

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

La respuesta europea a la crisis de los refugiados

José María Porras Ramírez

El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea

Calogero Pizzolo

Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión

Javier García Roca

Malos tiempos para el estado de derecho en la Unión Europea

Susana Sanz Caballero

Líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización

José María Serna

Por una perspectiva dialógica del derecho constitucional europeo

Laurence Burgogue-Larsen

La independencia judicial como requisito para la emisión de la orden europea de detención

Jeremías Brusau

Sobre la ponderación de los intereses concurrentes de las víctimas y de la defensa en la Directiva 2012/29/UE

Rocío E. Buosi

RI&HR

Jean Monnet
Centre of Excellence
"Regional Integration
and Human Rights"

Jean Monnet
Centro de Excelencia
"Integración Regional
y Derechos Humanos"

IR&DH



Año VII – Nr. 2 – 2019



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VII – N° 2 – 2019

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Malos tiempos para el estado de derecho en la Unión Europea

Especial referencia a los ataques a la independencia judicial en algunos Estados miembros¹

§

Susana Sanz Caballero²

Sumario

I. Introducción. II. El auge del nacionalismo y los populismos. III. El palo y la zanahoria de la UE en la promoción del estado de derecho. IV. La pertinencia de comparar la adhesión de los países de la Europa Central y del Este de los años 2000 con la de los países de la Europa del Sur de los años 80. V. Los ataques a la judicatura en Hungría y Polonia. VI. Conclusiones.

I. Introducción

El mundo está cambiando y no parece que sea para mejor, al menos por lo que respecta al respeto de principios básicos comunes, dado que algunos valores que dábamos por sentado y considerábamos fundamentales para la sociedad están siendo hoy gravemente atacados en algunos Estados miembros de la Unión Europea. Y si esto sucede en Europa, donde se suponía que estos valores estaban firmemente asentados, entonces no nos debería sorprender las muchas deficiencias que observamos en países de América Latina o el Magreb, por poner algunos ejemplos.

Pero lo cierto es que es especialmente doloroso comprobar en continente europeo que el estado de derecho no sea tan defendido ni con tanta fuerza y convencimiento como lo era antes. Actualmente se usa la expresión "democracias

¹ Este artículo es uno de los resultados de la Cátedra Jean Monnet de la CEU UCH sobre la UE de los valores y los derechos humanos financiada por la EACEA (Jean Monnet Chair CEU UCH. Project 587457-EPP-1-2017-1-ES-EPPJMO-CHAIR).

² Cátedra Jean Monnet CEU UCH. Juez ad hoc del T.E.D.H.

iliberales”, que sería una suerte de autoritarismo consensuado, como si este fuera un modelo legítimo y exportable. El auge del populismo y el nacionalismo tiene mucho que ver con esta situación que afecta a valores consagrados en el artículo 2 del TUE y que consideramos indiscutibles como la solidaridad, el pluralismo, la libertad, la igualdad, el estado de derecho o la separación de poderes³.

El estado de derecho no es un concepto teórico. Es una condición previa para garantizar que los responsables de la toma de decisiones sean responsables y que las autoridades públicas no cometan abusos. Es también la única garantía para la protección de los derechos humanos y la igualdad de trato de todos ante la ley. Sin embargo, su contenido no siempre es fácil de entender. Dicho esto, no tenemos que fabricar una definición dado que el Consejo de Europa ha mostrado el camino. Por nombrar solo una de las elaboraciones más recientes de esta Organización, el Rule of Law Checklist de la Comisión Democracia a través del Derecho (conocida como Comisión de Venecia) estableció en 11 de Marzo de 2016 que el estado de derecho requiere un sistema de leyes ciertas y previsibles, donde todos tienen derecho a ser tratados por los decisores públicos con dignidad, igualdad y racionalidad y de conformidad con las leyes, y tienen la oportunidad de impugnar las decisiones ante tribunales independientes e imparciales a través de procedimientos justos⁴. Según este Checklist, los principios que incluye el estado de derecho -respecto de los cuales, además, se evaluará la actividad del Estado-, son los siguientes:

- Legalidad
- Seguridad jurídica
- Prevención del abuso de poder
- Igualdad ante la ley y no discriminación
- Acceso a la justicia (incluidas la independencia del poder judicial, la independencia individual de los jueces, la imparcialidad del poder judicial, la autonomía del ministerio público, la independencia y la imparcialidad del tribunal) y el derecho a un juicio justo (incluidos el acceso a los tribunales, la presunción de inocencia y la efectividad de decisiones judiciales).

³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28/10/15, demanda n. 11882/10, par. 87: “... pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’».

⁴ https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf

En última instancia, el estado de derecho es un modelo constitucional de organización política y una herramienta sustantiva para garantizar el cumplimiento y el respeto de los derechos humanos. Por eso la Comisión de Venecia advierte contra los riesgos de utilizar un concepto de “estado de derecho” puramente formalista, que exija única y simplemente que cualquier acto llevado a cabo por funcionarios públicos esté autorizado por la ley. De hecho, hay interpretaciones incorrectas y claramente distorsionadas del estado de derecho que, en su versión en inglés traducen el concepto de “rule of law” por “rule by law”, “rule by the law” o “Law by rules”⁵. Desafortunadamente, este tipo de interpretación errónea por la cual el rule of law se convierte en el rule of man, se está extendiendo. Cuando Victor Orban dice “nuestros abogados lo arreglarán”, sabe muy bien de qué está hablando y está siguiendo deliberadamente este camino iliberal⁶. Aunque no siempre es fácil explicar qué es el estado de derecho sin embargo cualquiera es capaz de darse cuenta de cuándo este no existe porque asociamos el estado de derecho con lo opuesto a la arbitrariedad y esta, cuando se produce, sí somos capaces de identificarla bien⁷.

