



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Curso 2021/2022

Convocatoria de julio

**LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
Y DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA
A CAUSA DE LA DISCRIMINACIÓN A LAS PERSONAS
LGBTI.**

**THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE RULE OF LAW IN THE
EUROPEAN UNION DUE TO DISCRIMINATION
AGAINST LGBTI PEOPLE.**



Realizado por el alumno D. Miguel Manuel Pastor Moreno

Tutorizado por la profesora Dra. Ruth Martín Quintero

Departamento de Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales



ABSTRACT

In the last decade, Poland and Hungary have passed legislation and promoted public policies on LGBTI people contrary to the principle of non-discrimination and other European values set out in Article 2 of the Treaty on European Union. The aim of this Bachelor Thesis is to analyse the conceptual scope and regulation of fundamental rights and the Rule of Law in the European Union, as well as the mechanisms to safeguard them, such as Article 7 TEU, Article 258 TFEU or the recently approved financial conditionality mechanism. Finally, the application and effectiveness of these mechanisms in cases of discrimination against LGBTI people will be assessed, in particular three: infringement procedures, budget conditionality mechanism and the role of the CJEU in different cases brought before the EU's high court.

Key Words: Fundamental Rights, Rule of Law, Poland, Hungary, European Union, Court of Justice of the European Union, LGBTI rights

RESUMEN

En la última década Polonia y Hungría han aprobado legislación e impulsado políticas públicas relativas a las personas LGBTI contrarias al principio de igualdad y no discriminación y el resto de los valores europeos enunciados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea. El objeto del presente trabajo fin de grado es analizar el alcance conceptual y la regulación de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho en la Unión Europea, así como de los mecanismos para su salvaguarda, como el artículo 7 TUE, el art. 258 TFUE o el recientemente aprobado mecanismo de condicionalidad financiera. Por último, se entrará a valorar la aplicación y eficacia de tales mecanismos ante los casos de discriminación a las personas LGBTI, en concreto tres: procedimientos de infracción, mecanismo de condicionalidad presupuestaria y el rol del TJUE.

Palabras clave: Derechos Fundamentales, Estado de Derecho, Polonia, Hungría, Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Derechos LGBTI



Agradecimientos

A mi madre Patricia Moreno Gutiérrez y a mi «matrigna» la profesora Dra. Margarita Castilla Barea, dos mujeres que me han enseñado en casa el arte del Derecho, lo importante y lo bonito que es investigar instituciones jurídicas relevantes, como la huelga o el incumplimiento contractual. Gracias por vuestro apoyo incondicional.

A mi tutora la profesora Dra. Ruth Martín Quintero, que durante estos cuatro años de grado me ha acercado a la Unión Europea y despertado en mí un espíritu europeísta que marcará mi vocación y desempeño profesional y académico. Gracias por tus consejos y por compartir tu conocimiento conmigo. Eres todo un ejemplo para mí.



ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
1. LA DISCRIMINACIÓN A LAS PERSONAS PERTENCIENTES A LA MINORÍA DEL COLECTIVO LGBTI EN LA UNIÓN EUROPEA: SITUACIÓN EN POLONÍA Y HUNGRÍA	7
1.1. SITUACIÓN EN POLONIA.....	7
1.2. SITUACIÓN EN HUNGRÍA.....	10
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UE	12
2.1. ALCANCE CONCEPTUAL Y CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	12
2.2. LA REGULACIÓN EUROPEA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL.....	15
2.3. MECANISMOS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UE. 17	
2.3.1. PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 258 TFUE	17
2.3.2. UN MECANISMO DE SOFT LAW EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA ESTRATEGIA 2020-2025 PARA LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBTI PRESENTADA POR LA COMISIÓN EUROPEA.....	19
3. EL ESTADO DE DERECHO EN LA UE.....	20
3.1. ALCANCE CONCEPTUAL EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EN LA UNIÓN EUROPEA. EL ARTÍCULO 2 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	20
3.2. MECANISMOS JURÍDICOS PARA LA SALVAGUARDA DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA	27
3.2.1. MECANISMOS DEL ARTÍCULO 7 TUE: DESDE ÁMSTERDAM A LISBOA	28
<i>MECANISMO SANCIONADOR DE ÁMSTERDAM.....</i>	28
<i>MECANISMO PREVENTIVO DE NIZA.....</i>	30
<i>EL ARTÍCULO 7 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA TRAS LA REFORMA DEL TRATADO DE LISBOA</i>	33
3.2.2. MECANISMO DE REVISIÓN MEDIANTE LOS INFORMES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO	34
3.2.3. MECANISMO DE CONDICIONALIDAD PRESUPUESTARIA	36



4. EFICACIA Y APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DE DERECHO EN LA UE PARA LOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN LGBTI.....	39
4.1. INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN (ART. 258 TFUE).....	39
4.2. POSIBILIDAD DE APLICAR EL MECANISMO DE CONDICIONALIDAD PRESUPUESTARIA.....	43
4.3. EL ROL DEL TJUE Y EL ASUNTO C-64/16 “ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES”	44
5. CONCLUSIONES	46
BIBLIOGRAFÍA.....	48



LISTA DE ABREVIATURAS

CE	Comisión Europea
FPÖ	Freiheitliches Partei Österreichs (Partido de la Libertad de Austria)
LGBTI	Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales
MFJ	Marco Financiero Plurianual
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PiS	Prawo i Sprawiedliwość (Partido Ley y Justicia)
PO	Platforma Obywatelska (Plataforma Cívica)
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
WJP	World Justice Project



«En la Unión Europea, el Estado de Derecho no es una opción. Es un imperativo.
Nuestra Unión no es un Estado, pero debe ser una Comunidad de Derecho.»

Jean-Claude Juncker

Presidente de la Comisión Europea 2014-2019

INTRODUCCIÓN

La Unión Europea es una organización internacional única en la comunidad internacional, debido a los niveles en los que sus Estados miembros ceden su soberanía en determinados marcos competenciales. Detrás de tal gran integración no sólo hay unos objetivos económicos que se ven reflejados en el mercado común, sino también unos valores comunes arraigados en el viejo continente, esos valores que evolucionan en su forma desde la Declaración Schuman hasta el actual artículo 2 del Tratado de Lisboa. Por ello, la Unión Europea no es sólo una Unión económica con un mercado único con un espacio económico sin fronteras interiores en el que hay libre circulación de mercancías, personas y capitales, sino también es una Unión de Derecho, a la que pertenecen Estados de Derecho, es decir, Estados sujetos al imperio de la Ley, controlados por un poder judicial independiente, de tal modo que el poder está racionalmente limitado, y donde se respetan los derechos y libertades de sus ciudadanos.

Fue el 17 de junio de 1965 cuando Walter Hallstein, primer presidente de la Comisión Europea, acuñó este término de «Comunidad de Derecho» en un discurso ante el Parlamento Europeo reunido en sesión plenaria. En esa misma línea siguió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su dictamen de 14 de diciembre de 1991 (REP.1, I-6079).¹ La definición evolucionó y se concretó en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 23 de abril de 1986, en el asunto 294/83 de *Les Verts* contra el Parlamento Europeo, en el que el alto tribunal indicó que «la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado».

La defensa de los derechos fundamentales es un elemento vertebrador de esta Unión de Derecho que encontró su culminación en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, que desde el Tratado de Lisboa tiene el mismo valor que

¹ DÍEZ DE VELASCO, M.: «Prólogo», *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, pág. 13.



los tratados. Por tanto, es derecho primario, lo que significa que los preceptos ahí recogidos son aplicables de manera directa respecto al Derecho de la Unión, es decir, en las actuaciones de las instituciones y órganos de la Unión, y en las actuaciones de los Estados miembros cuando aplican el derecho de la Unión.

El objetivo del presente trabajo fin de grado es ahondar en los conceptos de derechos fundamentales y de Estado de Derecho² y su determinación tanto en el Derecho primario como derivado de la Unión, así como en los mecanismos de defensa que poseen las instituciones comunitarias para salvaguardar tanto los derechos fundamentales como el Estado de Derecho. Todo ello tiene la finalidad de abordar la respuesta que las instituciones de la Unión Europea pueden dar a los actuales retos y amenazas con origen en las políticas discriminatorias al colectivo LGBTI en Hungría y Polonia. ¿Podrá valerse la Unión Europea de alguno de los mecanismos desarrollados en el presente trabajo para revertir la situación de discriminación existente en Polonia y Hungría?

1. LA DISCRIMINACIÓN A LAS PERSONAS PERTENCIENTES A LA MINORÍA DEL COLECTIVO LGBTI EN LA UNIÓN EUROPEA: SITUACIÓN EN POLONÍA Y HUNGRÍA

1.1. SITUACIÓN EN POLONIA

El partido gobernante Ley y Justicia (PiS) llegó al poder tras las elecciones generales de 2015 en Polonia. La victoria del PiS se produjo en un momento en el que los ciudadanos estaban desencantados con las políticas del gobierno anterior, dirigido por la liberal Plataforma Cívica (PO) que se encontraba atrapado entre sus propias compulsiones ideológicas y sus intentos de suavizar la reacción económica tras la crisis financiera europea que había provocado un sentimiento antieuropeo en Polonia.

Durante la campaña previa a las elecciones, el PO aprobó una legislación progresista sobre la fecundación in vitro y los derechos de los transexuales en un intento de reforzar su imagen como defensor de los valores liberales.³ El PiS respondió utilizando las redes

² Si bien a la hora de abordar el concepto de Estado de Derecho en la Unión Europea se analizan principalmente los aspectos relacionados con la independencia judicial y separación de poderes, regulación de la migración, solidez de las instituciones y discriminación a determinados colectivos, el objeto del presente trabajo se focaliza solo en el último de los mencionados, más concretamente en las acciones discriminatorias y medidas legislativas emprendidas por Polonia y Hungría en contra de los derechos del colectivo LGTBI.

³ MARCINKIEWICZ, K. y STEGMAIER, M.: «The parliamentary election in Poland, October 2015», *Electoral Studies*, núm. 41, 2016, págs.221-224. <http://dx.doi.org/10.1016/j.electstud.2016.01.004>



sociales para destacar los escándalos del gobierno del PO y calificando sus políticas liberales de inaceptables para sus valores conservadores.⁴

La política «anti-gay» y la promoción de los «valores familiares tradicionales» son elementos centrales de las políticas del partido de gobierno del PiS, y los líderes del partido, desde que llegaron al poder han hablado activamente contra las personas LGBTI y han vinculado la promoción europea de los derechos LGBTI con la extralimitación de la UE⁵. El choque frontal entre la identidad tradicional polaca plasmada en su ámbito normativo y las normas de la UE ayudó a que el marco de los derechos humanos en materia de derechos LGBTI ganara resonancia y credibilidad más allá del pequeño núcleo de activistas que comenzó a plantarle cara al partido PiS⁶. Sin embargo, con el cambio político de la ultraderecha y el aumento de la retórica anti-LGBTI encabezada por PiS, los activistas han empezado a sentirse menos optimistas respecto a la capacidad de la Unión para introducir o apoyar normas antidiscriminatorias.⁷

Como resultado de las primeras acciones políticas del PiS, Polonia cuenta con una amplia normativa discriminatoria y en contra de la igualdad en lo que respecta a la orientación sexual y la identidad de género⁸. Esto se traduce en un aumento de la violencia experimentada por las personas LGBTI en Polonia desde 2015, cada vez mayor debido a la insuficiente protección jurídica de las minorías, que se ve agravada por la creciente institucionalización de la homofobia y la transfobia⁹. La proliferación de legislación anti-LGBTI, como la reciente prohibición que impide a las parejas del mismo sexo adoptar niños¹⁰, ha ido acompañada de otras medidas legales y cambios políticos que invaden la igualdad de género y los derechos de las mujeres. Estos preocupantes avances, como la reciente decisión de prohibir el aborto en casi todas las circunstancias¹¹, han sido

⁴ ZAMEŃKI, L. y GLIED, V.: «Article 7 process and democratic backsliding of Hungary and Poland Democracy and the rule of law», *Online Journal Modelling the New Europe* núm. 34, 2020, pág. 71 <https://doi.org/10.24193/OJMNE.2020.34.03>

⁵ O'DWYER, C.: «The Benefits of Backlash: EU Accession and the Organization of LGBT Activism in Postcommunist Poland and the Czech Republic.» *East European Politics and Societies and Cultures*, núm. 32, 2018, págs. 904-906. <https://doi.org/10.1177/0888325418762051>

⁶ O'DWYER, C. *ibid.*

⁷ STRUZIK, J.: «Framing Queer Activism in Poland: From Liberal Values to Solidarity.», en BUYANTUEVA y SHEVTSOVA (ed.), «LGBTQ+ Activism in Central and Eastern Europe», Palgrave Macmillan. 2020, págs. 271 y ss.

⁸ STRUZIK, J. *ibid.*

⁹ Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. «Un largo camino por recorrer para la igualdad LGBTI», *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, 2020. <https://doi.org/10.2811/7746>

¹⁰ BACZYNSKA, G. & WLODARCZAK-SEMCZUK, A.: «Poland to ban gays from adopting, even as single parents.» *Reuters*, 11 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.reuters.com/world/poland-bangays-adopting-even-single-parents-2021-03-11/> (Última vez consultado: 23/05/2022)

¹¹ EURONEWS: «EU criticizes Poland's abortion ban as it reminds member states to 'respect fundamental rights'.» *Euronews*. Disponible en: <https://www.euronews.com/my-europe/2021/02/24/eu-criticises->



impulsados por los mismos grupos de extrema derecha que hacen campaña contra los derechos LGBTI¹², lo que demuestra aún más lo estrechamente vinculadas que están las campañas por la igualdad de género y los derechos LGBTI.

