

LA AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿AVANCE U OPORTUNIDAD PERDIDA?

MONTserrat PI LLORENS*

- I. EL CONTEXTO EN EL QUE NACE LA AGENCIA: ¿HACIA UNA POLÍTICA DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIÓN EUROPEA?
- II. LAS FUNCIONES Y EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA AGENCIA: UN MANDATO DE PERFIL BAJO.
 1. QUÉ PUEDE Y QUÉ NO PUEDE HACER LA AGENCIA.
 2. EL MARCO COMPETENCIAL.
 3. LOS SECTORES DE ACTIVIDAD.
 4. EL ÁMBITO GEOGRÁFICO DE ACTUACIÓN.
- III. LAS CLAVES DEL FUNCIONAMIENTO DE LA AGENCIA.
 1. ESTRUCTURA Y MEDIOS.
 2. SINERGIAS CON OTRAS ORGANIZACIONES Y ENTIDADES.
- IV. OBSERVACIONES FINALES.

El 1 de marzo de 2007 inició sus actividades la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión europea. Culminaba así un proceso que arranca con la decisión adoptada por los Representantes de los Estados miembros reunidos en el Consejo Europeo de diciembre de 2003 de ampliar el mandato del ya existente Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia para convertirlo en una Agencia de Derechos Humanos¹. Para

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Barcelona.

¹ El Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia había sido creado en 1997, por el Reglamento (CE) n.º 1035/97, DO L 151 de 10 de junio de 1997.

materializar dicha decisión, y tras realizar una consulta pública², la Comisión presentó su propuesta formal al Consejo en 2005³, quien finalmente, el 15 de febrero de 2007, aprobó el Reglamento que creaba la nueva Agencia⁴.

La creación de la Agencia es una muestra de la voluntad política de las instituciones europeas y de los Estados miembros de avanzar en la protección y promoción de los derechos humanos. Sin embargo, también ha puesto de manifiesto las reticencias que esta cuestión provoca en el seno de la Unión europea. La configuración final de la Agencia es deudora de esta tensión, que se refleja, como se analizará a continuación tras una breve referencia al contexto que rodea su creación (I), en la delimitación de su ámbito de actuación y sus tareas (II). El estudio de las dos otras cuestiones clave en relación a su funcionamiento, a saber, su estructura y las sinergias con otras organizaciones o entidades (III), nos permitirá acabar con una breve reflexión final sobre lo que puede significar y aportar la creación de la Agencia (IV).

I. EL CONTEXTO EN EL QUE NACE LA AGENCIA: ¿HACIA UNA POLÍTICA DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIÓN EUROPEA?

La idea de crear una Agencia de derechos humanos de la Unión europea aparece a finales de la década de los noventa. No puede dejar de citarse en este sentido el Informe del Comité de Sabios⁵, titulado *Leading by Example: A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000*⁶, preparado a partir de una serie de contribuciones doctrinales sobre

² La consulta se convocó a través de la Comunicación de la Comisión titulada *La Agencia de Derechos Fundamentales. Documento de consulta pública*, COM (2004) 693 final, de 25 de octubre de 2004. Tras recibir una serie de contribuciones escritas se prosiguió con una audiencia pública que tuvo lugar el 25 de enero del 2005. Todos estos documentos, así como la Evaluación de Impacto, están disponibles en http://ec.europa.eu/justice_home

³ COM (2005) 280 final de 30 de junio de 2005.

⁴ Reglamento (CE) nº 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007, DO L 53, de 22 de febrero de 2007.

⁵ Formado por A. Cassese, C. Lalumière, P. Leuprecht y Mary Robinson.

⁶ Florencia, Instituto Universitario de Florencia, 1998. También aparecía en el Informe del Comité de Sabios que analizó la situación de los derechos humanos en Austria en el año 2000.

este tema⁷. La creación de una Agencia era una más entre una serie de propuestas que tendían a reclamar un papel más activo de la Unión europea en la protección de los derechos humanos. Se señalaba, entre otras, la necesidad de cubrir un vacío en cuanto a los mecanismos de control y de información sobre la situación de los derechos humanos, tanto respecto a la acción de las instituciones comunitarias como la de los Estados miembros⁸. En el terreno institucional, hay que señalar que la idea de crear una Agencia también aparece en el Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999 y ha sido defendida en numerosas ocasiones por el Parlamento europeo⁹.

Estas propuestas se inscriben en un contexto marcado por las perspectivas que la adopción del Tratado de Maastricht abre en materia de derechos humanos. En primer lugar, la creación de la Unión europea evidencia el paso de una integración de naturaleza esencialmente económica a una dimensión más política, lo que explica la inclusión en el Tratado de referencias explícitas a los derechos humanos y de nuevos objetivos estrechamente vinculados a los mismos, como la ciudadanía o el espacio de libertad, seguridad y justicia¹⁰. En segundo lugar, las implicaciones políticas que supone la actuación de la Unión alimentan las voces favorables a exigir

⁷ En concreto, la creación de una Agencia figura en el artículo de J. WEILER y P. ALSTON titulado «An Ever Closer Union in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights», publicado en ALSTON, P. (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 3-67.

⁸ Este vacío ha sido señalado también por la doctrina, que ha puesto de relieve la debilidad de instrumentos existentes, como los Informes anuales del Parlamento europeo o del Consejo sobre la situación de los derechos humanos. Véase, en este sentido, WILLIAMS, A., *EU Human Rights Policies. A Study in Irony*, Oxford University Press, 2004.

