

Carta desde Europa

Despertar a los perros dormidos

A medida que han quedado estancadas las posibilidad de revisión de los Tratados, la Comisión y el Parlamento han afirmado el derecho a intervenir en la política nacional y en los ordenamientos legales de los países miembros.



Puerta del Tribunal Constitucional de Polonia. Foto de Lukas Plewnia.



Wolfgang Streeck

Director emérito del Max Planck Institute for the Study of Societies de Colonia.

Todos [sus artículos en El Salto](#).

9 ene 2022 05:01

¿Recuerdan ustedes la campaña orquestada por la Comisión Europea (CE) y el Parlamento Europeo (PE) para enseñar a Polonia el respeto del Estado de derecho, con la ayuda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), mediante la retención de la cuota asignada a este país en el más precioso recurso de von der Leyen, el Next Generation EU Corona Recovery Fund? Siendo la jerga jurídica de la Unión Europea no por casualidad realmente difícil de entender por todo aquel que no se siente en el TJUE, una ardua reflexión revela que el Estado de derecho significa en este caso dos cosas: la independencia del poder judicial nacional del poder ejecutivo nacional y el reconocimiento por ambos de la supremacía del derecho europeo sobre el derecho nacional, incluido el derecho constitucional, y ello con independencia de lo que pueda ser el primero de ellos, que en caso de duda es una cuestión que ha de determinar el TJUE y solo él.

Polonia, en opinión de Bruselas, debe aprender la lección del Estado de derecho y ello no solo porque su gobierno haya copado su Tribunal Constitucional con jueces afines a su partido mayoritario. Ambos, el tribunal y el gobierno, creen en una interpretación restringida de la supremacía legal europea en vez de en la interpretación ampliada favorecida por la CE, el PE y el TJUE. Como consecuencia de ello, el Tribunal Constitucional polaco suele considerar determinados mandatos legales dictados por Bruselas, pero no todos, *ultra vires*, esto es, que transgreden los límites de la jurisdicción europea violando, por consiguiente, no solo el derecho polaco, sino también los Tratados Europeos en la medida en que los países miembros de la Unión Europea han cedido a tenor de los mismos parte pero no todas sus potestades legales a la Unión.

Para empeorar las cosas, y haciendo sonar todas las alarmas en Bruselas entre los buenos europeos «proeuropeos», resulta que para legitimar su falta de obediencia al Estado de derecho definido por Bruselas, al Tribunal Constitucional polaco, apoyado por su gobierno «antieuropeo», le agrada invocar una reciente decisión del Tribunal Constitucional alemán, el Bundesverfassungsgericht (BVG). Aunque durante mucho tiempo este ha sido considerado un parangón tanto de independencia política como de lealtad a la Unión Europea, el BVG había concluido recientemente que el TJUE había excedido sus competencias por considerar que él mismo, el Tribunal Constitucional alemán, había incumplido el derecho europeo en particular por no haber afirmado alto y claro la supremacía general de este sobre el derecho nacional respecto a una cuestión relativa a los poderes del Banco Central Europeo (BCE) para comprometer a los bancos centrales nacionales en el apoyo de determinadas políticas monetaria supranacionales. Apurado, el Tribunal Constitucional alemán se disculpó, decidió no llevar el asunto más lejos, reconoció que en este caso el BCE había actuado dentro de sus competencias y aceptó que de todos modos correspondía al TJUE determinar qué competencias se hallan contempladas en los Tratados.

Esto, sin embargo, no satisfizo a la Comisión Europea, la cual, presionada sobre todo por los parlamentarios europeos de los Verdes alemanes, declaró que Alemania estaba incumpliendo los Tratados, ya que su Tribunal Constitucional había sugerido que el alcance del poder de la Unión Europea puede quizá tener después de todo determinados límites. Con el fin de dar ejemplo y mostrar que quería decir esto, la CE inició un procedimiento por infracción de los Tratados contra Alemania, paralelo a los varios iniciados contra Polonia y Hungría, para que todo el mundo supiera que invocar al Tribunal Constitucional alemán no permitiría obtener sus recursos del Next Generation EU Corona Recovery Fund y que en todo caso Bruselas aplica su concepto de Estado de derecho de modo igualitario a ricos y pobres, a grandes y pequeños, sin establecer distinción alguna. Los procedimientos de infracción pueden acabar en el TJUE, si el país en cuestión no logra convencer a la Comisión de que ha emendado su

comportamiento y de que garantiza fehacientemente que no transgredirá nuevamente la norma.

