

LA PROTECCIÓN DE LOS VULNERABLES: UN EJEMPLO DE GOBERNANZA POSNACIONAL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Gobernanza de las minorías en el proceso de ingreso a la Unión Europea*. III. *La gobernanza de las minorías frente a los Estados miembros*. IV. *Valoración final*.

Una de las estrategias de legitimación más importantes del derecho supranacional e internacional consiste en la protección de aquellas personas que por razones estructurales fácilmente son objeto de discriminación bajo el derecho interno. Entre ellas se cuentan sobre todo los extranjeros y los miembros de minorías, tal como lo muestra claramente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹ Aun cuando

* La versión original fue publicada bajo el título “La política de minorías de la Unión Europea: una contribución a la teoría jurídica de la gobernanza supraestatal”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, pp. 184-208. Traducción de Federico Fernández-Crehuet y adaptación de Mariela Morales Antoniazzi.

¹ Cfr. entre otros, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) del 17 de septiembre de 2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (OC-18/03, Serie A, Núm. 18); Sentencia de la CorteIDH del 10 de febrero de 2000, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni ./. Nicaragua* (Serie C, núm. 66); Sentencia de la CorteIDH del 15 de junio de 2005, *Comunidad Moiwana ./. Suriname* (Serie C, núm. 124); Sentencia de la CorteIDH del 17 de junio de 2005, *Comunidad Indígena Yakye Axa ./. Paraguay* (Serie C, núm. 125); Sentencia de la CorteIDH del 23 de junio de 2005, *Yatama ./. Nicaragua* (Serie C, núm. 127); Sentencia de la CorteIDH del 29 de marzo de 2006, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya ./. Paraguay* (Serie C, núm. 146); Opinión Consultiva de la CorteIDH del 28 de agosto de 2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (OC-17/02, Serie A, núm. 17, apdos. 53, 54 y 60); Sentencia de la CorteIDH del 8 de julio de 2004, *Hermanos Gómez Paquiyauri ./. Perú* (Serie C, núm. 110, apdo. 164); Sentencia de la CorteIDH del 8 de septiembre de 2005, *Niñas Yean y Bosico ./. República Dominicana* (Serie C, núm. 130, apdos. 133 y 134); Sentencia de la CorteIDH del 16 de noviembre de 2009, *González y otras (“Campo Algodonero”) ./. México* (Serie C, núm. 205).

se trata de problemas de larga *data*, éstos adquieren una nueva dimensión en las sociedades del presente cada vez más heterogéneas. Este trabajo contiene algunas de las reflexiones expuestas en el año 2007, con motivo de las jornadas realizadas en Halle por la “Asociación Alemana de Derecho Internacional”, dedicadas al tema de las minorías.

El derecho público clásico se ocupa esencialmente de las fuentes de derecho y de los actos jurídicos. Obviamente, estas fuentes y actos conservan su vigencia e importancia, pero no deben constituir el único foco de atención jurídico-pública. Muchas organizaciones supranacionales compensan de manera ingeniosa su debilidad competencial y ejercen un poder público a través de nuevos instrumentos; este nuevo *Instrumentarium* merece ser investigado en el ámbito del derecho público, junto al instrumental clásico. De esta manera, la investigación puede aportar una contribución original al estudio de la gobernanza, ya tematizada en esta obra en el capítulo I.3.

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de febrero de 2007 el Consejo adoptó el Reglamento 168/2007/CE “por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.² Ésta constituye una nueva etapa en la construcción de una política de los derechos humanos de la Unión Europea.³ Su esfera de acción, a tenor de lo dispuesto en el considerando décimo, abarca “los fenómenos del racismo, la xenofobia y el antisemitismo” así como “la protección de los derechos de las personas que pertenecen a minorías”.⁴ Utilizando un concepto amplio de minoría,⁵ las

² Reglamento 168/2007/CE del Consejo del 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la protección de los derechos fundamentales (DO 2007 L 53/1).

³ Sobre este campo político, Toggenburg, G., “Menschenrechtspolitik”, en Weidenfeld y Wessels (eds.), *Jahrbuch der Europäischen Integration*, 2006, p. 187. Sobre la protección de las minorías como una cuestión de derechos humanos, artículo 1o. del Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa del 1o. de febrero de 1995, *Boletín Oficial Federal*, II, 1997, p. 1408.

⁴ Ésta ya era la misión del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, Reglamento 1035/97/CE (DO. 151/1), sustituido por la Agencia para la protección de los derechos fundamentales.

⁵ En este sentido, la Red de la Unión Europea de Expertos independientes en Derechos Humanos (CFR-CDF), Thematic Comment, núm. 3, The Protection of Minorities in

siguientes reflexiones tienen por objeto tratar el interrogante de si (y cómo) la Unión puede promover que la política estatal proteja a las personas pertenecientes a minorías.

Las funciones y competencias de la Agencia están orientadas hacia “el ámbito de aplicación del derecho comunitario”, sin que se contemple una vigilancia general sobre los Estados miembros.⁶ No obstante, podría resultar errónea la concepción según la cual se habrían fijado por esta vía límites taxativos a la política de la Unión Europea sobre los derechos humanos en general y sobre la política de minorías en particular. Este trabajo pretende mostrar el contexto en el que se ha desarrollado la política de la Unión en favor de las personas pertenecientes a una minoría como un campo político especialmente controvertido, ponderar dicha política y, partiendo de esta base, adoptar una posición ante la pregunta de si la Agencia puede y debe poner atención y valorar el trato que dan los Estados miembros a las personas pertenecientes a una minoría.

El derecho de la Unión posee un conjunto de disposiciones que protegen a las personas que pertenecen a una minoría, por ejemplo, las relativas a las libertades y el derecho de no discriminación en el funcionamiento del mercado interior así como la ciudadanía de la Unión. Un gran número de derechos basados en el derecho de la Unión fortalecen la posición jurídica de los ciudadanos de la Unión Europea que emigran internamente y, de este modo, atenúa la presión de la asimilación. Una normativa semejante se encuentra en el creciente *corpus iuris* europeo en el campo del derecho de asilo y migración.⁷ También los actos normativos

the European Union, 25 de abril de 2005, disponible en <http://158.109.131.198/catedra/images/experts/THE%20PROTECTION%20OF%20MINORITIES%20IN%20THE%20EUROPEAN%20UNION.pdf> (consulta 26 de agosto de 2010), especialmente, pp. 20, 92 y ss.; de modo similar, Comité de Derechos Humanos, General Comment, núm. 23, artículo 27, §§ 5.1, 5.2 (UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (8 de abril de 1994)); Wolfrum, R., The Emergence of “New Minorities” as a Result of Migration, en Brölmann (ed.), *Peoples and Minorities in International Law*, 1993, p. 153; para un análisis completo sobre el tema, Capotorti, F., *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1 (1979), § 57.

⁶ Reglamento 168/2007/CE, *op. cit.*, nota 2, artículos 2o. y 3o., considerando 8.

⁷ Directiva 2003/86/CE del 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO 2003 L251/12) y Directiva 2003/109/CE del 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO, 2004 L 16/44).

para la protección contra la discriminación⁸ promulgados con base en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE, ahora artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE) protegen a las personas pertenecientes a minorías.⁹ La prohibición de discriminación protege precisamente en el ámbito de las esferas más sensibles como son la identidad y el derecho al nombre.¹⁰ La norma dispone un tratamiento diferenciado y, con ello, el reconocimiento de los intereses de grupos especiales cuando existen razones válidas para la protección de la identidad individual; el interés de los Estados miembros a favor de la integración de los inmigrantes en este caso es subsidiario. De este modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entonces TJCE, ahora TJUE) se aproxima a la concepción del Comité de los Derechos Humanos, según la cual el artículo 27 del Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos¹¹ exige medidas diferenciadas, puesto que dicho artículo 27 establece y reconoce un derecho que se confiere a las personas pertenecientes a grupos de minorías y que constituye un derecho separado, que se suma a los demás derechos de que pueden disfrutar esas personas, al igual que todas las demás, en virtud del Pacto.

No obstante, falta una política amplia de la Unión orientada a la protección de las personas que pertenecen a minorías a través de medidas legislativas. Tal política sí existe, pero bajo la forma de gobernanza. Esta noción describe aquí un contexto en el que la política supraestatal opera

⁸ Directiva 2000/43/CE del 29 junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO 2000 L 180/22) así como la Directiva 2000/78/CE del 27 noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000 L 303/16).

⁹ De Shuttert, O. y Verstichel, A., “The Role of the Union in Integrating the Roma: Present and Possible Future”, *Edap*, 2, 2005, disponible en: http://www.eurac.edu/documents/edap/2005_edap02.pdf (consulta 26 de agosto de 2010).

¹⁰ Por ejemplo, respecto del derecho al nombre, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (TJUE) del 2 de octubre de 2003, *García Avello* (148/02, Rec. 2003, I-11613), marginal 40; esto se corresponde con la lógica normativa del artículo 11 apdo. 1 del Convenio-Marco para la Protección de las minorías nacionales. Con más detalle, Haltern, U., *Europarecht und das Politische*, 2005, pp. 372 y ss..

