

LA UNIÓN EUROPEA COMO UNIÓN DE VALORES Y DERECHOS: TEORÍA Y REALIDAD

ANTONIO BAR CENDÓN

Catedrático de Derecho Constitucional

Catedrático Jean Monnet «ad personam» de Derecho y Política de la UE

Universidad de Valencia

SUMARIO

- I. La norma: Una Unión de valores y derechos
- II. La realidad: Vulnerabilidad de los valores y derechos de la Unión
- III. Las posibles soluciones: El mecanismo de Copenhague
- IV. Conclusión

I. LA NORMA: UNA UNIÓN DE VALORES Y DERECHOS

A) Formación del concepto

La Unión Europea es, en términos formales, una Unión de Estados que se fundamenta «en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos». Valores que el Art. 2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) considera que son «comunes» a todos los Estados miembros. Esta formulación del TUE, que parte de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007 (en vigor desde el 1 de diciembre de 2009), es, por tanto, muy reciente, pero no carece de precedentes.

Las versiones originales de los Tratados de las Comunidades Europeas, de 1951 y 1957 (previas al Tratado de Maastricht), carecían de un precepto similar y se limitaban a afirmar, como parte de la regulación del mercado común, unos pocos derechos de los sujetos activos de ese mercado. Así, el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE), de 1957, se refería en su Preámbulo, en términos muy generales, a la «defensa de la paz y la libertad» como uno de los objetivos últimos de la Comunidad y, en su parte dispositiva, sólo incluía referencias concretas a las denominadas cuatro libertades básicas del mercado: la libertad de movimiento de mercancías (Arts. 9-37; luego 23-31 del TCE); la libertad de movimiento de los trabajadores y el derecho de establecimiento

(Arts. 48-58; luego 39-48 del TCE); la libertad de prestación de servicios (Arts. 59-66; luego 49-55 del TCE); y el libre movimiento de capitales (Arts. 67-73; luego 56-60 del TCE). El TCEE incluía también, sin embargo, una importante referencia al principio de igualdad, al exigir la igualdad de retribución para un mismo trabajo, sin discriminación entre el hombre y la mujer (Art. 119; luego 141 del TCE). Principio que —a pesar de su afirmación tan limitada a un campo tan concreto— serviría después como base para importantes desarrollos normativos por parte de la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia y de la propia legislación ordinaria de las Comunidades Europeas. El TCEE, además, reconocía el derecho al trabajo y otros relevantes derechos de carácter social, si bien los afirmaba como un campo en el que la Comisión Europea debería promover una colaboración estrecha entre los Estados miembros (Art. 118 del TCEE, en su redacción previa al Tratado de Ámsterdam); el reconocimiento de estos derechos era, pues, sólo implícito.¹

A partir de entonces, la afirmación y defensa de los derechos fundamentales ha estado siempre como un principio fundamental de las Comunidades Europeas. En este sentido, es verdaderamente relevante la «Declaración sobre la identidad europea» de la Cumbre Europea de Copenhague, de 14-15 de diciembre de 1973, la cual afirma con toda nitidez que los principios de democracia representativa, Estado de Derecho, justicia social y respeto de los derechos humanos, son elementos fundamentales de la «identidad europea».² En similar línea, la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre el respeto de los derechos fundamentales, de 5 de abril de 1977, estableció que el Derecho de las Comunidades Europeas estaba formado no sólo por los Tratados y el Derecho comunitario derivado de los mismos, sino también por «los principios generales del Derecho y en particular los derechos fundamentales»; por todo lo cual, se concluía «la importancia primordial» del respeto de los derechos fundamentales y el compromiso de que «En ejercicio de sus competencias y en el cumplimiento de los objetivos de las Comunidades Europeas, respetarán y seguirán respetando tales derechos».³ Y, si estas declaraciones parecen concentrarse más en la perspectiva interna, es decir, en el propio compromiso de las Comunidades Europeas como tales y, más específicamente, de las instituciones comunitarias, con el respeto por los derechos fundamentales, la «Declaración sobre la Democracia», del Consejo Europeo de Copenhague, de 7-8 de abril de 1978, que seguiría poco después, parece dirigirse directamente a los

1 La redacción original del Art. 118 del TCEE establecía que: «*la Commission a pour mission de promouvoir une collaboration étroite entre les États membres dans le domaine social, notamment dans les matières relatives à l'emploi, au droit du travail et aux conditions de travail, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la sécurité sociale, à la protection contre les accidents et les maladies professionnels, à l'hygiène du travail, au droit syndical et aux négociations collectives entre employeurs et travailleurs*». En su redacción posterior a las reformas de el Tratado de Ámsterdam, el entonces Art. 137 del TCE, sin embargo, ya no hace referencia al derecho al trabajo, como tal derecho subjetivo a promover.

2 En la Declaración sobre la identidad europea, los entonces nueve miembros de las Comunidades establecen que «*they are determined to defend the principles of representative democracy, of the rule of law, of social justice —which is the ultimate goal of economic progress— and of respect for human rights. All of these are fundamental elements of the European Identity*» («*Declaration on European Identity*», *Bulletin of the European Communities*, N° 12, December 1973, pp. 118-122).

3 Declaración Común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO, C 103, 27.4.1977, p. 1).

Estados miembros —actuales e, implícitamente, futuros—, subrayando sus obligaciones en este terreno. Así, en 1978, los Jefes de Estado y de Gobierno reiteran el compromiso adquirido en la misma ciudad, cinco años antes, con los principios de democracia representativa, Estado de Derecho, justicia social y derechos humanos, y subrayan que la aplicación de tales principios exige «un sistema político de democracia pluralista que garantice tanto la libre expresión de opiniones dentro de la organización constitucional de poderes, como los procedimientos necesarios para la protección de los derechos humanos». Y, en este sentido, «declaran solemnemente que el respeto y el mantenimiento de la democracia representativa y de los derechos humanos en cada Estado miembro son elementos esenciales de la pertenencia a las Comunidades Europeas».⁴

El mensaje no podía ser más claro y contundente: pertenecer a las Comunidades requiere un sistema representativo, una democracia pluralista, con plena libertad de expresión, y procedimientos adecuados para hacer realmente efectiva la protección de los derechos fundamentales. Y el mensaje no era ya la expresión pública de un compromiso interno, sino la expresión de una exigencia que comprometía a los —entonces— nueve Estados miembros y a los Estados que quisieran serlo en el futuro. No puede olvidarse que, por aquellos años, se estaban produciendo en algunos Estados europeos importantes cambios políticos que terminarían por llevar a las Comunidades Europeas a tres ellos: Grecia, Portugal y España. Grecia, tras el fin de los del «régimen de los coroneles», volvía a la democracia en 1974, y entraba en las Comunidades en 1981 (Tratado de Adhesión de 28 de mayo de 1979). Portugal abandonó la dictadura salazarista en 1974, y volvía a la plena democracia con las elecciones de abril de 1976. Y España celebraba sus primeras elecciones democráticas en junio de 1977, tras la muerte del General Franco en noviembre de 1975, y en diciembre de 1978 aprobaba en referéndum su actual Constitución democrática. Portugal y España entrarían en las Comunidades Europeas en enero de 1986 (Tratado de Adhesión de 12 de junio de 1985).⁵