Para empeorar la situación para la comunidad LGBTI, a partir de 2019, alrededor de treinta municipios, *powiats* (provincias) e incluso voivodatos (regiones) de Polonia comenzaron a declararse «zonas libres de ideología LGBTI» bajo el estímulo de PiS. Aunque los líderes del partido afirmaron que se trataba de una forma de promover los valores familiares, la medida coincidió con una prohibición generalizada de los eventos dirigidos al colectivo LGBTI. A finales de 2020, más de 100 zonas habían suscrito el manifiesto homófobo¹³. La situación se agravó aún más con la reelección del presidente Andrzej Duda, un independiente conservador respaldado por el PiS en julio de 2020¹⁴. Duda ha prometido en repetidas ocasiones que nunca permitirá el matrimonio entre personas del mismo sexo ni la adopción por parte de parejas del mismo sexo en el país. También ha afirmado que la existencia de personas LGBTI en Polonia es el resultado de «ideologías extranjeras». Al negar la existencia de personas LGBTI en Polonia, Duda aspira a despojar a la minoría LGBTI de sus derechos fundamentales¹⁵. Según el Comisionado de Derechos Humanos polaco, la aceptación pública de las personas no heteronormativas disminuyó en 2019, lo que puede estar directamente relacionado con el aumento de la retórica homofóbica y transfóbica, así como con el reiterado discurso de odio procedente de políticos y personalidades de los medios de comunicación.¹⁶

Como reacción a estos acontecimientos, los activistas han pedido a la UE acciones concretas, como que la Unión inicie un procedimiento de infracción en virtud del artículo 258 TFUE o el procedimiento de defensa del Estado de Derecho del artículo 7 TUE. Los activistas sostienen que Polonia ha incumplido los valores fundamentales enumerados en el artículo 2 TUE, lo que permitiría a la Comisión incoar el último procedimiento

[poland-s-abortion-ban-as-it-reminds-member-states-to-respect-fundamental-rig](#) (Última vez consultado: 23/05/2022)

¹² DUTRA SANTO, A-F.: «No Peace without rights: discriminations against LGBTQ persons as a barrier to the implementation of WPS commitments in Poland.» *London School of Economics Blog*. 12 de agosto de 2020. Disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/wps/2020/08/12/no-peace-without-rights-discrimination-against-lgbtq-persons-as-a-barrier-to-the-implementation-of-wps-commitments-in-poland/> (Última vez consultado: 23/05/2022)

¹³ DOUGLAS, E.: «How the EU can stop Poland's 'LGBT-free zones'.» *Deutsche Welle*. 25 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.dw.com/en/how-the-eu-can-stop-polands-lgbt-freezones/a-55042896> (Última vez consultado: 23/05/2022)

¹⁴ DOUGLAS, E. *ibid.*

¹⁵ DOUGLAS, E. *ibid.*

¹⁶ DUTRA SANTO, A-F., *ibid.*



mencionado. Otra exigencia es seguir reteniendo la financiación de la UE a Polonia hasta que el gobierno empiece a respetar los valores de la UE y los derechos fundamentales, y promueva la disolución de dichas zonas. La cuestión de congelación de fondos europeos se podrá materializar a través del mecanismo de condicionalidad presupuestaria explicado en el tercer epígrafe. Las acciones de la UE no sólo podrían ser decisivas para el encaje de Polonia en la Unión, sino que también son preventivas al mostrar qué reacciones se pueden esperar de la Unión en situaciones similares en el futuro.

1.2. SITUACIÓN EN HUNGRÍA

El gobierno húngaro ha utilizado ideas nacionalistas y conservadoras para atacar los derechos de las minorías desde que la coalición entre Fidesz (Fidesz-Unión Cívica Húngara es el partido de ideología conservadora nacionalista que gobierna en Hungría) y el Partido Popular Demócrata Cristiano (KDNP) llegó al poder en 2010¹⁷. Ello se produjo cuando los efectos de la crisis financiera de 2008 alcanzaron a la ya mermada economía húngara y calaron en la sociedad húngara los discursos nacionalistas de Orbán¹⁸. Al igual que sus colegas polacos, la plataforma de gobierno de Orbán se basa en la creación de un discurso patriarcal conservador y nacionalista que ve a la familia heteronormativa como la base de la nación. Su gobierno también pretende socavar los valores democráticos y la agenda europea de derechos humanos¹⁹.

En consecuencia, el gobierno de extrema derecha ha compuesto en la última década una larga lista de enemigos percibidos, incluyendo a los migrantes, principalmente musulmanes, las instituciones europeas y la llamada «élite de Bruselas», la sociedad civil, las personas sin hogar y la prensa independiente, entre otras. Con la migración desvaneciéndose como una cuestión importante, el gobierno empezó a centrarse en los derechos LGBTI como una amenaza nacional²⁰. Según la legislación nacional, la orientación sexual y la identidad de género no están contempladas como «motivos prohibidos de discriminación», lo que permite una carta blanca para fomentar la

¹⁷ VIDA, B.: «New waves of anti-sexual and reproductive health and rights strategies in the European Union: the anti-gender discourse in Hungary.» *Sexual and Reproductive Health Matters* núm. 27(02), 2019, pág. 14. <https://doi.org/10.1080/26410397.2019.1610281>

¹⁸ ZAMEČKI, L. y GLIED, V.: *op. cit.*, pág. 63.

¹⁹ VIDA, B., *ibid.* Pág. 15.

²⁰ NOVAK, B.: «Hungary Passes Laws Curtailing Gay Rights and Expanding Executive Power». *The New York Times*. 15 diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/12/15/world/hungary-laws-orban-gay-rights.html> (Última vez consultado: 23/05/2022)



discriminación, el acoso, la estigmatización y violencia contra los miembros de la comunidad LGBTI, que sin duda parece estar escalando bajo el régimen actual.²¹

La preferencia del gobierno por la familia heteronormativa no sólo se manifiesta en las políticas y discursos promovidos por sus políticos, sino que se consolidó de una vez por todas en la modificación en 2011 de la constitución húngara que define el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, institución jurídica que goza de protección por los poderes del Estado²². Aunque Hungría permite desde 2009 las uniones registradas de parejas del mismo sexo, que proporcionan casi todos los beneficios del matrimonio, la unión civil entre personas del mismo sexo implica, por ejemplo, que los miembros de la pareja no pueden llevar el apellido del otro, también se les prohíben todos los medios para convertirse en padres conjuntos de un mismo hijo²³. En diciembre de 2020, el parlamento prohibió finalmente la adopción a las parejas del mismo sexo, limitando la adopción a las parejas casadas, es decir, a las personas unidas en matrimonio. Ya que sólo se permite el matrimonio de parejas heterosexuales, se limita por completo la opción de la adopción para las parejas LGBTI, que anteriormente podían eludir la ley haciendo que uno de los miembros de la pareja se encargara de la adopción, pero que con esta nueva legislación se les imposibilitaba por completo.²⁴

2020 demostró ser un año difícil para el colectivo LGBTI en Hungría. A la legislación sobre adopción le precedió escasos meses antes una normativa restrictiva para las personas transexuales e intersexuales. El Parlamento húngaro aprobó en mayo una ley que hacía imposible que los transexuales o intersexuales cambiaran legalmente su género en el certificado de nacimiento, lo que les expone a una clara discriminación en situaciones que exigen el uso de documentos de identidad²⁵. Antes de que se aprobara la ley que restringe los derechos de los transexuales era posible conseguir el reconocimiento legal del género a través de un informe de un perito forense, lo que ya no será posible con la nueva ley.²⁶

²¹ VIDA, B., *ibíd.*

²² BÉRES-DEÁK, R., «Queer Families in Hungary», *Palgrave Macmillan Studies in Family and Intimate Life*, 2020 págs. 55-66 https://doi.org/10.1007/978-3-030-16319-8_2

²³ BÉRES-DEÁK, R., *ibíd.*, págs. 99-104.

²⁴ SCHULTHEIS, E.: «The Budapest-Warsaw Express.» *Slate*. 11 de marzo de 2021 Disponible en: <https://slate.com/newsand-politics/2021/03/poland-hungary-lgbt-media-orban.html> (Última vez consultado 23/05/2022)

²⁵ KNIGHT, K. & GALL, L.: «Hungary Ends Legal recognition for Transgender and intersex people.» *Human Rights Watch*. 21 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2020/05/21/hungary-ends-legal-recognition-transgender-and-intersex-people> (Última vez consultado 23/05/2022)

²⁶ NOVAK, B., *op. cit.*



A la legislación discriminatoria aquí expuesta debemos sumarle la recientemente aprobada Ley T/16365/15 aprobada el 15 de junio de 2021 en el Parlamento Húngaro de “Protección a la Infancia”, que limita toda muestra pública de contenido LGBTI. Esta legislación constituye un gran paso atrás en los derechos de los transexuales e intersexuales, además de ser una violación del respeto y presumible compromiso de Hungría con los valores fundamentales de la UE.²⁷

Todo este compendio normativo aquí explicado es el resultado de la utilización de la familia, valores neoconservadores y el nacionalismo de Orbán como un pretexto para obtener más poder y son un paso más en la revisión de Orbán del sistema democrático del país, cada vez más menoscabado²⁸. No es de extrañar que las políticas de Orbán hayan suscitado críticas por parte de la UE, y que la respuesta hasta la fecha de la UE haya sido calificada como insuficiente por los activistas LGBTI, sobre todo por la situación a la que se enfrenta la «T» de LGBTI (transexuales) en Hungría.²⁹

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UE

2.1. ALCANCE CONCEPTUAL Y CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales no tienen mención alguna en el derecho originario de la Unión Europea hasta el Tratado de Maastricht en 1992, en su artículo F párrafo 2, actual art. 6 TUE que reza así:

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

²⁷ KNIGHT, K. & GALL, L., *op. cit.*

²⁸ KNIGHT, K. & GALL, L., *op. cit.*

²⁹ NOVAK, B.: « Hungary Outlaws Changing Gender on Documents After Birth.». *The New York Times*. 28 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/05/28/world/europe/hungary-transgender-law.html> (Última vez consultado: 23/05/2022)



2. *La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.*

3. *Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.*

Si bien, cabe destacar que hasta que no se le dio valor jurídico de tratado a la Carta de Derechos Fundamentales, la Unión no poseía como tal en su derecho originario una regulación inequívoca de los derechos fundamentales. De hecho, no cabe duda de que «la incorporación progresiva de los derechos humanos al Derecho europeo ha sido principalmente obra del Tribunal de Justicia».³⁰

El Tribunal de Justicia tuvo una primera etapa «inhibicioncita»³¹ en la que no aceptó la argumentación de algunos recurrentes que defendían que determinados actos de derecho comunitario violaban los derechos fundamentales amparados por constituciones nacionales. Esta situación desembocó en que algunos tribunales constitucionales³² de los Estados miembros (como el Tribunal Constitucional alemán) comenzaron a declararse competentes para controlar en última instancia el ajuste de los actos comunitarios a los derechos fundamentales contenidos en sus ordenamientos, lo que sin duda suponía una amenaza a la aplicación uniforme del derecho comunitario³³ y al principio de primacía del derecho comunitario consagrado en la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Costa/Enel* en 1964.

Ante esta situación, el Tribunal de Justicia comenzó una etapa mantenida hasta la fecha con un corte más proteccionista de los derechos fundamentales. Podemos marcar el comienzo de esta etapa con la Sentencia del Asunto *Stauder* en 1969 en el que se

³⁰ MARTINÓN QUINTERO, R.: «Los Derechos Humanos en la Unión Europea. En especial, el problema de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2016: 28, págs. 49-71, ISSN 1699-1524.

³¹ LÓPEZ ROZAS, J. C., «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y as secuelas del dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia.» *La Ley Europea*, núm. 23, 2014, págs. 40-56, p. 43.

³² El Tribunal Constitucional (TC) alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en la sentencia *Solange I* de 29 de mayo de 1974 sostuvo que en tanto no se hubiere alcanzado un desarrollo suficiente del proceso de integración como para que el Derecho comunitario tuviera un catálogo inequívoco de derechos fundamentales, un tribunal alemán podría acudir al *Bundesverfassungsgericht* en el caso de no quedar satisfecho con la respuesta del Tribunal de Justicia de las Comunidades al respecto de la compatibilidad entre una norma constitucional y los derechos fundamentales.

³³ CARNEDO ARRILLAGA, J. R. y GORDILLO PÉREZ L. I., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea, a la espera de Lisboa.», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39, 2008, págs. 27-60.



consagró la doctrina del principio de protección equivalente por el que se reconoce la función de la Comunidad por garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales al recoger que *la salvaguardia de estos derechos, aun siendo informada por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, tiene que ser garantizada dentro del ámbito de la estructura y los fines de la Comunidad*³⁴.

En suma, el Tribunal de Justicia ha dictaminado progresivamente el reconocimiento y la obligatoriedad de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho sobre la base de un triple fundamento: «los derechos fundamentales comprendidos dentro de los principios generales del Derecho de la UE; la parte dogmática de los textos y tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros; y los instrumentos jurídico-internacionales de los que sean parte los Estados miembro en materia de derechos fundamentales,³⁵ con especial referencia en este último fundamento al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) como reza así del Asunto Nold.»³⁶

Este marco jurídico se consolidó con la promulgación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante Carta) en Niza en 2000 que obtuvo valor jurídico de tratado con el Tratado de Lisboa en 2009, en la que a lo largo de 54 artículos en los que se positivaban los derechos fundamentales inherentes a la ciudadanía europea. El rango jurídico de derecho originario se le dio a la Carta a través de la técnica jurídica internacional de incorporación por referencia, en este caso en el art. 6 TUE.³⁷ El mayor problema de la Carta yace en los límites de su aplicación, ya que «la Carta está vinculada (sólo) al ejercicio de las competencias de la UE y no goza de ninguna aplicación autónoma»³⁸, de modo que serán los actos y políticas públicas de la Unión las que deberán realizarse con arreglo a los derechos fundamentales recogidos en la Carta, dejando al albur de los ordenamientos nacionales el arreglo de la normativa nacional con respecto de los derechos fundamentales europeos.

³⁴ GAMBINO, S.: «La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria, y del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre.», *Ponencia presentada en las “V Jornadas sobre la Constitución Europea”, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada y por el Instituto Andaluz de Administración Pública*. 28 y 29 de marzo de 2007. Disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE8/articulos/08SilvioGambino.htm#sumario>

³⁵ MARTINÓN QUINTERO, R.: «Los Derechos Humanos en la Unión Europea...», *op. cit.*

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia del 14 de mayo de 1974, Asunto 4/72 Nold, párrafos 12 y 13.

³⁷ Para ampliar más sobre la incorporación por referencia véase A. MANGAS MARTÍN «Carta de derechos fundamentales de la unión Europea. Comentario artículo por artículo.», Fundación BBVA. Bilbao, 2008, pp. 66-67.