¹¹ Comité para los Derechos Humanos, General Comment, núm. 23, *op. cit.*, nota 5, § 6.2., van den Bogaert, S., “State Duty Towards Minorities: Positive or Negative? How Policies Based on Neutrality and Non-discrimination Fail”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV) 64 (2004), p. 42.

con instrumentos no formales.¹² El presente trabajo se refiere, concretamente, a la conexión entre instituciones estatales y supraestatales, actores no estatales, procedimientos e instrumentos para lograr la protección de minorías, un campo en el que la Unión, aún sin legislación, ejerce una presión considerable sobre los Estados miembros. Éstas son estrategias políticas mediante las que la Unión afecta, a través de la protección de las minorías, dos campos políticos espinosos: la política de la unidad estatal y la protección de los derechos fundamentales.

II. GOBERNANZA DE LAS MINORÍAS EN EL PROCESO DE INGRESO A LA UNIÓN EUROPEA

La Unión se encaminó hacia la protección de minorías a raíz de la caída del Muro de Berlín. Los rasgos del proceso son bien conocidos: la caída de las dictaduras socialistas hizo reavivar conflictos étnicos en Europa Central, del Este y del Sureste; algunos alcanzaron incluso relevancia para la seguridad occidental, como por ejemplo, las guerras en la antigua Yugoslavia, el tratamiento de los Estados bálticos hacia su población ruspoharlante y las tensiones en torno a las minorías húngaras.¹³

En un principio, fue la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE)¹⁴ la institución central para la resolución de conflictos entre mayorías y minorías en estos países.¹⁵ Más tarde, en 1991,

¹² Benz, A., "Governance in Mehrebenensystemen", en Schuppert (ed.), *Governance-Forschung*, 2a. ed., 2006, p. 95; Trute, H. H. et al., "Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft", *Die Verwaltung*, 37, 2004, p. 451. Este concepto de la gobernanza es de naturaleza analítica y no se debe confundir con el concepto normativo *Good Governance*; sobre este último, Comisión Europea, "La gobernanza Europea – Un libro blanco", COM, 2001, 428.

¹³ Además, ha llamado continuamente la atención la dramática situación de los romanes, para esto, Wolfrum, R., "The Legal Status of Sinti and Roma in Europe: a Case Study Concerning the Shortcomings of the Protection of Minorities", *Annuaire Européé*, 33, 1985, p. 75; Guglielmo, R., "Human Rights in the Accession Process: Roma and Muslims in an Enlarging EU", en Toggenburg (ed.), *Minority Protection and the Enlarged EU: The Way Forward*, 2004, p. 37.

¹⁴ Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, Helsinki, 1o. de agosto de 1975, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/osce/basics/finact75.htm> (consulta 26 de agosto de 2010).

¹⁵ El principio se marca con el documento final del encuentro de Viena del 15 de enero de 1989 (números 18 y 19 de la parte de principios), cuyos impulsos se han desa-

se hizo evidente que la CSCE (a falta de suficientes estándares¹⁶ y de mecanismos de imposición eficaces) no podía, por sí sola, crear una situación satisfactoria. Ello condujo a que en 1993 se lograra un acuerdo entre las fuerzas decisivas de la Europa del Oeste en torno a una gobernanza que agrupara los recursos jurídicos, organizativos y legitimadores de diversas organizaciones europeas dirigiendo hacia el Este una extensa política de protección de los grupos correspondientes. Dicho acuerdo se manifestó, de una parte, en la decisión del Consejo Europeo, institución de la Unión Europea, del 21 y 22 de junio de 1993, sobre la apertura de una perspectiva de adhesión para los Estados en transformación, al amparo de los llamados criterios de Copenhague, que incluyen la protección de las minorías;¹⁷ de otra parte, en la Declaración de Viena de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa, otra organización internacional con sede en Estrasburgo, del 9 de octubre de 1993, que encomendó al Comité de Ministros del Consejo de Europa el desarrollo de un régimen jurídico propio de protección de las minorías.¹⁸ Sobre esta base, en los años siguientes se desarrolló una gobernanza, cuyos pilares institucionales son la Unión Europea, el Consejo de Europa y la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa o, transformada desde 1994, la Organización para la Seguridad y

rrollado, sobre todo, en el Documento del Encuentro de Copenhague del 29 de junio de 1990 (números 30-40), pero también en la Carta de París del 21 de noviembre de 1990, pp. 5 y ss.

¹⁶ Ninguna decisión de la CSCE o de la OSCE puede ser calificada como una obligación de derecho internacional público, Höhn, C., *Zwischen Menschenrechten und Konfliktprävention: Der Minderheitenschutz im Rahmen der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE)*, 2005, pp. 211 y ss.; Buergenthal, T., “The CSCE Rights System”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, 25, 1991, pp. 333, 378. Pero contra la opinión mayoritaria Breitmoser, S. y Richter, D., “Die Verwirklichung der KSZE-Grundsätze zum Schutze nationaler Minderheiten durch Organleihe beim EGMR”, *EuGR*, 18, 1991, p. 141, donde se califica como principio jurídico de validez general una parte del contenido relevante de las decisiones de la CSCE/OSCE sobre protección de las minorías; véase también Brunner, G., “Internationaler Minderheitenschutz”, disponible en http://www.uni-koeln.de/jur-fak/ostrecht/minderheitenschutz/Vortraege/internationaler_minderheitenschutz_brunner.htm (consulta 26 de agosto de 2010).

¹⁷ Consejo Europeo, Conclusiones de la Presidencia, 21-22 de junio de 2006 (190/193), p. 13.

¹⁸ De la Declaración de Viena del 9 de octubre de 1993, disponible en http://www.coe.am/en/docs/summits/vienna_summit.pdf (consulta 26 de agosto de 2010).

Cooperación en Europa. A pesar del cúmulo de fricciones y tensiones recíprocas, se puede entender la acción de estas organizaciones en el sentido de que ellas expresan e implementan, mediante una división del trabajo, las ideas europeas occidentales sobre el tratamiento de las culturas minoritarias frente a los Estados en transformación.¹⁹

1. *Rasgos estructurales, instituciones, funciones e instrumentos*

Esta gobernanza se puede entender con la ayuda de sus rasgos estructurales, instituciones y funciones.²⁰ Una primera comprensión es posible a través de sus rasgos estructurales: supraestatalidad, multilateralidad, inclusión, voluntariedad, diferenciación y hegemonía colectiva. La gobernanza tiene un carácter supraestatal y multilateral porque sus instituciones operativas son organizaciones supraestatales y multilaterales: la OSCE, el Consejo de Europa y la Unión Europea. Esto impide que ella aparezca como expresión de los intereses hegemónicos de un Estado, de modo distinto, quizá, a la gobernanza ejercida por el Banco Mundial, que, en no pocas ocasiones, se vincula a los intereses de los Estados Unidos.²¹ En relación con el rasgo estructural de la inclusión, los estándares operativos para la protección de las minorías se concretan en instrumentos que se elaboraron en el Consejo de Europa y en la OSCE y, por tanto, en organizaciones en las que los Estados en transformación ya eran miembros en condiciones de igualdad, aspecto que igualmente revela la diferencia con el Banco Mundial. Este rasgo estructural de la inclusión explica también el mecanismo de implementación del Alto Comisionado para las Minorías Nacionales, diseñado como un instrumento de la OSCE y, por tanto, de una organización inclusiva.²² El rasgo estructural de la voluntariedad que sustenta la gobernanza en general, se manifiesta concretamente en que el fundamento de su funcionamiento reside en una

¹⁹ En relación con la interacción de las organizaciones, Toggenburg, G., "The Union's Role vis-à-vis Minorities. After the Enlargement Decade", *EUI Working Papers, Law*, núm. 2006/15, pp. 24 y ss.

²⁰ Ciertamente esta reconstrucción no puede incluir todos los aspectos de una praxis parcialmente confusa. La pretensión de las siguientes reflexiones es tan sólo la de desvelar la lógica básica de tal gobernanza.

²¹ Brown, B., *The United States and the Politization of the World Bank*, 1992.