El Acta Única Europea, de 17 de febrero de 1986, no introduce cambio alguno en este terreno, en la parte dispositiva de los Tratados. Sí, en cambio, extiende este contenido de la fundamentación dogmática de las Comunidades Europeas a los derechos sociales, en la declaración de principios que hace en su preámbulo, y —además de reiterar el compromiso de los Estados miembros con «los principios de la democracia y el respeto del Derecho y de los derechos humanos»— precisa cuál es el contenido material específico de esos derechos fundamentales, a los que las declaraciones previas se referían en términos muy generales: «los derechos fundamentales reconocidos en las Constitu-

⁴ La «*Declaration on Democracy*», en sus propios términos, establecía lo siguiente: «*The Heads of State or of Government confirm their will [...] to safeguard the principles of representative democracy, of the rule of law, of social justice and of respect for human rights. The application of these principles implies a political system of pluralist democracy which guarantees both the free expression of opinions within the constitutional organization of powers and the procedures necessary for the protection of human rights. [...] They solemnly declare that respect for and maintenance of representative democracy and human rights in each Member State are essential elements of membership of the European Communities*». (European Council, Copenhagen 7-8 April 1978, *Conclusions of the Presidency*, Annex D: *Declaration on Democracy*, pp. 12-13).

⁵ España presentó formalmente la solicitud de adhesión a las Comunidades el 28 de julio de 1977, de la mano del entonces Ministro de Asuntos Exteriores, Marcelino Oreja. En diciembre de 1978 el Consejo ordenó la apertura de las negociaciones para la adhesión, y éstas se iniciaron formalmente el 5 de febrero de 1979.

ciones y Leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea», resaltando en particular «la libertad, la igualdad y la justicia social».

El Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, que crea la Unión Europea y modifica de manera sustantiva los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, es el primero que da un gran paso hacia delante no sólo en la especificación de los fundamentos dogmáticos tanto de la Unión como de las Comunidades, sino más bien en dotarles de valor jurídico, al incluirlos en la parte dispositiva del Tratado. Así, ya en el Preámbulo del nuevo TUE se establece que los Estados miembros confirman su adhesión a «los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho». Y, de manera más precisa, el Art. F establecía en su párrafo segundo que 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.»

El Tratado de Ámsterdam, de 1997 —tercera reforma importante de los Tratados fundacionales—, refina y complementa un poco más esta formulación, al añadir en el Preámbulo del TUE la adhesión de los Estados miembros a «los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989»; y al pasar del Preámbulo a la parte dispositiva la afirmación de que la Unión «se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros»; a lo que se añade inmediatamente que «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» (Art. 6 TUE). Por su parte, el TCE establece ahora que es objetivo de la Comunidad Europea —entre otras cosas— promover «un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, [...] la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros» (Art. 2 TCE). Pero los derechos fundamentales son previstos no sólo como un objetivo de realización interna de la Unión y sus Comunidades, sino también como un objetivo de la política de cooperación al desarrollo; y así establece el Art. 177 del TCE que la política de la Comunidad Europa en este ámbito «contribuirá al objetivo general de desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de derecho, así como al objetivo de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

Pero, fundamentalmente, la gran novedad aportada por la reforma del Tratado de Ámsterdam en este terreno, en la línea de dar verdadero valor jurídico a los principios fundamentales de la Unión, fue la previsión en el Art. 7 del TUE de un procedimiento para sancionar a los Estados miembros en el caso de que se produjese una «violación grave y persistente» de esos principios, que son incluidos entonces en el párrafo 1º del Art. 6 del TUE, es decir: «los principios de libertad, democracia, respeto de los dere-

chos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho». Este procedimiento sancionador, que permite, en última instancia, castigar al Estado vulnerador con la suspensión de derechos derivados de la aplicación de los Tratados, incluido el derecho de voto en el Consejo, pretendía, por tanto, hacer efectiva la declaración de valores de la Unión. Pero no se trataba entonces de un mero ejercicio de arquitectura constitucional. La positivización de los valores de la Unión y la previsión de un procedimiento sancionador a este respecto, venían determinados fundamentalmente por dos factores: por un lado, por el comienzo de la crisis de los partidos tradicionales de centro —la cristianodemocracia y la socialdemocracia—, que habían venido gobernando los Estados miembros sin solución de continuidad desde el final de la Segunda Guerra Mundial, y el ascenso electoral de partidos radicales de derecha, con la posibilidad incluso de llegar al Gobierno en el seno de algunos Estados miembros.⁶ Y por otro lado, por la posibilidad de la ya cercana ampliación de la UE a los Estados del centro y del Este de Europa; Estados en los cuales ni la tradición democrática ni los valores que ahora reafirmaba la Unión estaban en absoluto consolidados. No se puede olvidar, en este sentido, que uno de los objetivos principales de la reforma que llevó a la formulación del Tratado de Ámsterdam fue precisamente la necesidad de adaptar la UE para su ampliación al Este; reforma que, si bien no se consiguió en el aspecto institucional —lo que provocó la necesidad posterior del Tratado de Niza—, sí se logró, en cambio, en otros aspectos como el aquí mencionado.

El Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, respeta las previsiones en este terreno resultantes del Tratado de Ámsterdam y se limita a introducir, en el Art. 11.1 del TUE, «el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales», como uno de los objetivos propios de la política exterior y de seguridad común.

Así, cuando se llega al Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, existía ya un extenso contenido dogmático-normativo referido a los valores y a los derechos fundamentales en los que se apoya la Unión Europea. Contenido, además, no sólo de tipo positivo —incluido en el articulado de los Tratados y en las Cartas de derechos a las que ese mismo articulado se refiere de manera explícita—, sino también de carácter jurisprudencial, fijado por la abundante doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión. El Tratado de Lisboa, pues —recogiendo las previsiones de la fenecida Constitución europea de 2004—, refuerza el fundamento dogmático de la nueva Unión, definiendo con mayor precisión lo que son sus valores fundamentales, sus objetivos y los derechos fundamentales de sus ciudadanos, en cuya protección y promoción encuentra su última razón de ser. En este sentido, el Art. 2 del nuevo TUE, reiterando la vieja formulación

6 Las elecciones generales de marzo de 1994 permitieron la llegada al gobierno de Italia de Silvio Berlusconi, el cual formó un Gobierno de coalición en el que incluyó a cinco ministros de Alleanza Nazionale, partido de derecha radical, heredero del partido neo-fascista Movimento Sociale Italiano. Pocos años después, cuando ya el mecanismo del Art. 7 del TUE se encontraba en vigor (el Tratado de Ámsterdam entró en vigor el 1 de mayo de 1999), las elecciones del 3 de octubre de 1999 permitieron en Austria la formación de un Gobierno de coalición entre el Partido Popular (ÖVP) de Wolfgang Schüssel, y el Partido Liberal (FPÖ) del ultraderechista Jörg Haider. Haider, sin embargo, no entró en el Gobierno y la UE, por su parte, no activó el mecanismo del Art. 7 del TUE y se limitó a establecer unas mínimas sanciones diplomáticas, que retiró inmediatamente después.

