

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

**La evolución del Derecho de la UE en tiempos
de crisis**

JUAN SANTOS VARA

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones
Internacionales de la Universidad de Salamanca

Resumen:

En los últimos años, el ordenamiento UE ha estado sometido a numerosas tensiones que tienen su origen en las sucesivas crisis que han afectado al proceso de integración, junto con la configuración del sistema institucional surgido del Tratado de Lisboa. En el presente trabajo se aborda el análisis de la evolución del Derecho de la Unión Europea, prestando atención a las principales tendencias que configuran la naturaleza del sistema jurídico de la UE en la actualidad. Se percibe en el sistema jurídico e institucional de la UE un fortalecimiento de los Estados en la dinámica institucional de la Unión, acompañado del cuestionamiento de los principios y valores básicos del Derecho de la UE por parte de algunos Estados miembros. La erosión del Estado de Derecho en la UE ha venido acompañada en los últimos años de la reticencia por parte de los tribunales constitucionales de varios Estados miembros a aceptar la primacía del Derecho de la UE sin ningún tipo de pudor.

Palabras clave: *Estado de Derecho, retorno de los Estados, deriva intergubernamental, cuestionamiento de la primacía, condicionalidad financiera, reforma de los Tratados.*

Abstract

In recent years, the EU legal system has been subject to several tensions arising from the successive crises that have affected the integration process, together with the configuration of the institutional system that emerged from the Treaty of Lisbon. This paper analyses the evolution of European Union law, paying particular attention to the main trends that shape the nature of the EU legal system today. The EU legal and institutional system is witnessing a strengthening of the States in the institutional dynamics of the Union, accompanied by the questioning of the basic principles and values of EU law by some Member States. The erosion of the rule of law in the EU has been accompanied by a reluctance on the part of the constitutional courts of several Member States to accept the primacy of EU law unabashedly.

Keywords: *rule of law, return of states, intergovernmental method, questioning of primacy, financial conditionality, treaty reform.*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL RENOVADO PROTAGONISMO DE LOS ESTADOS EN EL SISTEMA INSTITUCIONAL Y JURÍDICO DE LA UE: LA IMPARABLE DERIVA INTERGUBERNAMENTAL. 1. El retorno de los Estados miembros. 2. El reforzamiento del elemento intergubernamental en la respuesta a la crisis económico y financiera. 3. La intervención de los Estados miembros en el proceso de adopción del mecanismo de condicionalidad financiera. III. LA EROSIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UE. 1. Las limitaciones de la vía pretoriana para hacer a las amenazas al Estado de Derecho. 2. La Sentencia del TJUE sobre el régimen general de condicionalidad financiera. IV. EL CUESTIONAMIENTO DE LA PRIMACÍA: UNA CUESTIÓN CLÁSICA ACOMPAÑADA DE MAYOR BELIGERANCIA. 1. Las implicaciones de la Sentencia *Weiss* del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020. 2. La negación de la primacía por parte del Tribunal constitucional polaco. 3. El cuestionamiento de la primacía por parte de los tribunales constitucionales de otros Estados miembros. V. EL PLAN DE RECUPERACIÓN «NEXT GENERATION EU»: ¿HACIA UNA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA UE?. VI. REFLEXIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN*¹

En los últimos años, el ordenamiento UE ha estado sometido a numerosas tensiones que tienen su origen en las sucesivas crisis que han afectado al proceso de integración, junto con la configuración del sistema institucional surgido del Tratado de Lisboa. En el presente trabajo se aborda el análisis de la evolución del Derecho de la Unión Europea, prestando atención a las principales tendencias que configuran la naturaleza del sistema jurídico de la UE en la actualidad. Se percibe en el sistema jurídico e institucional de la UE un fortalecimiento de los Estados en la dinámica institucional de

¹ * Agradezco a los evaluadores sus comentarios sobre el presente trabajo que han servido para mejorar su calidad.

Este artículo se ha realizado en el marco de la Cátedra Jean Monnet sobre El Poder Transformador del Derecho de la Unión Europea (TEULP), financiada por la Comisión Europea (Project: 101047458 — TEULP — ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH) y dirigida por Juan Jorge Piernas López, Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

la Unión, acompañado del cuestionamiento de los principios y valores básicos del Derecho de la UE por parte de algunos Estados miembros. La tensión entre los métodos comunitario e intergubernamental, que ha estado siempre presente en el proceso de integración europea, se presenta desde hace varios años claramente desequilibrada hacia el componente intergubernamental. Las crisis de la deuda soberana y de inmigración han intensificado esta tendencia en el sistema institucional de la UE que se ha materializado en la omnipresencia del Consejo Europeo. Asimismo, el proceso de adopción del Reglamento 2020/2092 por el que se instaura el nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros constituye un ejemplo manifiesto de intervención de los Estados en el procedimiento de adopción de decisiones².

La erosión del Estado de Derecho en la UE ha venido acompañada de la reticencia por parte de los tribunales constitucionales de varios Estados miembros a aceptar la primacía del Derecho de la UE sin ningún tipo de pudor. En los últimos años, las tendencias intergubernamentales imperantes en la UE han venido también acompañadas de un auge de la deriva nacionalista y populista en algunos Estados miembros que ha conducido a un cuestionamiento continuo de las estructuras jurídicas y políticas en las que se fundamenta la Unión. Frente a esta dinámica, se aprecia un cierto fortalecimiento de la dimensión integracionista en la respuesta proporcionada recientemente a la crisis generada por la pandemia del COVID-19.

La presente investigación ha de ser enmarcada en el contexto de una serie de crisis muy importantes que han afectado al proceso de integración en los últimos años. Obviamente, en un trabajo que tiene una extensión limitada no se pretende examinar de forma exhaustiva todas las cuestiones jurídicas que presentan una gran relevancia para examinar el estado del Derecho de la Unión Europea en la actualidad. Por esta razón, la presente investigación se centra en el análisis de aquellas cuestiones que presentan un mayor interés para llevar a cabo un diagnóstico de la evolución del ordenamiento jurídico de la UE en un período histórico en el no cesan de sucederse las crisis, entre las que destacan las de la deuda soberana, la inmigración, el Brexit, y más recientemente la pandemia del COVID-19 y la invasión de Ucrania por la Federación rusa.

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 L 433, 22.12.2020, p. 1.

II. EL RENOVADO PROTAGONISMO DE LOS ESTADOS EN EL SISTEMA INSTITUCIONAL Y JURÍDICO DE LA UE: LA IMPARABLE DERIVA INTERGUBERNAMENTAL

1. El retorno de los Estados miembros

En el recurso al método supranacional y federal, junto con el paradigma constitucional, se encuentran las claves explicativas del proceso de integración europea. Sin embargo, no se puede obviar el fortalecimiento del elemento intergubernamental como consecuencia del renovado protagonismo que han adquirido los Estados miembros en la dinámica institucional de la UE en lo que se ha denominado “el retorno de los Estados”³. El renovado protagonismo de los Estados miembros en el sistema jurídico de la UE se percibe con claridad a partir de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa y, sobre todo, en las respuestas proporcionadas a las sucesivas crisis a las que se ha enfrentado la UE en la última década y, en particular, las de la deuda soberana, la inmigración, y más recientemente la pandemia del COVID-19. Se ha argumentado siempre que los Estados son los “señores de los tratados”, pero ante el creciente refuerzo del poder estatal en la UE, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES ha afirmado que “quizá habría que perfilar el concepto y considerar que, en realidad los Estados son los ‘dueños del proceso’ y no solo de los tratados”, ya que éstos no dudan en recurrir a mecanismos de Derecho internacional ajenos a los Tratados cuando lo consideran apropiado mediante la celebración de acuerdos *inter se* o *extra muros* de los Tratados⁴. El reforzamiento de los Estados en el proceso de integración se percibe tanto en la configuración de los propios Tratados de la UE tras la reforma introducida por el Tratado de Lisboa como en algunas de las iniciativas políticas más importantes adoptadas en los últimos años.

³ Sobre el retorno de los Estados tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, veáanse MOUTON J. D., “L’État membre entre souveraineté et respect de son identité: quelle Union européenne?”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 2012, nº 556, pp. 204-209; JOLIVET, S., “L’égalité des États membres de l’Union européenne. Vers une conception de l’égalité étatique autonome du droit international?”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, nº 3, 2015, p. 384.

⁴ MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J., “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*, nº 50, 2015, pp. 144 y 146.

El renovado protagonismo de los Estados aparece claramente reflejado en la introducción de una serie de elementos que refuerzan su posición en el sistema jurídico e institucional tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, entre los que destaca el contenido del art. 4.2 TUE. Esta disposición prevé que la Unión ha de respetar “la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional” y también “las funciones esenciales del Estado”. El contenido actual del art. 4.2 TUE tiene su origen en la Convención Europea que elaboró el Tratado Constitucional y se terminó de perfilar en la Conferencia Intergubernamental que se desarrolló en 2003 y 2005. En palabras de CRUZ VILLALÓN, esta disposición es “el artículo por excelencia de los Estados miembros” y en el que se materializa una “garantía de estatalidad”⁵. Por lo tanto, el art. 4.2 TUE se ha convertido en “la clave de bóveda” en la que se materializa la posición reforzada de los Estados en el sistema jurídico de la UE y, por lo tanto, en la garantía de protección de su estatalidad⁶. El principio de la identidad nacional se configura como uno de los elementos fundamentales incluidos en el art. 4.2 TUE y del que no se puede proporcionar una definición sin ambigüedades.

Por lo que se refiere al Consejo Europeo, los Tratados le atribuyen la misión de proporcionar a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definir sus orientaciones y prioridades políticas generales (art. 15.1 TUE). El incremento de los supuestos en los que se confieren poderes específicos al Consejo Europeo, junto con la introducción de presidencias estables de esta institución, ha traído consigo que la capacidad de influencia de los Estados miembros en el proceso de adopción de decisiones no haya hecho más que intensificarse tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Consecuentemente el consenso ha sustituido muy a menudo a la mayoría cualificada. Asimismo, el Consejo Europeo interfiere de manera constante en el proceso de adopción de decisiones, de modo que el resto de las instituciones se limitan a veces a implementar las decisiones adoptadas en el marco de las reuniones del Consejo Europeo. Así, esta institución ha asumido un papel de liderazgo en la reacción frente a las sucesivas crisis

⁵ CRUZ VILLALÓN, P. “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 17, 2013, pp. 504 y 505.

⁶ Véase MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J., “La posición de los Estados miembros...”, *loc. cit.*, p. 151; GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “El estado del Derecho de la Unión Europea. Diagnóstico para después de una crisis”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, nº 9, 2018.

que se han sucedido en los últimos años y, en particular, en el marco de la crisis de la deuda soberana y de la crisis migratoria iniciada en 2015 que ha conllevado un detrimento notable del rol atribuido a la Comisión y al Parlamento en los Tratados. Igualmente, algunas de las innovaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en relación con el Consejo han conducido a reforzar la deriva intergubernamental de la Unión, entre las que destacan la nueva configuración del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y los poderes atribuidos al Eurogrupo⁷.

2. El reforzamiento del elemento intergubernamental en la respuesta a la crisis económica y financiera

Por lo que se refiere a las iniciativas que denotan el reforzamiento del elemento intergubernamental en el sistema jurídico e institucional de la UE, sobresalen claramente algunos de los instrumentos jurídicos adoptados para hacer frente a las consecuencias de la crisis económica y financiera. Ante una crisis que amenazaba la propia supervivencia de la Eurozona, la UE no disponía de bases jurídicas que permitiesen responder a la crisis financiera y de deuda pública, y la recuperación de los poderes soberanos por los Estados miembros no ofrecía una alternativa real para hacer frente a una emergencia sin precedentes. Por esta razón, se preconizó la búsqueda de soluciones en el marco del Derecho internacional que permitieran una actuación concertada de los Estados miembros⁸. El escoramiento intergubernamental se percibe con particular intensidad en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG), de 2 de marzo de 2012⁹. Se encomiendan a las instituciones de carácter supranacional una serie de atribuciones específicas en el marco de un instrumento jurídico elaborado al margen de los Tratados de la Unión. Por lo que se refiere a la Comisión, se le confieren prerrogativas en el ámbito de la supervisión que son “muy

⁷ En relación con la reunión informal de los Estados del euro que constituye el Eurogrupo, E. CHITI y P. TEIXEIRA han señalado que “they assume the equal position of the Member States of the euro area, but they have been de facto dominated by a directorium of Member States”, (“The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis”, *CMLRev.*, vol. 50, 2013, p. 687).

⁸ En opinión de LÓPEZ ESCUDERO, el principal aspecto crítico radica en que la asistencia financiera, y la condicionalidad que la acompaña, se ha encauzado a través de una *hibridación de normas de Derecho de la Unión y normas internacionales* que, en teoría, permanecen formalmente ajenas al Derecho de la Unión. Esta hibridación ha desdibujado el derecho primario de la de la Unión como parámetro de validez de esa respuesta y, consecuentemente, ha dificultado su control jurisdiccional por parte del TJUE y de los tribunales internos (“La degradación de las exigencias del Estado de Derecho en el ámbito de la Unión Económica y Monetaria”, en LIÑÁN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRÍGUEZ P. (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Tecnos, 2018, pp. 190 y ss.).

⁹ BOE núm. 178, de 26 de julio de 2012.

propias de su labor comunitaria como «guardiana de los tratados», pero el esquema intergubernamental que inspira el nuevo tratado debilita notablemente su papel como depositaria del interés supranacional”¹⁰. Igualmente, se confiere al TJUE una competencia singular para controlar judicialmente el cumplimiento efectivo del TCEG mediante la cláusula compromisoria prevista expresamente en el artículo 273 TFUE¹¹. Se ha criticado acertadamente desde el primer momento que el Parlamento Europeo se haya mantenido al margen de un tratado internacional que incide en un tema de tanta relevancia para los ciudadanos europeos. Igualmente, en el Tratado sobre el Mecanismo de Estabilidad Europeo (MEDE) y en los instrumentos jurídicos que lo han precedido se autorizó a los Estados de la zona euro a utilizar algunas instituciones propias de la UE (Comisión, Consejo, Tribunal de Justicia y BCE) para elaborar y vigilar los programas de ajuste macroeconómico que acompañan a toda asistencia financiera, dejando de lado el control democrático o el respeto de la Carta de derechos fundamentales.

Por lo tanto, los tratados MEDE y TCEG se han elaborado en el marco del Derecho internacional y al margen de las atribuciones conferidas a las instituciones en el ordenamiento jurídico de la UE. No deja de ser paradójico que se recurra a algunas instituciones de la Unión para lograr los objetivos previstos en los mencionados tratados. Es preciso recordar que el TJUE consideró en *Pringle* que la atribución de prerrogativas específicas a las instituciones en el MEDE y en el TCEG no constituyen una violación de los Tratados de la UE en la medida en que no afectan a las competencias exclusivas de la Unión¹². El TJUE aceptó que era compatible con el Derecho de la Unión proporcionar asistencia financiera a los Estados miembros sujeta a condicionalidad mediante la creación del MEDE y su articulación jurídica al margen de los Tratados. Incluso la intensa implicación de las instituciones en su gestión no conllevaba la aplicación del Derecho de la Unión, pues no tenían asignadas competencias de decisión¹³.

¹⁰ MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 42, 2012, p. 19.

¹¹ El TCEG prevé en el artículo 8 que cualquier Parte Contratante pueda someter al control del Tribunal de Justicia la verificación de que otra Parte Contratante ha incumplido la obligación de incorporar al Derecho nacional (en normas «preferentemente de rango constitucional») la obligación de cumplir las reglas presupuestarias fijadas con detalle en el art. 3.1 del mencionado instrumento.