³⁸ MARTINÓN QUINTERO, R.: «Los Derechos Humanos en la Unión Europea...», *op. cit.*



2.2. LA REGULACIÓN EUROPEA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL.

El derecho fundamental de no discriminación, recogido como principio general del Derecho de la Unión, no solo se reconoce en el art. 2 TUE como valor de la UE y en el art. 21 de la Carta³⁹, sino que el derecho originario dota de mecanismos de desarrollo normativo para su protección como se entiende del artículo 19 TFUE, que establece que el Consejo, por unanimidad, con arreglo al procedimiento especial y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo⁴⁰, de origen racial o étnico religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, todo ello sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión Europea por el mismo.

La redacción de este precepto «no puede considerarse una declaración de derechos, como sucede con la nacionalidad, si fuese así no se podría haber dejado a la voluntad del Consejo, con los trámites preceptivos, la adopción de las medidas.»⁴¹ Lo cierto es que el empleo del término *podrá* puede ser interpretado como que no se trata de un imperativo legal, sino de una habilitación legal al Consejo para adoptar las medidas adecuadas. En caso contrario el Consejo ya habría adoptado las medidas adecuadas ante tantas resoluciones del Parlamento Europeo en materia de discriminación, aunque el criterio de la unanimidad hubiera supuesto un problema ya que Polonia y Hungría podrían haber utilizado su derecho de veto frente a votaciones sobre cuestiones de una de ellas, es decir, Polonia vetando las votaciones contra Hungría y viceversa.

A colación de la regulación, preminentemente transversal, del principio de no discriminación traemos las Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2013, Asunto C-267/12 Frédéric Hay c. Crédit Agricole, y la aún más conocida Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018, Asunto Coman. Ambas nos van a mostrar cómo desde el TJUE se ha

³⁹ El artículo 21 de la Carta reza así: 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

⁴⁰ A efectos de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo véase la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997.

⁴¹ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D.: «Derecho Civil de la Unión Europea», Editorial COLEX, 6ª ed. 2015, pp. 100-101.



limitado el desarrollo normativo de algunos Estados miembros conteniendo medidas restrictivas de derechos fundamentales y contrarias a los principios generales del Derecho comunitario.⁴²

Por un lado, la Sentencia del TJUE del 12 de diciembre de 2013⁴³ resuelve el caso de una pareja del mismo sexo equiparándola a un matrimonio heterosexual en relación a ventajas en materia de remuneración y de condiciones laborales, cuyo fallo es el siguiente:

El artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de un convenio colectivo, como la controvertida en el litigio principal, en virtud del cual se excluye a un trabajador que celebra con una persona del mismo sexo un pacto civil de convivencia, por el que se crea una pareja de hecho registrada, del derecho a obtener determinadas ventajas que se conceden a los trabajadores con ocasión de su matrimonio, tales como determinados días de permiso especial retribuido y una prima salarial, cuando la normativa nacional del Estado miembro de que se trate no lo permita el matrimonio de personas entre mismo sexo, en la medida en que, habida cuenta del objeto y de las condiciones de concesión de tales ventajas, el referido trabajador se encuentre en una situación análoga a la de un trabajador que contraiga matrimonio.

Por otro lado, la Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018⁴⁴ del conocido Caso Coman supuso un gran hito en el desarrollo del principio de no discriminación para el colectivo LGBTI. El caso versa sobre un matrimonio entre dos hombres, un rumano llamado Adrian Coman y un norteamericano llamado Robert Hamilton, que solicitaron información sobre los derechos de residencia de Hamilton en Rumanía como cónyuge de un ciudadano de la Unión Europea. Las autoridades rumanas denegaron la solicitud ya que su código civil no reconoce los matrimonios entre personas del mismo sexo. Ante esta situación, el TJUE se pronunció en una cuestión prejudicial de este caso y reconoció

⁴² REQUENA CASANOVA, M. (2019). «Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros.» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, págs. 41-79. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.02>

⁴³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2013 Asunto Frédéric Hay contra Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-267/12&td=ALL>

⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 Asunto Coman. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202542&doclang=ES>



la libertad de circulación de las parejas del mismo sexo. El TJUE consideró que negar los derechos de reagrupación familiar a las parejas del mismo sexo en las que uno de los miembros es nacional de la UE y el otro nacional de un tercer país impide el derecho a la libre circulación del ciudadano de la UE. De este modo, se reconoce a su vez que este derecho fundamental esté garantizado independientemente de cualquier condición personal de los ciudadanos europeos, como podía ser el tipo de matrimonio que contrajo en vistas de su orientación sexual.

En 2008 la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual⁴⁵, que de ser aprobada para su posterior transposición por los Estados miembros garantizaría aún más la igualdad de trato y la no discriminación de las personas pertenecientes a la minoría del colectivo LGBTI.

2.3. MECANISMOS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UE.

2.3.1. PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 258 TFUE

El artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) reza así:

Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Los procedimientos de infracción desempeñan un papel fundamental para garantizar el pleno cumplimiento de los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros⁴⁶. Las condiciones para iniciar un procedimiento de infracción contra un Estado miembro se definen en artículo 258 TFUE expuesto ut supra. Si el Estado en cuestión no se atiene al dictamen de la UE en el plazo

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 2008. Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A52008PC0426>

⁴⁶ DE SCHUTTER, O.: «Infringement proceedings as a tool for the enforcement of fundamental rights in the European Union.» *Open Society European Policy Institute*. 2017, pág. 17.



fijado por la Comisión, ésta puede remitir el asunto al TJUE. Si el país, a pesar de la sentencia del Tribunal, no rectifica, la Comisión puede volver al TJUE para pedirle que imponga al Estado en cuestión sanciones económicas. Para garantizar un efecto disuasorio en el futuro, las sanciones se calculan en función de factores como la importancia de la ley infringida, el tiempo que lleva sin aplicarse y la capacidad del Estado miembro para pagar las multas. En conjunto, los recursos interpuestos por la Comisión en virtud del artículo 258 del TFUE, con el objetivo de obtener una sentencia del TJUE que declare culpable al Estado en cuestión por el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Derecho de la UE, tienen el potencial de ser una poderosa herramienta para garantizar que los Estados miembros respeten los valores europeos y no violen los derechos fundamentales.⁴⁷ Entonces, ¿por qué la Unión se abstiene de utilizar los procedimientos de infracción de forma más activa en su protección de los europeos LGBTI?

Una posible explicación podría ser que, a pesar de que la importancia de las estructuras democráticas, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos se ha destacado desde la fundación de la CECA, la orientación sexual no recibió el estatus de grupo cubierto por la política antidiscriminatoria de la Unión hasta el Tratado de Ámsterdam de 1999.⁴⁸

Además, la jurisprudencia del TJUE no ha sido uniforme en el desarrollo del principio de no discriminación por motivos de orientación sexual, desarrollando un cuerpo de decisiones que son «incoherentes e irreconciliables», según afirma parte de la doctrina⁴⁹. La combinación de estos factores puede influir en la reticencia de la Comisión a iniciar procedimientos de infracción sin saber con seguridad que el Estado en cuestión será declarado culpable.

⁴⁷ DE SCHUTTER, O., *op. cit.*, pág. 27.

⁴⁸ LÓPEZ AGUILAR, J. F., «El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de derecho y “dilema de Copenhague”» *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, págs. 101-142.

⁴⁹ KOCHENOV, D.: «Democracy and human rights - not for gay people? EU Eastern enlargement and its impact on the protection of the rights of sexual minorities.» *Wesleyan Law Review*, núm.13(02), págs. 459-495. También véase SHREEVES, R. «The Rights of LGBTI People in the European Union» *European Parliament Research Service*. 2020, PE 651.911-11/2020. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651911/EPRS_BRI\(2020\)651911_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651911/EPRS_BRI(2020)651911_EN.pdf)



2.3.2. UN MECANISMO DE SOFT LAW EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA ESTRATEGIA 2020-2025 PARA LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBTI PRESENTADA POR LA COMISIÓN EUROPEA.

La Estrategia 2020-2025 para la igualdad de las personas LGBTI⁵⁰ presentada por la Comisión Europea en noviembre de 2020 constituye un mecanismo de *soft-law*, es decir, un instrumento jurídicamente no vinculante pero útil y base para el desarrollo de la normativa europea en materia de igualdad y no discriminación del colectivo LGBTI, que marca la senda política de la UE en los siguientes ámbitos tal y como se recoge en la estrategia:

- a. **Combatir la discriminación:** la protección jurídica contra la discriminación es fundamental para promover la igualdad LGBTI. La Comisión se compromete a realizar un balance en particular en materia de empleo. El informe sobre la aplicación de la Directiva relativa a la igualdad en el empleo se publicará a finales de 2022. A raíz del informe, la Comisión presentará propuestas legislativas sobre el refuerzo del papel de los organismos de igualdad. La Comisión también presentará un marco reglamentario que regulará específicamente el riesgo de sesgo y discriminación inherente a los sistemas de inteligencia artificial (IA).
- b. **Garantizar la seguridad:** las personas LGBTI sufren desproporcionadamente los delitos de odio, la incitación al odio y la violencia, mientras que la escasez de denuncias de los delitos de odio sigue siendo un problema grave. Para armonizar la protección contra los delitos de odio y la incitación al odio contra las personas LGBTI, la Comisión presentará en 2021 una iniciativa de ampliación de la lista de «delitos de la UE» para incluir los delitos de odio y la incitación al odio, en particular contra las personas LGBTI. Además, la Comisión ofrecerá oportunidades de financiación de iniciativas destinadas a combatir los delitos motivados por el odio, la incitación al odio y la violencia contra las personas LGBTI.
- c. **Protección de los derechos de las familias arcoíris:** debido a las diferencias entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros, es posible que no siempre se reconozcan los vínculos familiares cuando las familias no heteronormativas

⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA, «Una Unión de igualdad: Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025.» *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, 2020. ISBN 978-92-76-24998-6. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/lgbtiq_factsheet_2020-2025_es.pdf



cruzen las fronteras interiores de la UE. La Comisión presentará una iniciativa legislativa sobre el reconocimiento mutuo de la parentalidad y explorará posibles medidas para apoyar el reconocimiento de las parejas del mismo sexo entre los Estados miembros.

- d. **La igualdad LGBTI en todo el mundo:** en distintas partes del mundo, las personas LGBTI sufren graves violaciones de derechos y abusos. La Comisión apoyará acciones en favor de la igualdad LGBTI en el marco del Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional (IVDCI), el Instrumento de Ayuda Preadhesión (IAP) y el Fondo de Asilo y Migración.

3. EL ESTADO DE DERECHO EN LA UE

3.1. ALCANCE CONCEPTUAL EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EN LA UNIÓN EUROPEA. EL ARTÍCULO 2 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

A la hora de abordar la cuestión del Estado de Derecho debemos entender que este concepto por sí solo no posee como tal una definición comprehensiva o única ni en los tratados ni en la jurisprudencia comunitaria, y mucho menos a nivel nacional. A ello debemos sumarle que a lo largo de la historia y de las diferentes tradiciones jurídicas no ha habido unidad en torno a la definición del término de Estado de Derecho, lo que se traduce en manifestaciones a nivel nacional dispares entre sí, que acaban reflejándose de ese mismo modo en el acervo comunitario.⁵¹ De hecho, en el día a día consideramos como conceptos equivalentes al alemán *Rechtsstaat*, al francés *État de Droit* o al anglosajón *Rule of Law*, que a pesar de ser fuente histórica para la determinación conceptual actual, no representan una definición unitaria y semejante del concepto de Estado de Derecho, debido principalmente a que beben de culturas jurídicas distintas.⁵²

Todos esos conceptos se encuentran interrelacionados con los conceptos jurídicos del principio de legalidad, tutela judicial efectiva y garantías derivadas de la seguridad jurídica.⁵³ A ello habría que añadirle que, transversal a esos principios, se encuentra el de igualdad, estrechamente relacionado con los tres mencionados, que además guardan

⁵¹ MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., «El Estado de Derecho en la Unión Europea», Colección Informes AEDEUR, Marcial Pons, 2021, págs. 24-25.

⁵² COSTA, Pietro, «The Rule of Law: A Historical Introduction», en COSTA, P., ZOLO, D. (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Dordrecht, Springer, 2007, págs. 73-149.

⁵³ MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., *op. cit.*



mucha relación con los valores presentes en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea⁵⁴ que posteriormente será analizado.

Partiendo de la relación conceptual entre dichos principios jurídicos y el Estado de Derecho, cabría en este momento abordar los elementos formales y materiales o sustantivos del Estado de Derecho, en aras de intentar construir una definición coherente del concepto.

El jurista alemán Dittert⁵⁵ identifica, por un lado, como elementos formales que componen el Estado de Derecho, la separación de poderes y la solidez institucional, la primacía y reserva de ley, el uso ordenado y adecuado conforme a Derecho de los distintos procedimientos legislativos recogidos en cada ordenamiento jurídico, y por último resalta la independencia judicial. Por otro lado, identifica como elementos materiales el necesario compromiso interinstitucional con los derechos fundamentales, especialmente la garantía de protección jurídica y tutela judicial efectiva⁵⁶, al que acompañan la seguridad jurídica, el principio de proporcionalidad, y los principios de certeza y protección de la confianza.

Los elementos aquí recogidos, en relación con el desarrollo conceptual previamente mencionado, hacen considerar relevante por su contenido y expresión la definición que incluye el *Informe sobre el Estado de Derecho en la Unión* presentado por la Comisión Europea, que indica:

En un Estado de Derecho, todos los poderes públicos actúan siempre dentro de los límites fijados por la ley, de conformidad con los valores de la democracia y los derechos fundamentales, y bajo el control de los órganos jurisdiccionales independientes e imparciales. El Estado de Derecho engloba los principios de legalidad, que implica un proceso de promulgación de leyes transparente, democrático, pluralista y sujeto a

⁵⁴ El artículo 2 TUE reza “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

⁵⁵ DITTERT, Daniel, «Europarecht: Examenskurs für Rechtsreferendare», 5ª Edición, 2017, págs. 296-299.