²² Artículo 2o. del Mandato del Alto Comisionado para las minorías nacionales, Documento de Helsinki, pp. 22 y ss.

meta política auto-impuesta por los Estados en transformación, esto es, el ingreso en la Unión Europea. Otro rasgo estructural, que produjo mucho descontento, es la diferencia de tratamiento de la cuestión: los Estados del Occidente de Europa, pero tampoco Grecia ni Turquía, se someten a la gobernanza de la misma manera.²³ En esta diferenciación se manifiesta otro rasgo adicional, que es la hegemonía colectiva de Europa Occidental. Los Estados de Europa Occidental, al menos hasta la entrada de aquellos Estados en la Unión Europea, han dispuesto colectivamente de una hegemonía política, económica y cultural frente a los Estados en transformación, y han configurado la gobernanza sobre esa base.²⁴

Desde un punto de vista institucional, esta gobernanza descansa sobre las tres organizaciones supraestatales mencionadas: la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE.²⁵ Su operatividad se logra gracias a un conjunto de órganos e instituciones que disponen de un grado muy distinto de autonomía frente a los gobiernos de los Estados miembros: el espectro se extiende desde las organizaciones ocupadas por los Estados miembros a modo de foro de las posiciones nacionales, hasta la Comisión Europea y el Alto Comisionado para las Minorías Nacionales, cuya autonomía operativa frente a los Estados es el requisito de funcionamiento de la gobernanza. Éste es otro ejemplo de que los Estados deben conceder una autonomía parcial a la política supraestatal si desean que funcione.

Para continuar reconstruyendo la *gobernanza*, es útil acudir a la teoría de las funciones convencionales del Estado,²⁶ aunque con la adecuación de que estas funciones convencionales son ejercidas de modo no convencional. Conforme a ello, la función legislativa se encuentra distribuida entre diversas organizaciones e instituciones. El punto de partida normativo de tal gobernanza son los criterios de admisión a la Unión Europea

²³ No se ha podido imponer una propuesta temprana de recoger los estándares en un protocolo sobre el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y someterlos a la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), véase sobre esto el apartado 3. a.

²⁴ Cooper, R., *The Breaking of Nation*, 2003, pp. 71 *et seq.*

²⁵ Con esto no se quiere afirmar que entre las tres organizaciones no se produzcan fricciones. Particularmente, el Consejo de Europa ha seguido con especial preocupación la construcción europea.

²⁶ Para este aspecto, Möllers, C., *Gewaltgliederung*, 2005, pp. 253 y ss.; von Bogdandy, A., "Law and Politics in the WTO", *Max Planck Yearbook of UN Law*, 5, 2001, pp. 609 y ss.

del artículo O del Tratado de Maastricht (ahora artículo 49 TUE), en conformidad con los criterios materiales del artículo 6.1 TUE-Maastricht (ahora artículo 2o. TUE) fijados desde Ámsterdam, que al principio no se encontraban expresamente escritos. Éste fue formulado por los Estados miembros de la Unión, saludando el principio hegemónico de esta gobernanza.²⁷ Un primer nivel de concreción se obtenía así de manera inclusiva, dado que la Unión no habría podido asumir esta tarea debido a la ausencia de competencia, por medio del Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, elaborado por el Consejo de Europa entre los años 1993 y 1995.²⁸ Su ratificación y transposición son una exigencia esencial para el cumplimiento de los criterios de Copenhague y del artículo O del Tratado de Maastricht (ahora artículo 49 TUE) en el tema de la protección de las minorías.²⁹ Otras concreciones legislativas tienen lugar por medio de instrumentos de *soft law* de diversos actores. De especial importancia resulta el instrumento de *soft law* consistente en las recomendaciones generales de la OSCE.³⁰ La preponderancia de la OSCE se puede explicar por el hecho de que los Estados en transformación participaron desde el principio en esta organización, lo que contribuye a la legitimidad de las recomendaciones. Por otro lado, están tam-

²⁷ Los criterios del artículo O del TUE-Maastricht (ahora artículo 49 TUE) en relación con el artículo F, TUE-Maastricht (ahora los artículos 4.2 y 6.1 TUE) están ya recogidos en el Documento de la Segunda reunión de Copenhague del 29 de junio de 1990 de la Conferencia sobre la dimensión humana de la CSCE (Documento CSCE del 29 de junio de 1990), Punto 1.

²⁸ De fecha 1o. de febrero de 1995, que entró en vigor el 1o. de febrero de 1998. Acerca de las negociaciones, con más detalle, Hofmann, R., *Minderheitenschutz in Europa. Völker- und staatsrechtliche Lage im Überblick*, 1995, pp. 200 *et seq.*

²⁹ Sasse, G., "Minority Rights and EU Enlargement: Normative Overstretch or Effective Conditionality?", en Toggenburg (ed.), *op. cit.*, nota 13, pp. 61, 68, 72. La Carta europea de idiomas regionales y minoritarios, que incluso a final de febrero de 2007 sólo habían ratificado 21 Estados, ocupa sólo un significado secundario en la gobernanza.

³⁰ Véase sólo OSCE 1996, Recomendaciones de la Haya relativas a los derechos educativos de las minorías nacionales; OSCE 1998, Recomendaciones de Oslo relativas a los derechos lingüísticos de las minorías nacionales; OSCE 1999, Recomendaciones de Lund sobre la participación efectiva de las minorías nacionales en la vida pública, todo disponible en <http://www.osce.org/hcnm/documents.html> (consulta 26 de agosto de 2010).

bién las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa,³¹ así como de su Asamblea Parlamentaria.³²

Si se prosigue en el análisis de esta función legislativa en el sistema multinivel, aparece otra importante institución de la gobernanza: la “Comisión Europea para la Democracia por el Derecho”, normalmente conocida como Comisión de Venecia, creada por el Consejo de Europa. Ésta asesora a los legisladores de los Estados en transformación y los conduce, algunas veces, casi de la mano.³³ Se trata de una organización notablemente híbrida: formalmente una institución del Consejo de Europa, aunque actúa de modo acentuadamente independiente y, personalmente, está conformada de tal modo que sus miembros representan la hegemonía jurídico-cultural de los Estados europeos occidentales en el proceso legislativo de los Estados en transformación. En los Estados bálticos, el Alto Comisionado de la OSCE ha desempeñado en ocasiones un papel similar.³⁴

³¹ Véase sólo la Recomendación del Comité de Ministros (CdM) del Consejo de Europa (CdE) del 27 de noviembre de 2001 sobre el mejoramiento de la situación económica y del empleo de romaníes y viajeros en Europa (Rec(2001)17); la Recomendación del CdM del CdE a los Estados miembros sobre el mejoramiento del acceso a atención sanitaria para romaníes y viajeros en Europa (Rec(2006)10); la Recomendación del CdM del CdE sobre el mejoramiento de las condiciones de residencia de romaníes y viajeros en Europa (Rec(2005)4); la Recomendación del CdM del CdE sobre el movimiento y el acampamiento de romaníes y viajeros en Europa (Rec(2004)14); la Recomendación del CdM del CdE sobre la educación de los niños de romaníes y viajeros en Europa (Rec(2000)4); la Recomendación del CdM del CdE sobre la implementación de derechos de personas pertenecientes a una minoría nacional (Rec(92)10); todos los documentos disponibles en http://www.coe.int/t/cm/documentIndex_en.asp (consulta 26 de agosto de 2010). El término “viajero” se entiende como gitano e itinerante.

³² Véase sólo, la Recomendación del Asamblea Parlamentaria (AP) del CdE sobre los derechos de minorías nacionales (Rec 1623 (2002)); la Recomendación del AP sobre la situación legal de romaníes en Europa (Rec 1557 (2002)); la Recomendación del AP sobre los derechos de minorías nacionales (Rec 1492 (2001)); la Recomendación del AP sobre la protección de minorías nacionales (Rec 1345 (1997)); la Recomendación del AP sobre la protección de minorías nacionales (Rec 1285 (1996)); la Recomendación del AP sobre la protección de los derechos de minorías nacionales (Rec 1255 (1995)); todos los documentos disponibles en http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListing_E.asp (consulta 26 de agosto de 2010).

³³ Con más detalle, Rülke, S., *Venedig-Kommission und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2003; Jowell, J. L., “The Venice Commission: Disseminating Democracy Through Law”, *Public Law*, 2001, p. 675.

³⁴ Galbreath, D., “The Politics of European Integration and Minority Rights in Estonia and Latvia”, *Perspectives on European Politics & Society*, 2003, pp. 35, 44 y ss.; Sarv, M., “Integration by Reframing Legislation: Implementation of the Recommenda-

La función ejecutiva, quizá la mejor implementada de la gobernanza europea para la protección de las personas pertenecientes a una minoría, está distribuida, de modo similar, entre muchas instituciones. En el punto clave se encuentra, de nuevo, la Unión Europea, con lo cual —y esto parece ser típico de muchas gobernanzas— el mecanismo fundamental es un incentivo y no la amenaza de una sanción: la eficacia del derecho o, como se dice hoy en día, el *compliance pull*, se debe, en primer lugar, a la perspectiva de ingreso en la Unión, que promete a los Estados en transformación la plena inclusión y su reconocimiento como iguales.³⁵ No obstante, esto funciona sólo si la ejecución de las ventajas por parte de los Estados en transformación se controla externamente. Esta tarea ha sido adoptada por un conjunto de instituciones. En primer lugar, la Comisión de la Unión Europea elabora regularmente informes de desarrollo, sustentados en conocimientos propios, así como en los de otras instituciones estatales y en informaciones procedentes del campo de la sociedad civil. Tales informes no sólo tienen relevancia para el proceso de entrada en la Unión y la opinión pública, sino también para las asignaciones financieras al amparo del programa PHARE. Además, el Consejo de Europa se ha sumado a este control valiéndose especialmente de las comisiones de asesoramiento del Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales.³⁶ Igualmente, de especial interés para el aspecto ejecutivo de la gobernanza, debido a su autonomía, es el Alto Comisionado para las minorías nacionales.³⁷ Éste puede actuar por propia iniciativa en situaciones concretas de peligro,³⁸ para lo cual resulta especial-

tions of the OSCE High Commissioner on National Minorities to Estonia, 1993-2001”, en Zellner *et al.* (eds.), *Comparative Case Studies on Effectiveness of the OSCE High Commissioner on National Minorities*, 2002, pp. 29 y ss., 41 y ss., 47 y ss.