Resulta sintomático de la política alemana e igualmente de la integración europea a día de hoy, que la Comisión Europea y el gobierno alemán lograran proteger de la atención pública su acuerdo de resolución del procedimiento de infracción y los términos del mismo

Hasta aquí, todo bien. Después, el 2 de diciembre del pasado año, pocos días antes de que el nuevo gobierno alemán jurara su cargo, la Comisión Europea, repentina e inesperadamente, dejó caer su procedimiento contra Alemania sin hacer mucho ruido y, en consecuencia, sin que apenas la prensa alemana tomara nota de la decisión o pudiera pretender no haber sido consciente de la misma. Alemania, de acuerdo con el comunicado de la Comisión, el único documento oficial disponible hasta la fecha, había reconocido formalmente «la autonomía, la supremacía, la eficacia y la aplicabilidad uniforme del derecho de la Unión», además de «los valores sustentados en los Tratados, especialmente el de la vigencia del Estado de derecho». Alemania también había «reconocido la autoridad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» y el principio de que «la legalidad de las acciones de los órganos de la Unión [...] únicamente pueden ser objeto de revisión por parte del mencionado Tribunal». Y, sobre todo, el gobierno alemán «se había comprometido a utilizar todos los medios a su alcance para evitar activamente [aktiv zu vermeiden] en el futuro la repetición de un caso procedimental *ultra vires*, esto es, de denuncia del alcance excesivo de la aplicabilidad del derecho europeo [eine Wiederholung einer Ultra-vires-Feststellung].

Resulta sintomático de la política alemana e igualmente de la integración europea a día de hoy, que la Comisión Europea y el gobierno alemán lograran proteger de la atención pública su acuerdo de resolución del procedimiento de infracción y los términos del mismo. La única respuesta en Alemania a este episodio fue la cuestión formulada al gobierno por un miembro del Linkspartei en el Bundestag, quien preguntó si era cierto que el gobierno había decidido influir en la futura jurisdicción del Tribunal Constitucional alemán e interrogó sobre los medios legales que el gobierno cree tener a su disposición para lograr este fin; asimismo preguntó si el gobierno consideraba tal influencia compatible con el principio de separación de poderes y, en general, si estimaba ilegítimo que el Tribunal Constitucional alemán revisase los actos legales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Todavía no habido respuesta a estas preguntas.

O quizá sí. En junio de 2020, la dilatada permanencia en el cargo de Andreas Voßkuhle como presidente del Tribunal Constitucional alemán llegó regularmente a su fin. Voßkuhle, profesor de derecho público en la Universidad de Friburgo dotado de criterio propio, había sido considerado generalmente como la fuerza motriz detrás de la decisión *ultra vires* tomada por el Tribunal Constitucional alemán. Fue reemplazado, a propuesta del Bundestag, por Stephan Harbarth, que había sido nombrado miembro del Tribunal Constitucional a finales de 2018, ocupando el puesto de vicepresidente de Voßkuhle. En marzo de 2020, Harbarth hizo saber que confiaba en convertirse en su sucesor. Fue elegido para el cargo durante ese mismo año, nombrado por el Bundespräsident una vez concluido el mandato de Voßkuhle. Públicamente Harbarth fue presentado y bienvenido como el primer abogado en ejercicio que llegaba al Tribunal Constitucional alemán. Aunque desde 2006 había sido socio de un importante despacho de abogados de propiedad estadounidense, también había sido, sin embargo, miembro del Bundestag entre 2009 y 2018 en las filas de la CDU, momento en el que abandonó tanto su escaño como su despacho legal para acceder al Tribunal Constitucional.

Durante su periodo parlamentario gozó de una posición de poder e influencia en el seno de la CDU, tanto en el partido como en su grupo parlamentario, siendo un personaje activo e influyente, básicamente entre bambalinas, mientras seguía activo como socio en su despacho de abogados. Harbarth llegó a ser conocido principalmente por ser uno de los miembros del Bundestag que obtenía unas retribuciones más elevadas al margen de su actividad como diputado del mismo, informando en el momento del abandono de su escaño de unos ingresos superiores a los 400.000 euros anuales (en ese momento los parlamentarios no debían indicar exactamente sus ingresos, sino simplemente situarlos en horquillas discretas de las cuales la cifra indicada era la más elevada). Los ingresos adicionales de Harbarth fueron intermitentemente materia de debate público, porque adversarios políticos y periodistas aventuraron que estos podían ser posiblemente pagos por servicios prestados, dadas sus obligaciones como parlamentario.