Inspirada por el Consejo de Europa, la Comisión Europea también proporcionó una definición en sus Comunicaciones de Abril y Julio de 2019 sobre la necesidad de reforzar el estado de derecho en Europa⁸. El estado de derecho se considera en la UE como un sistema en el que todos los poderes públicos siempre actúan dentro de los límites establecidos por la ley, de conformidad con los valores de la democracia y los derechos fundamentales, bajo el control de tribunales independientes e imparciales.

Consejo de Europa y UE incluyen el valor de la justicia como uno de los componentes clave del estado de derecho. Para ambas organizaciones, la

⁵ Cuestión esta analizada, entre otros, por SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, “The University of Chicago Law Review”, 1989, vol. 56, nro. 4, pp. 1175-1188.

⁶ BARD, P., *The Open Society and Its Enemies*, “Policy Insights”, año 2017, nro. 14, p. 6.

⁷ SCHUKKING, J., *Protection of human rights and the rule of law in Europe*, “NQHR”, año 2018, vol. 36, nro .2, pp. 152-158.

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo Reforzar en mayor medida el Estado de Derecho en la Unión. Situación y posibles próximas etapas de 3 de Abril de 2019 (COM(2019) 163 final) y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones Refuerzo del estado de derecho en la Unión. Propuesta de actuación de 17 de Julio de 2019 (COM(2019) 343 final).

independencia, la calidad y la eficiencia judicial son los elementos clave de un sistema de justicia efectivo y son cruciales para defender el estado de derecho y los valores sobre los que se basa la UE. La ley sin justicia puede llegar a ser abusiva y, por tanto, puede producir el efecto contrario al deseado. Además, en la UE la independencia judicial también es un requisito derivado del principio de protección judicial efectiva al que se refiere el art. 19 TUE y del derecho a un recurso efectivo ante un tribunal consagrado en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que garantiza la equidad, la previsibilidad y la certeza del sistema legal.

Según la Comisión de Venecia la independencia judicial: "... presupone (en particular), que el organismo en cuestión ejerce sus funciones judiciales de manera totalmente autónoma sin estar sujeto a ninguna restricción jerárquica o subordinado a ningún otro organismo y sin recibir órdenes o instrucciones de ninguna fuente, y que por lo tanto está protegido contra intervenciones externas o presiones que puedan perjudicar el juicio independiente de sus miembros e influir en sus decisiones". El Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹ confirman que el estado de derecho incluye necesariamente la separación de poderes y el respeto de los tribunales independientes e imparciales.

En sus recientes fallos contra Polonia sobre graves y sistemáticas violaciones de la independencia del poder judicial acaecidas en ese país, el Tribunal de Justicia subraya que el estado de derecho es fundamental para el ordenamiento jurídico de la UE¹⁰. En el párrafo 36 de la sentencia del caso, que trae causa de la reducción del sueldo de los miembros del Tribunal de Cuentas portugués como medida de austeridad presupuestaria impuesta durante la crisis financiera que sufrió Europa en 2008, el Tribunal de Justicia de la UE subrayó que la existencia de una protección judicial efectiva por parte de jueces independientes es la esencia misma del estado de derecho¹¹. No podría ser de otra manera: Cuando el poder ejecutivo sobrepasa sus

⁹ TEDH: Baka/ Hungría, demanda no. 58688/11 de 19 de Enero de 2017, par. 135; Kamenos/ Chipre demanda no. 147/07 de 31 de Octubre de 2017, par. 103.

¹⁰ Sentencia de 24 de junio de 2019 en el asunto C-619/18 Comisión/ Polonia; sentencia de 5 de Noviembre de 2019 C-192/18 Comisión/ Polonia.

¹¹ TJUE: Gran Sala Associação sindical dos juizes portugueses / Tribunal de Contas C-64/16 de 27 Febrero de 2018.

competencias socavando los poderes del cuerpo legislativo, y especialmente los del poder judicial, el estado de derecho se erosiona y ese país se precipita hacia un régimen autoritario.

La independencia judicial es importante porque es el mejor antídoto contra la impunidad de los actos ilegales. Sin ella, no hay libertad real, no hay control entre órganos, no hay separación de poderes, no hay garantía contra la arbitrariedad en la toma de decisiones. Los posibles abusos de poder dentro del proceso democrático deben ser siempre controlados por los tribunales¹². Si los jueces se convierten en una suerte de “delegados” del gobierno, los juicios pierden su autoridad, la separación de poderes se desvanece y el sistema democrático se derrumba. El estado de derecho abarca cómo se aprueban las leyes de manera responsable, cómo se aplican justamente y cómo son de efectivas. En consecuencia, el respeto al estado de derecho es esencial para que los ciudadanos confíen en las instituciones públicas. Sin confianza, los Estados democráticos no pueden funcionar. Asimismo, en la UE, el respeto del estado de derecho por parte de todos los Estados miembros genera confianza mutua entre los distintos socios. Sin esa confianza, tampoco la UE puede funcionar. En otras palabras, el proyecto europeo se basa en el respeto del estado de derecho en todos los Estados miembros, lo cual asegura la aplicación efectiva del Derecho de la UE y la confianza mutua en el seno de la misma. De hecho, las deficiencias en un Estado miembro afectan tanto a los demás miembros como a la UE en su conjunto. La Unión tiene una responsabilidad, compartida con sus Estados miembros, en la resolución de los problemas de estado de derecho dondequiera que aparezcan. Esto es así porque estas amenazas desafían la base legal, política y económica en las que se asienta la UE.