³⁵ Smith, K., “Western Actors and the Promotion of Democracy”, en Zielonka y Pravda (eds.), *Democratic Consolidation in Eastern Europe*, vol. II: *International and Transnational Factors*, 2001, p. 31; Zielonka, J., “Conclusions. Foreign Made Democracy”, en Peers y Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. Law Context and Policy*, 2004, p. 511.

³⁶ Artículo 26 del Tratado-Marco; más ampliamente, Hofmann, R., “Das Überwachungssystem der Rahmenkonvention des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten”, *Zeus*, 2, 1999, p. 379.

³⁷ En profundidad sobre la OSCE y su Alto Comisionado, Galbreath, *op. cit.*, nota 34, pp. 36, 40 y ss.

³⁸ Artículo 3o. del Mandato del Alto Comisionado para la Protección de las Minorías, Documento de Helsinki, pp. 22 y ss.

mente apto por ser una institución monocrática. Eso compensa la rigidez de la política exterior de la Unión Europea y también las debilidades operativas del Consejo de Europa.

De esta suerte, la gobernanza europea orientada a la protección de las minorías está muy bien diseñada, tanto en su aspecto legislativo como ejecutivo. Por último, según la teoría tradicional de las funciones del Estado, hay que preguntarse por el Poder Judicial. En este caso se observa una notable laguna. Ningún Estado en transformación tiene la posibilidad de obtener protección judicial contra decisiones que les afecten: no hay ningún juez ni para una reclamación general contra la discriminación, ni para los perjuicios específicos procedentes del oportunismo político doméstico de los Estados más influyentes de la Europa occidental.³⁹ Ni para los individuos ni para los grupos, de quienes supuestamente se trata, no sólo no existe un juez supraestatal en esta gobernanza, sino que además están completamente mediatizados: no se pueden deducir posiciones jurídicas subjetivas de los instrumentos jurídicos de la gobernanza. Ni el Convenio-Marco ni los instrumentos de *soft law* de la OSCE son aplicables por los tribunales nacionales.⁴⁰ Tampoco se prevén equivalentes funcionales, como el defensor del pueblo u organismos de arbitraje, lo cual también constituye un fenómeno típico de la gobernanza. En este sentido, surgen dudas sobre si las fuerzas que forman tal gobernanza desean realmente la realización completa del lema “democracia por medio del derecho”.

Finalmente debe valorarse el punto central de esta gobernanza como es la perspectiva de ingreso a la Unión, haciéndolo en función de la tipología de los actos jurídicos. Ella facilita la comprensión de la “condicionalidad”,⁴¹ un instrumento especialmente consolidado en el marco inves-

³⁹ Un ejemplo de esto lo ofrece el proceso de incorporación de Croacia debido al affaire Gotovina, con todo detalle, Rötting, M., *Das verfassungsrechtliche Beitrittsverfahren zur Europäischen Union*, 2008. Este tema estaba también en el centro de atención del Tribunal de Competencia Jessup Moot 2007. El artículo 230 TCE, no permitía ningún control de las lesiones del artículo 49 TUE, ni de ninguna disposición, con base en el tratado de asociación, por parte del TJUE a petición de un país candidato.

⁴⁰ Hofmann, R., “The Framework Convention for the Protection of National Minorities: An Introduction”, en Weller (ed.), *The Rights of Minorities in Europe*, 2005, pp. 1, 5.

⁴¹ Más de cerca, Smith, K. E., “The Use of Political Conditionality in the EU Relations with Third Countries”, *EFA Rev.*, 3, 1998, p. 253; Grabbe, K., *The EU's Transformative Power: Europeanization through Conditionality in Central and Eastern Europe*,

tigado. Es cierto que no ha sido completamente “dogmatizada” en el sentido de la teoría de los actos jurídicos (fuentes) “*Handlungsformenlehre*”;⁴² sin embargo, existen algunos comienzos notables con vistas a la condicionalidad como instrumento del Banco Mundial.⁴³ Este instrumento se emplea sistemáticamente desde 1991 por la UE para la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente.⁴⁴ En contraposición con la condicionalidad del Fondo Monetario Internacional, la condicionalidad para la adhesión posee un fundamento de derecho internacional, pues se desprende de los tratados con los candidatos al ingreso en la UE.⁴⁵ Dado que los Estados en transformación ratificaron estos tratados por medio de una ley parlamentaria aprobatoria, la legitimidad de tal condicionalidad es más elevada que la del Fondo Monetario, caso en el que, ordinariamente, las condiciones no están sujetas a control parlamentario.⁴⁶

2. Valoración

Una valoración de esta gobernanza para la protección de las personas pertenecientes a minorías se puede hacer bajo criterios jurídicos o políticos. En una valoración jurídica se presenta el problema habitual de la investigación científico-jurídica relativo a que las categorías jurídicas apenas tienen fundamento, debido al consentimiento de los Estados interesados y a la ausencia de una acción soberana unilateral. En verdad, esta go-

2006; más matizado, Hughes, J. *et al.*, “Conditionality and Compliance in the EU’s Eastward Enlargement: Regional Policy and the Reform for Sub-national Governance”, *JCMS*, 42, 2004, p. 523.

⁴² Más en detalle, Schmidt-Assmann, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2a. ed., 2004, pp. 235 *et seq.*

⁴³ Dann, P., “Grundfragen eines Entwicklungsverwaltungsrechts”, en Möllers *et al.* (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007.

⁴⁴ Consejo Europeo, Explicación sobre los Derechos Humanos, Luxemburgo, 28-29 de junio de 1991, Anexo V, Bol. UE, junio de 1991, I. 45; sobre esto, Hoffmeister, F., *Menschenrechts- und Demokratieklauseln in den vertraglichen Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaft*, 1998, p. 103.

⁴⁵ Por ejemplo, el artículo 2o. del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, por una parte, y la República de Croacia, por otra parte (DO 2005 L 26/3).

⁴⁶ Lucke, P., *Der Internationale Währungsfonds*, 1997, p. 97.

bernanza europea, como se ha mostrado, puede ser reducida a rasgos estructurales, pero éstos no permiten valoración jurídica alguna. De este modo, sólo quedan vagos principios como la no injerencia y la igualdad jurídica internacional. La considerable limitación de la libertad de organización política de los Estados en transformación, a causa de la gobernanza, no infringe el principio de no injerencia, debido a la naturaleza convencional de los estándares. El abuso de la hegemonía europea occidental tampoco conculca el principio de igualdad de soberanía, como muestra la praxis de los Estados y la dogmática relativa al artículo 52 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴⁷ La inclusión discriminatoria de los Estados en transformación tampoco lesiona el principio de igualdad soberana de los Estados, como prueba, palmariamente, la Carta de Naciones Unidas en relación con el Consejo de Seguridad. Ni siquiera comprendiendo el proceso de ingreso como un proceso jurídico, al que se puede aplicar el derecho primario de la Unión, se encuentran fundamentos jurídicos para su ilegalidad.⁴⁸

Políticamente, esta gobernanza europea se ha de valorar, sobre todo, desde el punto de vista de la legitimidad. Y fue calificada como ilegítima, pues estaba discriminando de modo asimétrico a los Estados en transformación.⁴⁹ Este reproche ignora, sin embargo, que la necesidad de la efectiva implementación de la protección internacional de las minorías se presentaba en los Estados en transformación de modo distinto que en los países europeos occidentales, al menos en la década de los noventa. Desde este punto de vista, existía, a diferencia de lo que ocurría en Occidente, el peligro razonable de graves conflictos que incluso podrían haber llevado a crisis internacionales. En el plano estructural, tras la recuperación de la soberanía, los Estados en transformación tenían ante sí la tarea de establecer Estados capaces de funcionar, esto es, unidades políticas con capacidad de funcionamiento. En este proceso, que puede ser

⁴⁷ Sobre el umbral de la relevancia jurídica, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, pp. 245 y ss.; Wetzel. R. G. y Rauschnig, D., *The Vienna Convention on the Law of the Treaties: Travaux Préparatoires*, 1978, pp. 357 y ss.