⁹ Véanse, especialmente, la Resolución del PE de 16 de marzo de 2000 sobre el Informe anual sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión europea, 1998-1999 (DO C 377 de 29 de diciembre de 2000), Resolución del PE de 15 de enero de 2003 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión europea, 2001 (DO C 38E de 12 de febrero de 2004), y Resolución de 26 de mayo de 2005 sobre el fomento y la protección de los derechos fundamentales: el papel de las instituciones nacionales y europeas, incluida la Agencia de los derechos Fundamentales (DO C de 18 de mayo de 2006).

¹⁰ Como es sabido, los Tratados originarios de los años 50 no contenían ninguna referencia a los derechos humanos. No obstante este silencio, atribuido mayoritariamente al carácter esencialmente económico de las primeras Comunidades europeas, el TJCE ha desarrollado una decisiva jurisprudencia en la que se establece que los derechos fundamentales forman parte del ordenamiento jurídico comunitario en tanto que principios generales del derecho. Queda así establecido con claridad que los derechos humanos constituyen un límite que todos los poderes públicos, tanto comunitarios como nacionales, deben respetar en el ámbito de aplicación del derecho comunitario.

una acción más decidida en materia de derechos humanos, que no sólo implique su respeto formal, asegurado desde los años sesenta gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sino también su defensa y promoción activa, tanto a nivel interno como externo.

En la década de los noventa se suceden numerosas iniciativas que traducen esta tendencia. Sin duda, la más significativa es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea, cuya adopción dejó traslucir también los desacuerdos que genera esta temática, puesto que no se logró el consenso necesario para dotarla de naturaleza jurídica vinculante, lo que tratándose de un texto que pretende establecer derechos no es precisamente una cuestión menor. Estos desacuerdos se superaron en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que incluía el texto de la Carta en su parte segunda. Tras la crisis provocada por los resultados negativos de las consultas populares en Francia y Holanda, las discusiones sobre la inserción de la Carta en un nuevo futuro Tratado han vuelto a plantearse. En el mandato para la Conferencia Intergubernamental prevista por el Consejo europeo que tuvo lugar en Bruselas los días 21 y 22 de junio de este año¹¹, figura la decisión de no incluir la Carta de los Derechos Fundamentales en el nuevo Tratado pero sí una referencia cruzada a la misma que sirva para atribuirle un valor jurídico idéntico al de los Tratados. Se recoge también un Protocolo que establece ciertas limitaciones relativas a la aplicación de la Carta en el Reino Unido. Habrá que esperar al texto definitivo que será aprobado por la Conferencia Intergubernamental¹², pero todo apunta a que se abre de nuevo un panorama de luces y sombras en lo que a los derechos fundamentales en la Unión europea se refiere.

Igualmente debe destacarse la inclusión en el Tratado de la Unión europea de dos procedimientos, uno de carácter preventivo y otro sancionador, destinados a permitir una acción de la Unión en caso de riesgo o de violaciones graves y persistentes de los derechos humanos o los principios democráticos por parte de los Estados miembros¹³.

¹¹ Véanse la Conclusiones de la Presidencia recogidas en el documento del Consejo de la Unión europea 11177/07 de 23 de junio de 2007.

¹² La Conferencia ha sido convocada formalmente por la Presidencia el 17 de julio (documento del Consejo 12004/07 de 19 de julio de 2007), y ha realizado su primera sesión de trabajo el 23 de julio sobre la base de un Proyecto de Tratado elaborado por la Presidencia (documento CIG 1/07 de 23 de julio de 2007) El objetivo es concluir las negociaciones los días 17 y 18 de octubre en Lisboa.

¹³ Ambos se encuentran regulados en el artículo 7 del Tratado de la Unión europea.

A pesar de este contexto favorable y de la existencia de las propuestas concretas antes mencionadas, la decisión adoptada en el Consejo Europeo reunido en Bruselas en 2003 de convertir el Observatorio en una Agencia de derechos humanos causó una cierta sorpresa¹⁴. Ello se debe, probablemente, a que no fue precedida de una iniciativa concreta por parte de las instituciones¹⁵, sino que se produjo al filo de un debate sobre el reparto de sedes de diversas agencias, en el que el gobierno austriaco expresó su malestar por el hecho de que sólo albergaba en su territorio un organismo de escasa relevancia como era el Observatorio del Racismo y la Xenofobia. Este dato, aunque anecdótico, ha sido considerado por algunos como una sombra sobre las intenciones políticas reales de los Jefes de Estado y de Gobierno sobre la Agencia, al igual que el hecho de que se haya decidido crear la Agencia a partir del Observatorio, de naturaleza muy limitada¹⁶. Esta sombra ha planeado a lo largo de todo el debate sobre cuál debe ser el alcance de las tareas y del ámbito de actuación de la Agencia.

II. LAS FUNCIONES Y EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA AGENCIA: UN MANDATO DE PERFIL BAJO

La Agencia ha sido creada mediante un Reglamento, ya mencionado, cuya base jurídica es el artículo 308 del Tratado de la Comunidad europea, dada la inexistencia en el Tratado de un precepto que prevea en términos generales la capacidad de actuar en el ámbito de los derechos fundamentales. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el artículo 308 permite

¹⁴ Coinciden en este sentido la mayoría de comentarios, como lo han recogido DE SCHUTTER, O., ALSTON, P., «Addressing the Challenges Confronting the EU Fundamental Rights Agency», en ALSTON, P., DE SCHUTTER, O. (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU. The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005, pp. 1-21, p. 2.