II. El auge del nacionalismo y los populismos

Hoy en día muchos Estados europeos parecen ser menos protectores de su estado de derecho y más receptivos al populismo y al nacionalismo, que aducen supuestos agravios generalizados para tratar de excluir a los demás del juego político y de la toma de decisiones que afectan a la ciudadanía. Los populistas invocan una

¹² SANDERS - VON DANWITZ, *Selecting judges in Poland and Germany*, “German L. J.”, año 2018, vol. 19, pp. 769-815, p. 771.

supuesta voluntad del pueblo para desacreditar a la oposición y dismantelar el sistema de poderes y contrapoderes en los que se basa el estado de derecho, como son la separación de poderes y la consiguiente independencia del poder judicial. Para los populistas y nacionalistas, todas sus acciones estarían justificadas debido a su supuesta autoridad y superioridad moral para representar al pueblo¹³.

En otros países en los que el populismo está menos avanzado, el estado de derecho también está retrocediendo debido a tendencias nacionalistas de línea dura y a la xenofobia, que propagan la intolerancia. Los nacionalistas también invocan el gobierno de la mayoría para dismantelar el estado de derecho, para negar la libertad de reunión y la libertad de expresión, para demonizar a los migrantes. Se ponen por encima de las instituciones democráticas y respetan las decisiones judiciales solo si van a su favor.

III. El palo y la zanahoria de la UE en la promoción del estado de derecho

Cabe preguntarse cuán exitosa (o no) ha sido la UE a la hora de cambiar la cultura jurídica de sus Estados miembros en relación con el estado de derecho y la independencia de la justicia. Se puede hacer mención a dos puntos o momentos de análisis cronológicamente hablando, respecto a los países de reciente incorporación al club europeo:

1) Durante el período de preadhesión y adhesión, la UE tuvo una influencia relativamente positiva en los candidatos en cuanto a que los recién llegados consiguieron demostrar una práctica legal suficiente basada en las normas del estado de derecho. La condicionalidad jugó un papel importante porque había una recompensa, es decir, la membresía. Esa era la zanahoria¹⁴. Sin embargo, en los momentos de pre-adhesión y adhesión la UE estaba demasiado centrada en la cantidad más que en la calidad. Con esto se quiere decir que la UE estaba excesivamente centrada en el número de reformas y el número de nuevas leyes y nuevas prácticas que se suponía que los Estados de acceso debían adoptar. Pero en

¹³ COUNCIL OF EUROPE: State of democracy, human rights and the rule of law. Populism, how strong are Europe's check and balances?, Report of the Secretary General, 2017, p. 6.

¹⁴ MATLAK - SCHIMMELFENNIG (eds.), *Europeanization revisited*, passim; MENDELSKI, *Europeanization and the rule of law: Towards a pathological turn*, "Southeastern Europe", año 2016, vol. 40, pp. 346-384.

cambio, la UE fue algo negligente con respecto tanto a la calidad de estas reformas como a su pretendido mensaje de europeización. Y no está completamente claro si los nuevos valores fueron suficientemente asumidos e interiorizados en todos los nuevos Estados miembros.

2) Después de la adhesión, la UE demostró ser incapaz de enfrentar el declive del estado de derecho que afecta a algunos Estados miembros y contrarrestarlo. Como expresó Dimitry Kocherov: hoy la UE y sus Estados miembros parecen estar haciendo lo menos posible para combatir el retroceso del estado de derecho¹⁵. La UE fue muy ingenua al considerar que una vez que se concediera la condición plena de miembro a un Estado, el estado de derecho estaría garantizado para siempre en él. Pero la condicionalidad es inútil una vez que el Estado ya es miembro. Ya no hay zanahoria. Después de la adhesión, la UE depende de la buena fe y la buena voluntad del nuevo Estado miembro y de la solidez de su compromiso con los nuevos valores y normas. Se supone que los Estados miembros deben respetar el estado de derecho por convicción, no por un incentivo, porque la promesa de adhesión ya no existe. Cuando se violan los valores en un Estado que ya es miembro parece que solo parece aplicarse el palo y el respeto del estado de derecho dependerá de la fuerza de los poderes de ejecución de la Comisión como guardiana de los Tratados. Lo que ocurre es que lamentablemente las sanciones por infracción no son un buen elemento disuasorio, especialmente si el Estado incumplidor percibe que la UE es débil, que las sanciones son leves o que las instituciones de la UE no están de acuerdo sobre cómo enfrentar la violación. Ese es el caso hoy. Y el paso del tiempo refuerza a los socios díscolos porque los retrocesos del estado de derecho finalmente se consolidan cuando los Estados comprueban que su incumplimiento les sale gratis¹⁶.