⁴⁸ Con todo detalle Rötting, *op. cit.*, nota 39.

⁴⁹ Krygier, M., "Introduction", en Sadurski *et al.* (eds.), *Spreading Democracy and the Rule of Law?*, 2005, pp. 3, 12; este reproche ya se hizo constar frente al sistema de minorías en el tiempo de entreguerras, sobre ello, Meijknecht, A., "The Minority Protection System between World War I and World War II", en Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, C 1.

conceptualizado como formación del Estado nacional, el problema de las minorías se plantea de manera divergente que en Occidente, tal y como se muestra repetidamente en la década de los noventa.

Más crítica es la valoración desde el punto de vista de la legitimidad *out-put*, es decir, del éxito de esta gobernanza.⁵⁰ Hay que reconocer que, de esta forma, se consiguió establecer la protección de las minorías como un tema relevante en los Estados en transformación y establecer también un correspondiente sistema multinivel. En cambio, una plena realización de los estándares internacionales se produjo, la mayoría de las veces, únicamente si el gobierno de un Estado en transformación dependía políticamente del partido de una minoría, o bien cuando un Estado en transformación quería dar buen ejemplo para que, en consecuencia, sus ciudadanos en el extranjero estuvieran tutelados en los mismos derechos.⁵¹ La gobernanza depende, en su efectividad, de las relaciones internas de los Estados destinatarios. En un examen general se aprecia que la implementación de la protección de grupos se considera más deficitaria que los otros requisitos de ingreso. Gwendolyn Sasse lo atribuye, convincentemente, a un conjunto de especificidades de la política europea de protección de las minorías.⁵² La coordinación entre las diversas instituciones de la gobernanza era deficitaria. Debido a la ausencia de una política de minorías dentro de la Unión, los correspondientes estándares no eran una parte del *Acquis communautaire*, que concentra la atención principal de la Comisión. La diversidad de arreglos adoptados con las minorías en los Estados miembros de la Unión dificultaba, según ella, una línea coherente y única.⁵³ La buena disposición de los Estados en transformación había sido afectada, ya que se habían sentido expuestos a exigencias discriminadoras, que no rigieron para los antiguos Estados miembros. Finalmente, tampoco Europa occidental había querido hacer

⁵⁰ A la vista de la notoria dificultad de hacer afirmaciones sobre las consecuencias reales de las normas, se limita este trabajo a “suposiciones fundadas”, sobre este problema, Lübbe-Wolff, G., *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981; especialmente para la protección de la diversidad Sasse, *op. cit.*, nota 29, pp. 61 y 71.

⁵¹ Con más detenimiento, en relación con Croacia Rötting, *op. cit.*, nota 39, B IV 4 b; en relación con Hungría Sasse, *op. cit.*, nota 29, p. 74.

⁵² Sasse, *op. cit.*, nota 29, pp. 64 y ss.; más positivo Küpper, H., “Minority Rights”, en Feldbrugge (ed.), *Law in Transition*, 2002, pp. 81 y 88.

⁵³ Calcada con todo detalle por la Red de la Unión Europea de Expertos independientes en Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 5.

dependiente el gran proyecto de la “reunificación europea” del pleno cumplimiento de la protección de las minorías.

El moderado éxito de la imposición de los estándares internacionales para la protección de las minorías frente a los países de Europa Central y del Este⁵⁴ antes del ingreso en la Unión Europea conduce a la pregunta clave de sí, y en su caso cómo, la Unión debe exigir a sus Estados miembros los correspondientes estándares e imponerlos, si hubiera lugar a ello.

III. LA GOBERNANZA DE LAS MINORÍAS FRENTE A LOS ESTADOS MIEMBROS

1. *Situación inicial*

Una política de minorías dirigida por los Estados miembros conduciría al bloqueo de la Unión. Hasta el momento, no existen competencias de la Unión para la armonización del derecho relativo a la gestión de la diversidad en los Estados miembros:⁵⁵ el interés de los Estados miembros en su independencia frente a la Unión tiene demasiado peso, debido, no en última instancia, a la salvaguarda de la diversidad constitucional y de la identidad nacional.⁵⁶ Una de las premisas de la actual integración europea es que los Estados miembros permanecen con autonomía frente a la Unión tanto respecto a los mecanismos esenciales de la formación de unidad estatal, como también en la organización de la protección nacional de los derechos fundamentales.⁵⁷

⁵⁴ Sobre la situación de Rumania y Bulgaria, Comunicación de la Comisión Europea de 26 de septiembre de 2006, Informe de seguimiento sobre los preparativos de ingreso de Bulgaria y Rumanía (COM (2006) 549), pp. 8, 25, 47 y ss.

⁵⁵ Sobre este concepto, Thürer, D., “Minorities and Majorities: Managing Diversity”, *SZIE*, 15, 2005, p. 659.

⁵⁶ Más en detalle, von Bogdandy, A., “Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses?”, *Der Staat*, 39, 2000, p. 163.

⁵⁷ Weiler, J. H. H., “Fundamental rights and fundamental boundaries”, en *id.*, *The Constitution of Europe*, 1999, pp. 102 *et seq.* Esto no excluye que algunos Estados miembros orienten sus derechos fundamentales hacia las ventajas europeas, véase Huber, P. M., “Offene Staatlichkeit: Vergleich”, en von Bogdandy, A. *et al.* (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. II, § 26 notas marginales 98 y ss.

Esto se puede aclarar mediante algunas referencias. En relación con la formación de la unidad estatal se debe recordar que, hasta la fecha, la Unión no ha asumido papel alguno en conflictos internos, cuando lo que se juega en ellos es la autodeterminación de minorías, ya sea en Irlanda del Norte, Cataluña, el País Vasco o, anteriormente, el Tiro meridional.⁵⁸ Cada Estado miembro decide a quién acoge como sus nacionales; la ciudadanía europea se construye sobre una incuestionada pertenencia nacional.⁵⁹ La política educativa y cultural, como instrumento clave de formación de la unidad nacional, está sustraída a la armonización de la Unión, según los artículos 149.4 y 151.5 TCE (ahora artículos 165.4 y 167.5 TFUE). Hay supuestos en los que los instrumentos para la formación de la unidad política encuentran aplicabilidad en la Unión, como, por ejemplo, los ciudadanos de la Unión y los de terceros países con permiso de residencia deben estar incluidos sin discriminación en los grandes sistemas de solidaridad nacional.⁶⁰ Sin embargo, esto apenas limita la libertad de configuración de los Estados miembros en lo que respecta a lo esencial de la formación de la unidad nacional.⁶¹ Grados similares de autonomía de los Estados miembros existen frente a la Unión en relación con la protección nacional de los derechos fundamentales. Así pues, la Carta Europea de Derechos Fundamentales establece expresamente que los derechos fundamentales de la Unión obligan, principalmente, a la Unión. Los Estados miembros son mencionados tan sólo en la denominada “constelación de ejecución” (*Durchführungskonstellation*),

⁵⁸ Igualmente precavido el TJUE, véase la sentencia del TJUE del 5 de julio de 1994, *Anastasiou I* (C-432/92, Rec. 1994, I-3116), nota marginal 47.

⁵⁹ Kadelbach, S., “Unionsbürgerschaft”, en von Bogdandy, A. (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 539, 548; la sentencia del TJUE del 19 de octubre de 2004, *Chen* (C-200/02, Rec. 2004, I-09925), notas marginales 37-39. No obstante, en este supuesto la red quiere aplicar la Directiva 2000/43/CE contra la discriminación e impedir una política de ciudadanía discriminatoria, Red de la Unión Europea de Expertos independientes en Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 5, pp. 20 y ss.

⁶⁰ De la prolija jurisprudencia, la sentencia del TJUE del 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk* (C-184/99, Rec. 2001, I-6193), marginal 46; sentencia del TJUE del 15 de marzo de 2005, *Bidar* (C-209/03, Rec. 2005, I-2119), nota marginal 56.

⁶¹ Con nuevas perspectivas, Toggenburg, G., “Who is Managing Ethnic and Cultural Diversity in the European Condominium?”, *JCMS*, 43, 2005, p. 717.

artículo 51.1 TCE (ahora artículo 58.1 TFUE).⁶² El Tratado de Lisboa no modifica nada en éste ámbito.

Las reservas estatales frente a las normas supraestatales para la gestión de la diversidad nacional no son algo específico de la Unión, sino que se muestran, en muchas ocasiones, en el derecho internacional correspondiente. Recuérdese sólo la amplitud del concepto de minoría,⁶³ en la decisión de no consagrar la protección de las minorías europeas en un protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, o en la configuración del Convenio-Marco como tratado que no es directamente aplicable.⁶⁴ Ciertamente la protección de las minorías se cuenta entre los viejos estratos del derecho internacional, aunque, del mismo modo, también es cierto que los pueblos de los Estados no quieren ceder los instrumentos para contestar la pregunta “¿quiénes somos?”.