⁵⁶ Ello lo encontramos en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reza “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”



*rendición de cuentas; seguridad jurídica, que prohíbe el ejercicio arbitrario del poder ejecutivo; tutela judicial efectiva por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales y control judicial efectivo, lo que incluye la protección de los derechos fundamentales; la separación de poderes; e igualdad ante la ley.*⁵⁷

Lo primero que nos llama la atención de esta definición es la especie de trabazón entre los valores del art. 2 TUE con el Estado de Derecho, lo que nos lleva a constatar que el Estado de Derecho se representa por el cumplimiento y salvaguarda de los valores de la Unión recogidos en el mencionado artículo. Este fenómeno nos lleva a rebatir la tesis defendida por algunos en la doctrina, como se expuso al comienzo de este epígrafe, de que el concepto del Estado de Derecho no poseía fundamentación jurídica en el Derecho positivo. Si bien no se realiza una descripción conceptual de forma directa ni a nivel comunitario ni nacional, esta *imbricación* entre el artículo 2 y el concepto definido por el ejecutivo europeo, como así la denomina el profesor Pablo J. Martín, supone que «el Estado de Derecho en Europa posee un fundamento normativo irrefragable».⁵⁸ De hecho, en apoyo a la tesis de Pablo J. Martín, cabe indicar que recientemente la jurisprudencia del TJUE ha ido reconociendo esta *imbricación* entre el concepto del Estado de Derecho y los valores del artículo 2 TUE, como es el caso de los asuntos C-619/18 Comisión contra Polonia -en el que Hungría se presentó como parte en el proceso en apoyo a Polonia- y C-216/18 LM.

Más allá de los confines de la Unión, numerosas organizaciones internacionales y entidades de la comunidad internacional han abordado la definición del Estado de Derecho. Por un lado, cabe destacar en primer lugar el Consejo de Europa que, a través de su órgano de la Asamblea Parlamentaria aprobó una resolución⁵⁹ el 23 de noviembre de 2007 a través de la que ruega a la Comisión de Venecia, órgano consultivo del Consejo de Europa, a abordar nuevamente la situación del Estado de Derecho en los Estados miembros del Consejo de Europa, entre los que por ejemplo se encontraba hasta hace escasos meses la Federación de Rusia. Tras esta resolución, vemos como la Comisión de Venecia se aventuró también a completar la difícil tarea de aportar una definición de

⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, «Informe sobre el Estado de Derecho en 2020 – Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea», *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, 30 de septiembre de 2020, COM (2020) 580 final. En adelante será citado como Primer Informe EDUE.

⁵⁸ MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., op. cit.

⁵⁹ CONSEJO DE EUROPA. «Resolución 1594 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 23 de noviembre de 2007, sobre el principio del Estado de Derecho.», 2007.



Estado de Derecho, que aportase unos elementos esenciales que sirvieran para impulsar las reformas nacionales necesarias para salvaguardar el Estado de Derecho.

En este sentido y partiendo de la definición del juez británico Tom Bingham⁶⁰, el 4 de abril de 2011 la Comisión de Venecia emitió un informe con los elementos conceptuales asociados al Estado de Derecho, que son: (a) legalidad, incluido un proceso transparente, responsable y democrático para promulgar la ley; (b) seguridad jurídica; (b) prohibición de la arbitrariedad; (d) acceso a la justicia a través de tribunales, independientes e imparciales, incluida la revisión judicial de los actos administrativos; (e) respeto de los derechos humanos; y (f) no discriminación e igualdad ante la ley⁶¹. De todos estos elementos, destacan los dos últimos a la hora de estudiar la actual situación del colectivo LGBTI en Europa, y nos refuerza a la hora de afirmar que cualquier ataque discriminatorio contra la dignidad de las personas LGBTI supone un ataque al Estado de Derecho.

Posteriormente abordaremos el nuevo mecanismo impulsado por la Unión Europea en la forma de los Informes sobre el Estado de Derecho por parte de la Comisión Europea (en adelante CE) que después son además debatidos y presentados de manera sectorizada por países en el Consejo. No obstante, cabe destacar que este tipo de informe ya existe desde 2016 en el Consejo de Europa cuando su órgano consultivo sobre cuestiones constitucionales intervino en la cuestión con la creación de una lista de control del Estado de Derecho en la que afirmaba que:

El Estado de Derecho se ha convertido en “un ideal y una aspiración globales”, con un núcleo válido en todas partes. Sin embargo, esto no significa que su aplicación tenga que ser idéntica en cualquier contexto jurídico, histórico, político, social o geográfico. Si bien los principales componentes o “ingredientes” del Estado de Derecho son constantes, la forma específica en que se realizan puede diferir de un país a otro en función del contexto local [...].⁶²

Otra organización internacional de relevancia que ha abordado la cuestión del Estado de Derecho es la Organización de Naciones Unidas. La primera vez fue en 2004 cuando su Secretario General Kofi Annan emitió un informe en el que delimitaba el término de Estado de Derecho así:

⁶⁰ BINGHAM T. (2010). The Rule of Law, page 8. London, United Kingdom: Penguin Books.

⁶¹ Report on the Rule of Law, adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice 25-26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev-e, paragraph 41.

⁶² Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), CDL-AD(2016)007-e, paragraph 34.



El concepto de “Estado de Derecho” [...] se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de Derechos Humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal.⁶³

Sin lugar a duda, la definición de este informe de la Secretaría General de la ONU constituye una de las más completas a nivel internacional. Este primer paso por parte de la ONU inspiró el surgimiento de algunas organizaciones de la sociedad civil como *World Justice Project* (WJP), que desde 2006 trabaja por promover el Estado de Derecho en todo el mundo, y define el Estado de Derecho como “*un sistema duradero de leyes, instituciones y compromisos comunitarios que cumple cuatro principios universales:*

- 1. Rendición de cuentas: el gobierno y los particulares responsables ante la ley.*
- 2. Leyes justas: las leyes son claras, públicas y estables; se aplican de manera uniforme; y protegen los derechos fundamentales, incluida la seguridad de las personas, así como los contratos, la propiedad y los derechos humanos.*
- 3. Gobiernos abiertos: los procesos mediante los cuales se promulgan, administran y aplican las leyes son accesibles, justos y eficientes.*
- 4. Mecanismos accesibles e imparciales para la resolución de controversias: la justicia se imparte por representantes competentes, éticos, independientes y neutrales que son accesibles, tienen recursos adecuados y representan a las comunidades a las que sirven.⁶⁴*

La comunidad internacional ha ido asumiendo progresivamente que la salvaguarda del Estado de Derecho debe ser parte de los programas y objetivos de desarrollo de la misma. Ejemplo de ello es la presencia del Estado de Derecho en los ODS, aunque ya desde los Objetivos del Milenio veíamos reflejado este término. La Declaración del Milenio de las Naciones Unidas hace referencia a la importancia del Estado de Derecho, vinculándolo al cumplimiento y a la resolución de conflictos, y situándolo en el mismo

⁶³ Informe del Secretario General de la ONU, de 3 de agosto de 2004, sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (S/2004/616), párrafo 6.

⁶⁴ Recuperado de: <https://worldjusticeproject.org/about-us/overview/what-rule-law>



rango que la promoción de la democracia.⁶⁵ Este espíritu permanece en el corazón de la ONU reflejándose así en la Agenda 2030 de Naciones Unidas y en sus Objetivos de Desarrollo Sostenible. El ODS 16 recoge los principales elementos que conforman el Estado de Derecho, al enunciarse de la siguiente forma:

*Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, proporcionar acceso a la justicia para todos y construir instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles*⁶⁶

El ODS 16 se desarrolla en doce metas en las que se detalla el camino a seguir y cada medida a tomar para alcanzarlo. Los doce sub objetivos “abordan las sociedades pacíficas e inclusivas; el acceso a la justicia para todos; y las instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.”⁶⁷

Llegados a este punto, queda patente que la salvaguarda del Estado de Derecho es una preocupación a nivel global, y naturalmente la Unión Europea toma partido en ella. En el caso de la Unión, si bien hasta la fecha los principales casos de vulneración del Estado de Derecho han guardado relación principalmente con la independencia judicial, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, la deriva populista y antieuropea de algunos ejecutivos nacionales en la Unión Europea, como Polonia y Hungría, nos hace temer que la siguiente amenaza al Estado de Derecho vendrá por la vertiente del principio de igualdad, el principio de no discriminación, la dignidad humana y otros derechos fundamentales relacionados. De ahí que el foco esté ahora puesto en los derechos de determinadas minorías que se puedan ver afectadas por políticas discriminatorias impulsadas por dichos ejecutivos: los migrantes y el colectivo LGBTI.

Llegados a este punto cabe preguntarse, ¿de qué mecanismos dispone la Unión Europea para salvaguardar el Estado de Derecho? Podemos identificar dos mecanismos: uno ex ante, es decir, aplicado a los países en proceso de adhesión a la Unión Europea, y otros ex post, estos últimos serán objeto de análisis en el segundo epígrafe.

⁶⁵ Millennium Declaration, 8 September 2000, A/RES/55/2, para. 9: “we resolve [...] to strengthen respect for the rule of law in international as in national affairs and, in particular, to ensure compliance by Member States with the decisions of the International Court of Justice, in compliance with the Charter of the United Nations, in cases to which they are parties,” and para. 24: “we will spare no effort to promote democracy and strengthen the rule of law, as well as respect for all internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including the right to development.”

⁶⁶ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, adopted 25 September 2015, A/RES/70/1

⁶⁷ ARAJÄRVI, Noora, «The Rule of Law in the 2030 Agenda», Hague J Rule Law, 2018, 10:187–217 <https://doi.org/10.1007/s40803-017-0068-8>



La historia de la integración europea nos ha mostrado que la preocupación por el Estado de Derecho surgió en el marco de la quinta ampliación. Tras la caída del Muro de Berlín, los países al otro lado del telón de acero se apresuraron en unirse a los “clubs de Occidente”, principalmente la OTAN y la UE. En este contexto, la Unión Europea da una posición de criterio de *conditio sine qua non* a sus valores del artículo 2 del actual Tratado de la Unión Europea (que en ese momento eran principios y hasta el Tratado de Ámsterdam no se elevaron a valores) para poder adherirse a la Unión Europea. Esto se acordó en el Consejo Europeo de Copenhague celebrado en 1993, que en sus conclusiones se incluyó que «se requería que los Estados (candidatos) estuviesen dotados de instituciones que garantizaran la democracia, el imperio de la ley, los derechos humanos y la protección y el respeto de las minorías».⁶⁸

Este criterio a día de hoy está en el Derecho primario de la Unión, presente en el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea, que reza así:

Cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión. Se informará de esta solicitud al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales. El Estado solicitante dirigirá su solicitud al Consejo, que se pronunciará por unanimidad después de haber consultado a la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, el cual se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen. Se tendrán en cuenta los criterios de elegibilidad acordados por el Consejo Europeo.

Las condiciones de admisión y las adaptaciones que esta admisión supone en lo relativo a los Tratados sobre los que se funda la Unión serán objeto de un acuerdo entre los Estados miembros y el Estado solicitante. Dicho acuerdo se someterá a la ratificación de todos los Estados contratantes, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

A raíz de este articulado, cuando comienza el proceso de adhesión la Comisión sigue muy atentamente los procesos de reforma para cumplir con los criterios aquí descritos. No obstante, ¿qué ocurre una vez se es Estado miembro de la Unión? Nos encontramos frente a lo que la Comisaria de Justicia Reding⁶⁹ denominó en su día la *paradoja de Copenhague*, que nos demuestra que se controla mucho ex ante, pero la actual situación

⁶⁸ BECERRIL ATIENZA, B., «Las instituciones europeas ante la crisis del Estado de derecho en Hungría y Polonia», *Historia y Política*, núm. 44, 2020, págs. 113-144. DOI: <https://doi.org/10.18042/hp.44.05>

⁶⁹ REDING, Vivien, «Safeguarding the rule of law and solving the Copenhagen dilemma: towards a new EU-mechanism.» Consejo de Asuntos Generales, Luxemburgo. 2013. Speech/13/348



muestra una ineficacia del control ex post, de ahí que se empezase a reforzar este último desde los mecanismos introducidos en el Tratado de Ámsterdam hasta el día de hoy.⁷⁰

3.2. MECANISMOS JURÍDICOS PARA LA SALVAGUARDA DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea ha vivido cómo en algunos de sus Estados miembro, como en Polonia o Hungría a través de reformas internas respecto a la independencia judicial, la inmigración o los derechos de las personas pertenecientes a minorías, se iniciaba una deriva que debilitaba y dañaba el Estado de Derecho, yendo directamente contra los valores de la Unión y el concepto de Estado de Derecho de manera unitaria, es decir, de los Estados miembro en su conjunto. En aras de salvaguardar el Estado de Derecho en el marco comunitario, la Unión Europea cuenta en su Derecho originario con dos mecanismos principales presentes en el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea: el mecanismo de prevención del artículo 7 párrafo 1 TUE, que permite al Consejo enviar un aviso al Estado miembro en cuestión antes de que se llegue a producir una «violación grave»; y el mecanismo sancionador (art. 7 párrafo 2 para determinación y párrafo 3 y ss. para aplicación de sanciones), que permite al Consejo suspender ciertos derechos que se derivan de la aplicación de los Tratados en el país de la UE en cuestión, incluidos los derechos de voto de ese país en el Consejo. En ese caso, la «violación grave» que se contempla debe haberse producido de forma expresa y continuada a lo largo del tiempo.⁷¹

En primer lugar y antes de profundizar en un análisis de ambos mecanismos jurídicos, cabe destacar que el artículo 7 merita un análisis histórico que también ilustra cómo la Unión Europea y su Derecho originario ha ido incluyendo instituciones para la salvaguarda del Estado de Derecho, o como muchos autores mencionan, para la propia defensa de los Derechos Humanos en la Unión Europea.⁷² Si bien, a pesar de ello no podemos olvidar que los recientes acontecimientos nos revelan que, frente a estas crisis de Estado de Derecho en Estados miembro de la Unión Europea, el camino hasta llegar a la aplicación del artículo 7 se hace muy largo; de ahí que se hayan tenido que aprobar

⁷⁰ LÓPEZ AGUILAR, J. F., *op. cit.*

⁷¹ OFICINA DE PUBLICACIONES DE LA UE, Síntesis de Legislación de la UE: Promoción y Protección de los valores de la UE. 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM%3A133500>

⁷² SADURSKI, Wojciech, «Adding a Bite to a Bark? A Story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider», Legal Studies Research Paper No. 10/01, Sydney Law School of the University of Sydney, 2010. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1531393>



mecanismos que bien apoyan los ya existentes en el mencionado artículo, como el mecanismo de revisión por parte de los informes de la Comisión Europea, o bien evitan la aplicación del artículo 7 por el impacto político que tiene para el Estado miembro. Ejemplo de ello es el mecanismo de condicionalidad presupuestaria recogido en el Reglamento 2020/2092 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 Europea y el Reglamento sobre el Estado de Derecho⁷³, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2021. No obstante, es relevante indicar que este mecanismo no debería suplir a los mecanismos formales recogidos en el artículo 7, a pesar de ser de más fácil aplicación.