¹² Sentencia de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C-370/12, EU:C: 2012:756, apdo. 185.

¹³ Como ha afirmado LOUIS: “no deja de ser paradójico que mecanismos o tratados internacionales como el Tratado MEDE o el Tratado sobre la estabilidad, la coordinación y la convergencia («Fiscal compact»), de 2 de marzo 2012, sean en efecto instrumentos para la implementación de reglas y principios del Derecho

En definitiva, no correspondió al sistema institucional previsto en los Tratados liderar la respuesta a la crisis económica y financiera que ha puesto de manifiesto las debilidades que caracterizaban a la Unión Económica y Monetaria¹⁴. El gran peso de lo intergubernamental se deriva no solo del gran protagonismo que han adquirido el Consejo Europeo y el Consejo, sino también de la aparición de instancias decisorias intergubernamentales como el Eurogrupo o las Cumbres del Euro. Esto se ha hecho especialmente visible en el contexto de los rescates financieros y, últimamente, en la reacción de la UE a la crisis económica generada por la pandemia¹⁵. En relación con las implicaciones de la gobernanza económica para el equilibrio institucional, ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA ha señalado que:

“El Consejo Europeo ha demostrado que no necesita ejercer funciones legislativas porque de hecho diseña la política legislativa que luego endosa el triángulo institucional y esto sucede sin que esté sometido a más control que la obligación del Presidente de informar al Parlamento Europeo tras cada reunión”¹⁶.

Tal y como había anticipado la doctrina en su momento, este breve examen de la práctica desarrollada en los últimos años sirve para confirmar que el Tratado de Lisboa ha propiciado una clara “deriva intergubernamental”¹⁷, “el escoramiento intergubernamental de la Unión”¹⁸ o “la alargada sombra de los Estados” en el sistema

de la Unión” “La sentencia Pringle”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, 2013, p. 20. Como señalo en su momento, LÓPEZ ESCUDERO M. “los Estados de la zona euro y las instituciones de la UE se han visto obligados a “inventar” mecanismos jurídicos no previstos en el derecho originario para hacer frente a las consecuencias de la crisis” (“La Unión Europea ante la crisis económica y financiera”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 39, 2011, p. 354).

¹⁴ Para CHITI y TEIXEIRA “the co-existence of the decision-making processes of the Union method and intergovernmentalism with a multiplicity of EU configurations will lead to an inevitable attrition that will further hinder the effectiveness of the EU institutions. The relative dependence of the Commission on the agenda set by the European Council is one of the signals” (“The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis”, *CMLRev.*, vol. 50, 2013, p. 707).

¹⁵ En la primavera de 2020, el Eurogrupo coordinó los planes de recuperación económica de la UE con el lanzamiento del ESM’s Pandemic Crisis Support. Véase, los comentarios de Mario Centeno tras la reunión por videoconferencia de 8 de mayo de 2020, Council press release 293/20 of 8 May 2020, announcing what the ESM’s Board of Governors was going to decide following a Eurogroup meeting.

¹⁶ ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P., “El Estado de Derecho en el sistema institucional de la Unión Europea: realidades y desafíos”, en LIÑÁN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRÍGUEZ P. (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, op. cit., p. 149).

¹⁷ Estudio preliminar en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. y URREA CORRES, M., *El Tratado de Lisboa*, 1ª ed., Marcial Pons, 2008.

¹⁸ MANGAS MARTÍN, A., “El escoramiento intergubernamental de la Unión”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa — La salida de la crisis constitucional*, Iustel-AEPDIRI, Madrid, 2008, págs. 227-239

institucional de la Unión¹⁹. En estas circunstancias, difícilmente se puede identificar un interés general de la Unión, distinto de los intereses de los Estados miembros, ya que tales intereses vienen definidos en un proceso de adopción de decisiones que se basa en la combinación de los intereses de los Estados miembros o, mejor dicho, de sus gobiernos. Esta deriva intergubernamental del sistema institucional de la UE no se ha encontrado precisamente con una oposición por parte de las dos instituciones que tienen un carácter claramente supranacional: el Parlamento y la Comisión. Las continuas cesiones del ejercicio de competencias soberanas por parte de los Estados miembros a la Unión parecen realizarse a condición de que sean ejercidas colectivamente, de modo que puedan determinar la intensidad del proceso de integración. Por esta razón, se ha señalado que se ha producido una “desinstitucionalización de la UE” y que “el sistema institucional y el método de la UE han dejado de funcionar en el pilotaje global de momentos decisivos”²⁰. En opinión de CANNIZZARO, el hecho de dejar de lado el equilibrio institucional ha creado “an institutional desert, where the political power is concentrated in the hand of the States acting through the European Council”²¹. La deriva intergubernamental ha venido acompañada del papel protagonista que han asumido algunos Estados miembros en la respuesta de la Unión a la crisis económica y financiera. De este modo, la dinámica política ha conducido a que un reducido número de miembros del Consejo Europeo determinen las decisiones del Consejo²².

3. La intervención de los Estados miembros en el proceso de adopción del mecanismo de condicionalidad financiera

La intervención de los Estados miembros en el proceso de adopción del mecanismo de condicionalidad financiera constituye un ejemplo manifiesto del renovado protagonismo de los Estados en el sistema institucional y jurídico de la UE. La Comisión presentó la propuesta sobre el mecanismo de condicionalidad presupuestaria en mayo de

¹⁹ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “El Tratado de Lisboa y la alargada sombra de los Estados”, *RDCE*, nº 18, 2010, pp. 55-73.

²⁰ MANGAS MARTÍN, A., “El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción”, *RDCE*, nº 50, pp. 41-42.

²¹ CANNIZZARO, E., “Disintegration Through Law?”, *European Papers: A Journal on Law and Integration*, vol. 1, nº 1, 2016, p. 4.

²² Se ha señalado acertadamente que “el predominio continuado del directorio revela un intergubernamentalismo asimétrico desconocido en un proceso que siempre hizo gala de una simetría cooperativa” (MANGAS MARTÍN, A., “El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción”, *op. cit.*, p. 42).

2018 ante la falta de avances en el marco de los procedimientos del art. 7 TUE iniciados contra Polonia y Hungría, y antes de que el TJUE hubiera inaugurado la nueva línea jurisprudencial sobre el Estado de Derecho, que será objeto de análisis más adelante²³. 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 presupuesto de la Unión si sus autoridades públicas actúan conforme a derecho²⁴. La activación del nuevo mecanismo se hace depender de que se cometa una violación de los principios del Estado de Derecho en un Estado miembro, que afecte o amenace 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”²⁵. El Reglamento incorpora una definición del Estado de Derecho, que se basa en elementos dimanantes de la jurisprudencia del Tribunal, así como una serie de indicios de vulneración de los principios del Estado de Derecho²⁶. La Comisión ha puesto en marcha por primera vez este mecanismo el pasado 30 de noviembre de 2022 en relación con Hungría por considerar que no ha progresado lo

²³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros, COM/2018/324 final, 2.5.2018. La propuesta recibió una acogida muy buena por parte del Parlamento Europeo. Sin embargo, el Servicio Jurídico del Consejo consideró, en un dictamen que ha sido muy criticado, que la UE no disponía de competencias para su adopción. La denegación de acceso a este documento fue impugnada ante el Tribunal General (Sentencia de 21 de abril de 2021, *Pech/Consejo*, T-252/19, ECLI:EU:T:2021:203).

²⁴ Considerando 8 del preámbulo del Reglamento 2020/2092.

²⁵ Art. 4, apdos. 1 y 2 del Reglamento 2020/2092. Corresponde al Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, adoptar medidas de suspensión o de cancelación de fondos europeos y la determinación del volumen e importancia de esas medidas se realiza conforme a criterios de proporcionalidad establecidos en el propio Reglamento. En caso de que deje de existir una afectación o amenaza de afectación grave a la buena gestión del presupuesto de la Unión o a la protección de sus intereses financieros, tal circunstancia implicaría el levantamiento de las medidas adoptadas sobre la base de dicho Reglamento (por ejemplo, la suspensión de pagos), aunque persistieran las violaciones de los principios del Estado de Derecho constatados.

²⁶ Arts. 2, letra a) y 3 del Reglamento 2020/2092. Se entiende por Estado de Derecho “el valor de la Unión consagrado en el artículo 2 del TUE. Comprende los principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas; de seguridad jurídica; de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; de tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales; de separación de poderes, y de no discriminación e igualdad ante la ley. El Estado de Derecho se entenderá habida cuenta de los demás valores y principios de la Unión consagrados en el artículo 2 del TUE”.

suficiente en las reformas previstas y ha propuesto congelar 7.500 millones que le corresponden de los programas de cohesión²⁷.

Como consecuencia de la presión ejercida por Polonia y Hungría, y la necesidad de aprobar el nuevo Marco Financiero Plurianual y el Next Generation EU (NGEU), el Consejo Europeo decidió alterar la dinámica del sistema institucional en relación con la eventual aplicación del Reglamento por el que se introduce el mecanismo dirigido a proteger el presupuesto de la Unión ante violaciones de los principios del Estado de Derecho cometidas por los Estados miembros²⁸. En las conclusiones del Consejo Europeo del 10 y 11 de diciembre de 2020 se adoptó un compromiso sobre el mecanismo general de condicionalidad que tuvo el efecto de premiar a los dos Estados que se oponían a su introducción “while disrupting the EU system of checks and balances”²⁹. El Consejo Europeo solicitó a la Comisión que no se proceda a la activación del mecanismo hasta que no se adopte una comunicación interpretativa de su aplicación (directrices), y “en caso de que se interponga un recurso de anulación en relación con el Reglamento, las directrices se finalizarían tras la sentencia del Tribunal de Justicia a fin de incorporar todo elemento pertinente derivado de dicha sentencia”³⁰. Esta desnaturalización e instrumentalización del rol atribuido a las instituciones en los Tratados se percibe con claridad en las declaraciones de algunos miembros del Consejo Europeo. En opinión del Primer Ministro Polaco Morawiecki:

²⁷ European Commission, “Commission finds that Hungary has not progressed enough in its reforms and must meet essential milestones for its Recovery and Resilience funds”, comunicado de prensa, 30 de noviembre de 2022.

²⁸ Con arreglo al art. 311, apdo. 3, la Decisión sobre el sistema de recursos propios ha de ser aprobada no solo por unanimidad en el Consejo y previa consulta al Parlamento Europeo, sino que solo entrará en vigor una que haya sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

La versión en vigor es la Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom, DO L 424, 15.12.2020, p. 1 (DRP). El marco financiero plurianual ha de ser adoptado por el Consejo por unanimidad, previa aprobación del Parlamento. Fue adoptado el 17 de diciembre de 2020, junto con el Acuerdo Interinstitucional para su aplicación, tal y como suele ser habitual (Reglamento 2020/2093 del Consejo de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2021-2027, DO L 433, 22.12.2020, p. 11).

²⁹ HILLION, C., “A(nother) lost opportunity?: The European Council and Domestic Assaults on the EU Constitutional Order”, Verfassungsblog, 3 November 2021, disponible en <https://verfassungsblog.de/another-lost-opportunity> (última revisión el 23/04/2022).

³⁰ Véase Conclusiones del Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2020, documento nº EUCO 22/20, párras. 1 a 4.

“The conclusions are a permanent act of the European law, they’re close to primary law, they’re close to the treaty. They’re above regulations (...). It can only be changed if we change the conclusions in the future, which would require unanimity.”³¹

Esta declaración tuvo su eco en el resto de miembros del Consejo Europeo, pues les condujo a intervenir en el procedimiento legislativo relativo a la adopción del Reglamento de Condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión y a afectar negativamente a las prerrogativas de las otras instituciones y, en particular, de la Comisión y del TJUE. En este caso, parece que existe un interés común “in shaping EU law through novel means, with reference to the weight of unanimity between national governments”³². Se puede argumentar que este arreglo político tuvo el efecto positivo de evitar el bloqueo de la aprobación del Marco Financiero Plurianual y del NGEU. Sin embargo, esta flexibilidad puede conducir a intensificar el proceso de “legal disintegration”³³, sobre todo cuando el compromiso político logrado en el Consejo Europeo de diciembre de 2020 se acompaña de condiciones adicionales en las que se enfatiza la retórica a la que han recurrido las democracias iliberales al señalar que el nuevo mecanismo “debe aplicarse respetando plenamente el artículo 4, apartado 2, del TUE, en concreto la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos”³⁴. Esta manera de proceder es especialmente grave ya que, como ha sido señalado recientemente, el nuevo Reglamento “es, fundamentalmente, un instrumento de un valor constitucional e institucional mayor” y “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”³⁵. Igualmente, se aprecia también un reforzamiento de

³¹ BRZOZOWSKI A. y MOJAK, M., “Rule of Law Split Looms Over Poland’s Ruling Coalition”, *Euractiv*, 10 December 2020, disponible en https://www.euractiv.com/section/politics/short_news/rule-of-law-split-looms-over-polands-ruling-coalition/ (última revisión el 23/04/2022).

³² UITZ, R., “The Rule of Law in the EU: Crisis – Differentiation – Conditionality”, *European Papers: A Journal on Law and Integration*, vol. 7, nº 2, 2022.

³³ HILLION, C., “A(nother) lost opportunity?...”, loc. cit.

³⁴ Conclusiones del Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2022, parra. 2.

³⁵ DE GREGORIO MERINO, A., “El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 71, 2022, p. 12.

la tendencia intergubernamental en la reacción de la UE a los desafíos generados por el COVID-19 y, en particular, en el proceso de adopción del NGEU³⁶.

III. LA EROSIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA

1. Las limitaciones de la vía pretoriana para hacer frente a las amenazas al Estado de Derecho

En los últimos años, el TJUE ha adoptado una posición tenaz para defender el Estado de Derecho en la UE y hacer frente a la pretensión de algunos Estados miembros de normalizar las denominadas “democracias iliberales” en la UE³⁷. La erosión del Estado de Derecho es, sin lugar a dudas, uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta la Unión en la actualidad. La involución del Estado de Derecho que ha tenido lugar en varios Estados miembros y, sobre todo en Polonia y Hungría, ha desterrado definitivamente el mito de que Unión impide regresiones en este ámbito³⁸. Ante los pobres resultados logrados en el marco de los mecanismos políticos para hacer frente a las amenazas al Estado de Derecho por parte de algunos Estados miembros, el TJUE ha erigido una barrera para frenar los riesgos derivados de esta crisis mediante su jurisprudencia³⁹. Basta examinar el devenir de los dos procedimientos del art. 7 TUE actualmente abiertos contra

³⁶ Esta cuestión será objeto de análisis en el último apartado de este trabajo.

³⁷ A la hora de adentrarse en el estudio del Estado de Derecho es necesario tener en cuenta las aportaciones del Consejo de Europa, que ha sido la primera organización internacional que ha incluido el Estado de Derecho en su propio convenio constitutivo y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Para obtener un análisis minucioso de las aportaciones del Consejo de Europa, véase SALINAS DE FRÍAS, A., “Estado de Derecho o «Rule of Law»: valor de base y principio de acción del Consejo de Europa”, en LIÑÁN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRÍGUEZ P. (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, op. cit., pp. 89-125). El TEDH ha contribuido también a hacer frente a la involución del Estado de Derecho en relación con la independencia judicial. Para un análisis comparativo de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, se puede consultar la contribución de ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARIA, P., “Rule of Law and Judicial Independence in the Light of CJEU and ECtHR Case Law”, en IZQUIERDA-SANS, C. y otros, *Fundamental Rights Challenges. Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation*, Springer, pp. 167-187.