2. Elementos para una gobernanza interna de las minorías en la Unión

De este trasfondo surgen dos alternativas fundamentales y ricas en consecuencias para la Unión Europea y para sus Estados miembros. Por un lado, puede ser que todo quede así, que la unidad nacional y la protección nacional de los derechos fundamentales, en principio, queden fuera de la esfera de acción de la Unión. La desventaja más notable de esta alternativa es que se podría poner en peligro una premisa esencial para el éxito de la Unión Europea. La Unión opera con la premisa de que sus Estados son entidades consolidadas políticamente, no divididas de modo segmentado, que disfrutan del reconocimiento por razones de principio

⁶² Esto es incluso más estricto que el estado de la jurisprudencia, véase la sentencia del TJUE del 18 de junio de 2001, *ERT* (C-260/89, Rec. 1991, I-02925), notas marginales 41-45; sentencia del TJUE del 12 de septiembre de 2006, *Laserdisken ApS* (C-479/04, Rec. 2006, I-08089), nota marginal 61. Sobre la jurisprudencia Kühling, J., “Grundrechte”, en von Bogdandy, A. (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2003, pp. 583, 608 y ss.

⁶³ Grote, R., “International Law and the Protection of Minorities in the 21st Century”, en König *et al.* (eds.), *International Law Today: New Challenges and the Need for Reforms?*, 2007, pp. 221 y ss.

⁶⁴ No obstante, está el proyecto austriaco de un protocolo anejo al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, véase Hofmann, R., *op. cit.*, nota 28, p. 43.

de todos aquellos sometidos al derecho, o sea, precisamente también de las personas pertenecientes a minorías, en el sentido amplio mencionado anteriormente. A la vista de la aún inconclusa formación del Estado nacional en algunos Estados en transformación, puede imponerse la idea de que la Unión debe garantizar este presupuesto. Un punto de referencia jurídica lo ofrece el artículo 7o. TUE (ahora igualmente artículo 7o. TUE). Si optamos por la otra alternativa, y, por tanto, se convierte en tarea de la Unión la protección de las minorías en los Estados miembros, se manifiesta la desventaja de que se limita sensiblemente la autonomía nacional en la formación de la unidad política y en la protección de los derechos fundamentales, y el poder de la Unión se extiende a dos campos que son centrales para la identidad nacional. Como la debilidad de la política de la Unión frente a los países candidatos al ingreso nos enseña, podría ser además insoslayable una unificación europea, es decir, la construcción de un *Acquis* unional. Lo cierto es que tal política no sólo puede estar dirigida a los países en transformación, sino que debe incluir a todos los Estados miembros. Esta segunda alternativa posee, por tanto, el potencial de modificar sustancialmente las relaciones federales entre la Unión y sus Estados miembros y de menguar considerablemente la diversidad y la autonomía nacionales.

La Unión Europea y sus Estados miembros se encuentran frente a una difícil decisión. El mantenimiento del *status quo* jurídico apunta, más bien, hacia la primera alternativa. Como ya se ha expuesto al inicio de este trabajo, el cometido de la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales se circunscribe al ámbito de aplicación del derecho de la Unión.⁶⁵ Sin embargo, existen ya avances por parte de la Comisión y del Parlamento en la situación jurídica vigente que sólo pueden ser entendidos a la luz de la segunda alternativa.⁶⁶

Así pues, hay algunas competencias de la Unión que permiten iniciar una política de armonización para la protección de las personas pertenecientes a minorías, especialmente los artículos 7o., 34, y 29 TUE (ahora artículo 7o. TUE y artículo 67 TFUE, el artículo 34 TUE fue derogado),

⁶⁵ Reglamento 168/2007/CE, *op. cit.*, nota 2, artículo 2o., considerandos 3 y 8; véase para una amplia interpretación de estas disposiciones Toggenburg, *op. cit.*, nota 3, pp. 98 y ss.

⁶⁶ La propuestas la Red de la Unión Europea de Expertos independientes en Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 5, indican qué posibilidades existen de construir esto, a partir de la situación jurídica vigente.

y los artículos 13 y 63 TCE (ahora artículos 19 y 78 y s. TFUE). A la vista de las vacilaciones de los Estados miembros, la política correspondiente de la Unión se muestra más bien como una gobernanza. Para su configuración existen algunos puntos de apoyo, aun cuando, en general, tal gobernanza es más rudimentaria que aquella otra que se ejerce frente a los Estados en transformación.

Las metas de esta gobernanza las formulan Philip Alston y Joseph H. Weiler en un trabajo encargado por el Parlamento Europeo que pretende hallar una política de los derechos fundamentales.⁶⁷ Según estos autores, la Unión Europea debe transformarse en un modelo internacional para una política en el ámbito de los derechos fundamentales coherente, enérgica y progresiva, especialmente en relación con el racismo y la xenofobia así como también con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos vulnerables y de las minorías.⁶⁸ En una política progresiva de los derechos fundamentales, implementada más por una burocracia especializada con inclusión de las organizaciones no gubernamentales que a través de los tribunales, deben confluír la política de las minorías, la política de los movimientos migratorios y la de la no discriminación en general.⁶⁹

Institucionalmente, la gobernanza interna de la Unión sobre protección de las minorías que se está abriendo paso se apoya, sobre todo, en las instituciones de la Unión Europea, especialmente, en la Comisión Europea, en el Parlamento, en la Red de Expertos Independientes de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales, así como —hasta el año 2007— en el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia.⁷⁰ Todavía está por verse en qué medida se implican en tal gobernanza organizaciones supraestatales externas a la Unión, sobre todo el Consejo de

⁶⁷ Alston, P. y Weiler, J. H. H., “An «Ever Closer Union» in Need of a Human Rights Policy”, en Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, 1999, p. 3. Su impulso ha influido considerablemente en el Comité de Sabios y su “Human Rights Agenda For the European Union for the Year 2000. Leading by Example”, impreso en Alston, *ibidem*, Anexo (p. 917).

⁶⁸ Alston y Weiler, *op. cit.*, nota 67, pp. 14 y ss.

⁶⁹ Exactamente en este sentido, la Red de la Unión Europea de Expertos independientes en Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 5, especialmente pp. 20, 92 y ss. La influencia se muestra también en que el autor, Olivier de Schutter, mantiene una estrecha relación con Philip Alston. Alston y de Schutter (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU: The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, 2005.

⁷⁰ Reglamento 1035/97/CE, *op. cit.*, nota 4.

Europa y la OSCE. Las enseñanzas de la gobernanza frente a los Estados en transformación apuntan a que la Unión no podrá, tampoco internamente, edificar una gobernanza eficaz sin los recursos jurídicos, institucionales y legitimadores que le son propios. En este sentido, los artículos 8o. a 10 del Reglamento por el que se crea una Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevén una cooperación de la Agencia con las correspondientes organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, aunque sólo para el ámbito de aplicación del derecho de la Unión.

Para diseñar el esquema funcional de la gobernanza se ofrece nuevamente una orientación a partir de la tradicional teoría de las funciones. Desde una perspectiva legislativa, el punto de partida normativo más relevante se halla en el artículo 6.1 TUE (ahora artículo 2o. TUE), por las razones expuestas anteriormente. Sus principios se operacionalizan en parte mediante normas de derecho internacional.⁷¹ El recurso al derecho internacional compensa así, en esta gobernanza, la falta de competencia de la Unión para la creación de normas en esta materia, de tal modo que el derecho internacional se convierte a la vez en un instrumento para la construcción del poder de la Unión frente a los Estados miembros. Asimismo, disminuye la presión de aquellos órganos de la Unión en lo concerniente a su legitimidad para la gobernanza de las minorías, ya que éstos no han de desarrollar sus propios estándares, sino que dichos estándares se encuentran en el derecho internacional y también en la Carta de Derechos Fundamentales.⁷² No obstante, existen también puntos de partida internos a la Unión, como la Directiva 2000/43/EC del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial

⁷¹ La Red de la Unión Europea de Expertos independientes en Derechos Humanos (*op. cit.*, nota 5) toma sus parámetros de Derechos Humanos de la Convenciones del Consejo de Europa, de los instrumentos internacionales de *soft law* internacional y de los documentos jurídicos de la Unión, sin entrar más de cerca sobre su diversa naturaleza jurídica. Lo decisivo parece ser el ajuste para una política progresiva. La red de expertos es de la opinión, incluso, que los Estados miembros están obligados por la Carta cuando implementan el derecho comunitario, *ibidem*, p. 7.

⁷² Hölscheidt, S., en Meyer (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2a. ed., 2006, artículo 21 (artículo II-81 Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), nota marginal 1 y artículo 22 (Artículo II-82), nota marginal 1.

o étnico.⁷³ Esta Directiva puede ser calificada como un intento de autonomización. Sin embargo, el principio de interpretación conforme al derecho internacional, que el Tribunal de Justicia (TJCE, ahora TJUE) aplica precisamente en el campo de los derechos fundamentales y siguiendo el ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un sentido que casi raya en el esclavismo, podría impedir un desacoplamiento de la Unión respecto de la esfera internacional. En el seno de la Unión, el sistema multinivel de la protección de los derechos humanos parece estar firmemente anclado para que la gobernanza pueda seguir otra lógica.