El siguiente epígrafe abordará los mecanismos del artículo 7, del informe y el de condicionalidad, veamos cómo se introdujo el artículo 7 por primera vez en el Tratado de Ámsterdam y cómo ha ido evolucionando, de ser sólo un mecanismo de sanción, a adquirir también una función de prevención.⁷⁴

3.2.1. MECANISMOS DEL ARTÍCULO 7 TUE: DESDE ÁMSTERDAM A LISBOA

Mecanismo sancionador de Ámsterdam

La salvaguarda del Estado de Derecho se recogió en el Tratado de Ámsterdam en su artículo F.1. que dispone lo siguiente:

1. El Consejo, reunido en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo F, tras invitar al Gobierno del Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

⁷³ PARLAMENTO EUROPEO, «Résolution 2020/2923 sur le cadre financier pluriannuel 2021-2027, l'accord interinstitutionnel, l'instrument de l'Union européenne pour la relance et le règlement relatif à l'état de droit», 2020. Disponible en:

[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2020/2923\(RSP\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2020/2923(RSP))

⁷⁴ CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, «El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea: un mecanismo de protección del Estado de Derecho Análisis crítico de su contenido», Del Guayo Castiella, Íñigo y Fernández Carballal, Almudena (Coords.), *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI: libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, ISBN 978-84-7351-673-0, Madrid, 2019, págs. 129-154.



2. Cuando se haya efectuado dicha constatación, el Consejo, por mayoría cualificada, podrá decidir que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación del presente Tratado al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivados del presente Tratado continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

3. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición.

4. A los efectos del presente artículo, el Consejo decidirá sin tener en cuenta el voto del representante del Estado miembro de que se trate. Las abstenciones de miembros presentes o representados no impedirán la adopción de las decisiones contempladas en el apartado 1. La mayoría cualificada se definirá guardando la misma proporción de los votos ponderados de los miembros del Consejo concernidos que la establecida en el apartado 2 del artículo 148 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

La inclusión de este precepto fue resultado de los trabajos del Grupo de Reflexión que presidía el ministro español Carlos Westendorp, quien en la Conferencia Intergubernamental de 1995 presentó un informe que proponía la introducción de un procedimiento para llevar «al Estado que incurriese en violación grave y reiterada de los derechos humanos o de los principios democráticos hasta la suspensión de los derechos inherentes a su condición de miembro»⁷⁵. El informe defendido por nuestro ministro de Asuntos Exteriores indicaba que, aunque la mayoría de Estados miembros estaba a favor de la inclusión de tal mecanismo, algunos habían manifestado su discordancia alegando que ya los gobiernos nacionales protegían estos derechos de forma adecuada. La postura defendida por Westendorp fue apoyada por Italia, que ostentaba la presidencia de turno del Consejo de la Unión después de España en el primer trimestre de 1996. Esta posición también fue defendida por Bélgica y Austria.

⁷⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Secretaría General, Informe del Grupo de Reflexión, Conferencia Intergubernamental de 1996, Bruselas, 1996. También véase MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. Conferencia intergubernamental de 1996: bases para una reflexión, Madrid, 1996.



El tenor literal del mencionado informe desprende que el mecanismo sancionador guarda relación con la quinta ampliación, como se puede ver en el siguiente extracto:

Es opinión generalizada en el seno del Grupo que, en la situación actual del proceso de integración europea, sobre todo ante la perspectiva de la ampliación, es urgente asegurar el pleno respeto de los Derechos Fundamentales, tanto en las relaciones de la Unión y los Estados miembros como entre estos y los individuos.⁷⁶

Durante las negociaciones previas a Ámsterdam, los representantes de los Estados miembros debieron manifestar su miedo por posibles vulneraciones futuras de los valores de la Unión -incluidos en el artículo 2 del Tratado de Ámsterdam- de cara a la quinta ampliación. Esto era bastante probable como indica Sadurski, ya que se incorporaban a la Unión países cuyo pasado estaba «empañado por violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y estructuras notablemente antidemocráticas, y cuyo reciente entusiasmo por los derechos humanos y las prácticas democráticas podría haberse visto con cierto grado de desconfianza.»⁷⁷ Ese grado de desconfianza también se reflejó en las propuestas de Italia y Austria, que pretendieron incluirlo en las condiciones de adhesión para los Estados candidatos.

En lo que concierne a la sanción, a lo largo de las negociaciones se llegó a valorar la opción de la expulsión, pero se acabó descartando por dos motivos: «por innecesaria, si la suspensión de los derechos surte los efectos deseados, o por los riesgos que supondría poner en cuestión la irreversibilidad de la pertenencia a la Unión»,⁷⁸ esta última cuestión razonable hasta la fecha del Brexit. El texto que se acordó recoge lo comprendido en el actual artículo 7.2, cuyo contenido será analizado más adelante.

Mecanismo preventivo de Niza

La Conferencia de Niza del año 2000 sirvió para afianzar las condiciones idóneas para la quinta ampliación. En esta conferencia, tan solo cuatro años antes de la quinta ampliación, se abordó nuevamente el mecanismo sancionador respecto del Estado de Derecho. No obstante, la percepción que tenían los Estados miembros de la UE acerca de los Estados candidatos no había sido en esta ocasión la motivadora para traer de nuevo al debate el mecanismo sancionador, sino en este caso la motivación surgió en Austria y en

⁷⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Secretaría General, Informe del Grupo de Reflexión, Conferencia Intergubernamental de 1996, Bruselas, diciembre, 1996.

⁷⁷ SADURSKI, 2010 *op. cit.*

⁷⁸ BECERRIL ATIENZA, *op. cit.*



la formación de un nuevo gobierno federal entre el Partido Popular de Austria (ÖVP) y el Partido de la Libertad de Austria (FPÖ). Este último socio de la coalición defendía unos postulados contrarios a los refugiados y que, por tanto, habían sido percibidos como xenófobos por parte de los demás Estados miembros de la UE. En este punto, las sanciones tomadas de forma unilateral no tardaron en llegar. Los demás catorce países de la UE emprendieron medidas diplomáticas bilaterales, como la no recepción de sus embajadores, con la intención de manifestar su repulsa por la presencia de tal formación política en un ejecutivo europeo. Con la aplicación de estas medidas por parte de los Estados miembros de la Unión, que no la propia Unión, Austria se convirtió de facto «en un paria en la Unión Europea».⁷⁹ A través de estas sanciones, los catorce dirigían un mensaje a los países candidatos, «una declaración sobre los límites de lo que es política e ideológicamente aceptable en la Unión, sobre los límites de la diversidad, en vísperas de un fuerte aumento de la diversidad.»⁸⁰

Lo cierto es que, a pesar de ser una amenaza contra los valores de la UE, no era posible instar la aplicación del mecanismo sancionador a pesar de las declaraciones de los dirigentes del FPÖ, en especial de su líder Jörg Haider, hijo de nacionalsocialistas y abiertamente de extrema derecha. El motivo de la imposibilidad de la aplicación del mecanismo sancionador es que no se había producido como tal ninguna violación expresa y persistente contra los derechos fundamentales y valores de la UE.

Dada esta situación, en julio de 2000 los catorce Estados miembros solicitaron la elaboración de un informe sobre el compromiso del gobierno federal austriaco y la naturaleza del FPÖ.⁸¹ Este informe fue llamado «el Informe de los Tres Sabios» y constató el compromiso del gobierno federal austriaco con los valores europeos y recomendó dar marcha atrás con las medidas diplomáticas sancionatorias. Asimismo, señalaba que su mantenimiento podría ser contraproducente y generar corrientes nacionalistas⁸², aspecto que hoy vemos en el caso húngaro y polaco.

Esta situación acaecida con Austria trajo de nuevo a debate la reforma del mecanismo sobre el Estado de Derecho del artículo 7, recogido en el F.1 del Tratado de Ámsterdam, con la intención de dotar de medios de actuación a las instituciones no sólo

⁷⁹ MERLINGEN, M., MUDDE, C. y SEDELMEIER, U.: «The Right and the Righteous? European Norms, Domestic Politics and the Sanctions Against Austria.» *Journal of Common Market Studies*, núm. 39, págs. 59-77. 2001. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1468-5965.00276>.

⁸⁰ SADURSKI, 2019, *op. cit.*

⁸¹ BECERRIL ATIENZA, *op. cit.*

⁸² ATHISAARI, M., FROWEIN J. y OREJA, M. «Informe sobre Austria.» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2000, págs. 775-814.



cuando se produce una violación clara y persistente de los valores de la UE, sino también cuando se puede constatar una amenaza o riesgo de que se produjese tal violación. La introducción de tal mecanismo era sin duda «más coherente que esperar a que se produjeran los actos de violación.»⁸³ De este modo, se introduciría un apartado primero al artículo 7, que se recogió al comienzo de las modificaciones sustantivas en el texto de Niza, que indicaba lo siguiente:

1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 y dirigirle recomendaciones adecuadas. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y, con arreglo al mismo procedimiento, podrá solicitar a personalidades independientes que presenten en un plazo razonable un informe sobre la situación en dicho Estado miembro.

El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

Este mecanismo preventivo entró en vigor en febrero de 2003. A finales de ese mismo año, justo antes de materializar la gran ampliación, la Comisión publicó una Comunicación en la que se detallaban las condiciones para la aplicación del artículo 7. Justo ahí la CE hacía referencia a que la quinta ampliación había jugado un rol importante en la necesidad de introducir este nuevo mecanismo preventivo.

En el momento en que la Unión inicia una nueva etapa de su desarrollo que se caracteriza por la inminencia de una ampliación que supondrá una mayor diversidad cultural, social y política entre los Estados miembros, parece oportuno que las instituciones profundicen en su enfoque común en cuanto a la defensa de los valores de la Unión.⁸⁴

Sin lugar a duda, la existencia de ambos procedimientos -independientes entre sí- haría reflexionar en el futuro a los Estados candidatos a acceder a la Unión en vistas de la relación constatada que guardan con la ampliación. Así lo indica Becerril al afirmar que «el artículo 7 cobraba protagonismo ante la inminente adhesión de nuevos Estados»,

⁸³ OREJA AGUIRRE, M. «Europa como comunidad de valores.» Madrid: CEU Ediciones. 2019. Pág. 5.

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA. «Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del TUE», de 15 de octubre de 2003. COM (2003) 0606 final.



y esta perspectiva es de gran interés puesto que en la adhesión de 2004 entraron Polonia y Hungría. Veamos ahora cómo se han articulado los mecanismos de defensa de los valores de la UE y del Estado de Derecho, desde el artículo 7 TUE, hasta el recientemente creado de condicionalidad presupuestaria, pasando por el de revisión mediante los Informes sobre el Estado de Derecho emitidos por la Comisión.

El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea tras la reforma del Tratado de Lisboa

El actual artículo 7 TUE reza así:

1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones.

El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas de los Tratados continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición.



5. *Las modalidades de voto que, a los efectos del presente artículo, serán de aplicación para el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo se establecen en el artículo 354 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*

El Tratado de Lisboa representó la convergencia de ambos mecanismos en un solo artículo: el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea. En él se recogen los mecanismos analizados previamente de Ámsterdam y Niza, que son independientes entre sí, aunque en el curso normal de los acontecimientos es más probable que se active en primer lugar Niza antes que Ámsterdam, al ser el primero preventivo mediante la constatación, que no supone la aplicación de ninguna sanción como tal.

Hasta la fecha nunca se ha aplicado el artículo 7 a pesar de la existencia de violaciones graves y persistentes contra los valores de la Unión recogidos en el artículo 2 TUE; no sólo las conocidas en Polonia y Hungría, sino por ejemplo la cuestión de las minorías rusas en Letonia y Estonia, que representan entre el 25% y 30% de la población pero, al ser considerados como «no-ciudadanos» debido a ser nacionales rusos pero nacidos en dichos países en tiempos de la URSS, se ven enfrentados a situaciones discriminatorias en lo que concierne a derechos fundamentales como el sufragio o la educación.⁸⁵ Esta situación cumplía con el requisito de violación grave y persistente, y de hecho a día de hoy persiste, pero en vistas de que su aplicación depende de la voluntad política y la unanimidad del Consejo parece difícil ver la materialización de este precepto legal en el futuro. De ahí que se hayan desarrollado otros mecanismos que, si bien no están motivados para reemplazar el artículo 7, en la práctica han tenido más efecto que el mismo.

3.2.2. MECANISMO DE REVISIÓN MEDIANTE LOS INFORMES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO

La Comisión Europea publica desde 2020 un informe sobre el Estado de Derecho con el objetivo de «sensibilizar y fomentar un debate abierto entre los Estados miembros de la UE sobre cuestiones relativas al Estado de Derecho, a escala tanto nacional como europea».⁸⁶ El precedente de este mecanismo de revisión mediante los informes sobre el

⁸⁵ PÉREZ GONZÁLEZ, Á.: «Minorías rusas», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, diciembre 2000 - enero 2001, núm. 51/52, 2000, págs. 25-43, y RUIZ, F.J.: «El problema de los no-ciudadanos en las repúblicas bálticas», *Russia Beyond*. 7 de noviembre de 2013. Disponible en: https://es.rbth.com/blogs/2013/11/07/el_problema_de_los_no-ciudadanos_en_las_replicas_balticas_34075

⁸⁶ COMISIÓN EUROPEA, «Informe sobre el Estado de Derecho – Preguntas y Respuestas». *Press Corner*, 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ES/qanda_21_3762



Estado de Derecho, también llamado mecanismo del Estado de Derecho, es el Cuadro de Indicadores de la Justicia de la UE publicado en 2013, que era un instrumento destinado para realizar un examen comparativo de independencia, calidad y eficiencia judicial. Un año después en 2014 se publicó una comunicación en la que se establecía un nuevo procedimiento denominado Marco del Estado de Derecho con la intención de poder resolver las controversias previas a la activación del artículo 7. No obstante, no sustituye a los mecanismos del artículo 7, sino que constituye una fase previa, una especie de «antesala»⁸⁷.