³⁸ KOCHENOV D. y BÁRD, P., “The Last Soldier Standing? Courts vs Politicians and the Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU”, *European Yearbook of Constitutional Law*, 2019, pp. 242-287.

³⁹ Véase GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “En el nombre de los valores: El tribunal de Luxemburgo como garante del Estado de Derecho... En los Estados miembros de la Unión”, SALINAS DE FRÍAS, A. (dir.), MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (dir.), *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales: Desafíos para la seguridad, la sostenibilidad y el estado de derecho*, 2001.

Polonia⁴⁰ y Hungría⁴¹ para comprender que no se han logrado resultados satisfactorios mediante el recurso a los mecanismos políticos⁴². Ello se debe a que las modalidades de votación en el seno del Consejo son particularmente exigentes. En estas circunstancias, no es probable que el procedimiento del art. 7 TUE termine con la adopción de decisiones que conlleven la suspensión de derechos, sobre todo en aquellas situaciones (como la actual) en las que el deterioro del Estado de Derecho afecta a varios Estados miembros, que se apoyan entre ellos para evitar resultados negativos⁴³. En realidad, no se puede concebir el art. 7 TUE como el único mecanismo disponible para garantizar el respeto de los valores del art. 2 TUE y, en particular, del Estado de Derecho⁴⁴. Los diversos pronunciamientos sobre la vulneración del Estado de Derecho en Polonia nos muestran que existen también vías jurídicas para hacer frente a este tipo de violaciones. Es preciso señalar que los problemas en relación al Estado de Derecho y, en particular, la independencia judicial afectan a la generalidad de los Estados miembros, si bien en

⁴⁰ 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.

⁴¹ En el caso de Hungría, tuvo que ser el Parlamento quien llevo el asunto ante el Consejo. Véase 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, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, Doc. 2017/2131(INL). Esta Resolución fue impugnada judicialmente por Hungría, al considerar que en la votación el Parlamento infringió gravemente lo dispuesto en el art. 354 TFUE y en su propio Reglamento interno. Sin embargo, el TJUE desestimó el recurso interpuesto porque solo le compete pronunciarse sobre la legalidad de la Resolución impugnada en lo referente al respeto de las reglas de procedimiento contempladas en el art. 7 TUE (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de junio de 2021, *Hungría/Parlamento Europeo*, C-650/18, EU:C:2021:426).

⁴² En los últimos años se ha puesto en marcha otros mecanismos políticos, entre los que destaca el diálogo sobre el Estado de Derecho que tiene lugar en el Consejo. Se trata de un mecanismo de naturaleza informal creado en virtud de las 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 nº 17014/14. Para examinar la evolución de los mecanismos políticos de control, véase PECH, L., “The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox”, EU Project RECONNECT, Working Paper nº 7, 2020; y UITZ, R., “The perils of defending the rule of law through dialogue”, *European Constitutional Law Review*, vol. 15, nº 1, 2019, pp. 1-16.

⁴³ MARTÍN RODRÍGUEZ ha señalado que “los mecanismos políticos cuya principal ventaja es la de escapar con facilidad al corsé competencial del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión han desvelado, a pesar de su continua renovación, amplias diferencias entre las instituciones y una alarmante pasividad política en el seno de los Estados miembros” (*El Estado de Derecho en la Unión Europea*, op. cit., p. 88). Véase también CERVEL HORTAL, M., *Unión de valores: ¿realidad o desiderátum? La protección del Estado de Derecho en el seno de la Unión Europea*, Aranzadi, 2022.

⁴⁴ Esta opinión es ampliamente compartida por la doctrina. Véase, entre otros, CORTÉS MARTÍN, J. M., “Del impasse político al control jurisdiccional en la defensa del Estado de Derecho”, en MARTÍN RODRÍGUEZ (dir.), *Nuevo mundo, nueva Europa – La redefinición de la Unión Europea en la era del Brexit*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 256; MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, op. cit., p. 101.

intensidades diferentes⁴⁵. Como ha señalado recientemente el Presidente del TJUE, LENAERTS, “quizás, parafraseando a Stefan Zweig en el «Mundo de Ayer», los políticos no habrían soñado, ni siquiera, con amenazar la independencia de los jueces al ser la misma parte esencial de nuestro patrimonio europeo”⁴⁶. El mismo autor señala que “se creía en la premisa según la cual todos los gobiernos de los Estados miembros harían suyo el lema de «en los tribunales confiamos» para dar impulso a la construcción europea”⁴⁷.

La jurisprudencia del TJUE sobre la crisis del Estado de Derecho ha adquirido un desarrollo espectacular a partir del célebre asunto *Asociación Sindical de los Jueces Portugueses* en el que el Tribunal conecta por primera vez el valor del Estado de Derecho, proclamado en el art. 2 TUE, con el art. 19 TUE, desvinculando el ámbito de aplicación de esta disposición del Derecho de la UE⁴⁸. En el art. 19 TUE se confía a los órganos jurisdiccionales nacionales y al TJUE la tarea de garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros. El TJUE recuerda que corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recursos y de procedimientos que garanticen las exigencias de la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión⁴⁹. El Tribunal afirma que:

“La garantía de independencia, que es inherente a la misión de juzgar (...) no solo se impone, en el ámbito de la Unión, en lo que respecta a los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia y a los jueces del Tribunal General, tal como prevé el artículo 19 TUE, apartado 2, párrafo tercero, sino que también obliga, en el ámbito de los Estados miembros, en lo que respecta a los jueces y tribunales nacionales”⁵⁰.

En consecuencia, la referencia a los «ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión» supone que la obligación de respetar la independencia de los órganos judiciales

⁴⁵ Esta realidad aparece reflejada en los tres Informes de la Comisión sobre el Estado de Derecho en la Unión Europea publicados hasta ahora.

⁴⁶ LENAERTS, K., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial”, *RDCE*, nº 72, 2022, p. 355.

⁴⁷ *Ibid.* p. 358.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, *Asociación Sindical de los Jueces Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117. El TJUE señala que “el artículo 19 TUE, que se refiere con mayor concreción al valor de Estado de Derecho proclamado en el artículo 2 TUE, atribuye el cometido de garantizar el control judicial en el ordenamiento jurídico de la Unión no solo al Tribunal de Justicia, sino también a los tribunales nacionales” (apdo. 32).

⁴⁹ *Ibid.*, apdo. 37.

⁵⁰ *Ibid.*, apdo. 42.

nacionales no depende de si el Estado miembro está o no aplicando el Derecho de la Unión, ya que resulta esencial para que los tribunales ordinarios puedan garantizar la tutela judicial efectiva. La interpretación expansiva del art. 19 TUE llevada a cabo por el TJUE en *Asociación Sindical de los Jueces Portugueses* estaba destinada a ser desarrollada poco tiempo después en otros casos que han ido llegando al Tribunal mediante cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales o en virtud de recursos de incumplimiento presentados por la Comisión cada vez que se ponía en riesgo la protección judicial efectiva. Con anterioridad existía un debate sobre si se podía recurrir al recurso por incumplimiento para hacer frente a la erosión del Estado de Derecho. El debate ha quedado definitivamente superado tras la sentencia *Asociación Sindical de los Jueces Portugueses* en relación con la independencia judicial.

A continuación, se presentarán las principales implicaciones de algunas de las sentencias más relevantes del TJUE en esta materia, pero no es posible en este trabajo llevar a cabo un examen detallado de una línea jurisprudencial que ha adquirido un desarrollo espectacular en los últimos tres años. Poco tiempo después de la sentencia *Asociación Sindical de los Jueces Portugueses*, el TJUE fue llamado a pronunciarse sobre la independencia judicial en los asuntos *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, de 25 de julio de 2018 y en *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, de 24 de junio de 2019. El primer asunto se refería a la independencia de las autoridades judiciales de Polonia al emitir órdenes de detención europeas y el segundo a la reducción de la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo del mismo país⁵¹. En ambos pronunciamientos, el TJUE pone de manifiesto la relevancia que presenta la necesidad de garantizar la independencia de los jueces nacionales para poder garantizar la protección de los derechos que el ordenamiento jurídico de la UE otorga a los justiciables, y de los valores comunes de los Estados miembros, enumerados en el art. 2 TUE y, en particular, del Estado de Derecho⁵². En el asunto *Minister for Justice and Equality*, el TJUE señala que los principios de independencia judicial y confianza mutua están interrelacionados, de modo que los órganos jurisdiccionales de los Estados

⁵¹ Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, apdo. 48; Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, EU:C:2019:531.

⁵² *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, apdo. 48; *Comisión c. Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, apdo. 58.

miembros dejarán de confiar entre ellos si no ejercen sus funciones de manera independiente e imparcial⁵³. En la sentencia *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, el Tribunal presta mucha atención a la percepción por parte de los justiciables de la independencia e imparcialidad de los jueces y considera que Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 19 TUE, apdo. 1, párrafo segundo, al introducir una normativa encaminada a reducir la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo⁵⁴.

En el caso de Polonia, uno de los desafíos más importantes en relación con la erosión del Estado de Derecho tiene su origen en el establecimiento de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo. En la sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2019, *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*⁵⁵, el TJUE estableció un método detallado para examinar la independencia de los jueces internos, pero consideró que corresponde al órgano jurisdiccional que planteó la cuestión prejudicial determinar, teniendo en cuenta todos los datos pertinentes de que disponga, si la Sala Disciplinaria es realmente un tribunal independiente e imparcial⁵⁶. A raíz de este pronunciamiento del TJUE, la Sala de Social del Tribunal Supremo determinó que la Sala Disciplinaria era incompatible con las exigencias del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales, pues no podía considerarse ni imparcial ni independiente de los poderes legislativo y ejecutivo⁵⁷. Sin embargo, el Tribunal Constitucional desautorizó al Tribunal Supremo y la tensión sobre esta cuestión entre la Comisión y el gobierno polaco no ha

⁵³ *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, apdos. 58-59.

⁵⁴ El TJUE sigue un razonamiento similar en la Sentencia de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia (independencia de los Tribunales Ordinarios)*, C-192/18, EU:C:2019:924. Este caso se refería a la jubilación de los jueces de los tribunales ordinarios. Además, se consideró incompatible con el Derecho de la UE la discriminación entre jueces y juezas al prever una edad distinta de jubilación para cada uno de estos dos grupos.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, *A. K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, C-585/18, C-624/18 and 625/18, EU:C:2019:982

⁵⁶ El TJUE determina que “así ocurre cuando las condiciones objetivas en las que se creó el órgano de que se trate, sus características y la manera en que se ha nombrado a sus miembros puedan suscitar dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en cuanto a la impermeabilidad de este órgano frente a elementos externos, en particular frente a influencias directas o indirectas de los poderes Legislativo y Ejecutivo, y en cuanto a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio, y por lo tanto pueden dar lugar a una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de dicho órgano susceptible de menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática”. Véase apdo. 171 de la Sentencia *A. K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*.

⁵⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2019, *A.K., PO 7/18*, disponible https://ruleoflaw.pl/wp-content/uploads/2020/02/III-PO-0007_18_English.pdf (última revisión el 2 de octubre de 2022).

encontrado aún una solución definitiva⁵⁸. El TJUE volvió a conocer de esta cuestión en la Sentencia de 15 de julio de 2021, que tuvo su origen en esta ocasión en un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión, en la que se condenó a Polonia por infringir el art. 19 TUE, apdo. 1, párrafo segundo, al no garantizar la independencia e imparcialidad de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo a la que corresponde el control de las resoluciones dictadas en los procedimientos disciplinarios contra los jueces ordinarios⁵⁹. A pesar de los diversos pronunciamientos judiciales del TJUE, la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo ha continuado ejerciendo plenamente sus funciones jurisdiccionales. En junio de 2022, el Gobierno polaco se ha comprometido a eliminar la Sala Disciplinaria y, en general, a respetar el Estado de Derecho, con el objetivo de lograr la aprobación del plan nacional que le permita beneficiarse de los fondos del Plan de Recuperación para Europa (NGEU)⁶⁰. El gobierno polaco ha presentado un proyecto de ley para modificar los aspectos más controvertidos del sistema disciplinario de los jueces. Sin lugar a dudas, el contexto creado por la guerra de Ucrania ha inducido a la Comisión a reducir la tensión con el gobierno de un país que se ha mostrado muy activo en el enfrentamiento de los Estados miembros y de la UE con Rusia. No obstante, no está aún claro que los poderes ejecutivo y legislativo hayan puesto fin a su estrategia de someter a control al poder judicial iniciada en 2015⁶¹.

⁵⁸ Disponible en <https://ruleoflaw.pl/captured-constitutional-tribunal-rules-on-the-supreme-court-implementation-of-cjeu-judgment-inconsistent-with-eu-law> (última revisión el 2 de octubre de 2022).

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de julio de 2021, *Comisión Europea/Polonia*, C-791/19, EU:C:2021:596. El Tribunal ha impuesto una multa como medida cautelar de nada menos que un millón de euros diarios (Auto del Vicepresidente del TJUE de 27 de octubre de 2021, C-204/21 R, EU:C:2021:878) por negarse Polonia a acatar un Auto previo de suspensión de la aplicación de las normas controvertidas (Auto de la Vicepresidenta del TJUE de 14 de julio de 2021, C-204/21 R, EU:C:2021:593). Este asunto está aún pendiente ante el Tribunal.

⁶⁰ Por esta razón, cinco comisarios, entre los que se encuentra el Vicepresidente Ejecutivo, Frans Timmermans, se han opuesto vehemente a la aprobación del plan nacional de recuperación de Polonia. Véase BAYER, L., “Amid Commission rebellion, von der Leyen defends Polish recovery cash plan”, *Político*, 2 de junio 2019. El Parlamento Europeo ha expresado su grave preocupación por la evaluación positiva realizada por la Comisión, el 1 de junio de 2022, del plan de recuperación y resiliencia polaco, presentado por Polonia el 3 de mayo de 2021, habida cuenta de las violaciones actuales y persistentes de los valores consagrados en el art. 2 del TUE, incluidos el Estado de Derecho y la independencia del poder judicial, en el país (Resolución sobre el Estado de Derecho y la posible aprobación del plan nacional de recuperación polaco (MRR) (2022/2703(RSP)), 8 de junio de 2022.

⁶¹ En relación con el acuerdo político alcanzado entre la Comisión y Polonia, se afirmaba en el editorial del *Verfassungsblog*, publicado el 3 de junio de 2020, que “Poland has done things that are incompatible with its obligations under the EU Treaty. This has been established by the competent court in a legally binding manner. What Poland has to do in terms of the rule of law is not a bet on the future, but to settle a debt from the past. Europe is not an investor here, but a creditor” (STEINBEIS, M., “Millstones”, disponible en <https://verfassungsblog.de/wp-content/uploads/2020/07/Group.svg> (última revisión el 2 de octubre de 2022).