de Maastricht, establece con toda claridad y precisión que la Unión se fundamenta «en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos», a lo que añade inmediatamente la precisión «incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías». Precisión esta última que, si bien es reiterativa desde el punto de vista material y, por lo tanto, innecesaria —el reconocimiento de los derechos fundamentales se predica sustantivamente de toda la comunidad, dado que la distinción sería discriminatoria y, por lo tanto, una vulneración de los derechos en sí misma—, no es en absoluto reiterativa desde un punto de vista político, dado que la realidad nos muestra que, en las sociedades plurales, multiculturales o multiétnicas —como lo son la gran mayoría de las sociedades europeas— existen algunos grupos minoritarios que no gozan de la totalidad de los derechos fundamentales y que son, de una manera u otra, discriminados. Es por ello, y en este sentido, como el Tratado se preocupa de precisar que la afirmación de los derechos fundamentales incluye también, claro es, los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Por otra parte, una vez más, el Tratado considera estos valores como «comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». A ello se añade ahora que la Unión tiene precisamente como objetivo «promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos», ofreciendo a sus ciudadanos «un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas» (Art. 3 TUE). Y, yendo aún más allá, se establece que «la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño» (Art. 3 TUE).

En este sentido, los Tratados no sólo marcan a la Unión un espacio de valores que debe respetar, cuyos límites no pueden traspasar ni ella misma, ni sus Estados miembros —respeto de la dignidad humana, respeto de los derechos humanos, Estado de Derecho—, sino que le obligan a su activa defensa y promoción, combatiendo sus violaciones y fomentando su ejercicio. Así, el Tratado de Funcionamiento del Unión Europea (en adelante TFUE) establece un conjunto de lo que cabe denominar como cláusulas transversales o principios determinantes, que deben inspirar la definición y ejecución de todas las políticas de la Unión, tales como el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad (Art. 8 TFUE); la promoción de un nivel de empleo elevado, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social, un nivel elevado de educación, la protección de la salud humana (Art. 9 TFUE); la lucha contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Art. 10 TFUE); la protección del medio ambiente y el fomento de un desarrollo sostenible (Art. 11 TFUE); la protección de los consumidores (Art. 12 TFUE); el bienestar de los animales (Art. 13 TFUE); la efectividad de los servicios de interés económico general (Art. 14 TFUE); el principio de apertura (Art. 15 TFUE); y el respeto de las comunidades religiosas y de las organizaciones filosóficas y no confesionales (Art. 17 TFUE).

Por otra parte, esta defensa y promoción de los valores y derechos fundamentales de la Unión se refiere tanto hacia el interior —con respecto a ella misma y sus instituciones, y con respecto a sus Estados miembros—, como a sus relaciones internacionales. En lo

que se refiere a la propia Unión y sus instituciones, el TUE afirma además el principio democrático, tanto en su dimensión representativa (Art. 10.1 TUE: «El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa»), como en su dimensión participativa (Art. 11.1 TUE: «Las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión»; y el Art. 11.4 del TUE regula la iniciativa ciudadana). En lo que se refiere a los Estados, el respeto de los valores mencionados en el Art. 2 del TUE y su efectiva promoción es, además, un requisito *sine qua non* para poder ingresar en la UE (Art. 49 TUE). Y, en lo que se refiere a las relaciones internacionales de la Unión, el Art. 3.5 del TUE establece que, en sus relaciones con el resto del mundo, «la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos». Principio que se reitera en varios preceptos más, tanto del TUE como del TFUE; entre ellos, el Art. 21.1 del TUE establece, con toda precisión y claridad, que «La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional».

Pero, por si este cuadro definidor del contenido dogmático-normativo —fundamental— de la UE fuese insuficiente, la Unión decidió en el año 1999 dotarse de una Carta de Derechos Fundamentales propia, para completar su edificio constitucional. Dicho en los propios términos del Consejo Europeo de Colonia, de 3-4 de junio de 1999, que adoptó la decisión: «La salvaguardia de los derechos fundamentales es uno de los principios básicos de la Unión Europea y una condición indispensable para la legitimidad de la misma. El Tribunal Europeo de Justicia ha confirmado y configurado, con su jurisprudencia, la obligación de la Unión de velar por los derechos fundamentales. La evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance.»⁷

La intención, sin embargo, más allá de dotar a la Unión de un contenido complementario de legitimidad y de hacer evidentes a los ciudadanos sus propios derechos, para su mejor protección,⁸ pretendía en realidad codificar en un texto legal —normativo— lo que hasta ese momento el Tribunal de Justicia de la Unión había venido considerando como meros principios generales del Derecho, inspiradores del Derecho comunitario y de su propia interpretación del mismo.⁹ Y ello no buscaba tanto el efecto jurídico-normativo —declarado— de la proclamación de ese código, como el efecto político de su adopción. La intención era, en este sentido, especificar el contenido dog-

7 Consejo Europeo de Colonia, *Conclusiones de la Presidencia* (Colonia, 3 y 4 de junio de 1999), Anexo IV: Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, p. 43.

8 Como decía el Preámbulo de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, de 1789, que parece haber sido tenido en cuenta por el Consejo Europeo de Colonia, «l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements.»

9 Véase, por ejemplo, caso *Stauder* (Asunto 29/69: Recopilación 1969, 419).

mático de la UE, el contenido de sus valores y derechos fundamentales, enviando así una señal pública sobre lo que la UE era —es— en sustancia, más allá de las previsiones formales de los magros Tratados fundacionales. Señal que iba claramente dirigida a los Estados del centro y del Este de Europa que por aquellos años negociaban ya con la UE su acceso a la misma. Era como decir: esto es lo que realmente somos, y lo que esperamos que vosotros seáis, más allá de las condiciones económicas y de otro tipo establecidas en los Tratados, si queréis entrar en este club. La Unión volvía así a adoptar una estrategia similar a la que —como vimos en páginas anteriores— adoptó en los años setenta del siglo pasado, previendo el ingreso de Grecia, Portugal y España.

En realidad, esta exigencia de compromiso con los principios de reconocimiento, respeto y promoción de los derechos fundamentales había sido ya formulada en 1993, por el Consejo Europeo de Copenhague, como parte de lo que —a partir de entonces— se conoce como los «criterios de Copenhague»; es decir, las condiciones mínimas que todo Estado debe cumplir para poder ser reconocido como candidato a ser miembro de la Unión Europea. Así, la primera de estas condiciones es «que el país candidato haya alcanzado una estabilidad de instituciones que garantice la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías».¹⁰ Se trataba, por tanto, de precisar cuáles eran esos derechos humanos en los que los miembros de la UE creían y que componían —componen— el sustrato ideológico de la Unión. Pues, efectivamente, la UE veía por entonces con cierta ansiedad —tanto en un sentido positivo, como en un sentido negativo— la entrada en su seno de doce nuevos Estados, cuyas tradiciones históricas, políticas y culturales, no se adecuaban mucho, en algunos casos, a aquellas propias de los Estados ya miembros de la Unión.¹¹ Y, lamentablemente — como veremos en las páginas que siguen— la ansiedad o el temor a esa gran ampliación de la UE, se manifestó, en más de un caso, bien justificada. Hoy, esta exigencia previa de compromiso con el respeto de los valores de la Unión, mencionados en el Art. 2 del TUE, y con su efectiva promoción está, además, prevista en el Art. 49 del TUE, como ya hemos visto en párrafos anteriores.