El mecanismo de revisión mediante los informes del Estado de Derecho está comprendido en tres fases: una evaluación y emisión de un informe por parte de la Comisión Europea, un posterior envío de una recomendación identificando la problemática y dando un plazo al Estado en cuestión para proponer una solución, y finalmente realizar un seguimiento y comprobar si la violación es persistente, para en ese caso proceder al mecanismo preventivo del artículo 7 TUE.

Este mecanismo se encuentra bajo la llamada Red del Estado de Derecho, también creada en 2020, que representa un modo de comunicación entre la Comisión y los Estados miembro. De hecho, antes de la publicación del primer informe la red se reunió en cuatro ocasiones con los Estados miembros para tratar la metodología y los cuestionarios de cara a la elaboración del informe. En definitiva, los informes son el producto de conversaciones con los Estados miembros, además de encuentros bilaterales con los Estados que deban enmendar alguna situación contraria al Estado de Derecho; es decir, no son producto de ningún modo de un trabajo o evaluación unilateral por parte de la Comisión Europea.

El mayor problema respecto de este mecanismo es distinguir en qué punto no llega a suplir de facto al mecanismo de Niza, al ser su principal objetivo señalar potenciales amenazas, infracciones o violaciones contra el Estado de Derecho que pudieran perpetuarse en el tiempo –el llamado *riesgo de violación*–, que es a fin de cuentas el objetivo del mecanismo del artículo 7.1 TUE.⁸⁸ Lo cierto es que la complejidad de la voluntad y acción política está detrás del mecanismo del Informe sobre el Estado de Derecho, ya que para la elaboración, publicación y seguimiento del informe no es

⁸⁷ MANGAS MARTÍN, A.: «Polonia en el punto de mira: ¿solo riesgo grave de violación grave del Estado de derecho?» *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 44, 2018, págs. 1-12.

⁸⁸ BLÁZQUEZ PEINADO, M.D.: «La UE ante las vulneraciones del Estado de derecho por parte del Estado polaco: panorámica general y estado actual de la cuestión.» *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 48, 2019, págs. 14-57.



necesaria la mayoría cualificada de cuatro quintos en el Consejo. De este modo, se puede constatar de manera pública una amenaza para el Estado de Derecho en la Unión Europea sin la necesidad de acudir al Consejo, aunque posteriormente para la aplicación de sanciones –incluso la del mecanismo de condicionalidad explicado en el siguiente epígrafe– será necesario acudir al Consejo.

Sin lugar a duda el mecanismo de revisión mediante los Informes Anuales sobre el Estado de Derecho constituye, junto al mecanismo de condicionalidad, una nueva forma de evitar la aplicación de los mecanismos del artículo 7, por el clima política indeseado que generaría y por las duras consecuencias que tendría para el Estado miembro en cuestión, incluso en el relato político nacional. Blázquez Peinado respecto a esta cuestión afirma que «se han ido añadiendo mecanismos más propios del *soft law* a medida que se producían amenazas más claras al Estado de derecho, en lugar de aplicar los mecanismos más drásticos que ya existían», y lo cierto es que tras los informes de 2020 y 2021 Hungría y Polonia han hecho caso omiso a las recomendaciones enviadas por la Comisión Europea, y de hecho han retado nuevamente a la Unión al recurrir ante el TJUE el siguiente mecanismo de condicionalidad presupuestaria desarrollado seguidamente. ¿Nos está indicando tal situación que es hora de dejar de inventar mecanismos de *soft law* que son menos coercitivos que los recogidos en el art. 7 TUE y, por tanto, debe invocarse la aplicación del art. 7 TUE por parte de los legitimados para ello?

3.2.3. MECANISMO DE CONDICIONALIDAD PRESUPUESTARIA

Tras más de dos años de negociación entre el Consejo y el Parlamento, en diciembre de 2020 se consiguió adoptar el Reglamento 2020/2092⁸⁹ por el que se establece el régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea ante las violaciones de los valores de la UE recogidos en el artículo 2 del TUE, perpetradas sistemáticamente por dos Estados miembros de la Unión: Polonia y Hungría, siendo el foco de dichas violaciones aquellas contra el Estado de Derecho y las intrínsecas discriminaciones contra las minorías. Si bien este reglamento ha podido ser analizado como un instrumento jurídico de técnica presupuestaria, lo cierto es que merita

⁸⁹ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (DO 2020, L 433I, p. 1).



más bien un análisis desde una perspectiva como instrumento, fundamentalmente, de un valor constitucional o institucional europeo.⁹⁰

El Reglamento 2020/2092 surge de las propuestas que presentó la Comisión para presupuesto de la Unión, es decir, el Marco Financiero Plurianual 2021-2027 (en adelante MFF). Los tres pilares del nuevo presupuesto de la UE eran: el Reglamento de Perspectivas Financieras, es decir, el que establece el techo de gasto anual conforme al artículo 312 apdo. 3 TFUE⁹¹; el nuevo paquete de medidas post-covid Next Generation EU, que establece un programa de recuperación económica tras la pandemia de unos 750.000 millones de euros además del MFF y financiado a través de emisiones de empréstitos en los mercados; y el Reglamento de condicionalidad en cuestión que fue presentado en 2018 por la Comisión.⁹²

La esencia de este mecanismo de condicionalidad es proteger el presupuesto de la Unión en caso de que un Estado miembro, que como todos percibe fondos europeos, vulnere los valores de la Unión recogidos en el artículo 2 del TUE. Es decir, el fundamento yace en la idea de que las autoridades nacionales no pueden gestionar bien los fondos europeos cuando actúan contrarias al acervo comunitario.⁹³

La base jurídica del Reglamento 2020/2092 es el artículo 322 apdo. 1 letra a) TFUE, que reza así:

El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y tras consultar al Tribunal de Cuentas:

(a) las normas financieras por las que se determinarán, en particular, las modalidades de establecimiento y ejecución del presupuesto, así como las referentes a la rendición y censura de cuentas.

El reglamento prevé dos circunstancias que deben concurrir para su aplicación. Por un lado, una violación de los principios del Estado de Derecho en un Estado miembro. Por otro lado, es necesario constatar que esta violación afecta o amenaza con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de

⁹⁰ DE GREGORIO MERINO, A.: «El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.71, 2022, págs. 11-26. pág. 12. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.71.01>

⁹¹ El artículo 312.3 TFUE reza así: “el marco financiero fijará los importes de los límites máximos anuales de créditos para compromisos, por categoría de gastos, y del límite máximo anual de créditos para pagos. Las categorías de gastos, cuyo número deberá ser limitado, corresponderán a los grandes sectores de actividad de la Unión.”

⁹² COM/2018/324 final - 2018/0136 (COD)

⁹³ DE GREGORIO MERINO, *op. cit.*



los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo, como así lo indica el artículo 4 apdo. 1 del propio Reglamento.

En el caso de que se dé tal situación, el Consejo por mayoría cualificada tras propuesta de la Comisión podrá suspender o cancelar el envío de fondos europeos a los Estados miembros en cuestión. Es importante destacar que, como el propio Reglamento recoge en su artículo 6, este instrumento se ha concebido de forma subsidiaria a otros mecanismos de salvaguarda del Estado de Derecho, no de forma sustitutiva a los ya existentes, que para algunas violaciones pueden resultar más eficaces.

Como se ha indicado previamente, tras la aprobación del Reglamento 2020/2092, Hungría y Polonia interpusieron sendos recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra el Reglamento. En los casos C-156/21, Hungría/Parlamento y Consejo, y C-157/21, Polonia/Parlamento y Consejo, los dos Estados miembros alegaban, entre otros argumentos, que tal condicionalidad presupuestaria carecía de base jurídica, que la Unión se había excedido en sus competencias y que las instituciones estaban eludiendo la aplicación del artículo 7 TUE.

El TJUE desestimó las pretensiones alegadas por Hungría y Polonia en sus recursos defendiendo la base jurídica del Reglamento, y sobre todo cabe destacar la afirmación del alto tribunal constatando que el mecanismo de condicionalidad presupuestaria no sule ni al mecanismo preventivo ni al sancionador del artículo 7, sino que su máximo interés es defender el presupuesto de la Unión de gestores que no pueden emplear bien el dinero público europeo al no respetar los principios y valores de la Unión. En definitiva, «el Reglamento tiene por objeto proteger el presupuesto de la Unión de quedar afectado, de un modo suficientemente directo, por la vulneración de los principios del Estado de Derecho, y no sancionar, como tal, dicha vulneración.»⁹⁴ Esta misma idea se recoge en el texto de la STJUE C-156/21 al indicar el tribunal en los párrafos 110 y 179 de la sentencia:

A este respecto, en primer lugar, el artículo 1 del Reglamento impugnado indica que éste establece "las normas necesarias para la protección del presupuesto de la Unión en caso de violación de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros". Por tanto, del tenor de esta disposición se desprende que el Reglamento impugnado tiene por objeto proteger el presupuesto de la Unión de los

⁹⁴ COMUNICADO DEL TJUE N°28/22 sobre las Sentencias en los asuntos C-156/21, Hungría/Parlamento y Consejo, y C-157/21, Polonia/Parlamento y Consejo. Disponible en: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-02/cp220028es.pdf>



efectos que puedan derivarse de las violaciones de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros.

A la luz de las consideraciones anteriores, es evidente que el procedimiento previsto en el artículo 7 TUE y el establecido por el Reglamento impugnado persiguen objetivos diferentes y que cada uno de ellos tiene un objeto claramente distinto.

4. EFICACIA Y APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DE DERECHO EN LA UE PARA LOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN LGBTI

A lo largo del presente trabajo hemos expuesto y analizado cómo se regulan los derechos fundamentales y el Estado de Derecho en la Unión Europea, así como los mecanismos existentes para su salvaguarda. Cabe ahora valorar la aplicación, en algunos casos ya expuesta, de estos mecanismos para los casos de discriminación LGBTI y la eficacia que pueden tener.

4.1. INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN (ART. 258 TFUE)

A comienzos de julio de 2021 la presidenta de la Comisión Europea Ursula von der Leyen anunció el inicio de procedimientos de infracción contra Polonia y Hungría, que se remitirían a las autoridades polacas y húngaras el 15 de julio de 2021.⁹⁵⁹⁶ A la hora de incoar el procedimiento de infracción se comienza emplazando al Estado miembro a responder ante la acusación por parte de la CE de estar incumpliendo el Derecho de la Unión Europea. En el caso de no responder en el plazo establecido de dos meses, la Comisión puede optar por remitir el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el caso de Polonia, la Comisión Europea reiteraba su preocupación por las denominadas “zonas libres de ideología LGBTI”⁹⁷ proclamadas por algunos municipios, *powiats* y voivodatos como respuesta a la declaración para salvaguardar los derechos LGBTI pronunciada por el alcalde de Varsovia. La Comisión afirma que las “zonas libres

⁹⁵ COMISIÓN EUROPEA, «Valores fundacionales de la UE: La Comisión emprende acciones legales contra Hungría y Polonia por vulneraciones de los derechos fundamentales de las personas LGBTIQ», *Press Corner*, 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_3668

⁹⁶ COMISIÓN EUROPEA, «Paquete de procedimientos de infracción de julio: principales decisiones», *Decisiones de infracción*, 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ES/INF_21_3440

⁹⁷ASH, L.: «Qué son las “zonas libres de LGBT” de Polonia, la polémica iniciativa que pretende acabar con la "ideología gay" en el país europeo», *BBC News*, 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54234202>

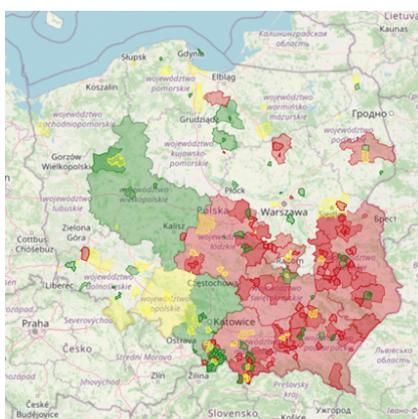
de ideología LGBTI” pueden infringir la legislación de la UE en materia de no discriminación por motivos de orientación sexual.

La Comisión ya se puso en contacto a en 2019 con las autoridades locales y regionales polacas que optaban por esas declaraciones homófobas para poder llevar a cabo un análisis exhaustivo de la compatibilidad de tales declaraciones con el Derecho de la Unión, es decir, para cerciorarse de si eran solo declaraciones políticas sin consecuencias legales restrictivas para los derechos fundamentales de las personas LGBTI, o si por el contrario las “zonas libres de ideología LGBTI” eran una amenaza para la igualdad y la no discriminación en la UE.

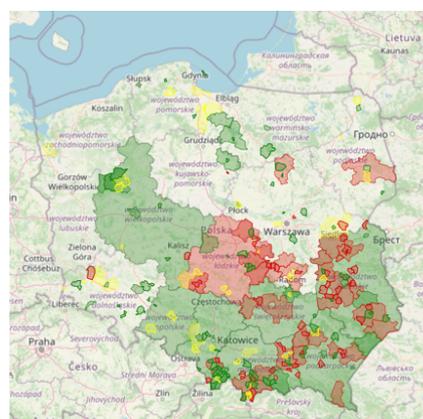
La incoación del procedimiento de infracción viene motivada por la falta de respuesta por parte de las autoridades polacas a los sucesivos requerimientos por parte de la Comisión para disponer de la información respectiva a las “zonas libres de ideología LGBTI”. Al actuar así Polonia obstaculiza la capacidad de la Comisión para ejercer las competencias que le confieren los Tratados y no respeta el principio de cooperación leal establecido en el artículo 4, apartado 3, del TUE, que obliga a los Estados miembros a cooperar lealmente con las instituciones de la Unión. Por consiguiente, la Comisión ha decidido enviar una carta de emplazamiento a Polonia por su falta de cooperación.

Llama la atención que hasta ahora el procedimiento no ha seguido el curso normal, como es el caso del de Hungría que como posteriormente se expondrá ya ha recibido el dictamen motivado por parte de la Comisión, paso previo antes de elevar la cuestión ante el TJUE. Es muy probable que la razón principal sea la presión presupuestaria ejercida sobre los municipios, *powiats* y voivodatos declarados «zona libre de ideología LGBTI», de ahí que gradualmente hayan ido reculando en vistas de la retirada de fondos europeos que estaban destinados al hermanamiento de municipios (véase imagen siguiente).