El examen de la saga judicial del TJUE sobre la independencia judicial en Polonia nos pone de manifiesto que los recursos por incumplimiento acompañados de medidas cautelares de suspensión bajo apercibimiento de cuantiosas multas han demostrado ser más efectivos en la práctica que las cuestiones prejudiciales para revertir la situación⁶². En las cuestiones prejudiciales corresponde a los jueces nacionales determinar si el Derecho de la UE se aplica al caso en cuestión y, posteriormente, el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo ha de ser aplicado no solo por el juez o tribunal remitente, sino por otros órganos judiciales⁶³. Sin embargo, esta valoración no está exenta de dificultades, tal y como nos muestra el conflicto relativo a la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo (asunto *A. K. y otros*)⁶⁴. En líneas generales, los pronunciamientos del TJUE van encaminados a garantizar la existencia de reglas que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en relación con la independencia de los jueces y tribunales. El denominado «test de las apariencias» constituye un elemento central de la reciente jurisprudencia del TJUE sobre la independencia judicial. En esta audaz línea jurisprudencial no se exige probar que una determinada reforma del poder judicial viole el art. 19 TUE en un caso concreto, ya que basta con que afecte a un juez que, por su competencia, se pueda pronunciar sobre el Derecho de la UE. El test de las apariencias requiere llevar a cabo “una apreciación global del conjunto de elementos pertinentes”⁶⁵. La garantía de la independencia judicial se configura como un requisito indispensable

⁶² Como se ha afirmado “el recurso por incumplimiento está perfectamente adaptado para la función del art. 19 TUE y posiblemente solo queda plantearse una estrategia litigiosa más agresiva e imaginativa” (MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, op. cit., p. 101). Asimismo, se ha señalado que “the Court’s case law now provides the Commission with all it needs for it to act decisively to defend judicial independence via infringement actions. Whether the Commission has the will to act is not sadly something the Court can however help with: the Court cannot seize itself” (PECH, L. y KOCHENOV, D., “Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice. A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case”, *SIEPS Report* nº 3, 2021).

⁶³ Sentencia *A. K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, apdo. 81. Además, tal y como ha señalado LENAERTS, el juez nacional no puede transformar el mecanismo prejudicial en una especie de recurso por incumplimiento, ya que ha de demostrar que las cuestiones planteadas son necesarias para resolver el litigio principal (“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial”, op. cit., p. 363). Por ejemplo, en *Miasto*, el TJUE consideró que los tribunales remitentes no debían aplicar el Derecho de la UE para resolver los casos objeto de examen (Sentencia de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y Prokurator Generalny*, C-558/18 y C-563/18, EU:C:2020:234, apdo. 47). En cambio, en el asunto *I.S.*, remitido por un juez húngaro, el Tribunal de Justicia estimó que las preguntas planteadas eran admisibles al existir un vínculo de conexión con el Derecho de la UE. En este último caso, el juez remitente fue objeto de un procedimiento disciplinario por haber planteado la cuestión prejudicial y preguntó al TJUE si dicho procedimiento era compatible con el mecanismo de remisión prejudicial y si la independencia judicial se oponía a dicho procedimiento disciplinario.

⁶⁴ Véase CORTÉS MARTÍN, J. M., “Del impasse político al control jurisdiccional en la defensa del Estado de Derecho”, loc. cit., pp. 493-494.

⁶⁵ Sentencia de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros (Nombramiento de jueces al Tribunal Supremo-Recursos)*.

para el resto de los componentes del Estado de Derecho, por lo que posee una dimensión estructural⁶⁶. En este sentido, en aquellas situaciones en las que los tribunales han de dejado de comportarse materialmente como independientes “preservar la estructura formal que garantice la independencia del sistema judicial es la premisa necesaria para que aquellos estén en condiciones de revertir la situación”⁶⁷. Es preciso aclarar que la jurisprudencia del TJUE se ha referido únicamente a la independencia judicial, pero no se ha adentrado en otros principios que forman parte también del Estado de Derecho (seguridad jurídica, legalidad, igualdad ante la ley...) y tampoco ha analizado el control del respeto del resto de los valores contenidos en el art. 2 TUE.

Ante el fracaso de los mecanismos políticos para poner freno al ataque frontal al sistema judicial polaco, el recurso al TJUE se ha revelado esencial. En definitiva, el Tribunal ha puesto el foco en la defensa de la independencia del poder judicial luchando contra la regresión de la integración que supone el cuestionamiento del Estado de Derecho. Ahora bien, la responsabilidad de proteger los valores comunes no corresponde únicamente al TJUE, sino que es una obligación exigible a todas las instituciones, incluida la Comisión y el Consejo Europeo⁶⁸. En un contexto político y jurídico muy complejo, el TJUE ha tenido la osadía de desarrollar una jurisprudencia muy ambiciosa para frenar la erosión del Estado de Derecho, sobre todo en el caso polaco. Nos encontramos, sin lugar a dudas, ante una jurisprudencia que tiene una dimensión constitucional en la Unión. Como afirma acertadamente MARTÍN RODRÍGUEZ, se trata de “una estrategia jurisprudencial inteligente en la medida en que inauguraba una funcional constitucional absolutamente pionera para el Tribunal”⁶⁹.

2. La Sentencia del TJUE sobre el régimen general de condicionalidad financiera

Tal y como se anticipaba en las conclusiones del Consejo Europeo de diciembre de 2020, en la primavera de 2021, Hungría y Polonia presentaron sendos recursos de

⁶⁶ LENAERTS, K. “New Horizons for the Rule of Law Within the EU”, *German Law Journal*, vol. 21, 2020, pp. 29-34.

⁶⁷ MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, op. cit., p. 113

⁶⁸ El Parlamento ha señalado que un nuevo mecanismo de la UE para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales debe consolidar y sustituir los instrumentos existentes para evitar la duplicación, en particular el informe anual sobre el Estado de Derecho, el Marco del Estado de Derecho de la Comisión, el informe anual de la Comisión sobre la aplicación de la Carta, el Diálogo sobre el Estado de Derecho del Consejo y el Mecanismo de Cooperación y Verificación (Informe sobre el establecimiento de un mecanismo de la UE para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, 2020/2072(INL), 29.9. 2020).

⁶⁹ MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, op. cit., p. 105.

anulación ante el TJUE cuestionando la legalidad del Reglamento por el que se instaura el nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión⁷⁰. Como he puesto de manifiesto anteriormente, este instrumento surgió ante la impotencia de los mecanismos políticos para hacer frente a las amenazas al Estado de Derecho por parte Polonia y Hungría. Ambos Estados alegaron ante el TJUE que el verdadero propósito del nuevo régimen de condicionalidad presupuestaria es controlar el respeto del valor del Estado de Derecho por medio de un procedimiento de aplicación menos exigentes en términos de voto en el Consejo que aquél establecido en el art. 7 TUE y no se puede recurrir a la base jurídica del art. 322, apdo. 1, letra a) TFUE para suplantar las previsiones de la disposición anterior. El TJUE confirma en sus sentencias de 16 de febrero de 2022 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 financieros⁷¹. El Tribunal subraya que 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, que es distinto del previsto en el art. 7 TUE, el cual se rige por consideraciones eminentemente políticas. Además, el TJUE pone de manifiesto que las instituciones pueden hacer frente a las violaciones de los valores enunciados en el art. 2 TUE en el marco de otras disposiciones del Tratado. Se refiere el Tribunal al art. 19 que ha servido como base de la jurisprudencia del TJUE para hacer frente a las amenazas a la independencia de los órganos judiciales nacionales en varios Estados miembros⁷².

El TJUE establece una suerte de condicionalidad en relación con el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales al señalar 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 Tratados⁷³. El Tribunal destaca 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

⁷⁰ DO C 138 de 19.4.2021.

⁷¹ Sentencias del Tribunal de Justicia (Pleno) de 16 de febrero de 2022, *Hungría/Parlamento y Consejo*, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97; y *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98.

⁷² Véanse apdos. 194 a 199 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21. Véanse, por ejemplo, las sentencias 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdos. 58 y 59; y de 5 de noviembre de 2019, *Comisión/Polonia* (independencia de tribunales ordinarios), apdos. 106 y 107.

⁷³ Apdo. 144 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

entre los Estados miembros, y que la aplicación de este principio se basa en la confianza mutua que ellos tienen en la utilización responsable de los recursos financieros de la Unión⁷⁴. El TJUE considera 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 Unión⁷⁵.

El pronunciamiento del TJUE sobre el nuevo régimen general de condicionalidad financiera se basa en su jurisprudencia previa que, en cierta manera, ha puesto freno a la desintegración del ordenamiento jurídico de la UE. El TJUE recuerda que la Unión debe de estar en condiciones, dentro de los límites de las competencias atribuidas, de defender los valores comunes en los que se fundamenta la Unión, que han sido identificados y son compartidos por los Estados miembros y que define la identidad misma de la Unión como ordenamiento jurídico común a tales Estados, entre los que se encuentra el Estado de Derecho y la solidaridad⁷⁶. Por primera vez, el Tribunal se refiere a la identidad de la Unión que se fundamenta en los valores del art. 2 que se materializan a través de los Tratados y de las normas de derecho secundario⁷⁷. No se puede recurrir a la identidad constitucional nacional para no aplicar estos valores, pues su definición y puesta en práctica corresponde a la Unión. Por lo tanto, tal y como se ha afirmado recientemente: “el art. 2 tiene un valor normativo pleno que está llamado a penetrar la acción del legislador de la Unión cuando éste ejerce sus competencias”⁷⁸. El legislador ha de poner en práctica esos valores cuando considere que sea necesario en cualquiera de sus políticas, también por supuesto, en materia presupuestaria o financiera, como es el caso del nuevo

⁷⁴ Apdo. 147 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo C-157/21*.

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” (Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez Bordona de 18 de marzo de 2021, Alemania/Polonia, C-848/19, EU:C:2021:218).

⁷⁵ Apdos. 148 a 151, sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo C-157/21*.

⁷⁶ Apdo. 146, sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo C-157/21*. Como ha señalado BAQUERO CRUZ, “no se trata de una identidad agresiva, particularista o apologética, como la que reivindican ciertos tribunales constitucionales. Es una identidad constitucional basada en los valores comunes, en lo que nos une y debe seguir uniéndonos como europeos” (“*Minima Moralia: El Estado de Derecho, el método comunitario y el presupuesto de la Unión Europea*”, *loc. cit.*, p. 439).

⁷⁷ El TJUE señaló que “es preciso recordar que el artículo 2 TUE no constituye una mera enunciación de orientaciones o de intenciones de naturaleza política, sino que contiene valores que (...) forman parte de la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común, valores que se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros (apdo. 264, sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo C-157/21*).

⁷⁸ DE GREGORIO MERINO, A., “El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”, *loc. cit.*, p. 23.

mecanismo de condicionalidad presupuestaria. El Tribunal no se limita a aceptar la legalidad del nuevo mecanismo, sino que llama la atención del legislador sobre la necesidad de promover y proteger los valores del art. 2 TUE. En palabras de DE GREGORIO: “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 Unión”⁷⁹.

En un momento en el que los valores del art. 2 TUE están siendo cuestionados por algunos Estados miembros, el TJUE ha realizado una gran contribución en la sentencia sobre la condicionalidad financiera. El Tribunal afirma que los valores del art. 2 TUE constituyen no solo una condición para la adhesión a la Unión con arreglo al art. 49 TUE, sino una exigencia que debe respetarse de forma continuada una vez que la adhesión ha tenido lugar⁸⁰. La consideración de que el Estado de Derecho constituye un valor esencial en la Unión no debería ser una sorpresa para los Estados miembros que se han adherido a la Unión con arreglo a los criterios de Copenhague. El TJUE afirma en repetidas ocasiones que el art. 2 TUE contiene valores jurídicamente obligatorios para los Estados Miembros y todos y cada uno de ellos deben asegurar un nivel de respeto equivalente y eficaz⁸¹. En los últimos años, el TJUE ha confirmado la relevancia del compromiso con los fundamentos del ordenamiento jurídico de la UE y ha señalado que la obligación de respetar los valores del art. 2 TUE está sometida a un principio de no regresión⁸².

⁷⁹ *Ibidem*. Véase, en este sentido, apdo. 268 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21.

⁸⁰ Véanse apdos. 143, 144 y 223 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

⁸¹ Véanse apdos. 142 a 145, 168, 169, 179 y 263 a 265 de la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* C-157/21.

⁸² Precisamente, a esta cuestión se ha referido el TJUE en la sentencia *Repubblika* en relación con el nombramiento de los miembros de la judicatura en Malta. Se trata de la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de abril de 2021, *Repubblika eIl-Prim Ministru (Nombramientos de los miembros de la judicatura en Malta)*, C-896/19, EU:C:2021:311. Un tribunal maltés planteó directamente si los arts. 19 TUE, apdo. 1, y 47 CDF son contrarios a la facultad constitucional del Primer Ministro de nombrar jueces. El TJUE señaló que “el compromiso de respetar y promover los valores comunes mencionados en el art. 2 TUE, que se deriva de la adhesión a la UE, implica que “un Estado miembro no puede modificar su legislación de modo que dé lugar a una reducción de la protección del valor del Estado de Derecho, valor que se concreta, en particular, en el artículo 19 TUE” (apdo. 63, *Repubblika eIl-Prim Ministru*). A esta cuestión se había referido anteriormente el TJUE en el asunto *A. K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, en el que consideró que “el mero hecho de que (los jueces) sean nombrados por el Presidente de la República no es susceptible de crear una situación de dependencia entre aquellos y este ni de suscitar dudas en cuanto a su imparcialidad si, una vez nombrados, no están sometidos a presión alguna y no reciben instrucciones en el ejercicio de sus funciones” (apdo. 133). Sin embargo, este aspecto, junto con otras circunstancias, pueden crear una situación de dependencia del poder político.

En definitiva, venimos asistiendo en los últimos años a un desafío sin precedentes a la primacía del Derecho de la UE, acompañado de la erosión del Estado de Derecho, amenazas que en algunos Estados miembros se presentan entrelazadas. El TJUE ha respondido sin titubeos frente a la erosión del Estado de Derecho en una jurisprudencia ya consolidada que se inició en la sentencia de los *Asociación Sindical de los Jueces de los Jueces Portugueses*. Ante la inoperancia de los mecanismos políticos, la respuesta por vía jurisdiccional –mediante procedimientos de infracción abiertos por la Comisión contra los Estados miembros en cuestión o cuestiones prejudiciales remitidas por jurisdicciones nacionales – se ha tornado en esencial para hacer frente a la erosión del Estado de Derecho. No obstante, es arriesgado hacer cargar al TJUE con toda la responsabilidad para lidiar con una crisis, la del Estado de Derecho, que no es solo jurídica, sino eminentemente política⁸³. Como se ha señalado recientemente, “subcontratar la solución a problemas políticos en instituciones que no lo son pueden exponer a estas últimas a situaciones delicadas”, tal y como ha sucedido con el recurso a instrumentos de política monetaria no convencional por parte del Banco Central Europeo para hacer frente a la crisis euro⁸⁴.

IV. EL CUESTIONAMIENTO DE LA PRIMACÍA: UNA CUESTIÓN CLÁSICA ACOMPAÑADA DE MAYOR BELIGERANCIA

1. Las implicaciones de la Sentencia *Weiss* del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020

Es preciso recordar que desde las primeras etapas del proceso de integración europea se han manifestado las tensiones entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales y, en particular, la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional alemán, llegando a cuestionar la primacía del Derecho de la UE mientras no pudiera garantizarse una protección adecuada de los derechos fundamentales, de lo que constituye el ejemplo más relevante la célebre doctrina *Solange*⁸⁵. La compleja relación entre ambas

⁸³ Véase JACQUE, J. P., “Le juge de l’Union saisi par la politique”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol., 57, nº 4, 2021, pp. 799-802.

⁸⁴ DE GREGORIO MERINO, A., “El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”, *loc. cit.*, p. 25.