La Carta fue redactada por una Convención especial, cuya composición y modo de funcionamiento fue decidida por el Consejo Europeo de Tampere, de 15-16 de octubre de 1999. La Convención culminó su trabajo el 2 de octubre de 2000 y, finalmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE fue formalmente proclamada por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, el 7 de diciembre

10 El texto completo de la decisión establece lo siguiente: «La adhesión requiere que el país candidato haya alcanzado una estabilidad de instituciones que garantice la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías, la existencia de una economía de mercado en funcionamiento, así como la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la Unión. La adhesión presupone la capacidad del candidato de asumir las obligaciones de adhesión, incluida la observancia de los fines de la Unión Política, Económica y Monetaria». Consejo Europeo de Copenhague, 21-22 de junio de 1993, *Conclusiones de la Presidencia* (Copenhague, 21-22 de junio de 1993), punto 7.A.iii), p. 13.

11 La ampliación de la UE fue aprobada por el Tratado de Atenas, de 16 de abril de 2003, que dio entrada a los diez primeros Estados (República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia), y el Tratado de Luxemburgo, de 25 de abril de 2005, que dio entrada a Bulgaria y a Rumanía, que quedaron descolgadas del primer paquete. Finalmente, el Tratado de Bruselas, de 9 de diciembre de 2011, dio entrada a Croacia.

de 2000, en Niza, con ocasión de la reunión del Consejo Europeo que tuvo lugar en aquella ciudad, del 7 al 10 de diciembre.¹² Cuando se aprobó la Constitución europea de 2004, la Carta fue introducida en la misma como su Parte II, lo que significó que el fracaso de la Constitución de la UE arrastrase consigo a la propia Carta. Eso hizo que en las negociaciones que siguieron, y que terminaron en la formulación del Tratado de Lisboa, se decidiese también realizar una pequeña revisión de la Carta y su proclamación de nuevo como un texto independiente, separado de los Tratados.¹³

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), pues, aporta a la Unión no sólo la concreción normativa —positiva— de su fundamento dogmático, de sus valores, sino también, por ello mismo, una parte sustantiva de su estructura constitucional. Así, si bien no tiene la forma propia de un tratado, por la manera en cómo ha sido elaborada y proclamada —como hemos visto—, sí tiene, en cambio, el mismo valor jurídico-vinculante que los otros dos Tratados que constituyen la Unión. En este sentido, el Art. 6 del TUE establece que la Unión «reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo», y le atribuye a esta Carta «el mismo valor jurídico que los Tratados». Pero yendo más allá, el TUE establece también que la Unión «se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», y que, además, los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo, y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, «formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales» (Art. 6 TUE). Con lo cual, la concreción normativa del fundamento dogmático de la Unión se extiende más allá incluso de las propias previsiones jurídicas de la Carta de 2007.

Por otra parte, el Art. 51 de la Carta se encarga de precisar cual es ese valor jurídico al que se refiere el Art. 6 del TUE, al establecer que las disposiciones de la Carta vinculan a las instituciones y organismos de la Unión, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión y, por lo tanto, «éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión». Previsión ésta que el Tribunal de Justicia de la Unión viene interpretando de una manera un poco más amplia que lo que el tenor literal del Art. 51 parece requerir, al permitir que sea el juez ordinario en cada caso quien aprecie si se está, o no, en el ámbito estricto de la aplicación del el Derecho de la Unión.¹⁴

Desde su proclamación formal, pues, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE forma parte indisoluble de la estructura constitucional de la Unión, con los dos tratados que la establecen y regulan —el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea—,¹⁵ y dota a su estructura de valores de un contenido material concreto.

12 La Carta de 2000 fue publicada en el DO C 364, 18.12.2000, pp. 1-22.

13 La Carta de 2007 fue publicada en el DO C 303, 14.12.2007, pp. 1 ss.

14 Véase, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11, *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres*, para. 71-72.

15 Ello no impide, sin embargo, que algunos Estados se hayan autoexcluido, en el momento de la firma de los Tratados, de la aplicación de alguna de sus partes. Tal ocurre, por ejemplo, en este ámbito, con el

B) Estructura jurídica: Valores y derechos

Desde el punto de vista de su operatividad jurídica, es decir, de la exigibilidad y aplicación efectiva de los valores y derechos reconocidos como fundamento dogmático-normativo —constitucional— de la UE, se puede distinguir en el TUE dos ámbitos normativos diferentes, con sus respectivos remedios procesales: *a)* por un lado, los valores de respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, según los establece el Art. 2 del TUE; y *b)* por otro lado, los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000, en su redacción de diciembre de 2007, según lo establece el Art. 6 del TUE. Derechos a los que deberán añadirse los previstos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, de 1950, cuando la UE se adhiera al mismo, en cumplimiento de la previsión del párrafo 2º del mismo Art. 6 del TUE. Además, forman parte también de este conjunto de derechos subjetivos, aunque el Art. 6 del TUE no los mencione de manera expresa, los demás derechos que figuran regulados de manera dispersa en los Tratados, algunos de los cuales son también regulados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; así, por ejemplo, la igualdad y la no discriminación (Arts. 2, 3, 9 TUE; Arts. 8, 18, 19, 157 TFUE), los derechos de participación y representación (Arts. 10, 11 TUE), la libre circulación de trabajadores y el derecho de establecimiento (Arts. 45-55 TFUE), los derechos de ciudadanía —la «ciudadanía de la Unión»— (Arts. 20-24 TFUE), e, incluso, la iniciativa legislativa popular (Art. 11.4 TUE; Art. 24 TFUE).¹⁶ En todo caso, se llegue a producir esa adhesión, o no, al Convenio Europeo, los derechos fundamentales contenidos en el mismo, así como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, son vinculantes como principios generales del Derecho de la Unión, del cual forman parte, según lo que establece el Art. 6.3 del TUE.

a) Los valores enunciados en el Art. 2 del TUE, así formulados, de manera genérica, tienen valor político; inspiran y determinan la actuación general de los Estados, que no pueden vulnerarlos. Por ello, para su protección, el TUE establece un mecanismo especial, de carácter político —no jurisdiccional—, previsto en su Art. 7. Este mecanismo se subdivide en dos procedimientos diferenciados que, en realidad, no son necesariamente dos momentos o tratamientos consecutivos de un mismo problema. Así, *i)* por un lado, este procedimiento se sustancia en el seno del Consejo —a propuesta de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo, o de la Comisión— cuando se trate de la existencia de «un riesgo claro de violación grave» de los valores de la Unión por parte de un Estado miembro. La decisión del Consejo a este respecto —que supone sólo la mera constatación formal de la existencia de ese riesgo de violación de los valores de la UE— está muy restringida: requiere que voten a favor de la misma cuatro quintas partes

Protocolo (nº 30) sobre la [in]aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido (DO, C 83, 30.3.2010, pp. 313-315).