Mapa A (2020)



Mapa B (2022)



Fuente: A <https://queeridico.es/zonas-libres-de-lgbt-el-caso-de-polonia/> y B <https://atlasnienawisci.pl>



En la imagen anterior tenemos a la izquierda una captura a fecha de septiembre de 2020 del proyecto «atlas del odio». A la derecha, tenemos la captura equivalente pero a fecha de mayo de 2022. En rojo, los municipios, provincias (powiats) y regiones (voivodatos) considerados «zonas libres de ideología LGTBI». Se aprecia visiblemente que ha disminuido el número de municipios y powiats suscritos a la declaración de «zonas libres de ideología LGTBI», pudiéndose constatar que ya ningún voivodato se declara como tal.

En lo que concierne a Hungría, la Comisión incoó el procedimiento de infracción en vistas de toda la legislación discriminatoria respecto del colectivo LGBTI aprobada recientemente en los años 2020 y 2021, referida en el primer epígrafe del presente trabajo. Principalmente la base jurídica para el procedimiento de infracción es la llamada Ley de Protección a la Infancia (T/16365/15) que tanto prohíbe el acceso de los menores de edad a contenidos que promuevan o expongan la denominada «divergencia con respecto a la identidad personal correspondiente al sexo en el momento del nacimiento, el cambio de sexo o la homosexualidad»; como la obliga a las editoriales a introducir cláusulas de exención de responsabilidad en libros infantiles con contenido LGBTI.

En la carta de emplazamiento enviada por parte de la Comisión a Hungría, la CE afirma que en lo que respecta a la Ley de Protección a la infancia «se ha infringido la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (DSCA)⁹⁸ en lo que respecta a las normas relativas a los contenidos audiovisuales y a la libre prestación de servicios de comunicación audiovisual transfronterizos, ya que Hungría ha establecido restricciones injustificadas que discriminan a las personas por su orientación sexual y que, además, son desproporcionadas».⁹⁹

Asimismo, la Comisión sostiene que algunas de las disposiciones impugnadas infringen la Directiva sobre el comercio electrónico tanto en cuanto la ley húngara prohíbe la prestación de servicios que exhiban contenidos que muestren diferentes orientaciones sexuales a los menores, incluso en el caso de que estos servicios procedan de otros Estados miembros.¹⁰⁰

⁹⁸ Concretamente vulnera el artículo 3 de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual. Texto legal disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32010L0013>

⁹⁹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_3668

¹⁰⁰ Concretamente vulnera los artículos 3 al 6 y 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Texto legal disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>



El tercer y cuarto puntos sobre los cuales la Comisión incoa el procedimiento de infracción pivotan sobre la falta de justificación por parte de Hungría sobre la restricción de los servicios transfronterizos de la sociedad de la información, y sobre la falta de notificación previa a la Comisión de algunas de las disposiciones impugnadas, a pesar de la obligación de hacerlo establecida en la Directiva sobre transparencia en el mercado único.

Por otro lado, la CE afirma que Hungría ha vulnerado los principios relativos a la libre prestación de servicios (artículo 56 del TFUE) y a la libre circulación de mercancías (artículo 34 del TFUE), al no haber demostrado que las restricciones estén debidamente justificadas, no sean discriminatorias y sean proporcionadas, así como que Hungría ha vulnerado el derecho a la protección de datos establecido en el RGPD y en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales relativo a la protección de datos de carácter personal.

Por último, la Comisión sostiene que, en los ámbito de aplicación del Derecho de la UE, las disposiciones húngaras también son contrarias a la dignidad humana, la libertad de expresión y de información, el derecho al respeto de la vida privada y el derecho a la no discriminación consagrados, respectivamente, en los artículos 1, 7, 11 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁰¹.

En conclusión, la Comisión afirma que debido a la gravedad de estas vulneraciones, las disposiciones impugnadas son contrarias también a los valores establecidos en el artículo 2 del TUE, aunque destaca que no se haya propuesto por parte de la CE ir por el cauce del artículo 7 TUE, sino por el procedimiento de infracción.¹⁰²

Este procedimiento de infracción ha seguido su curso y ahora se encuentra en una fase previa a la remisión del asunto al Tribunal de Justicia al haber enviado la Comisión Europea dos dictámenes motivados a las autoridades húngaras tras la insuficiencia de sus respuestas ante la carta de emplazamiento, a la que Hungría respondió sin justificación alguna a las restricciones impuestas a los derechos fundamentales de no discriminación y libertad de expresión, así como a la prohibición de iure impuesta a la prestación de

¹⁰¹ La vulneración de los artículos 11 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales yace en la obligación impuesta a las editoriales de incluir una advertencia en las portadas de los libros infantiles con contenido LGBTI que describa que el libro contiene “comportamientos que se desvían de los roles de género tradicionales”. La Comisión como garante de los tratados ha interpretado que esto equivale a restringir el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación consagrados en los artículos 11 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

¹⁰² ALEMANN, A. y CHAMON, M.: «To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It», *Verfassungsblog*, 11 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/to-save-the-rule-of-law-you-must-apparently-break-it/>



servicios que incluyen contenidos que presentan diferentes orientaciones sexuales a los menores, incluido cuando estos servicios provienen de otros Estados miembros.

4.2. POSIBILIDAD DE APLICAR EL MECANISMO DE CONDICIONALIDAD PRESUPUESTARIA

Si bien la Comisión Europea ha afirmado que las acciones políticas y legislativas de Polonia y Hungría son contrarias a los valores del artículo 2 del Tratado de la Unión, el criterio de la unanimidad haría imposible poder constatar la existencia de una violación grave y persistente del Estado de Derecho de acuerdo al art. 7 TUE, ya que Polonia y Hungría se cubrirían las espaldas mutuamente en las votaciones en el Consejo. Es decir, como mucho podría llegarse a la constatación de una amenaza grave de violación, cuya votación en el Consejo requeriría una mayoría de cuatro quintos. Aun así, tal constatación no sirve de base para aplicar sanciones como la pérdida de voto en el Consejo, por ejemplo.

Ante esta imposibilidad material de aplicar los mecanismos de salvaguarda del Estado de Derecho contemplados en el artículo 7, nos queda la posibilidad de aplicar el mecanismo de condicionalidad presupuestaria recogido en el Reglamento 2020/2092, que como se indicó en el epígrafe 3.2.3 del presente trabajo, requiere de dos circunstancias. Por un lado, una violación de los principios del Estado de Derecho en un Estado miembro. Por otro lado, es necesario constatar que esta violación afecta o amenaza con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo.

En este punto cabe señalar que la aplicación de este mecanismo no será del todo fácil, sino que será preciso que se den los requisitos específicos en cada supuesto de hecho. Más allá de entrar a valorar las críticas al concepto de condicionalidad presupuestaria, ya aplicado para otros supuestos de hecho en el marco financiero previo en materia de fondos estructurales¹⁰³, podemos constatar que la condicionalidad presupuestaria *per se* ha sido avalada por el Tribunal de Justicia (*infringment conditionality* de la Sentencia del

¹⁰³ J. GUILLEM CARRAU, «Las correcciones financieras en materia de fondos estructurales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, 2018, pp. 281-319. En la regulación de los fondos estructurales en el pasado marco financiero plurianual se incluyó una cláusula que permitía la suspensión de pagos intermedios en caso de apertura de un procedimiento de infracción en esa materia contra el Estado miembro. Fue aplicado a la Campania italiana en un caso de incumplimiento de la directiva sobre residuos e intervenciones estructurales relativas a la gestión de residuos. El Tribunal General entendió que bastaba que la Comisión probase una relación suficientemente directa entre ambos (Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2013, Italia/Comisión (T-99/09 y T-308/09, EU:T:2013:200) apdos. 50-55). En casación, el Tribunal de Justicia confirmó la sentencia de instancia (Sentencia de 6 de noviembre de 2014, Italia/Comisión (C-385/13 P, EU:C:2104:2350) apdos. 65-66).



Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2014, Italia/Comisión C-385/13) precisamente empleando el criterio de «relación suficientemente directa», que es el segundo criterio que recoge el mecanismo.

La mayor controversia que se podrá dar con Polonia y Hungría a la hora de aplicar este procedimiento pivota sobre el modo en que se debe interpretar dicho criterio de «relación suficientemente directa» en la aplicación de la condicionalidad. Como indica MARTÍN RODRÍGUEZ, «la gran cuestión es si esta condición de afectación o riesgo grave de afectación de modo suficientemente directo debe interpretarse *à l'art. 51 de la Charte ou à l'art. 19 TUE*. Mientras que apuntarían a la primera el procedimiento legislativo y la regulación de medidas¹⁰⁴, la naturaleza subsidiaria de esta condicionalidad que traduce su propio título (condicionalidad general) y el considerando (17) militarían, quizá, en el sentido opuesto.»¹⁰⁵

La principal conclusión de este planteamiento es que, en términos jurídicos, el Reglamento da pie a una interpretación amplia y que su activación se vincula a la vulneración de los valores recogidos en el artículo 2 TUE – a día de hoy constatada por la Comisión en sus informes sobre el Estado de Derecho, comunicaciones y sendos procedimientos de infracción en curso –, a la hora de dilucidar entre si seguir el cauce interpretativo del art. 51 de la Carta o el art. 19 TUE, la STJUE C-64/14 analizada en el siguiente apartado nos indica que para el caso de la discriminación sistemática al colectivo LGBTI, la base del art. 19 TUE acaba siendo insuficiente.

4.3. EL ROL DEL TJUE Y EL ASUNTO C-64/16 “ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES”

A lo largo del presente trabajo hemos visto como el TJUE ha jugado un rol importantísimo en la salvaguarda de derechos fundamentales y del Estado de Derecho. Este papel decisivo ha sido demostrado en sentencias como las del Asunto Hay o el Asunto Coman explicados en el presente trabajo. El TJUE demostró ser el epicentro de la respuesta europea a la amenaza al Estado de Derecho, por ejemplo, en el caso de la reforma del sistema judicial polaco, donde ante el fracaso de los mecanismos políticos el

¹⁰⁴ El procedimiento legislativo y la regulación de las medidas sería lo correcto de acuerdo a lo afirmado expresamente en las conclusiones del Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2020, último bajo presidencia alemana, que en su apdo. 2.e) indicaba: “deberá haberse establecido debidamente que hay un nexo causal suficientemente directo, entre dicha vulneración y las consecuencias negativas para los intereses financieros de la Unión. La mera constatación de que ha tenido lugar una vulneración del Estado de Derecho no bastará para activar el mecanismo.”

¹⁰⁵ MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., «El Estado de Derecho en la Unión Europea», *op.cit.*, pág. 131-133.



Tribunal de Justicia se consagró como el último bastión jurídico para la defensa del Estado de Derecho en la UE. No lo fue, sin embargo, en una cuestión que tuviera de fondo la reforma polaca (ese es el Asunto C-619/18), sino en el Asunto C-64/16 de la Associação Sindical dos Juízes Portugueses sobre una cuestión prejudicial en un caso contra el Tribunal de Cuentas portugués relativo a las retribuciones salariales de los jueces.

Sustantivamente, la decisión del TJUE se basa en una interpretación extensiva del artículo 19 TUE, que afirma «se refiere con mayor concreción al valor de Estado de Derecho proclamado en el artículo 2 TUE»¹⁰⁶, que se deriva de una especial desvinculación del ámbito de aplicación clásico del Derecho de la Unión al afirmarse en el párrafo 29 de la sentencia: «Con carácter liminar, en cuanto al ámbito de aplicación *ratione materiae* del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, procede observar que esta disposición se refiere a «los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión», con independencia de la situación en la que los Estados miembros aplican este Derecho, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta.»

El problema es que este mecanismo jurisdiccional con el objetivo de impedir, respecto de la tutela judicial efectiva, la llamada política de *fait accompli*, o de hecho consumado cuya reversión es extremadamente complicada¹⁰⁷, se relaciona tan sólo con un apartado concreto del artículo 2 TUE en relación con el 19 TUE. A pesar de que el Tribunal apueste por una interpretación amplia de la aplicación de la Carta (art. 51 Carta) para los actos más allá del Derecho de la Unión –pero relacionados con él–, el precedente que sienta el TJUE es sólo en referencia al derecho fundamental de tutela judicial efectiva, y no respecto de otros como el contenido en el artículo 21 de la Carta (no discriminación). Quedará por ver en futuros casos que se presenten ante el TJUE si esta interpretación

¹⁰⁶ El Tribunal afirma 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 sólo al Tribunal de Justicia, sino también a los tribunales nacionales [véase, en este sentido, el dictamen 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123, apartado 66; sentencias de 3 de octubre de 2013, Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo, C-583/11 P, EU:C:2013:625, apartado 90, y de 28 de abril de 2015, T & L Sugars y Sidul Açúcares/Comisión, C-456/13 P, EU:C:2015:284, apartado 45]. De este modo, los tribunales nacionales desempeñan, en colaboración con el Tribunal de Justicia, una función que se les atribuye en común con el objeto de garantizar el cumplimiento del Derecho en la interpretación y en la aplicación de los Tratados [véase, en este sentido, el dictamen 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123, apartado 69, así como la sentencia de 3 de octubre de 2013, Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo, C-583/11 P, EU:C:2013:625, apartado 99].”

¹⁰⁷ W. SADURSKI, «Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralyzed Tribunal to a Government Enabler», *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 63-84.



amplia se hace extensiva a casos de vulneración de derechos fundamentales y Estado de Derecho a causa de discriminación a las personas LGBTI.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa vemos como las políticas de la Unión en materia de igualdad y no discriminación muestran un cambio de paradigma: avanzar en el respeto a la diversidad sexual y de género como valor europeo. La Unión representa un flanco de resistencia ante las políticas y legislaciones discriminatorias contra las personas LGBTI, impulsadas principalmente por dos de sus Estados miembros: Polonia y Hungría. La situación a la que se exponen las personas LGBTI es muy discriminatoria, tanto en Polonia, con las «zonas libres de ideología LGBTI», como en Hungría, con la ley que deja sin reconocimiento legal alguno a las personas transexuales, la Ley de Protección a la Infancia, o el resto del compendio legislativo que refuerza la familia heteronormativa en menoscabo del resto de familias.