¹⁵ De hecho, la Comisión más bien parecía reticente, puesto que había hecho pública su opinión de que el Observatorio debía seguir concentrándose en el racismo, pudiendo resultar perjudicial una extensión de su mandato a otros ámbitos teniendo en cuenta sus recursos limitados, COM (2003) 483 final de 5 de agosto de 2003. En su Resolución de 2003, el Parlamento europeo alude expresamente a este «rechazo de la Comisión» y pide que reconsidere su posición sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión europea (Resolución de 15 de enero de 2003 sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE, *cit.*, punto 8).

¹⁶ DE BURCA, G., «New Modes of Governance and the Protection of Human Rights», en *Monitoring Fundamental Rights in the EU... op. cit.*, pp. 25-36, p. 33.

adoptar decisiones «*necesarias*» para lograr uno de los objetivos del Tratado, resulta cuando menos curioso que en la motivación del Reglamento se afirme que la contribución de la Agencia a la promoción de los derechos humanos «*es probable*» que ayude a lograr los objetivos de la Comunidad¹⁷.

En este mismo orden de cuestiones formales hay que señalar que a pesar de que el Consejo europeo de 2003 se refirió a una *Agencia de Derechos Humanos*, ya en el documento que lanzó la consulta pública la Comisión se decantó por la expresión *Agencia de derechos fundamentales*, denominación que ha permanecido. La opción se ha justificado para enfatizar la relación con la Carta de los Derechos Fundamentales, partiendo de la premisa expresamente formulada por la Comisión de que ambas expresiones, a efectos de su propuesta, tienen el mismo sentido¹⁸.

Según el artículo 2 del Reglamento del Consejo, el objetivo de la Agencia es proporcionar a las instituciones y órganos de la Comunidad y a sus Estados miembros cuando apliquen el derecho comunitario asesoramiento en materia de derechos fundamentales, con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencia. De dicho objetivo se desprende claramente que nos hallamos ante un modelo de Agencia consultiva o informativa, en una línea de continuidad con el Observatorio del que se parte, en contraposición con otros modelos de agencia con poderes de decisión¹⁹.

¹⁷ Asimismo, la justificación de la medida desde el punto de vista del respeto de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad se resuelve en un considerando sumamente escueto. El respeto de dichos principios en la creación de Agencias comunitarias ha sido considerado problemático en ciertos casos, uno de ellos precisamente el Observatorio del Racismo y la Xenofobia, con unos argumentos fácilmente extrapolables a la Agencia. Véase, en este sentido, GERADIN, D., PETIT, N., *The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform*, Jean Monnet Working Papers, 01/2004, p. 39.

¹⁸ COM (2004) 693 final, *cit.*, p. 12. Algunos autores han considerado poco justificada dicha opción, como ALSTON, P., «The Contribution of the EU Fundamental Rights Agency to the Realization of Economic and Social Rights», en *Monitoring Fundamental Rights in the EU... op. cit.*, pp. 159-188, p. 173.

¹⁹ Sobre los diversos modelos de Agencias en el ámbito comunitario y sobre la distinta utilización del término «agencia reguladora» por parte de la doctrina y de la Comisión puede verse GERADIN, D., PETIT, N., *The Development of Agencies...*, *op. cit.*

1. QUÉ PUEDE Y QUÉ NO PUEDE HACER LA AGENCIA

Las múltiples tareas asignadas a la Agencia, recogidas en el artículo 4 del Reglamento, tienen relación, en primer lugar, con el análisis y la recogida de datos: recopilar, registrar, analizar y difundir datos e informaciones pertinentes, objetivas, fiables y comparables; desarrollar métodos para mejorar la comparabilidad, la objetividad y la fiabilidad de los datos a escala europea; realizar y fomentar investigaciones y trabajos científicos. Disponer de información sistemática y creíble es un primer paso para poder actuar y en este ámbito se espera una aportación destacada de la Agencia, que debería no sólo recoger, sistematizar y coordinar las informaciones que ya se elaboran a nivel nacional o europeo, sino también desarrollar un papel activo en la obtención de datos.

En segundo lugar, la Agencia tendrá una función consultiva y de opinión, en la medida que podrá publicar conclusiones y dictámenes sobre temas concretos, ya sea por propia iniciativa o a petición del Parlamento europeo, el Consejo o la Comisión. Publicará un Informe anual sobre las cuestiones cubiertas por su mandato y también informes temáticos basados en sus análisis, investigaciones y encuestas. Es en este ámbito donde la Agencia puede desarrollar un papel más dinámico, señalando problemas y realizando propuestas útiles para las instituciones de la Unión y para los Estados miembros. Aquí debe reseñarse que en el transcurso de los debates previos a la adopción del Reglamento uno de los puntos polémicos ha sido la posible intervención de la Agencia en el procedimiento legislativo, analizando u opinando sobre los diferentes actos preparatorios (iniciativa de la Comisión, posiciones del Consejo o del Parlamento). La solución de compromiso final se recoge en el apartado 2 del artículo 4, según el cual la Agencia podrá intervenir sólo cuando las respectivas instituciones lo soliciten²⁰. Se ha perdido aquí la oportunidad de que la capacidad y los conocimientos de la Agencia puedan contribuir de forma sistemática a incorporar una visión transversal de los derechos humanos en todas las actuaciones legislativas de la Comunidad²¹.

²⁰ Toggenburg señala que, dadas las reticencias expresadas al respecto por la Comisión, la intervención de la Agencia presumiblemente quedará a expensas de la voluntad del Parlamento europeo, TOGGENBURG, G., *The EU Fundamental Rights Agency: Satellite or Guiding Star?*, SWP Comment 5, marzo 2007, p. 6.

²¹ Sobre este tema véase DE SCHUTTER, O., «Mainstreaming Human Rights in the European Union», en *Monitoring Fundamental Rights...*, *op. cit.*, pp. 37-72.