¹⁶ El Art. 52.2 de la Carta establece que «Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos».

de los miembros del Consejo y la aprobación previa del Parlamento Europeo; además, claro es, de la exigencia de oír al Estado en cuestión antes de adoptar la decisión. No se especifica cuáles hayan de ser las consecuencias jurídico-políticas de esa constatación formal del «riesgo claro de violación grave», más allá de dirigir «recomendaciones» al Estado en cuestión y de hacer un seguimiento posterior de la situación (Art. 7.1 TUE). Y *ii*) por otro lado, este procedimiento se sustancia en el seno del Consejo Europeo —a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión— cuando se trate de «una violación grave y persistente» de los valores de la Unión por parte de un Estado miembro (Art. 7.2 TUE). Pero, una vez más, la decisión a este respecto está muy restringida: la mera constatación formal del hecho de la violación requiere el voto unánime de los miembros del Consejo Europeo y la aprobación previa del Parlamento Europeo; además de escuchar previamente las observaciones que quiera hacer el Estado en cuestión. Una vez hecha esta constatación formal por parte del Consejo Europeo de la «violación grave y persistente» de los valores de la Unión, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, la sanción que quiera imponer al Estado violador; sanción que puede suponer la suspensión de determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados, incluida la suspensión del derecho de voto en el Consejo (Art. 7.3 TUE).¹⁷

El «remedio político» del Art. 7 del TUE, sin embargo, no agota todas las posibilidades de actuación de la UE frente a los Estados vulneradores de los valores enunciados en el Art. 2 del TUE. Cabe también la utilización de mecanismos jurisdiccionales, si bien esta vía adquiere en este caso el carácter de remedio indirecto, dado que no sería el Art. 2 del TUE lo que sería aludido como objeto de la violación, sino las normas jurídicas ordinarias, Reglamentos, Directivas, o Decisiones —Derecho secundario de la Unión—, que en cada caso se considerase que están siendo violadas por las actuaciones concretas de los Estados miembros en cuestión. Esta vía, pues, permitiría a la Comisión Europea recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Unión, a través del recurso por incumplimiento (Art. 258 del TFUE), las actuaciones de los Estados miembros que vulneren normas determinadas del Derecho secundario de la Unión y, por lo mismo, en última instancia, los valores de la Unión enunciados en el Art. 2 del TUE. (De ello nos ocupamos de nuevo en la sección 2 de este trabajo).

b) Los derechos y libertades enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de acuerdo con lo previsto en el Art. 6 del TUE, y en tanto que derechos subjetivos, están sujetos a protección jurisdiccional. Esta protección jurisdiccional es diferente, en función de quién sea la entidad vulneradora y de cuál sea el contenido material del precepto vulnerado: principios, o derechos fundamentales propiamente dichos. Así, los actos vulneradores de derechos fundamentales contenidos en la Carta producidos por las propias instituciones de la Unión pueden ser objeto de recurso de nulidad ante el TJUE, por «violación de los Tratados» (Art. 263 TFUE, en relación

17 El mecanismo político de protección de los valores de la UE previsto en el Art. 7 del TUE fue introducido por el Tratado de Ámsterdam, que preveía solamente el procedimiento segundo, sancionador, para casos de «violación grave y persistente» de los valores. El Tratado de Niza modificó el mecanismo, previendo también el primer procedimiento, de carácter preventivo, para casos de «riesgo claro de violación grave» de los valores. Sobre la operatividad de este mecanismo, véase: Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea. Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión* (COM(2003) 606 final, Bruselas, 15.10.2003).

con Art. 6.1 TUE). Los actos vulneradores de los derechos fundamentales de la UE producidos por los Estados miembros, en aplicación del Derecho europeo, son recurribles ante los tribunales ordinarios de los Estados. Y, en fin, las disposiciones de la Carta que contengan principios sólo podrán ser alegadas ante un juez en la medida en que sean aplicadas por actos legislativos o ejecutivos de las instituciones de la Unión, o de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, y en lo que se refiere al control de legalidad de dichos actos, tal y como establece el Art. 52.5 de la Carta.

En definitiva, pues, la UE es una unión de valores y una unión de derechos.¹⁸ Derechos y valores de contenido material preciso, los cuales siendo, como son, parte sustantiva fundamental —dogmática e identitaria— de la estructura constitucional de la Unión, no tienen sólo un valor meramente declarativo —indicativo—, sino que tienen también un valor verdaderamente jurídico —vinculante—; lo cual permite, no sólo sancionar a los Estados incumplidores, sino también su exigencia jurisdiccional por parte de los ciudadanos y la declaración de nulidad de los actos vulneradores por parte del Tribunal de Justicia.

En todo caso, este trabajo se centra sólo en el estudio del primer aspecto —los valores de la UE enunciados en el Art. 2 del TUE— y cómo éstos son protegidos y aplicados en la práctica por las instituciones de la Unión y por los propios Estados miembros; tema al que se dedican las páginas que siguen.

II. LA REALIDAD: VULNERABILIDAD DE LOS VALORES Y DERECHOS DE LA UNIÓN

A) El problema social

La UE y sus Estados miembros atraviesan por una etapa de crisis; crisis que tiene dimensiones diversas —económica, política, social— y que, desde luego, afecta de manera diferente a cada uno de los Estados. En lo que se refiere a la Unión de manera específica, podría decirse que su crisis es, además, de falta de definición clara de un proyecto político a largo plazo, lo que le provoca un caminar desorientado, con claros vaivenes, avances y retrocesos, determinados por las variaciones —de manera principal— en la coyuntura económica, pero también por las variaciones en la composición política de los gobiernos de los Estados miembros, tras cada proceso electoral. En todo caso, lo que sí es común es que esta crisis ha puesto —pone— en cuestión los valores de la UE, que se han visto afectados de manera grave, en algún caso, sin que, sin embargo, se haya llegado a activar el mecanismo previsto en el Art. 7 del TUE, en ninguno de sus dos procedimientos, en ningún momento.

Las graves repercusiones en el tejido social que ha tenido la crisis económico-financiera por la que ha atravesado la Unión en los últimos años —y por la que aún transitan un elevado número de sus Estados miembros— y, fundamentalmente, uno de sus elementos consustanciales —el desempleo—, han significado un acrecentamiento de las

18 La UE es también una unión de contenido social, como establecen los Arts. 151-164 del TFUE, y solidaria. Igualmente, establece la ciudadanía europea, con derechos específicos (Arts. 20-24 del TFUE). Pero, estos ámbitos de la UE no son analizados aquí en la medida en que son sólo marginalmente relevantes al objeto específico de este trabajo y su análisis, en cambio, lo haría demasiado largo.