Mientras que el componente legislativo de esta gobernanza se delinea con una cierta amplitud, el componente ejecutivo tan sólo se puede reconocer como un esbozo. Su posible punto de partida normativo, es decir, lo análogo a la perspectiva de ingreso para la gobernanza de las minorías respecto del Este, pudieran ser las sanciones del artículo 7.1 TUE (ahora igualmente artículo 7o. TUE).⁷⁴ Así pues, esta gobernanza podría resultar ya desde el principio más débil que la del Este, puesto que en la esfera supraestatal los estímulos positivos suelen funcionar mejor que los negativos.⁷⁵ Como instrumentos de implementación internos de la Unión se encuentran los informes y otros instrumentos de implementación “blandos”, que son conocidos por su relación con el método de la coordinación abierta (MCA), por ejemplo, la identificación de *best practices*.⁷⁶ Desde hace un largo periodo, el Parlamento Europeo ha asumido una posición protagónica en cuanto a la situación de las minorías en los Estados

⁷³ Así, la Red de la Unión Europea de Expertos independientes en Derechos Humanos (*op. cit.*, nota 5), p. 7, 62; el artículo 3o., apdo. 2 del Reglamento 168/2007/CE (*op. cit.*, nota 2) afirma: “En el ejercicio de su misión, la Agencia se remitirá a los derechos fundamentales definidos en el artículo 6.2, del Tratado de la Unión Europea”.

⁷⁴ Sobre la posibilidad de llevar a cabo un proceso de vigilancia de los Estados miembros sobre la base del artículo 7o. TUE (ahora artículo 7o., TUE-Lis), véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, del 15 de octubre de 2003, sobre el artículo 7o. del Tratado de la Unión Europea. Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión (COM (2003) 606), p. 8; Schorkopf. F., en Grabitz y Hilf (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, Comentario, vol. I, enero de 2004, TUE artículo 7o., notas marginales 53 y ss.

⁷⁵ Wolfrum, R., “Means of Ensuring Compliance with and Enforcement of International Environmental Law”, *Recueil des Cours*, 272, 1999, p. 272.

⁷⁶ Toggenburg, *op. cit.*, nota 61, pp. 730 y 732.

miembros.⁷⁷ Entretanto, la Comisión también ha asumido decisivamente este tema.⁷⁸ En el plano de las agencias, el Observatorio para el Racismo y la Xenofobia formaba parte de esta gobernanza hasta el 2007.⁷⁹ Como institución híbrida de la gobernanza hay que citar la Red de Expertos Independientes de la UE en materia de Derechos Humanos, de carácter autónomo.⁸⁰ Ella observa la situación de los derechos fundamentales también en los Estados miembros, incluyendo los derechos de las minorías; sus informes críticos gozan de una considerable publicidad, aun cuando el futuro de esta entidad es incierto.⁸¹

Otras instituciones con funciones ejecutivas que merecen ser mencionadas son los ya citados órganos e instituciones del Consejo de Europa y de la OSCE; en particular, la Comisión prevista en el Convenio-Marco ha investigado también de forma constante la situación de las minorías en los Estados miembros de la UE más antiguos y ha hallado déficit.⁸² Sin embargo, no está clara todavía su inclusión en la gobernanza interna de la Unión, actuando, en gran medida, el trabajo de la Red de Expertos sobre la labor de estas instituciones de implementación.

⁷⁷ Resolución sobre una Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias y una Carta Comunitaria de los Derechos de las minorías étnicas (DO. 1981 C 287/106); Resolución del Parlamento Europeo sobre mediadas a favor de las lenguas minoritarias y culturas (DO. 1983 C 68/103); Resolución del Parlamento sobre las lenguas y culturas de las minorías regionales y étnicas en la Unión Europea (DO. 1987 C 318/160); Resolución sobre las minorías lingüísticas y culturales en la Unión Europea (DO. 1994 C 61/110); Resolución del Parlamento Europeo sobre las lenguas regionales y menos extendidas (DO. 2002 C 177E/334). Además: Resolución del Parlamento Europeo sobre Protección de las minorías y sobre políticas de lucha contra la discriminación en la Unión Europea ampliada (DO. 2006 C 124E/405).

⁷⁸ Comunicación de la Comisión, del 3 de junio de 2003, sobre inmigración, integración y empleo (COM (2003), 336); Comunicación de la Comisión del 16 de julio de 2004, Primer informe anual sobre migración e integración (COM (2004) 508).

⁷⁹ Reglamento 1035/97/CE (*op. cit.*, nota 4).

⁸⁰ A partir de los documentos accesibles no se desprende una base jurídica. Según la opinión de O. de Schutter la base es la resolución del Parlamento 2000/2231, del 5 de junio de 2001, de Schutter, O. y van Goethem, V., *The Fundamental Rights Agency: Towards an Active Rights Policy of the Union*, Foro ERA 2006, pp. 587, 589.

⁸¹ Toggenburg, *op. cit.*, nota 2, p. 187. Artículo 10 del Reglamento 168/2007/CE (*op. cit.*, nota 2).

⁸² Con detalle, Oeter, S. y Walker, A., "The Case of the Federal Republic of Germany", en Spiliopoulou *et al.* (eds.), *International Obligations and National Debates: Minorities around the Baltic Sea*, 2006, pp. 227 y ss.

Por último, se plantea la cuestión de la función judicial, aspecto en el que la gobernanza interna de la Unión parece mostrar aspectos más positivos que la que se refiere al Este. Ciertamente, no existe, según la jurisprudencia relativa al artículo 230 TCE (ahora artículo 263 TFUE), ninguna posibilidad para los Estados miembros o el Consejo de proceder contra las medidas del tipo *Informe* del Parlamento y de la Comisión. En cambio, decisiones como la que llevó a la organización de una Red de Expertos Independientes en materia de derechos humanos son, sin embargo, impugnables.⁸³ En cualquier caso, la protección jurídica del individuo tiene, en esta gobernanza, una posición muy débil. Como es sabido, no existe una vía directa de acción ante el Tribunal de Justicia (TJCE, ahora TJUE) por parte del individuo frente a las medidas de los Estados miembros. Sólo puede pensarse que el TJCE (ahora TJUE), ampliando claramente su actual campo de competencias, emplee el procedimiento prejudicial, para que, recurriendo a las libertades de la Unión Europea o a las directivas sobre discriminación, pueda controlar las medidas estatales y comprobar su compatibilidad con los principios jurídicos generales de protección de las minorías, por ejemplo, en el sentido del Convenio-Marco.⁸⁴

Desde la perspectiva de los actos jurídicos (*Handlungsformen*), podría tratarse, en el caso de esta gobernanza, de una aplicación del instrumento denominado método abierto de coordinación (MAC). Éste posee, gracias sobre todo a su regulación ejemplar en los artículos 128-130, TCE (ahora 148-150 TFUE) referida a la política de empleo, una forma bien perfilada.⁸⁵ Sin embargo, en contra de tal cualificación habla el hecho de que

⁸³ Más explícito, Bast, J., *Grundbegriffe der Handlungsformen der EU*, 2006, pp. 389 y ss.

⁸⁴ Qué aspecto podría tomar este asunto lo ha señalado el TJUE en la sentencia del 11 de julio de 2001, *Carpenter* (C 60/00, Rec. 2002, I-06279); en un sentido crítico, Mager, U., “Dienstleistungsfreiheit und Schutz des Familienlebens, Anmerkung zu der Entscheidung EuGH, Rs. 60/00 - Mary Carpenter”, *JZ*, 58, 2003, p. 204.