⁸⁵ En la célebre sentencia *Solange I*, el Tribunal Constitucional alemán señaló que “en tanto y cuanto el proceso de integración de la Comunidad no se haya desarrollado hasta tal grado que el Derecho Comunitario Europeo también contenga un catálogo de derechos fundamentales, aprobado por un Parlamento y en plena vigencia, el cual sea equiparable al contenido de la Ley Fundamental del Bonn”, seguiría siendo competente para conocer de un recurso planteado contra un acto comunitario susceptible de violar un derecho humano

partes ha conocido un nuevo desarrollo con el órdago del Tribunal Constitucional alemán planteado en la sentencia de 30 de junio de 2009 en relación con la ratificación del Tratado de Lisboa⁸⁶. Ahora de nuevo el TC polaco “amenaza con una especie de Solange II”⁸⁷ en el caso de que el TJUE continúe afectando a las competencias exclusivas de los Estados miembros, por lo que se reserva la posibilidad de examinar la compatibilidad de las sentencias del TJUE con la Constitución. Esta sentencia será objeto de análisis en el siguiente apartado de este trabajo.

En 2021, el Tribunal Constitucional de Polonia se ha pronunciado en dos sentencias claramente en contra de la primacía del Derecho de la UE⁸⁸. En ambos casos, el tribunal polaco sigue la estela marcada por el Tribunal Constitucional alemán en la polémica sentencia de 5 de mayo de 2020⁸⁹. Este Tribunal cuestionó directamente el pronunciamiento del TJUE sobre el programa de compra de deuda soberana en mercados secundarios puesto en marcha por el Banco Central Europeo para hacer frente a la crisis financiera (PSPP)⁹⁰. En el mismo período de tiempo, el Tribunal Constitucional de

de la Ley Fundamental (BVerfGE 37, 271 (285)). Posteriormente, el Tribunal Constitucional alemán renunció en la sentencia *Solange II* a conocer de la constitucionalidad de las normas de Derecho Comunitario “en tanto y cuanto la Comunidad mantuviera su entonces nivel de protección de los derechos fundamentales” (BVerfGE 73, 339).

⁸⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08. El texto de la sentencia en español se puede consultar en la propia web del Tribunal Constitucional, disponible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/ES/2009/06/es20090630_2bve00208es.html (última revisión el 10/05/2022). Sobre las implicaciones de este pronunciamiento, véanse MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 13, 2011, pp. 97-145; y HÄBERLE, P., “La regresiva “sentencia Lisboa” como “Maastricht-II” anquilosada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 12, 2009, pp. 397-429.

⁸⁷ LÓPEZ ESCUDERO, M., “Desafíos y límites a la primacía del Derecho de la UE: jurisprudencia reciente del TJUE y de los tribunales constitucionales nacionales”, *loc. cit.*, p. 90.

⁸⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional de Polonia de 7 de octubre de 2021, asunto K 3/21 (disponible en <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej> (última revisión realizada el 10/05/2022).) y de 15 de julio de 2021, asunto P 7/20, disponible en <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11589-obowiazek-panstwa-czlonkowskiego-ue-polegajacy-na-wykonywaniu-srodkow-tymczasowych-odnoszacych-sie-do-kszaltu-ustroju-i-funkcjonowania-konstytucyjnych-organow-wladzy-sadowniczej-tego-panstwa> (última revisión el 10/05/2022).

⁸⁹ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal constitucional Federal de 5 de mayo de 2020, 2 BvR 859/15. Se halla accesible en el portal oficial del Tribunal (www.bverfg.de) y está disponible también una traducción al inglés y al francés. El Tribunal Constitucional concluyó que “where fundamental interests of the Member States are affected, as is generally the case when interpreting the competences conferred upon the European Union as such and its democratically legitimated European integration agenda (Integrationsprogramm), judicial review may not simply accept positions asserted by the European Central Bank without closer scrutiny” y “based on their responsibility with regard to European integration (*Integrationsverantwortung*), the Federal Government and the *Bundestag* are required to take steps seeking to ensure that the European Central Bank conducts a proportionality assessment”.

⁹⁰ Sentencia de 11 de diciembre de 2018, *Weiss y otros*, C-493/17, EU:C:2018:1000.

Rumania ha prohibido a los tribunales inferiores respetar un pronunciamiento del TJUE⁹¹. Las palabras pronunciadas por el Presidente del TJUE, K. LENAERTS, en relación con el pronunciamiento en el asunto *Weiss*, resultan reveladoras de las implicaciones que podrían derivarse de este tipo de tensiones al afirmar que “the first member state that ignores a judgment could unravel the entire European legal order”⁹².

El BVerfG se negó a aceptar el pronunciamiento del TJUE en el asunto *Weiss*, que tuvo su origen en una cuestión prejudicial planteada por el propio TC alemán, y aplicó por vez primera el control *ultra vires* a la sentencia *Weiss* del TJUE y a las correspondientes Decisiones del BCE relativas al PSPP⁹³. En opinión del TC alemán, el TJUE llevó a cabo una aplicación indebida del principio de proporcionalidad porque no tuvo en cuenta los efectos económicos reales del PSPP y al otorgar tanto margen de discrecionalidad al BCE no garantizó el respeto de los límites de las competencias monetarias y no se respetó adecuadamente los límites de las competencias de atribución⁹⁴. De este modo, el TC alemán rechazó por primera vez la primacía del Derecho de la Unión

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Rumania de 8 de junio de 2021, Decisión nº 390 regarding the exception of unconstitutionality of the provisions of Articles 881 - 889 of Law No 304/2004 on judicial organization, and of the Government Emergency Ordinance No 90/2018 on measures to operationalise the Section for the investigation of offences in the Judiciary, disponible en https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2021/07/Decizii_390_2021_EN.pdf (consultado el 23 de abril de 2022).

⁹² Entrevista del Presidente K. LENAERTS, “Europese Hof komt meer center stage”, NRC (May 17, 2020), disponible en <https://www.nrc.nl/nieuws/2020/05/17/president-koen-lenaertseuropese-hof-komt-meer-center-stage-a4000000> (consultado el 20 de noviembre de 2022).

⁹³ Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo, de 4 de marzo de 2015, sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (BCE/2015/10) (DO L 121 de 14.5.2015, p. 20); Decisión (UE) 2015/2101 del Banco Central Europeo, de 5 de noviembre de 2015, por la que se modifica la Decisión (UE) 2015/774 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (BCE/2015/33) (DO L 303 de 20.11.2015, p. 106); Decisión (UE) 2015/2464 del Banco Central Europeo, de 16 de diciembre de 2015, por la que se modifica la Decisión (UE) 2015/774 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (BCE/2015/48) (DO L 344 de 30.12.2015, p. 1); Decisión (UE) 2016/702 del Banco Central Europeo, de 18 de abril de 2016, por la que se modifica la Decisión (UE) 2015/774 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (BCE/2016/8) (DO L 121 de 11.5.2016, p. 24); y Decisión (UE) 2017/100 del Banco Central Europeo, de 11 de enero de 2017, por la que se modifica la Decisión (UE) 2015/774 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (BCE/2017/1) (DO L 16 de 20.1.2017, p. 51).

⁹⁴ MARTÍN RODRÍGUEZ ha criticado acertadamente la utilización del principio de proporcionalidad en el razonamiento del TC alemán. En su opinión, “aplicar la proporcionalidad a la división de competencias entre la Unión y los Estados miembros entraña la estafalaria consecuencia de que todo ejercicio desproporcionado de una competencia por la Unión invadiría competencias de los Estados miembros, lo que contradice el propio concepto de competencia exclusiva del art. 3 TFUE. Justamente, en este caso, el TCFA afirma la invasión de las competencias económicas de los Estados sin aclarar en qué medida los efectos económicos del PSPP han impedido al Estado conducir su propia política económica o que opciones económicas o sociales han quedado afectadas por el Programa” (MARTÍN RODRÍGUEZ, P., “Y sonaron las trompetas a las puertas de Jericó... en forma de sentencia del Bundesverfassungsgericht”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 52, 2020, p. 26).

sobre el derecho alemán⁹⁵. El TC alemán consideró que tanto la sentencia del TC alemán en el asunto *Weiss*, como el Programa PSPP eran actos *ultra vires*. Ahora bien, mientras que el TC alemán afirma que la sentencia *Weiss* carece de fuerza vinculante en Alemania, no aplica el mismo razonamiento a las decisiones *ultra vires* del BCE, y le da la oportunidad para que adopte una nueva Decisión que demuestre de forma pormenorizada que los efectos económicos del PSPP no son desproporcionados en relación con los objetivos monetarios (apdo. 235). Por lo tanto, pueden subsanarse a posteriori la incompatibilidad con el derecho alemán de las decisiones *ultra vires* del BCE sobre el PSPP. Ante la vulneración del principio de la primacía por parte del TC alemán, la Comisión interpuso el 9 de junio de 2021 un recurso de incumplimiento contra Alemania que fue archivado el 2 de diciembre de 2021, ante el compromiso del Gobierno alemán de respeto de la primacía, autonomía, efectividad y aplicación uniforme del Derecho de la UE. Posteriormente, el TC alemán se mostró satisfecho en su sentencia de 19 de abril de 2021 con las justificaciones de la proporcionalidad de las medidas aportadas por el BCE al Bundesbank y discutidas también por el Bundestag⁹⁶. Como ha señalado recientemente LÓPEZ ESCUDERO, la sentencia del TC alemán en relación con el PSPP es un ejemplo claro y evidente de límite externo a la efectividad del principio de primacía y, además, “de falta de cooperación con el TJ en el marco del procedimiento prejudicial, porque el TC alemán podía haber interrogado nuevamente al TJ si no estaba de acuerdo con la interpretación llevada a cabo en la sentencia *Weiss*”⁹⁷.

2. La negación de la primacía por parte del Tribunal constitucional polaco

⁹⁵ Las implicaciones de esta sentencia han sido examinadas por la doctrina en numerosos estudios, entre los que se pueden mencionar los siguientes: MARTÍN RODRÍGUEZ, P., “Y sonaron las trompetas a las puertas de Jericó... en forma de sentencia del Bundesverfassungsgericht”, *loc. cit.*; WENDEL, M., “Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception”, *German Law Journal*, vol. 21, nº 5, 2020, pp. 979-994; ELEFTHERIADIS, P., “Germany’s Failing Court”, [VerfBlog] 18/5/2020; CORTI VARELA, J., “El Public Sector Purchase Programme (PSPP) a la luz de las Jurisprudencias del TJUE y del Tribunal Constitucional Federal Alemán: antecedentes y consecuencias de la sentencia del BVerfG de 5 de mayo de 2020 (2 BvR 859/15)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2021, nº 68, 67-112; ARCOS VARGAS, M., “Reflexiones sobre la primacía del derecho de la Unión Europea: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020”, en PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; y CORTÉS MARTÍN, J. M. (coords.), *Un mundo en continua mutación: desafíos desde el derecho internacional y el derecho de la UE. Liber Amicorum Lucia Millán Moro*, Aranzadi, Madrid, 2022.

⁹⁶ BVerfG, sentencia de 29 de abril 2021, núm. 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15 - PSPPVollstreckungsanordnung, apartados 89, 95 y ss. (disponible en inglés).

⁹⁷ LÓPEZ ESCUDERO, M., “Desafíos y límites a la primacía del Derecho de la UE: jurisprudencia reciente del TJUE y de los tribunales constitucionales nacionales”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 58, 2022, p. 86.

Por lo que se refiere a la negación de la primacía por parte del Tribunal Constitucional polaco, es preciso tener en cuenta que la mayoría parlamentaria que apoya al gobierno del país ha convertido a este tribunal en un instrumento en su enfrentamiento con la UE en relación con conflicto sobre la independencia de los jueces en Polonia. EL TC polaco declaró el 7 de octubre de 2021 que los arts. 1 y 4.3 TUE son incompatibles con la Constitución de Polonia en la medida en que permiten a la UE actuar más allá de los límites de las competencias transferidas en los Tratados. Igualmente, el art. 19.1 del TUE es incompatible con la Constitución polaca, ya que permite a los jueces nacionales no aplicar la Constitución polaca y resolver los conflictos de los que conozcan en contra de las resoluciones del TC polaco teniendo en cuenta el Derecho de la UE, lo que en el presente caso se traduce en la obligación de dejar de lado la legislación polaca sobre la organización del poder judicial. Además, el Tribunal defendió la soberanía de Polonia en relación con el objetivo de lograr una “unión cada vez más estrecha”, incluido en el art. 1 del TUE⁹⁸. El caso fue planteado Morawiecki, el Primer Ministro Polaco, y afectaba a la legalidad del nombramiento de cientos de jueces nombrados por el partido gobernante⁹⁹. El pronunciamiento del tribunal polaco no es realmente sorprendente, ya que supone un nuevo paso en la controversia relativa a la independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo de Polonia, que será objeto de análisis en el siguiente apartado¹⁰⁰. En respuesta al desafío planteado por el Tribunal Constitucional de Polonia, la Comisión reafirmó la primacía del Derecho de la UE y la obligatoriedad de las sentencias del TJUE para todas las autoridades nacionales, incluidos los jueces nacionales¹⁰¹. Se da la casualidad de que el TJUE se había pronunciado precisamente un día antes en la sentencia *Zurek*, poniendo de manifiesto que la primacía “obliga a todos los órganos de los Estados miembros a dar plena eficacia a las diferentes normas de la

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 7 de octubre de 2021, asunto K3/21.

⁹⁹ WOZNICKI, L., “CJEU Receives Another Case Questioning the Legitimacy of Hundreds of PiS-Appointed Judges”, *Wyborcza*, 9 Abril de 2021, disponible en <https://wyborcza.pl/7,173236,26963654,cjeu-receives-another-case-questioning-the-legitimacy-of-hundreds.html?disableRedirects=true> (última revisión el 10/05/2022).

¹⁰⁰ Sobre esta cuestión ha tenido que pronunciarse el TJUE en varias ocasiones en los últimos años. Véase el siguiente epígrafe de este trabajo.

¹⁰¹ Comisión Europea, “European Commission Reaffirms the Primacy of EU Law”, 7 de octubre de 2021, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_5142 (última revisión el 10/05/2022).

Unión, sin que el Derecho de los Estados miembros pueda afectar a los efectos reconocidos a estas normas en el territorio de dichos Estados”¹⁰².

Ante un cuestionamiento tan grave del principio de primacía por parte del TC polaco, la Comisión Europea decidió el 22 de diciembre de 2021 iniciar un recurso por incumplimiento contra Polonia por la grave preocupación que suscita jurisprudencia reciente de su Tribunal, en especial, sus sentencias de 14 de julio de 2021 y de 7 de octubre de 2021¹⁰³. Según la Comisión, infringió el art. 19, apdo. 1, del TUE, los principios generales de autonomía, primacía, efectividad y aplicación uniforme del Derecho de la Unión, y el efecto vinculante de las sentencias del Tribunal de Justicia¹⁰⁴. La respuesta de Polonia no satisfizo a la Comisión, que le remitió un dictamen motivado el 15 de julio de 2022, dándole un plazo de dos meses para poner fin al incumplimiento con la amenaza de elevar el asunto ante el TJUE.

Los pronunciamientos judiciales del TC polaco constituyen sin lugar a dudas el rechazo más contundente de la primacía del Derecho de la UE llevado a cabo por un tribunal nacional hasta ahora. El TC polaco identifica en su razonamiento un núcleo duro de soberanía nacional inmune a las normas de la Unión, en el que ubica la organización del sistema jurisdiccional¹⁰⁵. Ahora bien, cuando las reivindicaciones de soberanía van acompañadas de un comportamiento tendente a dejar de lado las normas constitucionales del sistema jurídico de la UE nos encontramos ante un escenario muy peligroso que puede conducir a la desintegración. Como se ha señalado recientemente, “la Unión de Derecho podría desvanecerse en el aire si se siguen esos planteamientos, que se basan (...) en las mismas concepciones y fuerzas que sustentan la creciente «intergubernamentalización» e internacionalización de la Unión”¹⁰⁶. En realidad, el desmantelamiento del ordenamiento jurídico de la UE no ha de producirse de forma repentina, sino que puede llevarse a cabo de forma lenta y gradual. Algunos Estados miembros, en particular Polonia y Hungría,

¹⁰² Sentencia del Tribunal de Justicia, C-487/19, *Zurek*, EU:C:2021:798, apdo. 156.