diferencias sociales y el incremento de las bolsas de pobreza y de marginación. Esto ha traído consigo, en varios Estados miembros, el aumento de las tensiones sociales y de la confrontación entre grupos. Confrontación de la que son víctima especialmente vulnerable las minorías étnicas, culturales y religiosas, a quienes se tiende a ver, si no como causantes de la crisis, sí como factor de agravación de las consecuencias de la misma, en la lucha por los reducidos beneficios y prestaciones sociales. Así, estallidos sociales y acciones graves contra los gitanos —Roma—, los inmigrantes, los musulmanes, los judíos, pero también contra otros colectivos minoritarios, como los homosexuales y transexuales (GLTB), etc., se han producido en varios Estados de la Unión, y en todas las regiones de la misma. De acuerdo con los informes de la Agencia para los Derechos Fundamentales de la UE (FRA), en los últimos años se han producido manifestaciones contra la comunidad Roma en Bulgaria, la República Checa, Hungría y Eslovaquia; ataques violentos contra la misma comunidad en Grecia, Hungría, Italia y Eslovaquia; ataques violentos contra los inmigrantes han tenido lugar en Alemania, Grecia e Italia; asesinatos por motivos racistas han tenido lugar en Alemania, Grecia e Italia; y, en fin ataques y manifestaciones de carácter antimusulmán y antisemita han tenido lugar principalmente en Francia, Italia y Alemania, pero también en otros Estados.¹⁹

Sin embargo, no es de esta grave dimensión social del problema —que supone, desde luego, una flagrante vulneración de los principios, valores y derechos fundamentales sobre los que se asienta la UE—, de lo que aquí nos ocupamos, sino más bien de las acciones oficiales de los Estados miembros que significan un ataque directo a esos principios, valores y derechos, tal y como son definidos por el Art. 2 del TUE.

B) La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea suscitó enormes recelos entre los Estados miembros desde el momento mismo de su aprobación.²⁰ Ello no

19 Véanse, a este respecto, los numerosos y contundentes informes de la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales: FRA, *Fundamental rights: Challenges and achievements in 2012* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2013); FRA, *Antisemitism: Summary overview of the situation in the European Union 2002-2012* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2013); FRA, *Discrimination and hate crime against Jews in EU Member States: Experiences and perceptions of anti-Semitism* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2013); FRA, *Racism, discrimination, intolerance and extremism: Learning from experiences in Greece and Hungary* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2013); FRA, *EU LGBT survey: European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey. Results at a glance* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2013); FRA, *Making hate crime visible in the European Union: Acknowledging victims' rights* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2012); FRA, *The situation of Roma in 11 EU Member States. Survey results at a glance* (Luxemburgo: Publications Office, 2012); FRA, *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2011); FRA, *EU-MIDIS: European Union minorities and discrimination survey: Main results report* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2010). Los mismos hechos son denunciados también por el Parlamento Europeo, véase: *Report on the situation of fundamental rights in the European Union (2010 - 2011)*, Rapporteur: Monika Flašíková Beňová (2011/2069(INI), 22.11.2012), y *Working Document 1 on the situation of fundamental rights in the European Union in 2012*, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Rapporteur: Louis Michel (PE514.668v01-00, 21.6.2013).

20 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es el apartado normativo que más declaraciones y reservas de los Estados miembros suscitó en el momento de la firma del Acta Final de la

fue un buen precedente y tiene un valor simbólico claramente negativo. De hecho, tres Estados miembros se autoexcluyeron del cumplimiento de la Carta, dos en el momento mismo de la firma del Tratado de Lisboa —el Reino Unido y Polonia—²¹ y otro con posterioridad, en el momento de la ratificación final de este Tratado: la República Checa. Los argumentos empleados para rechazar la aplicación de la Carta son de diverso carácter, y han adquirido unos tintes especialmente desagradables, en el caso concreto de la República Checa.

El Reino Unido, en realidad, quería evitar que el contenido social de la Carta sirviese de base para exigir en vía jurisdiccional derechos sociales que su Derecho laboral positivo no reconoce. Polonia, por su parte, pretendía que los derechos de la Carta no condicionasen su capacidad legislativa, sobre todo en terrenos como la moralidad pública, el Derecho de familia, el aborto, o los derechos de los homosexuales; terrenos en los que su legislación interna es mucho más conservadora y restringida que las previsiones de la Carta.²² Por el contrario, Polonia no pretendía excluir los derechos sociales contenidos en la Carta, que consideraba eran patrimonio también del proceso reformista que había llevado a la caída del régimen comunista y al restablecimiento de la democracia en aquel país, lo que hacía que su posición ante la Carta fuese de todo punto incoherente. Ello hizo que Polonia añadiese una Declaración al Acta Final del Tratado de Lisboa que corregía en parte lo que el mismo país pretendía con la firma del Protocolo n° 30.²³ Por otra parte, el cambio de la mayoría política en Polonia, tras las elecciones presidenciales de 2010 y las elecciones parlamentarias de 2011, que apartaron del poder al partido conservador Ley y Justicia, de los hermanos Kaczyński, y llevaron al Gobierno al centrista Plataforma Cívica, de Donald Tusk, hizo que Polonia cambiase radicalmente su actitud con respecto a la Carta y llegase a plantearse la posibilidad de que Polonia se retirase del Protocolo n° 30. Por dificultades técnico-jurídicas, ello no ha llegado a realizarse, pero la percepción generalmente aceptada es que la Carta, como establece el Art. 6 del TUE, es plenamente aplicable en ese país.

El caso de la República Checa fue —es— al mismo tiempo más complejo y más simple. Es más simple, porque la Carta nunca ha dejado de estar vigente en la República Checa; muy al contrario, la reafirmación del compromiso con su vigencia viene explicitada por la Declaración que la República Checa añadió al Acta Final de la Conferencia

Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, el 13 de diciembre de 2007; en total, un Protocolo y cinco Declaraciones.

21 Véase: Protocolo (n° 30) sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido (DO, C 83, 30.3.2010, pp. 313).

22 En este sentido, la Declaración n° 61 de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que acompaña a los Tratados, establece que «La Carta no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, del Derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana física y moral» (DO, C 83, 30.3.2010, pp. 358).

23 La Declaración n° 62 de la República de Polonia relativa al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, establece lo siguiente: «Polonia, teniendo presente la tradición del movimiento social «Solidaridad» y su notable contribución a la lucha por los derechos sociales y del trabajo, declara que respeta plenamente esos derechos, según se establecen en el Derecho de la Unión, y en particular los que se reafirman en el título IV de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (DO, C 83, 30.3.2010, pp. 358).