El hecho de que el Tribunal Constitucional alemán deje de poner palos en las ruedas a la supremacía del derecho europeo sobre el derecho nacional no es una cuestión baladí y evidentemente todo el mundo espera que un político experimentado como Harbarth, puntal de Merkel y experimentado abogado en ejercicio, comprenda esto mejor que un académico que tan solo comprende el derecho. Lo que está en juego aquí es lo que se ha denominado la «integración mediante el derecho», concepto que con el tiempo se ha convertido, más o menos por defecto, en el mecanismo más importante para lograr la «unión siempre más estrecha entre los pueblos de Europa» contemplada en los Tratados. Ello es así, porque los ahora veintisiete Estados miembros de la Unión Europea es improbable que se pongan de acuerdo por unanimidad para efectuar una revisión de los Tratados a fin de extender su poder, la cual algunos de ellos deberían además someter a su aprobación mediante votación popular.

Así pues, había que encontrar una ruta alternativa para acometer la construcción de un imperio o un Estado supranacional, sorteando la necesidad de la revisión formal de los Tratados y, en particular, el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, que afirma que «los límites de las competencias de la Unión se rigen por el principio de atribución; el uso de las competencias de la Unión se halla regido por los principios de subsidiaridad y proporcionalidad» y que «a tenor del principio de atribución, la Unión actuará únicamente dentro de los límites de las competencias que le han sido atribuidas por los Estados miembros en los Tratados para alcanzar los objetivos contemplados en los mismos. Las competencias no atribuidas a la Unión en los Tratados corresponderán a los Estados miembros».

Originalmente esto fue comprendido restringida y específicamente, por ejemplo en lo referido a cuestiones como la regulación de las ordenes de detención y entrega europeas. Sin embargo, a media que la integración política se estancó, la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comenzaron a leer una atribución menos específica de las competencias en las declaraciones generales contenidas en los Tratados sobre las intenciones y «valores», como los que comprometían a la Unión Europea con la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho. De acuerdo con este criterio, la Comisión y el Parlamento afirmaron el derecho a intervenir intensamente en la política nacional y en los ordenamientos legales de los países miembros, si ambas instituciones entendían que se trataba de valores europeos.

Por otro lado, en el caso de que algún país se opusiera a ello alegando la defensa de su propia interpretación o de su soberanía nacional, iba a corresponder al TJUE, sin embargo, decidir a tenor de otro principio, el de la supremacía del derecho europeo, principio que dicho sea de paso no está estipulado en los Tratados, sino que fue postulado hace mucho tiempo precisamente por el TJUE, en ese momento circunscrito al derecho de competencia vigente en

lo que constituía entonces el Mercado Común. Reformulada de este modo, la integración mediante el derecho se ha convertido en la llave maestra para acometer las intervenciones de la Unión Europea en los ordenes nacionales de los Estados miembros a fin de lograr su adhesión a principios generales como la democracia y el Estado de derecho, tal y como son interpretados por las instituciones de la Unión Europea, así como para lograr su cooperación con la integración europea dirigida de nuevo por esta última.

El modo en que la integración mediante el derecho funciona puede percibirse comparando los casos de Alemania y Polonia respecto al Estado de derecho y a la relación del derecho nacional con el derecho europeo. Alemania fue acusada porque su Constitución permitía al Tribunal Constitucional alemán una independencia tal como para dictaminar contra el gobierno nacional: en otras palabras, porque su gobierno no impedía que el Tribunal adoptara una opinión diferente de la suya propia, es decir, por sustentar el Estado de derecho. Bajo la presión de Bruselas, el gobierno alemán prometió que procedería para que el Tribunal Constitucional se mostrara a partir de ahora de acuerdo con su posición, comprometiéndose a recortar su independencia y mediante ello la del Estado de derecho, lo cual puso fin al procedimiento de infracción incoado por la Comisión Europea, que adujo que Alemania había prometido respetar la primacía del derecho europeo. Polonia, por otro lado, fue y es acusada – y está siendo ya castigada por ello – de no permitir gozar a su Tribunal Constitucional de la suficiente independencia como para pronunciarse contra el gobierno nacional, esto es, por cercenar el Estado de derecho, esta vez, sin embargo, porque permite que el Tribunal Constitucional polaco desafíe la doctrina de la supremacía universal del derecho europeo sobre el derecho nacional.