⁸⁵ Aunque la lucha contra la marginación social junto con la integración de los inmigrantes es una política que se realiza en el marco del método de coordinación abierta, véase Consejo Europeo, Conclusiones de la Presidencia, Lisboa, 24 de marzo de 2000, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm (consulta 26 de agosto de 2010); Consejo Europeo, Conclusiones de la Presidencia, Barcelona, 16 de marzo de 2002, disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressData/es/ec/70829.pdf (consulta 26 de agosto de 2010); Höchstetter, K., *Die offene Koordination in der EU*, 2007, p. 120; también la política migratoria fue desarrollada inicial-

esta gobernanza no ha podido constituir de ningún modo, hasta el momento, obligaciones de los Estados miembros que sean comparables a las contenidas en los artículos 128 y ss. TCE (ahora artículos 148 y ss. TFUE). Pero más importante aún es que el método abierto sea, según la concepción mayoritaria, un instrumento del Consejo Europeo⁸⁶ al que no le corresponde, precisamente en esta gobernanza de las minorías, un papel preponderante; más bien, como instrumento central de tal gobernanza se señala la valoración pública de la política. La experiencia con Europa del Este muestra que, para que este instrumento sea efectivo, la regularidad y la sistematización son de gran importancia⁸⁷ y se necesitan datos más confiables sobre la situación de las minorías y de los grupos de inmigrantes.⁸⁸

IV. VALORACIÓN FINAL

A diferencia de la gobernanza de la diversidad frente a los Estados en transformación, para esta gobernanza interna de la diversidad cultural existen criterios jurídicos útiles. En lo referente a las competencias, hay que subrayar que no existe ninguna norma expresa de autorización de cara a una política general de minorías de la Unión.⁸⁹ Según la opinión preponderante, se necesita, sin embargo, una competencia sólo para aquellas acciones de carácter jurídico vinculante. No está suficientemente aclarado qué fundamento han de tener otras acciones de los órganos de la Unión. En consecuencia, me parece posible que la competencia de la Comisión, a tenor del artículo 7.1 TUE (ahora igualmente artículo 7o. TUE) de iniciar un proceso en el Consejo en caso de peligro de una lesión grave de los principios del artículo 6.1 TUE (ahora artículo 2o. TUE) por

mente según el método de coordinación abierta, Comunicación de la Comisión relativa a un método abierto de Coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración del 11 de junio de 2001 (COM (2001) 387).

⁸⁶ Sobre su primera aplicación, Consejo Europeo, Conclusiones de la Presidencia, Lisboa, 24 de marzo de 2000 (*op. cit.*, nota 85), núm. 7.

⁸⁷ Sasse, *op. cit.*, nota 29, p. 80.

⁸⁸ De ahí las correspondientes exigencias de la Red de la Unión Europea de Expertos independientes en Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 5, pp. 12 y ss., 61 y ss.

⁸⁹ Más en detalle, von Bogdandy, A. y Bast, J., en Grabitz y Hilf (eds.), *op. cit.*, nota 74, junio de 2005, artículo 5o., TUE, notas marginales 3, 7 y ss.

parte de un Estado miembro, le atribuye una competencia de vigilancia hacia los Estados miembros. Esta premisa se confirma con la exigencia de fundamentación de la propuesta.⁹⁰ Tal competencia de observación respecto a la protección de las minorías de los Estados miembros (en el sentido amplio de la palabra minoría señalado más arriba) se apoya en un conjunto de otras competencias, a saber, las de los artículos 34, 29 TUE (el artículo 34 TUE, fue derogado, el 29 TUE sustituido por el artículo 67 TFUE,) y los artículos 13 y 63 TCE (ahora artículos 19 y 78 y s. TFUE). También en estas esferas políticas la Comisión puede hacer propuestas razonables sólo si está informada de la correspondiente situación en los Estados miembros. Esta orientación la muestra igualmente la decisión del Parlamento Europeo para la creación de una comisión que compruebe si los Estados miembros han infringido el artículo 60. TUE (ahora artículo 20. TUE) debido a la adopción de medidas antiterroristas.⁹¹ La creación de una entidad de asesoramiento como la Red de Expertos Independientes de la UE en materia de Derechos Humanos está cubierta por la competencia auto-organizativa no escrita de todo órgano y, por tanto, también de la Comisión.⁹²

En esta autorización para la vigilancia de los Estados miembros se hace efectiva una decisión jurídico-constitucional fundamental del Tratado de Ámsterdam. Mediante el establecimiento de requisitos expresos de compatibilidad estructural, se formulan estándares *homogéneos* de estatalidad jurídica democrática para *todas* las instancias titulares de poder público en el espacio constitucional europeo y transmite a la Unión la tarea de ser un garante de la constitucionalidad democrático-liberal. Ésta ha de garantizar la salvaguardia de las esencias normativas en el espacio constitucional europeo y, con ella, también de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros: se convierte en la *organización de un or-*

⁹⁰ Schorkopf, *op. cit.*, nota 74, artículo 70., EUV, nota marginal 13; de diferente opinión, Hoffmeister, A. F., “Monitoring Minority Rights in the Enlarged European Union”, en Toggenburg (ed.), *op. cit.*, nota 13, pp. 87, 103. Para una interpretación del artículo 70., TUE, desde la perspectiva de una coacción estatal, Magiameli, S., “La clausola di omogeneità”, en *id.* (ed.), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, 2006, p. 1, 33.

⁹¹ Decisión del Parlamento Europeo, del 18 de enero de 2006, por la que se constituye una comisión temporal sobre la presunta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (B6-0051/2006).

⁹² Bast, *op. cit.*, nota 83, pp. 362 y ss.; de modo crítico con el mandato de protección de las minorías de la red de expertos de Witte, B., “The Constitutional resources for an EU Minority Policy”, en Toggenburg (ed.), *op. cit.*, nota 13, pp. 109, 155 y ss.

den colectivo.⁹³ Este paso se dio, en buena medida, teniendo ante los ojos el ingreso de los Estados en transformación.

La monitorización sólo es admisible si la protección y la promoción de la diversidad cultural, en el sentido de los derechos de las minorías, forman parte de los principios del artículo 6.1 TUE (ahora artículo 2o. TUE). El tenor literal del texto no contempla nada al respecto, mas la legitimidad y, quizá incluso, la legalidad de la *gobernanza de la diversidad* frente a los Estados en transformación se basa en que el artículo 6.1 TUE (ahora artículo 6o. TUE), exige la salvaguardia de los derechos de las minorías. En este sentido, la mayoría de los estudiosos del tema la consideran anclada en el correspondiente concepto de democracia, concepción ésta que se encuentra en una clara tensión con la de muchos de los Estados miembros más antiguos, que no confieren a la protección de las minorías un *status* adecuado, debido a las razones de la igualdad republicana.⁹⁴ Los Estados europeos occidentales han defendido frente a los Estados en transformación una concepción democrática que ahora se les vuelve en contra, de forma que existe la expectativa de que la monitorización interna de la Unión modifique consecuentemente la concepción que los Estados miembros tienen de la democracia y de sí mismos.

Otro parámetro lo ofrece el principio de subsidiariedad, artículo 5.2 TCE y artículo 2o., última frase TUE (ahora juntado en el artículos 5.1 y 3 TUE). Conforme a éste es necesario, en primer lugar, que un objetivo no sea suficientemente satisfecho por los Estados miembros. El informe de la *Network of Independent Experts on Fundamental Rights*, en relación

⁹³ Con más detalle, von Bogdandy, A., *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999, pp. 14 et seq.

⁹⁴ Biaggini, G., “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz”, en von Bogdandy *et al.*, *op. cit.*, nota 57, § 10, nota marginal 100; Dreier, H., “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Deutschland”, *ibidem*, § 1, nota marginal 110; Medina Guerrero, M., “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Spanien”, *ibidem*, § 11, nota marginal 77; Tuleja, P., “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Polen”, *ibidem*, § 8, nota marginal 62; también Cruz Villalón, P., “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich”, *ibidem*, § 13, nota marginal 107; Besselink, L., “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Niederlande”, *ibidem*, § 6, nota marginal 125; Halmai, G., “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Ungarn”, *ibidem*, § 12, nota marginal 39; Huber, P. M., “Offene Staatlichkeit: Vergleich”, *ibidem*, § 26, notas marginales 19, 42, 48; Haguenu-Moizard, C., “Offene Staatlichkeit: Frankreich”, *ibidem*, § 15, nota marginal 31.

a la protección de las minorías, señala que la situación de las minorías y de los grupos de inmigrantes en los Estados miembros de la Unión no siempre se adecúa a los estándares internacionales, y que, en ocasiones, incluso el tratamiento de ciertos grupos, en especial los gitanos, es tan crítico que podría alcanzarse el umbral del artículo 7.1 TUE (ahora igualmente artículo 7.1 TUE). Tampoco es de esperar que otras instituciones supranacionales, sobre todo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puedan por sí solas subsanar tales anomalías. En segundo lugar, el principio de subsidiariedad exige que la Unión esté en disposición de realizar el objetivo. En este sentido, existen escasos indicios para poder emitir un juicio definitivo, haciendo suscitar ciertas dudas sobre la gobernanza de las minorías frente a los Estados en transformación y el conocimiento que se tiene sobre el poco éxito del método abierto de coordinación.⁹⁵ No obstante, en general, me parece justificada la vigilancia sistemática y pública de los Estados miembros por parte de la Unión, dirigida a velar por el cumplimiento del derecho internacional en la protección de las personas pertenecientes a las minorías, en tanto que deje adecuadamente a salvo la independencia de los Estados miembros. Por ello la Agencia para los Derechos Fundamentales debe sustentar su actuación en el derecho comunitario, como por ejemplo la Directiva contra la Discriminación 2000/43/CE, para construir una base de información sólida sobre la situación correspondiente en cada uno de los Estados miembros y a fin de fortalecer e interconectar las instituciones nacionales de protección.

⁹⁵ Más próximo al tema, Höchstetter, *op. cit.*, nota 85, pp. 231 y ss.