SEGUNDA. Los mecanismos de salvaguarda de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho han demostrado no ser mayoritariamente de carácter preventivo, sino sancionadores, como el procedimiento de infracción o el del artículo 7, lo que precisa del quebrantamiento del Estado de Derecho y la vulneración de derechos fundamentales para poder emprender cualquier acción encaminada a su restitución, obviando el daño que se produce entre la ruptura y posterior sutura y vuelta al orden democrático. Es por ello que se precisa de la aplicación y desarrollo de los mecanismos preventivos y la inmediata puesta en marcha de los mecanismos económicos y presupuestarios, que demuestran ser los más eficaces dada la inaplicabilidad material del resto de mecanismos jurídicos. A pesar de que los mecanismos de condicionalidad puedan ser vistos como un “chantaje” no dejan de ser la única medida eficaz hasta la fecha para salvaguardar los derechos fundamentales y el Estado de Derecho en la UE respecto de la discriminación a las personas LGBTI¹⁰⁸, frente al constante desarrollo de mecanismos de *soft-law*, como la Estrategia de igualdad LGBTI presentada por la Comisión que, aunque recogen acciones de gran importancia para acabar con la discriminación LGBTI en la Unión, no dejan de ser declaraciones institucionales en «papel mojado».

¹⁰⁸ Esta conclusión a la que llego sobre la tendencia a elaborar mecanismos presupuestarios para garantizar el respeto a los valores europeos se desarrolla muy bien en el siguiente artículo por BLAUBERGER, N. y VAN HÜLLEN V.: «Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?», *Journal of European Integration*, 2020, DOI: 10.1080/07036337.2019.1708337



TERCERA. Frente a la lenta acción, de haberla en pocos casos, en el plano de las instituciones políticas, destaca el rol que ha jugado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con decisiones marcando precedentes históricos en cuanto al reconocimiento del principio de no discriminación respecto de la orientación sexual. Destacan la STJUE del Asunto Hay respecto de la no discriminación en el ámbito laboral y la STJUE del Asunto Coman respecto de la no discriminación en el ámbito de la libre circulación en el territorio de la Unión.

CUARTA. Hasta la fecha no ha habido ninguna decisión del TJUE que vincule la discriminación LGBTI al quebrantamiento del artículo 2 TUE, sirviendo como precedente para impulsar los demás mecanismos sancionadores previstos. Sí ha habido una STJUE (Asunto Asociación Sindical de Jueces Portugueses) a ese respecto, pero que vinculaba el quebrantamiento del artículo 2 TUE al art. 19 TUE, además de enunciar una interpretación amplísima del art. 51 de la Carta para sustentar la decisión de la Gran Sala. ¿Se podrá hacer extensiva tal interpretación jurisprudencial a futuros asuntos que lleguen a la Gran Sala respecto de discriminación a las personas LGBTI?

QUINTA. Lo cierto es que, a pesar de las importantes decisiones y esfuerzos del TJUE por garantizar la igualdad de trato y la no discriminación en todos los ámbitos de las políticas públicas en la UE, aún queda mucho por hacer. No se puede dejar al albur de decisiones judiciales la regulación y desarrollo de un principio general del Derecho europeo y derecho fundamental tan importante como lo es la no discriminación.



BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. «Un largo camino por recorrer para la igualdad LGBTI», *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, 2020. <https://doi.org/10.2811/7746>

ALEMANN, A. y CHAMON, M.: «To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It», *Verfassungsblog*, 11 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/to-save-the-rule-of-law-you-must-apparently-break-it/>

ARAJÄRVI, N., «The Rule of Law in the 2030 Agenda», *Hague J Rule Law*, 2018, 10:187–217 <https://doi.org/10.1007/s40803-017-0068-8>

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, adopted 25 September 2015, A/RES/70/1

ASH, L.: «Qué son las “zonas libres de LGBT” de Polonia, la polémica iniciativa que pretende acabar con la "ideología gay" en el país europeo», *BBC News*, 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54234202>

BACZYNSKA, G. & WLODARCZAK-SEMCZUK, A.: «Poland to ban gays from adopting, even as single parents.» *Reuters*, 11 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.reuters.com/world/poland-bangays-adopting-even-single-parents-2021-03-11/>

(Última vez consultado: 23/05/2022)

BECERRIL ATIENZA, B., «Las instituciones europeas ante la crisis del Estado de derecho en Hungría y Polonia», *Historia y Política*, núm. 44, 2020, págs. 113-144. DOI: <https://doi.org/10.18042/hp.44.05>

BÉRES-DEÁK, R., «Queer Families in Hungary», *Palgrave Macmillan Studies in Family and Intimate Life*, 2020 págs. 55-66 https://doi.org/10.1007/978-3-030-16319-8_2

BINGHAM T. (2010). *The Rule of Law*, page 8. London, United Kingdom: Penguin Books.

BLAUBERGER, N. y VAN HÜLLEN V.: «Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?», *Journal of European Integration*, 2020, DOI: 10.1080/07036337.2019.1708337

BLÁZQUEZ PEINADO, M.D.: «La UE ante las vulneraciones del Estado de derecho por parte del Estado polaco: panorámica general y estado actual de la cuestión.» *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 48, 2019, págs. 14-57.

CALONGE VELÁZQUEZ, A., «El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea: un mecanismo de protección del Estado de Derecho Análisis crítico de su contenido», Del Guayo Castiella, Íñigo y Fernández Carballal, Almudena (Coords.), *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI: libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, ISBN 978-84-7351-673-0, Madrid, 2019, págs. 129-154.



CARNEDO ARRILLAGA, J. R. y GORDILLO PÉREZ L. I., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea, a la espera de Lisboa.», Cuadernos Europeos de Deusto, núm. 39, 2008, págs. 27-60.

COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del TUE», de 15 de octubre de 2003. COM (2003) 0606 final.

COMISIÓN EUROPEA, «Informe sobre el Estado de Derecho en 2020 – Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea», *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, 30 de septiembre de 2020, COM (2020) 580 final. En adelante será citado como Primer Informe EDUE.

COMISIÓN EUROPEA, «Paquete de procedimientos de infracción de julio: principales decisiones», *Decisiones de infracción*, 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ES/INF_21_3440

COMISIÓN EUROPEA, «Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». 2008. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A52008PC0426>

COMISIÓN EUROPEA, «Una Unión de igualdad: Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025.» *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, 2020. ISBN 978-92-76-24998-6. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/lgbtiq_factsheet_2020-2025_es.pdf

COMISIÓN EUROPEA, «Valores fundacionales de la UE: La Comisión emprende acciones legales contra Hungría y Polonia por vulneraciones de los derechos fundamentales de las personas LGBTIQ», *Press Corner*, 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_3668

COMUNICADO DEL TJUE N°28/22 sobre las Sentencias en los asuntos C-156/21, Hungría/Parlamento y Consejo, y C-157/21, Polonia/Parlamento y Consejo. Disponible en: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-02/cp220028es.pdf>

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA.: «Informe del Grupo de Reflexión, Conferencia Intergubernamental de 1996,» *Secretaría General*, Bruselas, 1996.

COSTA, P., «The Rule of Law: A Historical Introduction», en COSTA, P., ZOLO, D. (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Dordrecht, Springer, 2007, págs. 73-149.

DE GREGORIO MERINO, A.: «El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.71, 2022, págs. 11-26. pág. 12.

DE SCHUTTER, O.: «Infringement proceedings as a tool for the enforcement of fundamental rights in the European Union.» *Open Society European Policy Institute*. 2017, pág. 17.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D.: «Derecho Civil de la Unión Europea», Editorial COLEX, 6ª ed. 2015, pp. 100-101.



DÍEZ DE VELASCO, M.: «Prólogo», Derecho comunitario europeo y Derecho español, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, pág. 13.

DITTERT, D., «Europarecht: Examenskurs für Rechtsreferendare», 5º Edición, 2017, págs. 296-299. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.71.01>

DOUGLAS, E.: «How the EU can stop Poland's 'LGBT-free zones'.» Deutsche Welle. 25 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.dw.com/en/how-the-eu-can-stop-polands-lgbt-freezones/a-55042896> (Última vez consultado: 23/05/2022)

DUTRA SANTO, A-F.: «No Peace without rights: discriminations against LGBTQ persons as a barrier to the implementation of WPS commitments in Poland.» *London School of Economics Blog*. 12 de agosto de 2020. Disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/wps/2020/08/12/no-peace-without-rights-discrimination-against-lgbtq-persons-as-a-barrier-to-the-implementation-of-wps-commitments-in-poland/> (Última vez consultado: 23/05/2022)

EURONEWS: «EU criticizes Poland's abortion ban as it reminds member states to 'respect fundamental rights'.» *Euronews*. Disponible en: <https://www.euronews.com/my-europe/2021/02/24/eu-criticises-poland-s-abortion-ban-as-it-reminds-member-states-to-respect-fundamental-rig> (Última vez consultado: 23/05/2022)

GAMBINO, S.: «La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria, y del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre.», Ponencia presentada en las “V Jornadas sobre la Constitución Europea”, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada y por el Instituto Andaluz de Administración Pública. 28 y 29 de marzo de 2007. Disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE8/articulos/08SilvioGambino.htm#sumario>

GUILLEM CARRAU, J.: «Las correcciones financieras en materia de fondos estructurales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, 2018, pp. 281-319.

KNIGHT, K. & GALL, L.: «Hungary Ends Legal recognition for Transgender and intersex people.» *Human Rights Watch*. 21 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2020/05/21/hungary-ends-legal-recognition-transgender-and-intersex-people> (Última vez consultado 23/05/2022)

KOCHENOV, D.: «Democracy and human rights - not for gay people? EU Eastern enlargement and its impact on the protection of the rights of sexual minorities.» *Wesleyan Law Review*, núm.13(02), págs. 459-495.

LÓPEZ AGUILAR, J. F.: «El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de derecho y “dilema de Copenhague”» *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, págs. 101-142.

LÓPEZ ROZAS, J. C., «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y as secuelas del dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia.» *La Ley Europea*, núm. 23, 2014, págs. 40-56, p. 43.



MANGAS MARTÍN, A.: «Carta de derechos fundamentales de la unión Europea. Comentario artículo por artículo.», Fundación BBVA. Bilbao, 2008, pp. 66-67.

MANGAS MARTÍN, A.: «Polonia en el punto de mira: ¿solo riesgo grave de violación grave del Estado de derecho?» *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 44, 2018, págs. 1-12.

MARCINKIEWICZ, K. y STEGMAIER, M.: «The parliamentary election in Poland, October 2015», *Electoral Studies*, núm. 41, 2016, págs.221-224.
<http://dx.doi.org/10.1016/j.electstud.2016.01.004>

MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.: «El Estado de Derecho en la Unión Europea», Colección Informes AEDEUR, Marcial Pons, 2021.

MARTINÓN QUINTERO, R.: «Los Derechos Humanos en la Unión Europea. En especial, el problema de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2016: 28, págs. 49-71, ISSN 1699-1524.

MERLINGEN, M., MUDDE, C. y SEDELMEIER, U.: «The Right and the Righteous? European Norms, Domestic Politics and the Sanctions Against Austria.» *Journal of Common Market Studies*, núm. 39, págs. 59-77. 2001. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1468-5965.00276>.

NOVAK, B.: «Hungary Outlaws Changing Gender on Documents After Birth.» *The New York Times*. 28 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/05/28/world/europe/hungary-transgender-law.html> (Última vez consultado: 23/05/2022)

NOVAK, B.: «Hungary Passes Laws Curtailing Gay Rights and Expanding Executive Power». *The New York Times*. 15 diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/12/15/world/hungary-laws-orban-gay-rights.html> (Última vez consultado: 23/05/2022)

O'DWYER, C.: «The Benefits of Backlash: EU Accession and the Organization of LGBT Activism in Postcommunist Poland and the Czech Republic.» *East European Politics and Societies and Cultures*, núm. 32, 2018, págs. 904-906.
<https://doi.org/10.1177/0888325418762051>

OFICINA DE PUBLICACIONES DE LA UES Síntesis de Legislación de la UE: Promoción y Protección de los valores de la UE. 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM%3A133500>

OREJA AGUIRRE, M. «Europa como comunidad de valores.» Madrid: CEU Ediciones. 2019. Pág. 5.

PÉREZ GONZÁLEZ, Á.: «Minorías rusas», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, diciembre 2000 - enero 2001, núm. 51/52, 2000, págs. 25-43

REDING, V., «Safeguarding the rule of law and solving the Copenhagen dilemma: towards a new EU-mechanism.» Consejo de Asuntos Generales, Luxemburgo. 2013. Speech/13/348



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

REQUENA CASANOVA, M. (2019). «Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros.» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.62, págs.41-79. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.02>

RUIZ, F.J.: «El problema de los no-ciudadanos en las repúblicas bálticas», *Russia Beyond*. 7 de noviembre de 2013. https://es.rbth.com/blogs/2013/11/07/el_problema_de_los_no-ciudadanos_en_las_republicas_balticas_34075

SADURSKI, W.: «Adding a Bite to a Bark? A Story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider», Legal Studies Research Paper No. 10/01, Sydney Law School of the University of Sydney, 2010. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1531393>

SADURSKI, W.: «Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralyzed Tribunal to a Government Enabler», *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 63-84.

SCHULTHEIS, E.: «The Budapest-Warsaw Express.» *Slate*. 11 de marzo de 2021 Disponible en: <https://slate.com/newsand-politics/2021/03/poland-hungary-lgbt-media-orban.html>

STRUZIK, J.: «Framing Queer Activism in Poland: From Liberal Values to Solidarity.», en BUYANTUEVA y SHEVTSOVA (ed.), «LGBTQ+ Activism in Central and Eastern Europe», Palgrave Macmillan. 2020, págs. 271 y ss.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2013 Asunto Frédéric Hay contra Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 Asunto Coman.

VIDA, B.: «New waves of anti-sexual and reproductive health and rights strategies in the European Union: the anti-gender discourse in Hungary.» *Sexual and Reproductive Health Matters* núm. 27(02), 2019, pág. 14. <https://doi.org/10.1080/26410397.2019.1610281>

ZAMEŃKI, L. y GLIED, V.: «Article 7 process and democratic backsliding of Hungary and Poland Democracy and the rule of law», *Online Journal Modelling the New Europe* núm. 34, 2020, pág. 71 <https://doi.org/10.24193/OJMNE.2020.34.03>