¹⁰³ Véase INFR (2021) 2261.

¹⁰⁴ La Comisión también comunicó a Polonia que tiene serias dudas sobre la independencia e imparcialidad del Tribunal Constitucional y considera que ya no cumple los requisitos de un tribunal establecido previamente por ley, como exige el art. 19, apdo. 1, del TUE, tal como ha sentenciado ya el TEDH. Véase Sentencia del TEDH de 7 de mayo de 2021, *Xero Flor w Polsce sp.z.o.o. c. Polonia*, CE:ECHR:2021:0507JUD000490718.

¹⁰⁵ Véase SAFJAN, M., “L’identité constitutionnelle polonaise”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 72, 2022, pp. 371-391.

¹⁰⁶ BAQUERO CRUZ, J., “*Minima Moralia*: El Estado de Derecho, el método comunitario y el presupuesto de la Unión Europea”, *RDCE*, nº 72, 2022, p. 441.

parecen que han puesto en marcha una estrategia encaminada a lograr este objetivo aprovechando las diferencias existentes entre los Estados en relación con cualquier tema o las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico de la UE¹⁰⁷.

Como se ha señalado anteriormente, el gobierno polaco ha proclamado, en relación con la sentencia de 7 de octubre de 2021, que su Tribunal Constitucional se ha limitado a seguir el razonamiento jurídico en el que se fundamenta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán en *Weiss*. Sin embargo, se percibe una diferencia sustancial entre ambos casos. Mientras que el BVerfG se ha mostrado dispuesto a mantener una estricta vigilancia sobre los actos *ultra vires* de la Unión, sin impedir la participación de Alemania en el proceso de integración ni cuestionar el papel del TJUE como interprete supremo del Derecho de la UE, el Tribunal constitucional polaco parece buscar el conflicto de forma sistemática con las instituciones de la UE. Para blindar las medidas legislativas que socavan la independencia de los jueces y tribunales polacos, el Tribunal Constitucional no duda en declarar inconstitucional el principio general de la primacía del Derecho de la UE. Como ha afirmado CANNIZZARO, la consecuencia sería que “Polish legislation conflicting with EU law cannot be discarded by Polish judges and, in practice, the effects of EU law can be made dependent on domestic legislation”¹⁰⁸.

3. El cuestionamiento de la primacía por parte de los tribunales constitucionales de otros Estados miembros

Los tribunales constitucionales de otros Estados han intentado también erigirse en garantes últimos de la «identidad constitucional» de sus Estados miembros. Un ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca en el asunto *Ajos*¹⁰⁹. Igualmente, la Corte Constitucional italiana se ha mostrado particularmente

¹⁰⁷ UITZ, R., “Unraveling the European Legal Order? One Step at a Time”, 21 de mayo de 2020, disponible en <https://bridgenetwork.eu/2020/05/21/unraveling-the-european-legal-order-one-step-at-a-time/> (última revisión el 10/05/2022).

¹⁰⁸ CANNIZZARO, E., Sovereign Within the Union? The Polish Constitutional Tribunal and the Struggle for European Values, *European Papers: A Journal on Law and Integration*, vol. 6, nº 2, 2021, pp. 1117-1121.

¹⁰⁹ Sentencia de 6 de diciembre de 2016, *Sag 15/2014, DI som mandatar for Ajos A/S mod Boet efter A (DI, acting on behalf of Ajos A/S v. Estate of A*, traducción al inglés disponible en www.supremecourt.dk (última revisión el 10/05/2022).. El Tribunal Supremo de Dinamarca manifestó su disconformidad con la Sentencia del Tribunal de Justicia 19 de abril de 2016, *Dansk Industri*, C-441/14, EU:C:2016:278. Sobre las implicaciones de asunto *Ajos* este pronunciamiento, véanse GONZÁLEZ HERRERA, D., “Dinamarca contraataca: el caso *Ajos*, un nuevo desafío para el diálogo judicial”, *European Papers: A Journal on Law and Integration*, vol. 2, nº 1, 2017, pp. 329-338; y HOLDGAARD, R.; ELKAN, D.; KROHN SCHALDEMOSE, G., “From Cooperation to Collision: the ECJ’s *Ajos* Ruling and the Danish Supreme Court’s Refusal to Comply”, *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, pp. 17-54.

activa en el asunto *Tarico II*¹¹⁰, en el que no ha dudado en cuestionar la doctrina establecida por el TJUE en el asunto *Tarico I* en materia de sanciones penales por fraude fiscal, llegando incluso a afirmar que el art. 4.2 TUE eximiría a los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicarla¹¹¹. La Corte Constitucional italiana ha expresado dudas sobre la compatibilidad de la solución que resulta de la sentencia *Tarico I* con los principios superiores del ordenamiento constitucional italiano¹¹². Los Tribunales Constitucionales de varios Estados miembros que se han adherido a la UE en el marco de las últimas ampliaciones de la UE han cuestionado también la primacía del Derecho de la UE¹¹³.

El TJUE ha tenido que enfrentarse recientemente a la reticencia del Tribunal Constitucional de Rumania a aceptar la primacía del Derecho de la UE en un asunto en el que se cuestionaba también la independencia de los jueces y tribunales internos¹¹⁴. Se trataba de una situación en la que un órgano jurisdiccional interno no está facultado para examinar la conformidad con el Derecho de la Unión de una normativa nacional, declarada conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional de ese Estado miembro, y en la que el juez nacional se expone a diligencias y sanciones disciplinarias si decide llevar a cabo tal examen. El TJUE señala que una práctica o norma nacional de estas características obstaculiza la plena eficacia de las normas de Derecho de la Unión de que se trata, ya que impide al órgano jurisdiccional ordinario obligado a garantizar la aplicación del Derecho de la Unión apreciar por sí mismo la compatibilidad de esas leyes con este Derecho¹¹⁵. Sin embargo, el TC rumano rechazó el razonamiento seguido por el

¹¹⁰ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S., M.B.*, C-42/17, EU:C:2017:936.

¹¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2015, C-105/14, EU:C:2015:555.

¹¹² Ambos casos plantean la cuestión de si es lógico exigir un enjuiciamiento más severo de la actividad normativa europea que de la nacional con el objetivo de perseguir el fraude del IVA y proteger los intereses financieros de la UE. El TJUE considera que “si el juez nacional considera que la obligación de no aplicar las disposiciones del Código Penal controvertidas vulnera el principio de legalidad de los delitos y las penas, no debería cumplir dicha obligación y ello aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión” (Sentencia *M.A.S.* y *M.B.*, apdo. 61).

¹¹³ Para un análisis de esta cuestión, véase CHALMERS, D., “The Unconfined Power of European Union Law”, *European Papers*, vol. 1, nº 2, 2016, pp. 405-437.

¹¹⁴ El pronunciamiento previo que ha sido cuestionado por el Tribunal Constitucional de Rumania es la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» y otros*, asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, EU:C:2021:393. Véase, Tribunal Constitucional de Rumania, Decision nº 39, de 8 de junio de 2021, regarding the exception of unconstitutionality of the provisions of Articles 881 - 889 of Law No 304/2004 (mencionada anteriormente).

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto *RS*, apdo. 66.

TJUE en la sentencia *Asociația Forumul Judecătorilor din România* y en su sentencia nº 390/2021, de 8 de junio de 2021, y consideró que un órgano jurisdiccional no es competente para examinar la conformidad con el Derecho de la Unión de una disposición nacional que el TC rumano ha declarado conforme con el art. 148 de la Constitución de Rumanía. Ante esta jurisprudencia del TC rumano, los jueces ordinarios volvieron a dirigirse por vía prejudicial al TJUE para saber si debían seguir la jurisprudencia de su TC o del TJUE. En los primeros meses del año 2022, el TJUE proporcionó una respuesta sin ambigüedades a los tribunales rumanos en las sentencias *Euro Box Promotion* y *RS* en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nacional que rechaza la primacía del Derecho de la UE¹¹⁶. El TJUE consideró en la sentencia *Euro Box Promotion* que el principio de primacía del Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o a una práctica nacional según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales ordinarios están vinculados por las sentencias del tribunal constitucional nacional y, en consecuencia, no pueden por su propia iniciativa, so pena de cometer una infracción disciplinaria, dejar inaplicada la jurisprudencia emanada de dichas sentencias, cuando consideran, a la luz de una sentencia del Tribunal de Justicia, que la mencionada jurisprudencia es contraria al art. 19 TUE, apdo. 1, parra. segundo, al art. 325 TFUE, o a la Decisión 2006/928¹¹⁷. En las sentencias *Euro Box Promotion* y *RS*, el alcance de la primacía se vincula con la independencia judicial como elemento básico del Estado de Derecho y se extiende incluso frente a los tribunales constitucionales reacios a aceptar la primacía de las normas de la UE. En definitiva, el TJUE no duda en responder de manera contundente ante la rebeldía del Tribunal Constitucional de Rumanía¹¹⁸.

La doctrina ha puesto de manifiesto que la aparición de tensiones entre los tribunales constitucionales nacionales y el TJUE es consustancial a un espacio

¹¹⁶ Sentencias de 22 de febrero de 2022, *RS* (Efectos de las sentencias de un tribunal constitucional), C-430/21, EU:C:2022:99, apartados 47-50; y de 21 de diciembre de 2021, *Euro Box Promotion y otros*, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19, EU:C:2021:1034, apdos. 245-250.

¹¹⁷ *Euro Box Promotion y otros*, apdo. 262. En un sentido similar, el TJUE afirmó en la sentencia *RS* que “el Tribunal de Justicia tiene competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva del Derecho de la Unión, (y) el tribunal constitucional de un Estado miembro no puede, basándose en su propia interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, incluido el artículo 267 TFUE, declarar válidamente que el Tribunal de Justicia ha dictado una sentencia que excede los límites de su competencia y, por tanto, negarse a atenerse a una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en un procedimiento prejudicial” (apdo. 72).

¹¹⁸ No es posible en el presente trabajo examinar en detalle las implicaciones de ambas sentencias. Véase el trabajo de LÓPEZ ESCUDERO, M., “Desafíos y límites a la primacía del Derecho de la UE: jurisprudencia reciente del TJUE y de los tribunales constitucionales nacionales”, *loc. cit.*, p. 53 y ss.

constitucional “multinivel” o “heterárquico” como el que progresivamente se ha ido estableciendo en el marco de la UE y que solamente se puede encauzar a través de una actitud dialogante o deferente entre ambas partes¹¹⁹. En estas circunstancias, “a possible divergence between the ECJ and domestic constitutional courts” no es totalmente descartable, pero constituye “an acceptable Price (...) for the EU’s pluralistic legal architecture”¹²⁰. Sin embargo, no resulta aceptable que los tribunales constitucionales defiendan una concepción de la identidad constitucional que resulte inmune a cualquier tipo de escrutinio por parte del TJUE¹²¹.

Mientras que con anterioridad se manifestaban las tensiones entre los tribunales constitucionales nacionales y el TJUE en relación con el «derecho a la última palabra» en sus respectivos ámbitos de actuación constitucional¹²², en los últimos tiempos, esta tensión se ha manifestado de manera burda en algunos Estados miembros y estamos también asistiendo a un cuestionamiento directo de los valores en los que se fundamenta la UE, tal como aparecen reflejados en el art. 2 TUE. Lo que ha cambiado en este último período de evolución de las tensiones entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales es que estos últimos han adoptado una actitud más beligerante y que infravaloran el diálogo con el tribunal de Luxemburgo, a quien corresponde en exclusiva la interpretación de los Tratados. En este contexto, se enmarca precisamente la sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 7 de octubre de 2021 a la que me he referido anteriormente. En estas circunstancias, la defensa de los valores esenciales en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico de la UE –por parte de las instituciones europeas y, en particular, el TJUE– se ha convertido en una cuestión existencial frente a la exhortación de la defensa de la identidad constitucional por parte de algunos Estados

¹¹⁹ GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “El estado del Derecho de la Unión Europea. Diagnóstico para después de una crisis”, *loc. cit.*

¹²⁰ VON BOGDANDY, A.; SCHILL, S., “Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty”, *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1417.

¹²¹ CRUZ VILLALÓN, P. “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”, *loc. cit.* p. 505.

¹²² Sobre esta cuestión se pueden mencionar, entre otros, los siguientes trabajos: DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión”, en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPC, Madrid, 2013, pp. 57-108; y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los Tribunales Constitucionales y con el TEDH”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, pp. 235-269.

miembros. Aceptar interpretaciones diversas de la primacía comprometería indudablemente la unidad y la efectividad del Derecho de la UE.

V. EL PLAN DE RECUPERACIÓN «NEXT GENERATION EU»: ¿HACIA UNA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA UE?

El último apartado de este trabajo está dedicado a analizar una nueva dinámica política y jurídica que se han desarrollado en los últimos años a raíz de la crisis generada por la pandemia del COVID-19 que podrían conducir a un fortalecimiento del proceso de integración europea en el futuro. En primer término, el acuerdo político alcanzado por el Consejo Europeo de 17-21 julio de 2020 supuso la aprobación del plan de recuperación «Next Generation EU», NGEU) que permite a la Unión Europea endeudarse en los mercados de capital¹²³. Cabe plantearse si el endeudamiento común para poner en funcionamiento el NGEU supone una nueva fase en la integración europea caracterizada por una redistribución masiva de recursos públicos o es simplemente un mero instrumento para obtener financiación en condiciones ventajosas, aprovechando la buena consideración crediticia de la UE, y que permita promover la recuperación económica. La aprobación del NGEU ha llevado incluso a considerar que la UE se encuentra en un «Hamiltonian moment». Si por ello se entiende que se ha procedido a la creación de un Tesoro común al conjunto de los Estados miembros que implicaría consolidar la deuda de los Estados, tal y como propuso e impulsó el primer Secretario del Tesoro de EEUU en su informe «Report on Public Deb» de 1790, no cabe duda de que el instrumento de recuperación NGEU está muy lejos de ese «moment»¹²⁴. El nuevo instrumento financiero representa una innovación solidaria que trata de hacer frente a las dramáticas consecuencias económicas y sociales derivadas de la pandemia del COVID-19 en todos los Estados miembros¹²⁵. Se trata, sin lugar a dudas, de un desarrollo que tiene

¹²³ Reglamento 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19, DO L 433 I/23, 22.12.2020.

¹²⁴ DE GREGORIO MERINO, A., “The Recovery Plan: Solidarity and the living Constitution”, *EU Law Live*, 6 de marzo, 2021.