¹⁵ KOCHEROV, *Rule of law crisis in the new Member States of the EU*, "Reconnect Working Paper", año 2018, nro. 1, p. 4.

¹⁶ Además, comprobar que nada ocurre cuando se incumple y/o que la reacción de la UE es excesivamente leve, envalentona a ese Estado también en sus prácticas y modales políticos y diplomáticos. Esto se ha visto con el incumplimiento por parte del portavoz del gobierno húngaro de la regla, respetada hasta ahora por todos, de discrecionalidad en las sesiones del Consejo, rota últimamente con la transmisión, además sesgada y a golpe de tweet, de las declaraciones y votaciones que se estaban produciendo en el seno de esta institución por parte de Zoltan Kovacs, secretario de

Desafortunadamente, no existe un mecanismo de monitoreo europeo para hacer un seguimiento y vigilancia al Estado después de la adhesión, nunca ha habido una especie de examen post-Copenhague¹⁷. En Julio de 2019, en vista de la gravedad de las decisiones tomadas en algunos Estados miembros de la Europa del Este y de la reiteración de estas conductas, la Comisión propuso un Ciclo de Revisión del Estado de Derecho para todos los Estados miembros¹⁸. Esta es una buena iniciativa que deberá ser implementada por la nueva Comisión. Pero este mecanismo probablemente llegue demasiado tarde para algunos Estados donde la negación de valores se ha estado produciendo constantemente desde hace años y el daño ya está hecho puesto que los principios en los que descansa el estado de derecho ya han sido laminados y en ellos la democracia ya empieza a parecer una sombra del pasado. Hoy estos países, especialmente Hungría y Polonia, pueden ser fácilmente etiquetados como regímenes autoritarios más que como verdaderas democracias. Afortunadamente, la mayoría de los nuevos Estados miembros parecen haber interiorizado mejor los nuevos valores, incluso si algunos de ellos evidencian también problemas para mostrarse como estados de derecho consolidados, como Malta, Rumanía, Bulgaria, Eslovaquia o Austria.

IV. La pertinencia de comparar la adhesión de los países de la Europa Central y del Este de los años 2000 con la de los países de la Europa del Sur de los años 80.

estado del gobierno de Budapest (SUANZES, *Hungría revienta las reglas al retransmitir una reunión de ministros europeos por Twitter*, "El Mundo", 10 de Diciembre de 2019).

¹⁷ Toda solicitud de admisión está sometida al parecer de la Comisión y a una decisión del Consejo Europeo. La Comisión se basa en los Criterios de Copenhague para emitir su dictamen sobre las solicitudes de admisión. Desde 1993, los Criterios exigen que los Estados dispongan de instituciones que preserven un gobierno democrático y los derechos humanos; una economía de mercado viable y que el Estado acepte el acervo comunitario, esto es, las obligaciones, prácticas, normas y compromisos previos adquiridos por la UE.

¹⁸ Esta iniciativa, propuesta durante el semestre de presidencia finlandesa del Consejo, aparece mencionada en la Comunicación de la Comisión de 17 de Julio de 2019 y se asemeja al Examen Periódico Universal al que se someten los Estados miembros de la ONU cada cuatro años.

No se puede dejar de comparar la experiencia de adhesión al Suroeste de Europa con la de Europa central y oriental puesto que unos y otros tuvieron un pasado autoritario o totalitario.

La UE fue bastante lenta a la hora de contemplar en los Tratados las exigencias que un candidato debía cumplir para convertirse en miembro pero era algo implícito que para ser miembro de la UE, aparte de ser una economía liberal, un Estado debía ser también democrático. Lo sabían ya los seis Estados que fundaron la CECA en 1951. Este requisito, ser un estado de derecho, lo daban por hecho también los Estados de la primera ampliación en 1973 (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca). Incluso lo tuvieron claro países que entraron más tarde y que eran democracias emergentes como Grecia en 1981, que sufrió una dictadura militar de 1967 a 1974. También Portugal y España en 1986, a pesar de que eran democracias incipientes (Portugal tras la revolución de los claveles de 1974 y España con la muerte de Franco en 1975). En todos estos casos, se sabía implícitamente que había que ser una democracia y una economía de mercado para poder opciones de ingreso¹⁹.

Cuando Grecia ingresó en las Comunidades Europeas en 1981 y España y Portugal lo hicieron cinco años más tarde, los Criterios de Copenhague aún no existían. La condicionalidad no se les aplicó, al menos explícitamente. En ese momento, los tratados constitutivos no decían una palabra sobre valores, estado de derecho, democracia ni cosas por el estilo. Todo eso vino después, con las reformas posteriores a los Tratados a partir de los años 90 en adelante, con el Tratado de Maastricht, y continuando con el de Ámsterdam, Niza y Lisboa.

Y, sin embargo, Grecia, España y Portugal fueron siempre conscientes de que para convertirse en miembros tenían que ser democracias plenas. De hecho, el intento del general Franco de llamar a la puerta de las Comunidades Europeas en los años 60 se saldó en un sonoro fracaso para España, a quien se le recordó que mientras tuviera un régimen dictatorial no sería admitida²⁰. Los Estados del Sur de Europa entendieron que si querían entrar en este exclusivo club que ahora se llama la UE, tendrían que transformar sus leyes, sus prácticas administrativas, su poder judicial,

¹⁹ SANZ CABALLERO (ed.), "El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa", en *El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa: la crisis de valores de la UE*, en prensa.