En tercer lugar, la Agencia desarrollará una estrategia de comunicación y fomentará el diálogo con la sociedad civil, con el fin de aumentar la sensibilización de la opinión pública ante los derechos fundamentales. Esta dimensión de concienciación de la ciudadanía y de cooperación con la sociedad civil constituye la principal novedad de la Agencia respecto a las funciones del Observatorio a partir del cual se ha creado.

En contrapartida, hay una serie de cometidos que quedan fuera del campo de acción de la Agencia. El artículo 4.2 excluye expresamente que pueda abordar la legalidad de los actos de las instituciones en el sentido del artículo 230 del Tratado (recurso de anulación), así como el incumplimiento de los Estados miembros a efectos del artículo 226 (recurso de incumplimiento). En otras palabras, la Agencia no es un órgano de control ni judicial ni quasi-judicial, dichas tareas siguen siendo ejercidas por el Tribunal de Justicia y la Comisión, en el marco de sus respectivas competencias²².

En esta misma línea, nótese que tampoco se le ha atribuido a la Agencia capacidad para recibir quejas individuales. Esta cuestión se planteó en los debates previos en la medida en que está recogida en los denominados Principios de París elaborados por las Naciones Unidas sobre la creación de instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, según los cuales dichas instituciones deben tener funciones consultivas, informativas y de vigilancia²³. La propia Comisión incluyó en el documento que lanzó la consulta pública dichos Principios, así como los formulados por el Consejo de Europa sobre esta misma cuestión²⁴, como posibles fuentes de inspiración²⁵. Aunque la ausencia de un mecanismo de quejas individuales pueda verse como una limitación al potencial de la Agencia, debe tenerse en cuenta que, como ya se ha dicho, la Agencia ha querido configurarse como un órgano de información y consulta más que como un órgano de vigilancia, y en este sentido la opción resulta coherente con el modelo.

²² DE SCHUTTER señala que no podía ser de otro modo para respetar la doctrina *Meroni* sobre la delegación de los poderes de las instituciones, en «Mainstreaming Human Rights in the European Union», *op. cit.*, p. 41.

²³ Aprobados por la Asamblea General en su Resolución A/RES/48/134 de 20 de diciembre de 1993.

²⁴ Recomendación n.º R (97)14 de 30 de septiembre de 1997.

²⁵ COM (2004) 693 final, *cit.*, p. 4, y anexos. Sobre esta cuestión puede verse NOWAK, M., «The Agency and National Institutions for the Promotion of Human Rights», en *Monitoring Fundamental Rights...*, *op. cit.*, pp. 91-107.

2. EL MARCO COMPETENCIAL

El artículo 3.1 del Reglamento establece que la Agencia realizará sus cometidos en el marco de las competencias que el Tratado de la Comunidad europea confiere a la Comunidad. Es ésta una de las disposiciones más debatidas y cuya formulación final ha sido más duramente criticada, en la medida en que supone dejar fuera del ámbito de actuación de la Agencia todas las cuestiones relacionadas con el llamado tercer pilar de la Unión europea, es decir la cooperación policial y judicial en materia penal²⁶, apartándose en este punto de la propuesta de la Comisión.

De la intensidad de los debates sobre esta cuestión en el seno del Consejo dan buena cuenta las declaraciones al respecto que constan en el acta de la sesión en la que se aprobó el Reglamento²⁷. En primer lugar, se recoge una Declaración en la que el Consejo acepta reexaminar, antes del 31 de diciembre de 2009, la posibilidad de extender el ámbito de la Agencia al tercer pilar, seguida de otra según la cual las instituciones y los Estados miembros, de forma totalmente voluntaria, podrán utilizar el *expertise* de la Agencia en el marco de los procedimientos legislativos también en los ámbitos del tercer pilar. Estas declaraciones se acompañan por la realizada por los Países Bajos, que señala la intención de no hacer uso de esta posibilidad, y clarifica que la declaración anterior no puede interpretarse de ningún modo como una atribución de competencias a la Agencia en este ámbito ni tampoco prejuzga la cuestión de si más adelante debe producirse esta extensión. En cambio, en otra Declaración consignada, Italia reitera su posición a favor de dicha extensión, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales son un elemento esencial del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Se trata de una exclusión difícilmente justificable²⁸, dado el carácter extremadamente sensible de las materias cubiertas por este pilar, como la lucha contra el terrorismo o los procedimientos de arresto y extradición, entre muchas otras. La naturaleza intergubernamental del pilar no resulta

²⁶ La exclusión del segundo pilar, es decir la Política Exterior y de Seguridad Común, se comentará *infra* en el apartado sobre el ámbito geográfico de actuación.

²⁷ Documento del Consejo 6396/07, de 27 de febrero de 2007, que recoge un *Addendum* al acta de la sesión del Consejo de 15 de febrero de 2007.

²⁸ Las críticas han sido numerosas, especialmente por parte de ONGs, como Amnistía Internacional (www.amnesty-eu.org) o la Asociación Europea para la Protección de los Derechos Humanos (www.aedh.eu)

ningún argumento sustantivo, más allá de la voluntad política de los Estados miembros de preservar al máximo su libertad de acción²⁹, máxime teniendo en cuenta que es un campo en el que la Comisión no tiene competencias de control y los del Tribunal de Justicia son limitados. La Agencia podría contribuir a asegurar que los derechos humanos son debidamente tenidos en cuenta por las instituciones cuando actúan en este campo, y también a evitar situaciones en las que las dudas sobre la situación en otros Estados miembros dificulten la cooperación³⁰.