¹²⁵ En la propuesta del Next Generation EU, presentada en mayo de 2020, la Comisión pone de manifiesto que “se ha presentado ante Europa un desafío de salud pública que pronto se ha convertido en la crisis económica más drástica de su historia” y “redunda en el interés común apoyar a los más afectados, fortalecer nuestro mercado único e invertir en nuestras prioridades europeas comunes”. En estas circunstancias, “esa inversión constituirá un bien común para nuestro futuro común y demostrará el verdadero y perceptible valor que entraña ser parte de la Unión”. Por estar razones, “la identificación de necesidades muestra que se requiere una inversión ingente y con gran celeridad, y en particular una considerable inversión pública y privada a nivel nacional” (Comunicación de la Comisión al Parlamento

implicaciones de carácter constitucional muy significativas, pues la UE nunca antes había recurrido a los mercados para endeudarse en cantidades tan elevadas. La propuesta de la Comisión generó muchas reticencias por parte de varios Estados miembros ante el temor de que esta innovación condujera a una mutualización de la deuda pública de los Estados miembros o al nacimiento de los eurobonos¹²⁶. Estas preocupaciones son comprensibles no solo porque la creación del NGEU supone un endeudamiento masivo en común, sino también porque la eventual creación de un Tesoro de la UE podría suponer un impulso sin precedentes en la federalización de la UE. En el marco del NGEU, la Comisión está facultada para contraer empréstitos en los mercados de capitales en nombre de la Unión por un importe máximo de 750.000 millones de euros (a precios de 2018)¹²⁷. Los fondos obtenidos mediante la emisión de deuda pública se canalizarán a través de préstamos (42%, 360.000 millones de euros) y subvenciones e instrumentos financieros (48%, 390.000 millones de euros)¹²⁸. Si bien la UE también se había endeudado en el pasado, la novedad reside en el montante que puede pedir prestado en los mercados y que la mayoría de los recursos se van a materializar en asistencia financiera directa a los Estados miembros y no en préstamos, tal y como ha sucedido con el programa SURE¹²⁹. Y se relega a futuras negociaciones entre los Estados miembros la determinación de cómo se va a devolver los empréstitos contraídos a partir de 2028.

Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación, COM (2020) 456 final, 27.5.2020.

¹²⁶ Se ha planteado ya un recurso ante el Tribunal Constitucional alemán en el que se ha cuestionado el acto de aprobación del Parlamento alemán de la Decisión sobre Recursos Propios. Véase, RIEDL, B., “[Corona Reconstruction Fund stopped for the time being](#)”, *European Law Blog*, 14 de abril de 2021. Afortunadamente, el Tribunal Constitucional alemán no se ha opuesto a la puesta en marcha del NGEU, si bien no ha renunciado totalmente a llevar a cabo un examen *ultra vires* en el proceso de ejecución del NGEU. Véase Tribunal Constitucional de Alemania, Auto Provisional de 15 de abril de 2021, 2 BvR 547/21, <https://bit.ly/3bxQmQU>, (última revisión el 2 de octubre de 2022, disponible en inglés).

¹²⁷ Art. 5.1, la Decisión 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom, DO L 424, 15.12.2020, p. 1. La Decisión fue adoptada el 14 de diciembre de 2020 al igual que el Reglamento 2020/2094 por el que se establece el Instrumento de Recuperación.

¹²⁸ Para obtener un análisis detallado del NGEU en el contexto del marco presupuestario de la UE, véase SÁNCHEZ-BARRUECO, M. L., “El nuevo marco presupuestario de la Unión Europea para la recuperación postpandemia”, *RDCE*, nº 29, 2021, pp. 555-599.

¹²⁹ En 2020, la Comisión había seguido el mismo mecanismo para financiar el programa SURE, es decir acudir a los mercados de capitales para obtener financiación en lugar de solicitar a los Estados miembros aportaciones adicionales para hacer frente a la crisis económica. El montante previsto podía llegar hasta los 100.000 millones de euros (Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo de 19 de mayo de 2020 relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19, DO L 159, 20.5.2020, p. 1).

En estas circunstancias, no es de extrañar que se cuestionara si la creación del NGEU respeta el principio de atribución de competencias. Una de las primeras dudas que se planteó fue si el NGEU eran compatible con los principios de equilibrio y disciplina presupuestaria consagrados en el artículo 310 TFUE. Sin embargo, de conformidad con el Reglamento Financiero, los ingresos obtenidos mediante el endeudamiento consisten en operaciones extrapresupuestarias y, por su propia naturaleza, no pueden poner en peligro el equilibrio presupuestario¹³⁰. En este sentido, la Decisión sobre Recursos Propios recoge un aumento excepcional y temporal del límite máximo de recursos propios en un 0,6 % de la RNB de todos los Estados miembros que se reserva por adelantado para devolver la deuda generada para financiar el NGEU¹³¹. Se trata de un compromiso de pago definitivo por parte de los Estados miembros que asegura la neutralidad presupuestaria de la operación y que, por tanto, garantiza que el presupuesto de la UE no va a incurrir en déficit. Además, la UE no puede endeudarse para financiar las políticas de la UE, salvo que se proceda a modificar los Tratados¹³². Con el objetivo de vencer la resistencia de varios Estados miembros a la introducción de esta innovación jurídica, se les garantizó en un dictamen muy minucioso, elaborado por el Servicio Jurídico del Consejo, que el NGEU era compatible con los Tratados¹³³. A diferencia de lo que sucedió con la crisis del euro, el conjunto del plan ideado para hacer frente a las consecuencias de la pandemia se enmarca en el ordenamiento jurídico de la UE.

Por lo que se refiere a la base jurídica del Reglamento 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece el Instrumento de Recuperación para apoyar la recuperación económica tras la crisis de la COVID-19, que constituye el eje en torno al que se articula el NGEU, se fundamenta en el art. 122. 2 del TFUE. Esta disposición prevé que el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar una ayuda financiera a un Estado miembro “en caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o

¹³⁰ Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, DO L 193, de 30 de julio de 2018, p. 1.

¹³¹ Véase art. 6 de la Decisión 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea.

¹³² El art. 4 de la Decisión sobre el sistema de recursos propios prevé que la Unión no utilizará empréstitos contraídos en mercados de capitales para financiar gastos operativos.

¹³³ Opinion of the Council Legal Service 9062/20 of 24 June 2020.

acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar”¹³⁴. En realidad, el NGEU no es un mero instrumento para hacer frente a una crisis, pues trata de lograr no solo la recuperación sino también la resiliencia de las economías nacionales por lo que se fomentan objetivos a largo plazo, entre los que destacan la transición digital y ecológica que trascienden claramente los efectos inmediatos de la crisis generada por la pandemia¹³⁵. En opinión de DE WITTE, “politically speaking, recourse to Article 122 serves to support the view of the ‘frugal’ States (and Germany) that the NGEU, despite its broad substantive scope and huge financial means, is a one-off operation triggered by the exceptional occurrences mentioned in Article 122”¹³⁶. En este sentido, se ha señalado que la adopción del NGEU supone una reinterpretación substancial de los Tratados que está motivada y justificada por la crisis generada por el COVID-19¹³⁷. Se ha cuestionado que sea aceptable sustituir la reforma de los Tratados por el consenso político logrado en el marco del Consejo Europeo y con un control parlamentario limitado, pues el artículo 122 TFUE no puede convertirse en una especie de súper-competencia que supere las condiciones previstas en el art. 352 TFUE¹³⁸. No cabe duda de que nos encontramos ante un caso de “creative legal engineering”¹³⁹. El propio Director del Servicio Jurídico del Consejo, GREGORIO MERINO, ha reconocido que:

¹³⁴ Con anterioridad a la crisis generada por el COVID-19, el art. 122.2 TFUE sirvió de base jurídica para la adopción del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (Reglamento nº 407/2010 del Consejo de 11 de mayo de 2010 por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera, DO L 118, 12.5.2010, p. 1). Más recientemente proporcionó la base jurídica para adoptar el SURE (Reglamento nº 2020/672 del Consejo de 19 de mayo de 2020 relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19, DO L 159, 20.5.2020, p. 1).

¹³⁵ Así se reconoce en la denominación de uno de los principales programas de gasto que integran el NGEU, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia de la Unión Europea (Reglamento nº 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, DO UE L 57, 18.2.2021, p. 17). El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia se ha basado en el art. 175.3 TFUE lo que ha permitido estrechar las relaciones con la política de cohesión y aplicar el procedimiento legislativo ordinario en su aprobación, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

¹³⁶ DE WITTE, B., “Guest Editorial: EU emergency law and its impact on the EU legal order”, *Common Market Law Review*, vol. 59, nº 3, 2022, p. 10.

¹³⁷ LEINO, P. S. y RUFFERT, M., “Next Generation EU and its constitutional ramifications: A critical assessment”, *CMLRev.*, vol. 59, 2022, pp. 433-472.

¹³⁸ *Ibidem*. El art. 122.1 TFUE ha servido a la Comisión para presentar una propuesta de Reglamento relativo a un marco de medidas para garantizar el suministro de contramedidas médicas pertinentes para la crisis en caso de emergencia de salud pública a escala de la Unión, 16.9.2021 COM (2021) 577 final.

¹³⁹ DE WITTE, B., “The European Union’s COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift”, *loc. cit.*

“The EU’s response to the COVID-19 crisis can be qualified as historic and commensurate to the gravity of the circumstances (. . .) it consists of a very innovative legal architecture. Yet, however historic and unprecedented it may be, the so-called recovery plan, also known as the Next Generation EU (NGEU) is solidly founded in the Treaties”¹⁴⁰.

El NGEU supone una respuesta sin precedentes históricos ante la situación excepcional causada por la COVID-19 que nos pone de manifiesto el dinamismo de la UE y puede contribuir a profundizar la integración, pero que no supone transformación de la arquitectura constitucional de la UE. Cualquier apelación que se pueda realizar a la refundación de la UE no responde a la realidad. En este sentido, CANNIZZARO ha señalado que “in spite of the magnitude of the financial stakes mobilised by the Union and of the ambitious objective to transform a dramatic event into an opportunity to change Europe and its Union, this «Europe’s moment» appears to be much less momentous than it is claimed to be”¹⁴¹. Sin embargo, no cabe duda que se ha reforzado la capacidad de la UE para responder a crisis de naturaleza excepcional que se puedan producir en uno o varios Estados miembros sobre la base del principio de solidaridad¹⁴². Después de años de discusión sobre la imposibilidad de llevar a cabo una mayor integración fiscal, en la primavera de 2020, se alcanzó en pocas semanas el consenso político necesario para proporcionar una respuesta común a los efectos económicos de la pandemia. Sin embargo, en la Decisión sobre el sistema de recursos propios se pone claramente de manifiesto que el NGEU es temporal y excepcional, de modo que no implica la introducción de una Unión fiscal¹⁴³. Si en el futuro se decidiera continuar o repetir la autorización de préstamo, se requeriría la modificación por unanimidad de la Decisión sobre el sistema de recursos

¹⁴⁰ DE GREGORIO MERINO, A., “The Recovery Plan: Solidarity and the living Constitution”, *loc. cit.*

¹⁴¹ CANNIZZARO, E., “Neither Representation nor Taxation? Or, “Europe’s Moment” Part I”, *European Papers: A Journal on Law and Integration*, vol. 5, nº 2, 2020, p. 706.

¹⁴² DE WITTE, B., “The European Union’s COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift”, *Common Market Law Review*, 2021, pp. 635-682.

¹⁴³ Art. 5, Decisión sobre el sistema de recursos propios. En opinión de la Comisión, “los fondos tomados en préstamo son importes excepcionales y únicos que se añaden al presupuesto anual como ingresos afectados externos (para la parte correspondiente a los gastos); no forman parte ni de los ingresos ni de los gastos en el marco del presupuesto anual”. La Comisión reconoce que “esta manera de proceder en el caso de importes elevados difiere de la práctica habitual en materia de elaboración del presupuesto” (Comisión Europea, “Preguntas y respuestas: Next Generation EU: estructura jurídica, QANDA/20/1024, 9 junio de 2020).

propios¹⁴⁴. En realidad, es aún pronto para saber si el NGEU se transformara en una política fiscal común o en un instrumento de macro-estabilización permanente. No cabe desconocer que algunas de las decisiones adoptadas para hacer frente a las consecuencias del COVID-19 y, particular el NGEU, han generado cierta tensión en relación con los principios fundamentales de la UE y que tendrán efectos de largo alcance en el futuro¹⁴⁵.

A su vez, tanto en el proceso de elaboración como de implementación del NGEU tienen un gran peso las instituciones que representan los intereses de los Estados miembros, lo que confirma la evolución intergubernamental de la UE a la que me he referido anteriormente. El conjunto de normas que acompañan cada nuevo marco financiero plurianual van dirigidas al Consejo o al Consejo y al Parlamento Europeo dependiendo de la base jurídica en la que se fundamenten, pero lo cierto es que el Consejo Europeo tiene una gran influencia en la práctica. En esta ocasión, el Consejo Europeo desempeñó un papel político aún más decisivo si cabe, ya que era necesario lograr un acuerdo político sobre los elementos clave del ambicioso NGEU que requerían su adopción por unanimidad en el seno del Consejo. Las extensas y detalladas Conclusiones, adoptadas en el marco del Consejo Europeo de julio de 2020, son un ejemplo claro de la intervención de esta institución en el proceso de adopción de decisiones en la Unión, por lo que cabe plantearse si ha resultado alterado el equilibrio institucional previsto en los Tratados en esta materia. A pesar de que la adopción formal de los diversos instrumentos jurídicos que integran el plan de recuperación NGEU y las nuevas perspectivas financieros se llevó a cabo con arreglo a los procedimientos previstos en los Tratados, el Consejo Europeo determinó con mucho detalle las decisiones posteriores a lo largo de las sesenta y cinco páginas de sus Conclusiones¹⁴⁶. El Consejo y el Parlamento se limitaron a perfilar los instrumentos jurídicos necesarios durante los últimos seis meses del año 2020, pero no se alteraron los acuerdos políticos logrados en el Consejo Europeo sobre las cuestiones más importantes.

Otra de las peculiaridades del proceso de aprobación del NGEU es que el Parlamento ha tenido un papel modesto en la adopción del Reglamento 2020/2094 del

¹⁴⁴ DE WITTE, B., “The European Union’s COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift”, *loc. cit.*, p. 663.

¹⁴⁵ Editorial Comments, “Disease and recovery in (COVID-affected) Europe”, *CMLRev.*, vol. 57, nº 3, 2020, pp. 619-630.

¹⁴⁶ Véase DE WITTE, B., “The European Union’s COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift”, *loc. cit.*, p. 672.

Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece el Instrumento de Recuperación. Ello se debe a que en el art. 122 TFUE se establece que el Parlamento ha de ser únicamente informado de la decisión adoptada, si bien esta institución ha tratado de influir en el contenido del resto de instrumentos jurídicos que forman parte del NGEU¹⁴⁷. El Parlamento ha apoyado activamente la introducción del plan de recuperación desde que fue propuesto por la Comisión en mayo de 2020. El rol menor que ha desempeñado el Parlamento en el proceso de aprobación del instrumento SURE, del Reglamento de Recuperación o de la Decisión sobre el sistema de los recursos propios se ha visto compensado, en cierta manera, por la aplicación del procedimiento legislativo ordinario en la adopción del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia de la Unión (el mayor instrumento financiero del NGEU), así como por su poder de veto en relación con la aprobación del Marco financiero plurianual¹⁴⁸. En mi opinión, se ha respetado formalmente el equilibrio institucional en el proceso de adopción del plan de recuperación llevando a cabo una interpretación flexible de los Tratados que ha implicado una influencia destacada las instituciones que representan los intereses de los Estados y, en particular, del Consejo Europeo, y una minusvaloración del papel del Parlamento en el procedimiento presupuestario y en la posterior implementación del NGEU¹⁴⁹.