²⁰ SENANTE, *España ante la Unión Europea, el primer acercamiento*, Alfonso el Magnanim., 2006.

sus fuerzas armadas, en definitiva todo, para mostrar respeto por el estado de derecho.

La integración europea tuvo un impacto muy positivo en los procesos de democratización de estos tres países²¹. Sabían que no se trataba solo de colocar urnas a intervalos regulares. Se trataba de abrazar con convicción y para siempre principios como el pluralismo, la legalidad, la separación de poderes, la independencia judicial, las libertades, los derechos humanos, etc. La palabra "para siempre" es muy importante aquí, ya que habría sido extremadamente hipócrita y fraudulento si España, Grecia o Portugal hubieran adoptado estándares democráticos con el único propósito de ser admitidos en las Comunidades Europeas para volver a la autocracia, en contra del espíritu del derecho europeo, una vez dentro. Esto nunca sucedió. Estos tres estados eran democracias recientes cuando ingresaron en las CCEE, pero aun así respetaron las normas no escritas según las cuales solo los estados democráticos podían calificar para la adhesión y los miembros deberían continuar siendo democracias desde entonces en tanto que miembros de pleno derecho. Grecia, España y Portugal han respetado el estado de derecho hasta ahora con, por supuesto, fallos episódicos que han sido corregidos por poderes judiciales nacionales independientes -las infracciones esporádicas son una característica normal de cualquier orden legal. Sin ir más lejos España, que fue una dictadura durante casi cuarenta años, se ha convertido en una democracia plena que logró su democratización de manera pacífica y ordenada. La razón principal fue la convicción de la población española y de sus élites políticas de la necesidad de "volver a Europa". Para España, Europa significaba democracia, libertad, pluralismo, separación de poderes, legalidad, independencia judicial, derechos humanos. Se creía que estos valores no tenían vuelta atrás, como se demostró en el intento de golpe de estado que tuvo lugar en 1981, que fue rechazado por la inmensa mayoría de la ciudadanía.

Este es también el caso de bastantes de los países que ingresaron a la Unión en las ampliaciones al Este. Como demuestran las estadísticas y la doctrina, salvo algunas graves excepciones, no existe un deterioro general y sostenido del nivel de

²¹ JURJE, "Europeanization in new member States: Effects on domestic political structures", en MATLAK - SCHIMMELFENNIG (eds.), *Europeanization revisited*, p. 55.

democracia en los nuevos Estados miembros²². Por supuesto, todavía hay mucho margen de mejora en términos de lucha contra la corrupción y el crimen organizado, libertad de acción para las ONG o libertad de los medios de comunicación, pero, en general, estos países están funcionando razonablemente bien, aunque algunos de ellos presentan algunas fisuras en cuestiones concretas del estado de derecho (Rumania, Eslovaquia, Malta...). Los Estados que han entrado en la UE después de 1993 no pueden albergar duda al respecto ya que los Criterios de Copenhague existen desde 1993 y ellos fueron admitidos en la UE en 2004, 2007 y 2013. Cuando hablamos de Polonia o de Hungría, o incluso de Eslovaquia, estamos hablando de Estados a los cuales se les aplicaron dichos criterios cuando ingresaron, es decir, eran Estados que respetaban los derechos humanos y los principios democráticos. Siendo miembros es cuando han comenzado a abandonar sus compromisos. Son países que no han tenido una transición a la democracia buscada y pactada entre las distintas facciones, grupos y sectores de la sociedad. Han pasado de ser regímenes totalitarios con una economía dirigida desde el Estado a ser miembros del Consejo de Europa y de la UE sin quizá haber tenido tiempo para, de modo natural, lento, con errores y aciertos pero siempre de modo individual, sin asistencia de organizaciones externas, optar por el multipartidismo, las elecciones democráticas, la transparencia de las instituciones, la libertad de expresión y de los medios de comunicación, la libertad de asociación y de acción de la sociedad civil y de las ONG, la separación de poderes, la independencia judicial, los derechos humanos... Es posible que se les haya dirigido demasiado hacia la democracia, desde fuera, sin que el anhelo haya surgido o madurado desde dentro. Algunos de ellos han demostrado no tener muy interiorizados los criterios que debe cumplir un Estado de derecho.

V. Los ataques a la judicatura en Hungría y Polonia

Donde los ataques al estado de derecho son a día de hoy sistémicos, sistemáticos y, dadas sus terribles consecuencias, sísmicos, es en Hungría y Polonia, países cuyo poder judicial está recibiendo ataques graves, continuados y sostenidos.

En Hungría, el debilitamiento de la judicatura comenzó en 2010. Fidesz introdujo leyes de amplio alcance que afectan el estatuto legal y los salarios de los jueces.

²² SCHIMMELFENNIG, op cit., p. 19, Judicial scoreboard 2019, OPOCE, p. 25.