Como remedio de ello, Bruselas espera que el gobierno nacional de Polonia cambie la composición de su Tribunal Constitucional de modo que en el futuro este dictamine a favor de la supremacía del derecho europeo, en cuyo caso pasará el examen de su adecuación al Estado de derecho, que supone de facto un examen sobre la cooperación por mor de la integración mediante el derecho. Hasta que el gobierno polaco no lo haga, la Unión Europea retendrá la ayuda financiera a la cual el país tiene derecho a tenor de los Tratados, lo cual supone incumplir la ley en defensa de la ley: un *Notstand* [estado de necesidad] en la forma de Carl Schmitt. Como efecto colateral, sin duda bienvenido, ello permitirá a la oposición —dirigida por un primer ministro polaco expulsado de su cargo por su estricta observancia de las recetas económicas neoliberales de la Unión Europea y compensado por sus amigos de Bruselas con el puesto de una de las cinco presidencias de esta— afirmar que votando por ella y por ende por la supremacía del derecho europeo los ciudadanos y ciudadanas polacos se beneficiarán de nuevo del sostén financiero de la Unión. En efecto, esto convierte la batalla en torno al Estado de derecho en un instrumento de gestión imperial por parte de las elites dirigido a propiciar cambios de régimen en el ámbito nacional.

Para recapitular lo dicho hasta ahora, la protección del Estado de derecho de acuerdo con la doctrina de la Unión Europea exige en algunos países la represión de los tribunales nacionales por parte de los respectivos gobiernos nacionales, mientras que en otros exige su liberación. El gobierno alemán satisfizo a la Comisión Europea al prometer que desalentaría «activamente» las tendencias pronacionales antieuropeas presentes en su Tribunal Constitucional, erosionando así el Estado de derecho nacional en pro del imperio del derecho supranacional; el gobierno polaco, por su parte, desencadenó la ira de la Comisión por estimular tendencias pronacionales antieuropeas en el seno de su Tribunal Constitucional, erosionando también el Estado de derecho nacional y por ende el europeo de acuerdo con lo dictado por la interpretación del TJUE. Mientras que la erosión del Estado de derecho nacional por parte de Alemania es perdonable porque sirve al imperio del derecho europeo, la

erosión polaca del Estado de derecho nacional no lo es porque erosiona al mismo tiempo el imperio del derecho europeo.

Von der Leyen afirmó por boca de la oficina de relaciones públicas de la UE que «el derecho de la Unión Europea tiene prioridad sobre el derecho nacional, incluido el derecho constitucional

¿Cómo se adecua la integración mediante el derecho a la concepción del mundo del nuevo gobierno alemán y cuáles son sus perspectivas de futuro para el «proyecto europeo»? La sección sobre Europa del acuerdo de coalición, que se presenta al final de un documento realmente largo, evidencia la mano de los Verdes y de su ministra de Asuntos Exteriores, Annalena Baerbock, y apela nada menos que a la convocatoria de una convención constitucional para abrir el camino a «un Estado federal europeo [*einen föderalen europäischen Bundesstaat*]». Nadie en Europa, aparte de los Verdes alemanes, desea esto realmente en serio y Baerbock fue informada al respecto durante sus visitas inaugurales a Varsovia y París. Baerbock tendrá que aprender también que para Alemania la integración mediante el derecho en vez de mediante la convención es el método ideal para construir un Estado o imperio europeos dominados por su país: una integración basada en normas en vez de impulsada por la política, que procede mediante la autoridad judicial en lugar de mediante la legitimidad política, basada en «valores» y derivada de normas y no en intereses, sustentada por la autoridad y el conocimiento experto judicial, que extrae la legitimidad de la obediencia a la ley en vez del consentimiento político, y que se halla diseñada y construida a puerta cerrada por especialistas formados académicamente situados fuera de la vista de ciudadanías politizadas deseosas de hacer política. Este modelo también hace posible señalar a los países individualmente para proceder a su castigo correctivo, algo difícil de hacer en una convención constitucional. El único problema es que la copotencia hegemónica indispensable de Alemania, esto es, Francia, muestra un escaso aprecio por este planteamiento, prefiriendo histórica y culturalmente la política al legalismo, la toma de decisiones discrecionales a las vinculadas a reglas, y el liderazgo personal a la aplicación impersonal de normas legales.