El artículo 3 también añade otra limitación competencial al ámbito de actuación de la Agencia en lo que se refiere a los Estados miembros, en la medida que sólo quedan incluidos cuando apliquen el derecho comunitario. Con independencia de que sería aconsejable una interpretación amplia de esta expresión, que englobe no sólo las situaciones en la que los Estados ejecutan una norma comunitaria sino cuando actúan dentro del ámbito de aplicación de las mismas³¹, el referido precepto implica la imposibilidad de que la Agencia haga un seguimiento sistemático de la situación de los derechos humanos en los Estados a efectos del artículo 7 del Tratado de la Unión europea, que permite actuar cuando se produce una situación de riesgo o violación grave de los derechos humanos en cualquier esfera de la acción de los Estados.

A favor de ello se ha argumentado la carga de trabajo que supondría un mandato tan extenso, a costa de la eficacia de la Agencia, y la duplicidad de dicha tarea con el control sobre los Estados que ya ejercen otros organismos a nivel nacional y europeo, en particular el Consejo de Europa³².

²⁹ En este sentido, PEERS, S., «The Contribution of the EU Fundamental Rights Agency to Civil and Political Rights», en *Monitoring Fundamental Rights...*, *op. cit.*, pp. 111-130, p. 121. También TOGGENBURG, *op. cit.*, p. 6.

³⁰ DE SCHUTTER, O., VAN GOETHEM, V., *The Fundamental Rights Agency: Towards an Active Fundamental Rights Policy of the Union*, CRIDHO Working Paper 2006/07, p. 17.

³¹ En la línea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como señala PEERS, S., «The Contribution of the EU Fundamental Rights Agency to Civil and Political Rights», en *Monitoring Fundamental Rights...*, *op. cit.*, p. 118.

³² Hay que mencionar también la tarea desempeñada en los últimos años por el *Network* de expertos independientes en materia de derechos humanos, creado en 2002 por la Comisión a petición del Parlamento europeo, que publica un informe anual sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros y en las instituciones y puede también hacer comentarios temáticos y dictámenes específicos. Sin embargo, su existencia se basa en una relación contractual, no permanente, y está prevista hasta 2006. De hecho, el Parlamento europeo en 2003 solicitó a la Comisión que examinara la manera en que

Sin embargo, dicha exclusión debilita el impacto que pueda tener la Agencia en la protección eficaz de los derechos humanos en la Unión europea en un sentido global, dejando fuera de su intervención problemas que se están dando en el interior de los Estados, como por ejemplo el trato que reciben los inmigrantes o algunas medidas adoptadas en el marco de políticas anti-terroristas³³. También puede verse como una falta de voluntad real por parte de los Estados de aplicar los procedimientos previstos en el artículo 7 del Tratado de la Unión europea³⁴.

Como solución de compromiso, el Consejo ha hecho una declaración en la cual afirma que nada impide la posibilidad de que solicite, si lo considera oportuno, un informe a la Agencia en calidad de «persona independiente», a título de lo previsto en el artículo 7³⁵.

3. Los sectores de actividad

El artículo 3 del Reglamento establece que, en el ejercicio de su misión, la Agencia se remite a los derechos fundamentales definidos en el artículo 6, apartado 2 del Tratado de la Unión europea³⁶. Resulta significativa la supresión de la referencia expresa a la Carta de los Derechos Fundamentales recogida en la propuesta de la Comisión, aunque sí aparece mencionada en la exposición de motivos, que recoge que la estrecha vinculación con la Carta se refleja ya en el nombre de la Agencia. La remisión al artículo 6.2 del TUE y en concreto su referencia a los principios generales del derecho, permite que la Agencia desarrolle una visión global y evolutiva y que tenga en cuenta otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Asimismo, se garantiza la indivisibilidad y la interdependencia entre todos los derechos.

este Network podría transformarse en una Agencia de derechos humanos (Resolución de 15 de enero de 2003 sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE, *cit.*, punto 8). Sobre el mismo y su posible relación con la Agencia puede verse DE SCHUTTER, O., VAN GOERTHEM, V., *The Fundamental Rights Agency:..., op. cit.*

³³ En este sentido OOSTING, D., *The Fundamental Rights Agency: a minimalist conception of human rights*, Amnistía Internacional, setiembre 2005.

³⁴ WILLIAMS, A., «The indifferent gesture: Article 7 TEU, the Fundamental Rights Agency and the UK's invasión of Irak», *European Law Review*, 2006, n.º 1, pp. 3-27.

³⁵ Documento del Consejo 6396/07, *cit.*

³⁶ Dicho artículo establece: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

Ahora bien, esta disposición debe complementarse con el artículo 5, que establece que el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, adoptará un marco plurianual para la Agencia, de cinco años, que definirá los ámbitos temáticos de su actividad, entre los que deberá figurar la lucha contra el racismo y la xenofobia. Esta definición deberá hacerse respetando las prioridades de la Unión, en concreto teniendo en cuenta las resoluciones del Parlamento y las Conclusiones del Consejo Europeo sobre derechos fundamentales³⁷ y los recursos financieros y humanos de la Agencia.

Esta opción pretende hacer frente a los inconvenientes que en términos de eficacia puede suponer un ámbito de actuación muy amplio, que abarque todos los derechos fundamentales, garantizando una cierta flexibilidad en la medida en que la limitación no se establece directamente por el Reglamento sino que podrá ser objeto de modulaciones en los sucesivos marcos plurianuales. Sin embargo, encierra el peligro de romper con la unidad de los derechos y puede dar la imagen de que a la Unión europea le preocupan más unos derechos que otros³⁸.