Alteró la organización y la administración de los tribunales, cambiando el proceso de nominación de los jueces a uno que favorece al partido mayoritario en el parlamento. También redujo la edad de jubilación de los jueces en activo, recortó los poderes del Tribunal Constitucional y aumentó el número de jueces de este órgano, siendo los recién llegados todos partidarios de Fidesz. También por ley se estableció una discriminación por motivos de sexo en relación con la edad de jubilación²³.

Con respecto a Polonia, desde que el partido de Ley y Justicia llegó al poder en 2015, Varsovia se ha embarcado en un proceso de deseuropeización que afecta a la separación de poderes y la independencia del poder judicial que permiten una democracia en funcionamiento²⁴. Se aprobaron no menos de 13 leyes que erosionan la estructura completa del poder judicial: desde el Tribunal Constitucional, pasando tanto por el Tribunal Supremo como por los tribunales ordinarios, continuando con la fiscalía y acabando con el consejo del poder judicial.

Por nombrar solo algunos de estos cambios regresivos, hay auténtica certeza más que simple duda sobre la ilegalidad del nuevo método para nombrar jueces en el Tribunal Constitucional, que ahora depende del poder ejecutivo. También llama la atención que no se publiquen las sentencias contrarias a los intereses del gobierno. A tres jueces de este Tribunal elegidos constitucionalmente se les prohibió prestar juramento, mientras que a otros tres jueces elegidos inconstitucionalmente se les permitió hacerlo. Los severos recortes presupuestarios han convertido a la institución en irrelevante, puramente decorativa. Además, hay decisiones judiciales obligatorias que se han tomado sin el quórum mínimo de miembros requerido por ley.

Con respecto al Tribunal Supremo, ha habido una reducción en la edad de jubilación obligatoria mientras los jueces todavía ocupaban su cargo con mandatos en curso. Al hacerlo, Polonia ha violado el principio de inamovilidad de los jueces. El Presidente polaco tiene poderes discrecionales para ampliar el mandato de jueces de modo individual, sin ningún criterio claro y sin revisión judicial de la decisión final tomada. Las reformas han dado al Presidente el poder de hacer nuevos

²³ BARD, P. - PECH, L: *No checks, no balances*, "Reconnent Project", 28/10/2019.

²⁴ BURAS, *Europe and its discontents. Poland's collision course with the EU*, "European Council on Foreign Relations"; MARODY, *Transformations of Polish society*, "Social Research: An International Quarterly", año 2019, vol. 86, nro. 1, pp. 57-81.

nombramientos. El ejecutivo también está facultado para enmendar el reglamento interno de procedimiento del Tribunal y para decidir sobre las asignaciones de casos.

Una cámara de apelación extraordinaria tiene el poder de revocar las sentencias definitivas dentro de un plazo de 5 años y, en algunos casos, incluso dentro de uno de 20 años²⁵.

Los tribunales ordinarios han sufrido cambios similares que demuestran el abuso del poder ejecutivo respecto a los jueces. El “secuestro” judicial se produce en la justicia ordinaria subordinando todos los presidentes de los tribunales al Ministro de Justicia. Este último tiene el poder de degradarlos o reemplazarlos discrecionalmente. Además, ha habido discriminación por motivos de sexo en relación con la edad de jubilación. Por ende, las oficinas del ministro de justicia y la del fiscal se han fusionado, lo que afecta la imparcialidad de este último.

Polonia ha ido más allá al establecer un régimen disciplinario según el cual los jueces ordinarios podrían ser sancionados si emiten un fallo que desagrade al ejecutivo o si solicitan al Tribunal de Justicia de la UE que se pronuncie en una cuestión prejudicial. Incluso la educación de los futuros jueces está ahora bajo el estricto control del partido gobernante²⁶. Esto constituye un claro control político sobre el poder judicial²⁷.

Todo lo anterior ha hecho que la Comisión concluya que la separación de poderes y la independencia del poder judicial están en grave riesgo en Polonia²⁸. En la misma línea, el Representante Especial de la ONU sobre independencia judicial expresó preocupación después de su visita a Polonia²⁹. La Comisión de Venecia llegó a decir que ya no podía garantizarse la constitucionalidad de las leyes polacas³⁰.

²⁵ LAVELLE, *Europe's rule of law crisis*, “Trinity C. L. Rev.”, año 2019, vol. 22, pp. 35-49, p. 38.

²⁶ SANDERS, *op cit.*, p. 782.

²⁷ OHRHC, “Poland judicial Independence under threat, UN expert finds”, 27/10/2017.

²⁸ 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].

²⁹ <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22321&LangID=E>

³⁰ CDL-AD(2017)031 11/12/2017 Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, adopted by the Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 December 2017) ; CDL -AD(2017)028 11/12/2017 -Poland -

Y todavía hay sentencias pendientes relacionadas con cuestiones prejudiciales presentadas en asuntos que afectan a Polonia, porque el Tribunal de Luxemburgo ha sido consultado por más de diez tribunales polacos en busca de aclaraciones sobre los requisitos exigidos por la UE en materia de independencia judicial³¹.