Intergubernamental de 2007, en la que —aceptándola— se da una interpretación de la misma. Interpretación que, por otra parte —de manera redundante e innecesaria—, viene a reiterar lo que establece el Art. 51 de la misma Carta, en el sentido de que las disposiciones de la Carta «están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión» y de que ésta «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión», ni tampoco «reduce el ámbito de aplicación del Derecho nacional».²⁴

Y el caso de la República Checa fue más complejo, por la forma en como se produjo —de manera sorprendente y extemporánea— la pretensión del Presidente checo, Václav Klaus, de excluir a su país de la aplicación de la Carta. Así, efectivamente, en el último momento y después de haber logrado retrasar la ratificación final del Tratado de Lisboa durante dos años, el Presidente Klaus pretendió excluir a la República Checa de la aplicación de la Carta a través de su inclusión en el Protocolo n° 30 (que permite formalmente a Polonia y al Reino Unido inaplicar la Carta en su territorio), mediante una reforma del mismo. Para ello amenazó con no firmar el Tratado de Lisboa, a menos que se le hiciese tal concesión. Es así como el Consejo Europeo de 29-30 de octubre de 2009, cedió a las exigencias del Presidente checo y prometió a la República Checa la inaplicación de la Carta en su territorio, aceptando su inclusión, a estos efectos, en el Protocolo n° 30. Para ello, se previó la adopción de un nuevo Protocolo de reforma del mencionado Protocolo n° 30, el cual tendría que ser aprobado con motivo de la firma del próximo tratado de adhesión que se concluyese, y a cuyo tratado el nuevo Protocolo sería anexado.²⁵ El Presidente Klaus se había negado a ratificar el Tratado de Lisboa basado, en realidad, en su ideología conservadora y euroescéptica, enfrentándose a decisiones consecutivas de su propio parlamento y de su Tribunal Constitucional, y la utilización de la Carta como objeción era sólo una excusa. El argumento utilizado por el Presidente Klaus fue entonces que la entrada en vigor de la Carta podría cuestionar la validez de los Decretos de Beneš y permitir que los ciudadanos checos de origen alemán —«sudetes»—, deportados al final de la Segunda Guerra Mundial en una lamentable operación de limpieza étnica, presentasen reclamaciones por los bienes entonces expropiados.²⁶ La decisión del Consejo Europeo de aceptar las exigencias checas permitió al Presidente Klaus firmar el Tratado de Lisboa, el 3 de noviembre de 2009, y que éste entrase en vigor el 1 de diciembre de ese mismo año, dos años después de su aprobación. La verdad es, sin embargo, que el siguiente tratado de adhesión que se concluyó a partir de aquel momento fue el Tratado de Adhesión de Croacia, de 9 de diciembre de 2011,

24 Declaración (n° 53) de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO, C 83, 30.3.2010, pp. 355-356).

25 Consejo Europeo de Bruselas, 29 y 30 de octubre de 2009, *Conclusiones de la Presidencia*, Anexo I: *Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República Checa* (Bruselas, 30 de octubre de 2009 (OR. en) 15265/09, CONCL 3).

26 La excusa del Presidente Klaus, además de carecer de todo fundamento jurídico —dado que la Carta sólo es aplicable en el marco de la aplicación del Derecho de la Unión, lo que no es, evidentemente, este caso— carece también, por lo dicho, de todo fundamento ético. De esto nos hemos ocupado ya en otros lugares; véase: A. Bar Cendón, «El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea», *Cuadernos Constitucionales*, n° 60/61 (2007), pp. 61-96; y «De Niza a Lisboa: El Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE», en A. Bar Cendón, *Los Tratados de la Unión Europea* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), pp. 19-77.

pero el prometido Protocolo de reforma del Protocolo n° 30, para excluir a la República Checa de la aplicación de la Carta, nunca llegaría a ser aprobado.²⁷ Por su parte, el Parlamento Europeo se expresó claramente contrario a iniciar cualquier proceso de reforma de los Tratados tendente a cumplir el mencionado compromiso político con la República Checa,²⁸ con lo que el consenso general parece ir en la línea de, simplemente, dejar que el tema muera en el olvido.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, y más allá de las decisiones políticas adoptadas, la cuestión de fondo que se plantea es si la Carta se aplica de verdad, o no, a estos países que la objetaron a través del mencionado Protocolo n° 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE a Polonia y al Reino Unido. Volviendo sobre lo ya dicho en páginas anteriores, es evidente que la Carta, de acuerdo con las previsiones del Art. 6.1 del TUE, vincula a todos los Estados miembros de la UE, en todos sus términos, dado que tiene «el mismo valor jurídico que los Tratados». En este sentido, el propio Protocolo n° 30, en el considerando segundo de su preámbulo, establece que «la Carta ha de aplicarse de estricta conformidad con las disposiciones del mencionado artículo 6 y del título VII de la Carta misma»; a lo que el considerando tercero añade que «el citado artículo 6 dispone que la Carta sea aplicada e interpretada por los órganos jurisdiccionales de Polonia y del Reino Unido de estricta conformidad con las explicaciones a que se hace referencia en dicho artículo»; y, en fin, el considerando sexto establece que el objetivo último de la Carta es reafirmar los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión y hacer que dichos derechos sean más visibles, pero, en este sentido «no crea nuevos derechos ni principios». Y, si ello es así ¿cuál es, pues, el significado del Protocolo n° 30? ¿cuál fue la intención del Reino Unido y de Polonia al firmarlo? El propio Protocolo parece darnos la respuesta a estas preguntas en el párrafo octavo de su preámbulo: el deseo del Reino Unido y de Polonia era «que se precisen determinados aspectos de la aplicación de la Carta»; es decir —como detalla el párrafo noveno del preámbulo— «precisar la aplicación de la Carta en relación con la legislación y la acción administrativa de Polonia y del Reino Unido y la posibilidad de acogerse a ella ante los tribunales de Polonia y del Reino Unido».

Es, pues, en este sentido, como el párrafo 1° del Art. 1 del Protocolo n° 30 establece lo siguiente: «1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas

27 En el Consejo Europeo de 23 de octubre de 2011 se llegó a presentar un borrador del Protocolo prometido a la República Checa, pero no llegó a ser aprobado. Su aprobación requeriría abrir un nuevo proceso de ratificación del Tratado, por cuanto se trataba de reformar un Protocolo vigente, y ello era algo que presentaba notables problemas y dudas sobre el éxito del proceso de ratificación, incluso en la propia República Checa (el Senado checo rechazó la aplicación del Protocolo n° 30 a la República Checa, por Resolución n° 330, de 6 de octubre de 2011, por entender que ello reduciría los niveles de protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos checos). Por otra parte, el Consejo Europeo se ocupaba en aquel momento de cuestiones más graves y urgentes, como salvar la estabilidad de la zona euro. (Véase: European Council, *Draft Protocol on the application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to the Czech Republic*, Brussels 6 October 2011 (OR. en) EUCO 91/11; CO EUR 20; POLGEN 152; INST 462).

28 Parlamento Europeo, *Informe sobre el proyecto de Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República Checa (artículo 48, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea)*. Ponente: Andrew Duff (00091/2011 - C7-0385/2011 - 2011/0817(NLE); A7-0174/2013, 15.5.2013).

o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma.»

Es decir, que ni el Tribunal de Justicia de la UE ni ningún otro órgano jurisdiccional pueden enjuiciar hipotéticas violaciones de los derechos previstos en la Carta de la UE producidas por actos realizados en desarrollo o aplicación del Derecho nacional de los respectivos Estados. En sentido contrario, cabe afirmar, por tanto, que el Tribunal de Justicia de la UE y los órganos jurisdiccionales ordinarios sí pueden —deben— enjuiciar hipotéticas violaciones de los derechos previstos en la Carta producidas por actos de las autoridades polacas o del Reino Unido realizados en desarrollo o aplicación del Derecho de la Unión. Y, en esta misma línea parece ir la previsión del Art. 2 del Protocolo n° 30, cuando establece que «Cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido».