4. EL ÁMBITO GEOGRÁFICO DE ACTUACIÓN

Tanto la Comisión como los Estados miembros excluyeron desde el principio la posibilidad de que la Agencia se ocupara de la situación de los derechos humanos en Estados terceros. Para la Comisión, esta limitación destaca claramente la voluntad de hacer hincapié en la importancia de los derechos fundamentales en la Unión y es un medio de responsabilizar a sus instituciones en este ámbito.

Sin embargo, también se ha defendido la conveniencia de extender el mandato de la Agencia al ámbito de la política exterior³⁹. Por un lado, la obligación de respetar los derechos humanos se extiende a todas las polí-

³⁷ Se ha señalado que la Agencia debería especializarse en la «gestión de la diversidad» (que incluiría cuestiones como racismo, xenofobia, discriminación por razón de sexo, exclusión social, inmigración e integración, entre otras), por ser un campo en el que otras organizaciones han trabajado menos y que supondría un valor añadido, TOGGENBURG, *op. cit.*, p. 7.

³⁸ Este dilema ha sido señalado por HOWARD, E., «The European Union Agency for Fundamental Rights», *European Human Rights Law Review*, 2006, n.º 4, pp. 445-455, p. 451.

³⁹ BULTERMAN, M., «The Contribution of the Agency to the External Policies of the European Union», en *Monitoring Fundamental Rights...*, *op. cit.*, pp. 253-277, p. 254.

ticas de la Unión. Por otro, la promoción de los derechos humanos figura como un objetivo de la política exterior y a pesar de los muchos instrumentos que para ello se han utilizado, la acción de la Unión en este ámbito sigue siendo objeto de numerosas críticas, centradas básicamente en la falta de coherencia y transparencia. La Agencia podría contribuir a paliar estas deficiencias con sus propuestas para una aproximación más sistemática. En particular, tal y como ha sugerido el Parlamento europeo, la Agencia podría desempeñar un papel importante en casos de supuestas violaciones de la cláusula democrática contenida en numerosos acuerdos entre la Comunidad europea y terceros Estados⁴⁰. No obstante, hay que reconocer que cumplir con esta tarea exige contar con generosos medios, tanto a nivel de recursos humanos como económicos, lo que hace aconsejable que se excluya en un primer momento y que sea objeto de revisión más adelante.

Los Estados candidatos merecen una mención aparte, puesto que el artículo 28 del Reglamento establece que la Agencia estará abierta a su participación en calidad de observadores y que las modalidades de la misma se determinarán en una decisión del consejo de asociación correspondiente. También se establece que por unanimidad y a propuesta de la Comisión, el Consejo podrá invitar a un país con el que la Comunidad haya celebrado un acuerdo de estabilización y asociación a participar en la Agencia como observador, también a partir de una decisión del consejo de asociación.

III. LAS CLAVES DEL FUNCIONAMIENTO DE LA AGENCIA

1. ESTRUCTURA Y MEDIOS

La estructura de la Agencia pretende responder a cuatro principios básicos: independencia, representatividad, eficacia y transparencia⁴¹. Respecto al primero de ellos, a pesar de que el artículo 16 del Reglamento proclama taxativamente que la Agencia realizará sus cometidos con total independencia, algunos aspectos de su estructura y funcionamiento pueden poner en entredicho dicha afirmación. En primer lugar, la preponderancia de los Estados miembros y de la Comisión en la composición de los órga-

⁴⁰ Resolución de 26 de mayo de 2005 sobre el fomento y la protección de los derechos fundamentales, *cit.*, punto 27.

⁴¹ COM (2004), *cit.*, p. 11.

nos directivos de la Agencia⁴². Así, la Agencia constará de un Consejo de Administración formado por personas con experiencia en la gestión de organizaciones del sector público o privado y con conocimientos en el ámbito de los derechos fundamentales, a razón de una persona independiente designada por cada Estado, una persona independiente designada por el Consejo de Europa y dos representantes de la Comisión. Tendrá un mandato de cinco años no renovable. Será el órgano de programación y de vigilancia de la Agencia, y entre sus funciones destaca la adopción del programa de trabajo anual de la Agencia y de su presupuesto, la aprobación de los informes anuales y el nombramiento y en su caso destitución del Director y de los miembros del Comité Científico. Elegirá a su Presidente y a su Vicepresidente. Se reunirá como mínimo dos veces al año.

El Consejo Ejecutivo es quien prepara las decisiones del Consejo de Administración y asesora al Director de la Agencia. Estará formado por el Presidente y vicepresidente del Consejo de Administración y otros tres miembros del Consejo: uno de los representantes de la Comisión y dos que designará el propio Consejo.

La presencia de representantes de la Comisión y de personas designadas por los Estados miembros se ha justificado para garantizar la representatividad que merece un órgano como la Agencia. Sin embargo, resulta preocupante que no se prevea un representante designado por el Parlamento europeo ni de las organizaciones de la sociedad civil⁴³ y que la persona designada por el Consejo de Europa no pueda votar en todas las decisiones, mientras que los dos actores más afectados por el trabajo de la Agencia, la Comisión y los Estados miembros sí ven asegurada una suficiente representatividad. Respecto a la representación de la sociedad civil, hay que decir que la Comisión había propuesto como órgano un Foro de los Derechos Fundamentales, compuesto por representantes de organizaciones de la sociedad civil. En la reglamentación final ha sido sustituido por la Plataforma de los Derechos Fundamentales, que no es un órgano propiamente dicho de la Agencia sino un medio de cooperación de ésta con la sociedad civil, como se verá más adelante.