Sin embargo, la UE ha sido criticada respecto al alcance de las demandas presentadas por la Comisión y también por las sentencias finales del Tribunal. La razón es que en las demandas presentadas y en las sentencias a esas demandas ni la Comisión primero ni el Tribunal de Justicia después han llegado a abordar el meollo del asunto, es decir, la cuestión central y real, que no es otra que el ataque sistemático que está sufriendo el poder judicial tanto en Polonia como en Hungría. No es solo la cuestión técnica de la discriminación por motivos de sexo o edad. No es tampoco la cuestión técnica del régimen disciplinario de los jueces, ni la inesperada ampliación de la composición de los tribunales por motivos políticos. Es todo eso al mismo tiempo, pero también es más que eso. El problema es que cada uno de estos casos aborda un aspecto técnico específico del problema pero no se ocupan del tema como el ataque deliberado que es, esto es, como un plan generalizado para socavar la independencia judicial, como un plan diseñado de debilitamiento del poder judicial en beneficio del poder ejecutivo.

Efectivamente, las reformas judiciales en Polonia y Hungría no son específicas ni esporádicas. Persiguen una estrategia global de control del poder judicial por parte del ejecutivo (en el caso de Polonia) y del ejecutivo y el legislativo (en el caso de Hungría). Estos casos muestran una crisis de valores europea verdaderamente existencial, ya que un ataque al poder judicial en un solo Estado miembro constituye

Opinion on the Act on the Public Prosecutor's office, as amended, adopted by the Venice Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 December 2017).; CDL-AD(2016)026 14/10/2016 Poland - Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session, (Venice, 14-15 October 2016); CDL-AD(2016)012 13/06/2016 - Poland - Opinion on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts, adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10-11 June 2016) ; CDL-AD(2016)001 11/03/2016 - Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016).

³¹ Cases C-522/18; C-537-18; C-585/18; C-624/18; C-625/18; C-668/18; C-824/18; C-558/18; C-563/18; C-623/18.

un ataque a la propia UE y en estos casos estamos hablando de ataques continuados, sostenidos en el tiempo y de profundo calado que socavan el funcionamiento imparcial de los tribunales. Además, la falta de limitaciones en las prácticas iliberales puede alentar a otros gobiernos a seguir su ejemplo y abusar de los derechos de sus ciudadanos. De hecho, la herramienta de información judicial comparada diseñada por la Comisión (el Judicial Scoreboard), que tiene como objetivo ayudar a la UE y a sus Estados miembros a mejorar la eficacia de sus sistemas judiciales nacionales proporcionando datos objetivos y confiables sobre su sistema judicial, indica en su edición de 2019 que otros cinco Estados miembros han recibido recomendaciones relacionadas con su sistema de justicia. Estos cinco estados son Croacia, Italia, Chipre, Portugal y Eslovaquia³².

La institución europea más activa en la lucha contra los ataques a los jueces nacionales ha sido el TJUE. El Tribunal de Luxemburgo ya ha condenado tanto a Polonia como a Hungría por todos los motivos anteriores. Diferentes sentencias sobre procedimientos de infracción (art. 258 TFUE) han dictaminado que estas reformas eran contrarias a la legislación de la UE y que estos dos estados deben restaurar los tribunales a la situación ex ante.

El mayor apoyo que se da a los gobiernos populistas no es un fenómeno limitado a Polonia y Hungría³³. Desafortunadamente, el populismo está en aumento y será un desafío para las democracias en el futuro próximo. La lucha contra el populismo y el nacionalismo demostrará la fortaleza y robustez (o no) del sistema democrático. No es exclusivo de los recién llegados. Podríamos ver en el futuro el imperio de la ley

³² COMISIÓN EUROPEA, The EU Justice Scoreboard, Mayo de 2019, OPOCE, Luxemburgo, p. 14: Council Recommendation of 13 July 2018 on the 2018 National Reform Programme of Croatia and delivering a Council opinion on the 2018 Convergence Programme of Croatia (2018/C 320/10); Council Recommendation of 13 July 2018 on the 2018 National Reform Programme of Italy and delivering a Council opinion on the 2018 Stability Programme of Italy, (2018/C 320/11); Council Recommendation of 13 July 2018 on the 2018 National Reform Programme of Cyprus and delivering a Council opinion on the 2018 Stability Programme of Cyprus, (2018/C 320/12); Council Recommendation of 13 July 2018 on the 2018 National Reform Programme of Portugal and delivering a Council opinion on the 2018 Stability Programme of Portugal, (2018/C 320/21); Council Recommendation of 13 July 2018 on the 2018 National Reform Programme of Slovakia and delivering a Council opinion on the 2018 Stability Programme of Slovakia, (2018/C 320/24).

³³ MARODY, op. cit., pp. 57-81, p. 65.

desafiado en democracias más antiguas y sólidas como Francia, Países Bajos, Alemania, etc., donde el populismo también está creciendo. Sin mencionar Italia, donde los movimientos populistas ya son parte del gobierno.

Vuelvo a mencionar a España, pero esta vez con pesar, ya que la nueva polarización y fragmentación del parlamento está degradando progresivamente la política nacional y potenciando el populismo de extrema izquierda y extrema derecha, así como los movimientos nacionalistas y secesionistas, todo al mismo tiempo. La situación es explosiva y podría terminar fácilmente provocando infracciones del estado de derecho. La situación también está poniendo al poder judicial en una posición muy delicada debido a la solicitud de varias órdenes de arresto europeas de líderes secesionistas que han encontrado contestación en los estados de ejecución (en Bélgica, Alemania y Reino Unido). También por el revés que para la judicatura española ha supuesto que el Tribunal de Justicia de la UE haya indicado al Tribunal Supremo español que debía haber liberado a un líder secesionista catalán -que estaba siendo procesado por un referéndum ilegal- para que acudiera a Bruselas a recoger su acta como nuevo eurodiputado electo -en claro fraude de ley³⁴.

