro quintos precisa de al menos 21 miembros del Consejo a favor (art. 354 TFUE).

³³ Véase Jacqué (2021).

En la crisis del Estado de derecho pasa algo parecido. El tiempo dirá si la aplicación del mecanismo de condicionalidad presupuestaria puede tener el valor de traer el balón del Estado de Derecho al campo de Bruselas de forma eficaz y resolutive.

Bibliografía

- Jacqué, J. P. (2021). Le juge de l'Union saisi par la politique. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 57 (4), 799-802.
- Scheppele, K. L., Pech, L. y Kelemen, D. (2018). Never missing an opportunity to miss an opportunity: the Council Legal Service opinion on the Commission's European Union budget-related rule of law mechanism. *Verfassungsblog* [blog], 12 de noviembre de 2018.
- Weiler, J. H. (2005). On the power of the word: Europe's constitutional iconography. *International Journal of Constitutional Law*, 3, 175. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-90-6704-543-8_1.