Por lo que se refiere a la independencia, también plantea una sombra el hecho de que sea el Consejo quien determine el marco plurianual de

⁴² Así lo considera SCHEININ, M, «The Relationship between the Agency and the Network of Independent Experts», en *Monitoring Fundamental Rights...*, *op. cit.*, pp. 73-90, p. 88, y también HOWARD, *op. cit.*, p. 449.

⁴³ En contra de lo que había propuesto la Comisión, que sí había previsto tal participación, COM (2005), *cit.*

trabajo de la Agencia, pues ésta verá limitados los sectores de su actividad por una decisión que dependerá de la voluntad política de los Estados⁴⁴. Es cierto que la Agencia debe revestir un carácter técnico y que son las instituciones las competentes para adoptar las decisiones de índole política, pero excluir algunos derechos del campo de actividad de la Agencia puede resultar problemático.

Para garantizar la eficacia y la calidad de los trabajos de la Agencia, ésta dispondrá de un Comité Científico, formado por 11 personas independientes especialmente cualificadas en el ámbito de los derechos humanos. Serán nombrados por el Consejo de Administración mediante un procedimiento transparente de convocatoria de candidaturas y selección, previa consulta a la comisión competente del Parlamento europeo, procurando garantizar una representación geográfica equilibrada. Su mandato será de cinco años no renovable.

Por último, la Agencia estará dirigida por un Director, designado por el Consejo de Administración en función de sus méritos personales, con experiencia en el ámbito de los derechos fundamentales y conocimientos en materia administrativa y de gestión. Su designación se hará sobre la base de una lista elaborada por la Comisión después de una convocatoria y un procedimiento de selección transparente y después que estos candidatos se hayan dirigido al Consejo y a la comisión competente del Parlamento europeo para responder a sus preguntas. Dichas instituciones emitirán un dictamen declarando su orden de preferencia y finalmente el Consejo de Administración tomará la decisión. El Director será responsable de la ejecución de los cometidos de la Agencia, de la preparación y ejecución del programa de trabajo anual, de todas las cuestiones relacionadas con el personal, de la aplicación de procedimientos eficaces de seguimiento y evaluación de las realizaciones de la Agencia con respecto a sus objetivos y de la cooperación con otros organismos y entidades. Tendrá un mandato de cinco años que excepcionalmente podrá ser renovado por un período máximo de tres años.

La eficacia de los trabajos de la Agencia también dependerá de los medios, humanos y económicos, de los que disponga. La Comisión ha afirmado que la Agencia estaba destinada a seguir siendo una estructura reducida en términos de personal y presupuestario⁴⁵, afirmación que fue acogida como un mal comienzo. El presupuesto indicativo finalmente pro-

⁴⁴ HOWARD, *op. cit.*, p. 449.

⁴⁵ COM (2004), *cit.*, p. 11.

puesto prevé que éste se incremente progresivamente para alcanzar la cifra de 22 millones de euros en el año 2012. En cuanto a los efectivos, la plantilla de 38 personas que actualmente trabajan en el Observatorio pasarán a 46 en 2007, con posteriores incrementos graduales. Resulta prematuro hacer una valoración sobre la suficiencia de estos medios hasta que la Agencia no sea plenamente operativa y se conozca su marco de trabajo, lo que está previsto para 2008.

Por último, diversas disposiciones del Reglamento están dedicadas a garantizar el principio de transparencia, tanto en lo que se refiere a sus actividades como al acceso a sus documentos.

2. SINERGIAS CON OTRAS ORGANIZACIONES Y ENTIDADES

Una de las principales reticencias sobre la creación de una Agencia de Derechos Fundamentales apunta a la duplicación y proliferación de órganos en este ámbito a escala europea, con el consiguiente riesgo de solapamiento y confusión⁴⁶. Para evitarlo es imprescindible que la Agencia establezca los necesarios mecanismos de colaboración que garanticen la complementariedad y el valor añadido de su trabajo. Esta cooperación está prevista expresamente en el Reglamento, que regula la colaboración de la Agencia con diversas organizaciones y entidades, nacionales, comunitarias e internacionales.

En el ámbito nacional, se prevé que los Estados nombren a un funcionario de enlace nacional, que podrá dar su opinión sobre el trabajo anual de la Agencia. Asimismo, la Agencia deberá cooperar con las instituciones nacionales de defensa de los derechos humanos, lo que ha sido visto también como un estímulo para la creación de instituciones parecidas en aquellos Estados en que todavía no las hay⁴⁷. Con otras agencias comunitarias y órganos de la Unión, por ejemplo el Instituto Europeo de la Igualdad de Género, se deberán adoptar memorandos de acuerdos y hacer posible la participación mutua en las reuniones.

En cuanto a la participación de la sociedad civil, se crea la llamada Plataforma de los derechos fundamentales⁴⁸, concebida como un mecanis-

⁴⁶ Recogida por TOGGENBURG, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁷ NOWAK, M., «The Agency and National Institutions for the Promotion of Human Rights», en *Monitoring Fundamental Rights...*, *op. cit.*, pp. 91-107.

⁴⁸ Compuesta por organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos fundamentales, organizaciones sindicales y empresariales, organizaciones sociales y profesio-

mo de intercambio de informaciones y de puesta en común de conocimientos, una red de cooperación dirigida por el Director de la Agencia. Podrá presentar sugerencias al Consejo de Administración en relación con el programa de trabajo anual.

En el ámbito internacional, se menciona la OSCE y los órganos de Naciones Unidas activos en el ámbito de los derechos humanos y se dedica una atención particular al Consejo de Europa, con el que habrá que concluir un acuerdo específico que garantice la complementariedad de los trabajos respectivos, al igual que se ha hecho con el actual Observatorio.