VI. Conclusiones

En tiempos de crisis de valores, en tiempos de populismo, en tiempos de democracias iliberales, hay que seguir manteniendo que la UE ha sido capaz de producir cambios positivos en los nuevos Estados miembros para que adopten las reglas, códigos y principios del estado de derecho. Y por su mera existencia, la UE también ha tenido éxito en disuadir a los Estados miembros fundadores de las CCEE de retroceder también hacia regímenes antidemocráticos. Los casos de Hungría y Polonia, hoy por hoy hay que tratarlos como excepciones a la regla general, en este caso, como excepciones al estado de derecho. Pero lo cierto es que si ambos solicitaran la membresía hoy, no ingresarían a este club exclusivo al que ya pertenecen. La deriva antidemocrática de Hungría y Polonia es un ataque total contra todos los valores europeos consagrados en el art. 2 TUE. La velocidad a la que se produce la destrucción del estado de derecho en estos dos países evidencia la importancia de una cultura jurídica fuerte y convincente más allá de las meras normas

³⁴ TJUE: c-502/19 de 19 de Diciembre de 2019, Oriol Junqueras Vies / Fiscalía.

escritas. La separación de poderes y la independencia judicial son el núcleo del ataque, ya que los partidos gobernantes Law & Justice y Fidesz son conscientes de que un poder judicial independiente robusto frena cualquier plan para eludir el orden constitucional. Los líderes populistas saben bien que necesitan un poder judicial domesticado y controlado para implementar sus planes iliberales. Sin embargo, el surgimiento del populismo y el nacionalismo en muchos otros estados europeos no ayuda, ya que están cuestionando el consenso existente sobre el papel esencial que desempeña el estado de derecho en nuestras sociedades. Como evidencia de esto, Croacia y España se ubican en primer y cuarto lugar como los Estados miembros donde el público en general percibe la falta de independencia del poder judicial, según el Cuadro de indicadores judiciales. Estas no son buenas noticias³⁵.

¿Podría la raíz del problema ser la falta de convicción suficiente y la interiorización del papel desempeñado por el estado de derecho y los valores dentro de la UE? Deberíamos pensarlo, especialmente porque el riesgo de un efecto contagio es evidente. No hay que ser agorero pero Ursula von der Leyen necesitó los votos de la Ley y la Justicia de Polonia para ser elegida como Presidenta de la Comisión. Habrá que plantearse si la nueva Comisión será capaz de aplicar medidas más fuertes y efectivas contra los Estados incumplidores en estas condiciones.

³⁵ Judicial Scoreboard, cit., p. 45.

Bibliografía

BARD, P., *The Open Society and Its Enemies: An attack against CEU, academic freedom and the rule of law*, "Policy Insights", año 2017, nro. 14.

BARD, P. - PECH, L., *No checks, no balances: The reality of Orban's autocratic constitutional revolution*, "Reconnect Project", 28/10/2019.

BURAS, P., *Europe and its discontents. Poland's collision course with the EU*, "European Council on Foreign Relations".

JURJE, F., "Europeanization in new member States: Effects on domestic political structures", en MATLAK, M. - SCHIMMELFENNIG, F. (eds.), *Europeanization revisited: Central and Eastern Europe in the EU*, Florencia, EUI, 2018.

KOCHEROV, D., *Rule of law crisis in the new Member States of the EU*, "Reconnect Working Paper", año 2018, nro. 1.

LAVELLE, P., *Europe's rule of law crisis: An assessment of the EU's capacity to address systemic breaches of its foundational values in Member States*, "Trinity C. L. Rev.", año 2019, vol. 22.

MARODY, M., *Transformations of Polish society*, "Social Research: An International Quarterly", año 2019, vol. 86, nro. 1.

MATLAK, M. - SCHIMMELFENNIG, F. (eds.), *Europeanization revisited: Central and Eastern Europe in the EU*, Florencia, EUI, 2018.

MENDELSKI, M., *Europeanization and the rule of law: Towards a pathological turn*, "Southeastern Europe", año 2016, vol. 40, pp. 346-384.

SANDERS, A. - VON DANWITZ, L., *Selecting judges in Poland and Germany: Challenges to the rule of law in Europe and propositions for a new approach to judicial legitimacy*, "German L. J.", año 2018, vol. 19.

SANZ CABALLERO, S. (ed.), "El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa", en *El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa: la crisis de valores de la UE*, en prensa.

SCALIA, A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, “The University of Chicago Law Review”, 1989, vol. 56, nro. 4.

SCHUKKING, J., *Protection of human rights and the rule of law in Europe: A shared responsibility*, “NQHR”, año 2018, vol. 36, nro. 2.

SENANTE, H., *España ante la Unión Europea, el primer acercamiento*, Alfonso el Magnanim., 2006.

SUANZES, P., *Hungría revienta las reglas al retransmitir una reunión de ministros europeos por Twitter*, “El Mundo”, 10 de Diciembre de 2019.