El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID constituye el programa más importante de los que forman parte del NGEU y canaliza la parte más sustancial de los fondos obtenidos mediante la emisión de deuda pública. Se trata de un programa excepcional y coordinado de apoyo económico y social, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros, en particular para con aquellos Estados miembros que se hayan visto especialmente afectados. La base jurídica en la que se fundamenta el Instrumento de Recuperación se refiere precisamente a la solidaridad entre los pueblos de la UE (art. 122 TUE). Esta disposición permite a la UE adoptar medidas de emergencia que por su propia naturaleza

¹⁴⁷ Véase, FASONE, C., “The European Parliament faces up to the Recovery and Resilience Facility”, *EU Law Live, Weekend edition* No. 36, 7 Nov. 2020, 12.

¹⁴⁸ DE WITTE, B., “The European Union’s COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift”, *loc. cit.*, p. 669.

¹⁴⁹ En cambio, para un sector de la doctrina se ha vulnerado el principio de equilibrio institucional. LEINO-SANDBERG, P. y RUFFERT, M. sostienen que “while the institutions argue that the NGEU was in line with the principle of institutional balance, we tend to disagree. We would submit rather that the legal engineering around the NGEU has constitutional consequences for the horizontal division of powers in the EU” (“Next Generation EU and its constitutional ramifications: A critical assessment”, *loc. cit.*, p. 454).

son temporales y excepcionales. La UE ha puesto en marcha otras medidas de asistencia financiera para apoyar a varios Estados miembros, de lo que constituye el ejemplo más significativo el MEDE¹⁵⁰. Como se ha puesto de manifiesto al analizar las implicaciones de la sentencia sobre la condicionalidad financiera, la solidaridad viene generalmente acompañada de la exigencia de responsabilidad en la implementación de las políticas de la UE. No es por casualidad que el artículo 80 TFUE señale que la ejecución de las políticas de inmigración y asilo se regirán “por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de responsabilidad entre los Estados miembros”.

VI. REFLEXIONES FINALES

Como consecuencias de las experiencias traumáticas vividas en el pasado, la UE no se ha embarcado en procesos de reforma de los Tratados en los últimos diez años a pesar de los cambios sustanciales que han experimentado tanto la UE y sus Estados miembros como el contexto internacional. En cierta medida, se ha optado por llevar a cabo cambios con implicaciones cuasi-constitucionales a través de la reinterpretación de los Tratados existentes de lo que constituye un buen ejemplo la adopción del NGEU o al margen de los Tratados como sucedió con la respuesta a la crisis del euro. Con anterioridad a la crisis generada por el COVID-19, existía un acuerdo generalizado dentro de las instituciones de que cualquier integración fiscal más profunda, particularmente si involucraba la emisión de deuda por parte de la UE, requeriría la modificación de los Tratados¹⁵¹. Sin embargo, la aparición de la pandemia y la invasión de Ucrania han promovido un clima político favorable a una mayor integración y ya no es descartable una eventual reforma de los Tratados de la UE. En este sentido, se ha sugerido que sería oportuno abandonar la unanimidad para adoptar el marco financiero plurianual y la Decisión sobre Recursos Propios con el objetivo de poder hacer frente a nuevas contingencias económicas excepcionales en el futuro o incluso desvincular la posibilidad

¹⁵⁰ Sin embargo, en el marco de la crisis del Euro se descartó recurrir a esta base jurídica porque se pensó que el hecho de que algunos Estados tuvieran una gran deuda pública no podría ser considerado como acontecimientos excepcionales que dichos Estados no pudieran controlar.

¹⁵¹ Veáanse, entre otros, JUNCKER *et al.*, “The Five Presidents’ Report: Completing Europe’s Economic and Monetary Union”, European Commission, June 2015; European Commission, “Reflection paper on the deepening of the Economic and Monetary Union”, COM (2017)291; Commission Communication, “Further steps towards completing Europe’s Economic and Monetary Union: A roadmap”, COM (2017)821 final.

de endeudarse de la Decisión sobre Recursos Propios¹⁵². No cabe duda que la unanimidad puede retrasar o incluso impedir la respuesta de la UE en una situación similar a la de la pandemia.

La necesidad de actualizar los Tratados se ha planteado en los últimos años y, sobre todo, en el marco de la Conferencia sobre el Futuro de Europa que terminó su andadura en mayo de 2022 tras un año de intensos debates. La Conferencia sobre el Futuro de Europa constituye “una experiencia en sí misma inédita de democracia participativa transnacional”¹⁵³, que se ha considerado un paso importante para abordar el déficit de legitimación de la integración europea¹⁵⁴. El Parlamento Europeo se ha mostrado favorable a poner en marcha el procedimiento ordinario de revisión de los Tratados mediante la convocatoria de una convención europea con el objetivo de implementar las propuestas incluidas en el informe final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa que fueron presentados el 9 de mayo de 2022¹⁵⁵. En cambio, los Estados miembros se han mostrado divididos en cuanto a la necesidad y oportunidad de iniciar un proceso de reforma de los Tratados. Si bien la mayoría de las propuestas incluidas en el informe final de la Conferencia se podrían materializar sin reformar los Tratados, otras requieren que se introduzcan modificaciones en los textos constitutivos¹⁵⁶. Las tres instituciones implicadas en la Conferencia se comprometieron desde un primer momento a hacer un seguimiento del informe final dentro de sus competencias y de conformidad

¹⁵² LEINO, P. S. y RUFFERT, M., “Next Generation EU and its constitutional ramifications: A critical assessment”, *loc. cit.*, pp. 470-472; y DE WITTE, B., “The European Union’s COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift”, *loc. cit.*, p. 681.

¹⁵³ GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “La Conferencia ha terminado. ¿Larga vida a la Convención? Llegó el momento de tomar decisiones en el debate sobre el futuro de Europa”, en ALDECOA, F. y GUINEA LLORENTE, M. (eds.), *Una Unión Europea necesitada de reforma. Hacia la tercera Convención Europea*, La Catarata, 2022, p. 113. Para un análisis minucioso del desarrollo y de los resultados finales de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, se pueden consultar los trabajos publicados en esta obra colectiva.

¹⁵⁴ ALEMANNI, A., “Unboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic *raison d’être*”, *European Law Journal*, vol. 26, nº 5, 2020.

¹⁵⁵ Resolución de 4 de mayo de 2022, sobre el seguimiento que dará a las conclusiones de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, P9_TA (2022)0141, apdo. 15.

¹⁵⁶ Véase Comisión Europea, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Conference on the Future of Europe. Putting Vision into Concrete Action, COM (2022) 404 final, 17.6.2022.

con los Tratados, pero en ningún momento se han comprometido a iniciar el procedimiento de reforma¹⁵⁷.

En mi opinión, no es oportuno en este momento iniciar el proceso de reforma de los Tratados, pues varios Estados miembros cuestionan incluso los valores en los que se fundamenta el proceso de integración europea, tal y como he puesto de manifiesto en este trabajo. Para que una reforma de estas características tenga éxito es preciso que exista un consenso entre los Estados miembros sobre los objetivos políticos que se pretenden alcanzar. De iniciarse este proceso de forma inmediata, tal y como pretende el Parlamento, se corre el riesgo de que el resultado final conduzca a una mayor desintegración o se inicie una crisis política similar a la que precedió la adopción del Tratado de Lisboa. La apertura del proceso de reforma de los Tratados podría conducir también a reforzar aún más el papel de los Estados en el sistema institucional de la UE y a debilitar, en lugar de mejorar, el procedimiento de adopción de decisiones. No cabe duda que las sucesivas crisis que se han sucedido en los últimos años, junto con el desafío derivado de la invasión rusa de Ucrania, demandan una adaptación de los Tratados a las nuevas circunstancias. Esperemos que en los próximos años concurren las condiciones políticas necesarias para poder emprender con éxito la reforma de los Tratados y permitan dotarnos de un marco constitucional adecuado para proteger a los ciudadanos y responder a las futuras crisis. Tal y como señalo Mario Draghi, el anterior Primer Ministro italiano ante el Parlamento Europeo en mayo de 2022, la UE debe aspirar a desarrollar un federalismo pragmático que abarque todos los ámbitos afectados por las transformaciones actuales.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANN, A., “Unboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic *raison d’être*”, *European Law Journal*, vol. 26, nº 5, 2020.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “Rule of Law and Judicial Independence in the Light of CJEU and ECtHR Case Law”, en IZQUIERDA-SANS, C. y otros, *Fundamental Rights Challenges. Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation*, Springer, pp. 167-187.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “El Estado de Derecho en el sistema institucional de la Unión Europea: realidades y desafíos”, en LIÑÁN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRÍGUEZ P. (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Tecnos, 2018, pp. 190 y ss.

ARCOS VARGAS, M., “Reflexiones sobre la primacía del derecho de la Unión Europea: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020”, en PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; y

¹⁵⁷ Parlamento Europeo, Consejo y Comisión Europea, Declaración conjunta relativa a la Conferencia sobre el futuro de Europa “Colaborar con los ciudadanos por la democracia: construir una Europa más resiliente, 20 de marzo de 2021, OJ C 91I, 18.3.2021, p. 1–4.

CORTÉS MARTÍN, J. M. (coords.), *Un mundo en continua mutación: desafíos desde el derecho internacional y el derecho de la UE. Liber Amicorum Lucia Millán Moro*, Aranzadi, Madrid, 2022.

BAQUERO CRUZ, J., “Minima Moralia: El Estado de Derecho, el método comunitario y el presupuesto de la Unión Europea”, *RDCE*, nº 72, 2022, p. 441.

BRZOZOWSKI A. y MOJAK, M., “Rule of Law Split Looms Over Poland’s Ruling Coalition”, *Euractiv*, 10 December 2020, disponible en https://www.euractiv.com/section/politics/short_news/rule-of-law-split-looms-over-polands-ruling-coalition/ (última revisión el 23/04/2022).

CANNIZZARO, E., “Disintegration Through Law?”, *European Papers: A Journal on Law and Integration*, vol. 1, nº 1, 2016.

CANNIZZARO, E., Sovereign Within the Union? The Polish Constitutional Tribunal and the Struggle for European Values, *European Papers: A Journal on Law and Integration*, vol. 6, nº 2, 2021, pp. 1117-1121.

CANNIZZARO, E., Sovereign Within the Union? The Polish Constitutional Tribunal and the Struggle for European Values, *European Papers: A Journal on Law and Integration*, vol. 6, nº 2, 2021, pp. 1117-1121.

CANNIZZARO, E., “Neither Representation nor Taxation? Or, “Europe’s Moment” Part I”, *European Papers: A Journal on Law and Integration*, vol. 5, nº 2, 2020, p. 706.

CERVELL HORTAL, M., *Unión de valores: ¿realidad o desiderátum? La protección del Estado de Derecho en el seno de la Unión Europea*, Aranzadi, 2022.

CHALMERS, D., “The Unconfined Power of European Union Law”, *European Papers*, vol. 1, nº 2, 2016, pp. 405-437.

CRUZ VILLALÓN, P. “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 17, 2013, pp. 504 y 505.

DE GREGORIO MERINO, A., “El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 71, 2022.

DE GREGORIO MERINO, A., “The Recovery Plan: Solidarity and the living Constitution”, *EU Law Live*, 6 de marzo, 2021.

DE WITTE, B., “Guest Editorial: EU emergency law and its impact on the EU legal order”, *Common Market Law Review*, vol. 59, nº 3, 2022, p. 10.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “La Conferencia ha terminado. ¿Larga vida a la Convención? Llegó el momento de tomar decisiones en el debate sobre el futuro de Europa, en ALDECOA, F. y GUINEA LLORENTE, M. (eds.), *Una Unión Europea necesitada de reforma. Hacia la tercera Convención Europea*, La Catarata, 2022.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “En el nombre de los valores: El tribunal de Luxemburgo como garante del Estado de Derecho... En los Estados miembros de la Unión”, SALINAS DE FRÍAS, A. (dir.), MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (dir.), *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales: Desafíos para la seguridad, la sostenibilidad y el estado de derecho*, 2021.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “El estado del Derecho de la Unión Europea. Diagnóstico para después de una crisis”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, nº 9, 2018.

HILLION, C., “A(nother) lost opportunity?: The European Council and Domestic Assaults on the EU Constitutional Order”, *Verfassungsblog*, 3 November 2021, disponible en <https://verfassungsblog.de/another-lost-opportunity> (última revisión el 23/04/2022).

HOLDGAARD, R.; ELKAN, D.; KROHN SCHALDEMOSE, G., “From Cooperation to Collision: the ECJ’s *Ajos* Ruling and the Danish Supreme Court’s Refusal to Comply”, *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, pp. 17-54.

JACQUE, J. P., “Le juge de l’Union saisi par la politique”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol., 57, nº 4, 2021, pp. 799-802.

JOLIVET, S., “L’égalité des États membres de l’Union européenne. Vers une conception de l’égalité étatique autonome du droit international?”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, nº 3, 2015, p. 384.

KOCHENOV D. y BÁRD, P., “The Last Soldier Standing? Courts vs Politicians and the Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU”, *European Yearbook of Constitutional Law*, 2019, pp. 242-287.

- LEINO, P. S. y RUFFERT, M., “Next Generation EU and its constitutional ramifications: A critical assessment”, *CMLRev.*, vol. 59, 2022, pp. 433-472.
- LENAERTS, K., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial”, *RDCE*, nº 72, 2022, p. 355.
- LENAERTS, K. “New Horizons for the Rule of Law Within the EU”, *German Law Journal*, vol. 21, 2020, pp. 29-34.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., “Desafíos y límites a la primacía del Derecho de la UE: jurisprudencia reciente del TJUE y de los tribunales constitucionales nacionales”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 58, 2022, p. 86.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., “La degradación de las exigencias del Estado de Derecho en el ámbito de la Unión Económica y Monetaria”, en LIÑÁN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRÍGUEZ P. (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Tecnos, 2018, pp. 190 y ss.
- LÓPEZ ESCUDERO M., “La Unión Europea ante la crisis económica y financiera”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 39, 2011, p. 354.
- LOUIS, J. V., “La sentencia Pringle”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, 2013, p. 20.
- MANGAS MARTÍN, A., “El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción”, *RDCE*, nº 50, pp. 41-42
- MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J., “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*, nº 50, 2015, pp. 144 y 146.
- MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 42, 2012, p. 19.
- MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 13, 2011, pp. 97-145.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P., “Y sonaron las trompetas a las puertas de Jericó... en forma de sentencia del Bundesverfassungsgericht”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 52, 2020, p. 26).
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2021.
- MOUTON J. D., “L'État membre entre souveraineté et respect de son identité: quelle Union européenne?”, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2012, nº 556, pp. 204-209.
- PECH, L., “The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox”, EU Project RECONNECT, Working Paper nº 7, 2020; y UITZ, R., “The perils of defending the rule of law through dialogue”, *European Constitutional Law Review*, vol. 15, nº 1, 2019, pp. 1-16.
- SALINAS DE FRÍAS, A., “Estado de Derecho o «Rule of Law»: valor de base y principio de acción del Consejo de Europa”, en LIÑÁN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRÍGUEZ P. (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Tecnos, 2018, pp. pp. 89-125).
- SAFJAN, M., “L'identité constitutionnelle polonaise”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 72, 2022, pp. 371-391.
- UITZ, R., “The Rule of Law in the EU: Crisis – Differentiation – Conditionality”, *European Papers: A Journal on Law and Integration*, vol. 7, nº 2, 2022.
- VON BOGDANDY, A.; SCHILL, S., “Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty”, *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1417.
- WENDEL, M., “Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception”, *German Law Journal*, vol. 21, nº 5, 2020, pp. 979-994.