IV. OBSERVACIONES FINALES

El análisis del Reglamento que crea y regula la Agencia de los Derechos Fundamentales ofrece un panorama de luces y sombras, de potenciales pero también de oportunidades perdidas. Qué duda cabe de que la Agencia podrá realizar una aportación importante en el desarrollo y la divulgación de un mejor conocimiento sobre los derechos humanos, así como en el fomento de la colaboración y cooperación entre los diversos organismos de toda índole que en el ámbito europeo trabajan en el terreno de los derechos fundamentales.

Ahora bien, si la Agencia se limita básicamente a la recogida y publicación de datos su impacto será escaso y su creación poco justificada. Las discusiones sobre el alcance de sus funciones han puesto de manifiesto que la cuestión competencial sigue estando en el centro del debate sobre los derechos humanos en la Unión europea. Las reticencias de algunos Estados a que pudieran abordarse determinadas cuestiones han derivado en un mandato de perfil bajo que no constituye precisamente un buen augurio. Una Agencia débil puede restar credibilidad al compromiso de la Unión europea con los derechos fundamentales, tanto de cara a sus ciudadanos como al exterior.

Por ello es imprescindible que la Agencia agote al máximo y con valentía las posibilidades que ofrece su marco jurídico, y ocupe una posición de liderazgo en el terreno de las propuestas, fomentando la transversalidad de los derechos humanos en las políticas comunitarias y sugiriendo a las instituciones y a los Estados nuevas medidas y estrategias de defensa y promoción activa. Con todo, no debe olvidarse que la Agencia

nales, iglesias, organizaciones religiosas filosóficas y no confesionales, universidades y otros expertos cualificados de órganos y organizaciones europeas e internacionales.

es un órgano de carácter técnico, que no exime a las instituciones de sus responsabilidades. Cuando hablamos de derechos humanos la obligatoriedad jurídica y la protección judicial son esenciales. No hay que olvidar, pues, que la Agencia debe ser complementaria, no sustitutiva de otros mecanismos de protección.

LA AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿AVANCE U OPORTUNIDAD PERDIDA?

RESUMEN: El 1 de marzo inició sus actividades la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión europea, que viene a sustituir, con un mandato ampliado, el ya existente Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia. Se trata de una decisión que muestra la voluntad de las instituciones y de los Estados miembros de avanzar en la promoción y la protección de los derechos humanos, pero que refleja también las tensiones y reticencias que este tema crea entre los Estados miembros. El artículo analiza cómo ello ha redundado en un mandato y un ámbito de actuación limitado, que deja fuera las actividades de los Estados miembros cuando no aplican el derecho comunitario y también todas las acciones adoptadas en virtud del tercer pilar de la Unión Europea, es decir, la cooperación policial y judicial en materia penal. Respecto al funcionamiento de la Agencia, resultará clave su capacidad de cooperar y de crear sinergias con otras organizaciones y entidades dedicadas a los derechos humanos, especialmente el Consejo de Europa y que sepa jugar un papel activo en la formulación de propuestas y estrategias de acción.

PALABRAS CLAVE: Agencia europea de los derechos fundamentales, derechos humanos, agencias comunitarias, cooperación policial y judicial en materia penal, artículo 7 del Tratado de la Unión europea, diálogo con la sociedad civil, Consejo de Europa.

THE EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: A STEP FORWARD OR A LOST OPPORTUNITY?

ABSTRACT: On the first of March the European Agency for Fundamental Rights started its activities replacing the European monitoring Centre on Racism and Xenophobia (EUMC). This decision shows the resolve of institutions and member states to go forward in the promotion and protection of fundamental rights. But at the same time it also shows the tensions and reservations that the member states have in this area. This article analyses how these difficulties have finally been reflected in the low profile mandate and capability of the Agency. Best proof of this is the exclusion of state members when they do not use community law or the exclusion of all the actions taken under the third pillar of the EU, the police and judicial cooperation on criminal matters. In relation to Agency proceedings its capacity to cooperate and create synergies with other organisations, especially with the Council of Europe, and its capacity to formulate proposals and action plans will be decisive.

KEYWORDS: The European Union Agency for Fundamental Rights, human rights, European agencies, police and judicial cooperation on criminal matters, article 7 of the European Union Treaty, cooperation with civil society, Council of Europe.

L'AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE:
PAS EN AVANT OU OPPORTUNITÉ PERDUE?

RÉSUMÉ: L'Agence des Droits Fondamentaux de l'Union européenne, qui vient à remplacer avec un nouveau mandat l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, a débuté ses activités les 1^{er} mars. Il s'agit d'une décision qui montre la volonté des institutions et des États membres d'avancer dans la promotion et la protection des droits de l'homme, mais qui montre aussi les tensions et les réticences que ce sujet provoque entre les États membres. L'article analyse comment cela a redonné d'un mandat et d'un champ d'application limité, qui exclue les activités des États membres quand ils n'appliquent pas le droit communautaire et aussi toutes les actions adoptées en vertu du troisième pilier de l'Union Européenne, c'est-à-dire la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Par rapport au fonctionnement de l'Agence, il sera clé sa capacité de coopérer et de créer des synergies avec d'autres organisations et organismes actifs dans le domaine des droits de l'homme, notamment le Conseil de l'Europe, ainsi que sa capacité de formuler des propositions et des plans d'action.

MOTS CLES: Agence européenne des droits fondamentaux, droits de l'homme, agences communautaires, coopération policière et judiciaire en matière pénale, article 7 du Traité de l'Union européenne, dialogue avec la société civile, Conseil de l'Europe.