Actualmente, la clase política francesa parece crecientemente desilusionada con el modo preferido por Alemania para construir «Europa», el cual considera cada vez menos conducente a una «soberanía europea» modelada de acuerdo con el modelo francés de soberanía extendido a escala europea, de modo que aquella pueda proyectarse a escala mundial. Por el contrario, da la impresión cada vez más de que la integración mediante el derecho vía el imperio del derecho europeo impuesto sobre el imperio del derecho nacional en el seno de los Estados-nación europeos conduciría en el mejor de los casos a un gobierno regido por una burocracia supervisada por una expertocracia legal supranacional, adecuada tal vez para la construcción de un mercado internacional neoliberal, pero incapaz de fundar un Estado imperial en condiciones de actuar a escala global. Parece ser que los recientes pronunciamientos políticos oídos en la carrera a las elecciones presidenciales francesas del próximo mes de abril sobre el valor de la soberanía nacional diferenciada de la soberanía europea se hallan relacionados con las crecientes dudas suscitadas por la integración mediante el derecho concebida de acuerdo con el modelo alemán.

Y existen más signos de fractura. Poco antes de las fiestas navideñas, dos semanas después del cierre del procedimiento de infracción contra Alemania, la Comisión Europea comenzó otros procesos de este tipo contra Polonia. En liza se hallaban varias sentencias del Tribunal Constitucional polaco que insisten sobre la primacía del derecho constitucional polaco sobre el derecho europeo en aquellos casos en que los Estados miembros no hayan conferido las competencias específicas en los correspondientes Tratados a la Unión Europea y, por ende, al

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Preparando la decisión, von der Leyen afirmó por boca de la oficina de relaciones públicas de la UE que «el derecho de la Unión Europea tiene prioridad sobre el derecho nacional, incluido el derecho constitucional», un principio que en su opinión «había sido aceptado por la totalidad de los Estados miembros en tanto que miembros de la Unión Europea». Una retórica de este tipo tiene el potencial de convocar hordas de perros durmientes en las capitales nacionales, dado que ofrece el aroma de lo que un prominente especialista alemán en derecho europeo –una profesión caracterizada por una *déformation professionnelle* profundamente arraigada que le hace condonar los despliegues más audaces del derecho en la prosecución de «una unión cada vez más estrecha» entre los pueblos europeos–, políticamente situado al margen de toda sospecha, se ha sentido obligado a denominar «un coup d'état desde arriba» ejecutado a través de la integración mediante el derecho en su nueva versión ampliada.

Incluso el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, habitualmente un dedicado militante en pro de Europa-UE, se mostró en profundo desacuerdo con los nuevos procedimientos de infracción incoados contra Polonia por la Comisión Europea. El 23 de diciembre pasado abordó el asunto, bajo el titular de «Justicia política», en un artículo que merece la pena citar in extenso: «Si el Tribunal Constitucional polaco fuera en realidad tan independiente como se supone que es, ¿qué debería hacer entonces el gobierno polaco contra la decisión judicial que es ahora motivo de un nuevo procedimiento de infracción? El gobierno, después de todo, no puede eludir una decisión del Tribunal Constitucional o influir sobre su jurisdicción futura». Y a continuación: «Básicamente, la Comisión Europea urge al gobierno polaco para que haga lo que ella critica ásperamente con toda razón: ejercer influencia política sobre el poder judicial, solo que esta ocasión en la dirección opuesta». Es indicativo del lamentable estado político de la ciudadanía del mayor y más importante de los Estados de la Unión Europea que no se efectúe mención alguna en este artículo a los increíbles paralelos existentes con el procedimiento de infracción seguido contra Alemania, el cual había sido abandonado tan solo unas semanas antes, dadas las garantías ofrecidas por el gobierno alemán a la Comisión Europea de que «impedirá activamente» otro veredicto sobre la infracción del alcance del poder jurídico de la EU por parte del Tribunal Constitucional alemán.