Pero, en realidad, ello no hace sino reafirmar lo previsto en el párrafo 1° del Art. 51 de la Carta, el cual establece que las disposiciones de la misma están dirigidas, de manera general, a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y, de manera particular, a los Estados miembros, pero «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión».²⁹ Y, en la misma línea, el Art. 2 del Protocolo n° 30, viene a reafirmar lo previsto en el párrafo 2° del Art. 51 de la Carta, el cual establece que «La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados». En otras palabras, la Carta no se aplica —ni puede ser exigible de manera directa— fuera del ámbito de la aplicación del Derecho de la Unión, ni siquiera cuando sus disposiciones hayan sido recogidas por la legislación nacional, dado que, en este último caso, lo exigible sería, en realidad, la propia legislación nacional que contuviesen sus derechos y principios, y no la Carta de manera directa.³⁰

Y, en lo que hace referencia a los derechos sociales, el párrafo 2° del Protocolo n° 30 es, en apariencia, un poco más problemático, por cuanto parece excluir de manera general la aplicación de las previsiones del Título IV de la Carta —«Solidaridad»— en el que se incluyen derechos subjetivos, pero también principios de carácter social y laboral, salvo que «Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional». La verdad es que, dejando a un lado los principios, nos encontramos aquí con derechos que, en gran parte, se refieren a relaciones horizontales entre particulares —principalmente los derechos laborales—, y no a relaciones verticales entre los ciudadanos y las autoridades públicas, lo que hace que su ámbito de aplicación sea muy estrecho, dentro del ámbito de la aplicación del Derecho de la Unión por auto-

29 Véanse las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, de 2007 (2007/C 303/02), en lo referido al Art. 51 de la Carta. (DO C 303, 14.12.2007, p. 32).

30 La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este sentido es muy abundante; véase, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, *Fransson contra Åklagaren*, para. 17-20; y las detalladas conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, de 12 de junio de 2012.

ridades administrativas, tanto de la Unión como de los Estados miembros. Lo normal es que nos encontremos aquí, por tanto —atendiendo sólo a la dimensión vertical—, con la aplicación de Derecho nacional por parte de autoridades nacionales. Por lo que, una vez más, también la previsión del párrafo 2º del Art. 1 del Protocolo nº 30, es innecesaria y redundante, con respecto a las previsiones de la Carta.

En este sentido, pues, el Protocolo nº 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido no sólo no puede ser considerado como una cláusula de exclusión —«*opt-out*»— que impida la aplicación de la Carta en esos dos países de manera general, como se pretendió en su momento, de acuerdo con las afirmaciones de las autoridades de los mismos países en el momento de la firma del Tratado de Lisboa,³¹ sino que se limita a hacer una serie de precisiones de carácter interpretativo que, en la práctica, no aportan nada nuevo y se limitan a reiterar las previsiones de la misma Carta, sobre su propia aplicación e interpretación (Arts. 51 y 52 de la Carta).³²

En términos estrictamente jurídicos, por tanto —más allá de las declaraciones y pretensiones políticas—, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2007, es de general aplicación y vincula a todos los Estados miembros de la Unión de manera igual; y el Protocolo nº 30, paradójicamente, no hace sino reafirmarlo.

C) Francia, Hungría y Rumanía

Y, sin embargo, sólo desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 —por poner un límite cercano en el tiempo— se han producido numerosas y claras vulneraciones de los valores y derechos de la Unión por parte de los Estados miembros de la UE, incluidos casos de Estados fundadores de las Comunidades Europeas, de los que, por lo tanto, cabría esperar una actitud más decidida y coherente en la defensa de esos valores y derechos. No se puede dar aquí una cuenta detallada de todos estos casos, por razones de espacio.³³ Nos limitaremos a referirnos a dos importantes casos, por su especial significado y gravedad: *a*) el caso de Francia, por tratarse de un Estado fundador de las Comunidades Europeas y por la dimensión de la acción vulneradora, en términos cuantitativos; y *b*) el caso de Hungría, por tratarse de violaciones de los valores y derechos de la UE realizados desde la misma Constitución nacional de ese país.

Dejamos fuera de este análisis, por tanto —por cuestiones de espacio—, el caso de Rumanía, donde la independencia del poder judicial y la competencia de su Tribunal Constitucional se han visto gravemente cercenadas, con motivo de un enfrentamiento

31 Steve Peers, «The 'Opt-out' that Fell to Earth: The British and Polish Protocol Concerning the EU Charter of Fundamental Rights», *Human Rights Law Review*, 12 (2) (2012), pp. 375-389.

32 Véase, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011 (asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10), para. 116-122. Son muy clarificadoras y detalladas las conclusiones de la Abogada General, Verica Trstenjak, de 22 de septiembre de 2011, en el asunto C-411/10, *N. S. contra Secretary of State for the Home Department*.

33 Véanse, en este sentido, los informes anuales de la Agencia para los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), desde su establecimiento en 2007; el más reciente hasta el momento de publicar estas líneas: FRA, *Fundamental rights: Challenges and achievements in 2012* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013).

de índole político-personal entre el Primer Ministro, Traian Băsescu, y el Presidente de la República Víctor Ponta. Enfrentamiento que ha traído consigo la utilización de instrumentos jurídicos —el abuso de la normativa de excepción por parte del Gobierno, el intento de bloquear la competencia del Tribunal Constitucional— y de medidas políticas —destituciones y nombramientos abusivos de altos cargos, presión sobre los tribunales de justicia—, que han supuesto una verdadera violación de los principios del Estado de Derecho y de la división de poderes y, por lo tanto, de los valores fundamentales de la UE.³⁴ Pero, desde el punto de vista analítico, los argumentos que se utilizan en las páginas que siguen con respecto al caso de Hungría, son perfectamente transferibles al análisis del caso de Rumanía. Baste, pues, aquí, concentrar la atención sobre los casos de Francia y Hungría, por su especial relevancia.

a) *Francia*

El caso de Francia se refiere al tratamiento de la población inmigrante, tanto de ciudadanos de la Unión Europea —gitanos procedentes principalmente de Bulgaria y Rumanía— como de países africanos. La política de expulsiones colectivas de ciudadanos de etnia gitana de Francia comenzó en 2009, pero el primer hecho grave en este sentido se produjo cuando, tras graves incidentes violentos en los que se vieron envueltos ciudadanos de etnia gitana, el entonces Presidente de la República, Nicolas Sarkozy, puso en marcha, en julio de 2010, un plan de acción destinado a eliminar los campamentos ilegales de población gitana situados en los alrededores de varias ciudades francesas, dando órdenes a las autoridades policiales para proceder inmediatamente en este sentido.³⁵

La actuación de las autoridades francesas (si bien en buena parte de los casos se buscó la salida voluntaria de Francia, incentivada con compensaciones económicas) vulneraba claramente, no sólo los valores de dignidad humana, libertad y respeto de los derechos humanos, especialmente los de personas pertenecientes a minorías —en los términos del Art. 2 del TUE—, sino también un conjunto de normas de derecho secundario de la UE, por cuanto se daba un tratamiento indiscriminado a todos los individuos de los grupos afectados —fuesen delincuentes o no; menores de edad o adultos—, se les deportaba por ser miembros de una determinada minoría, se les deportaba en masa y, además, se les privaba de una de las libertades básicas establecidas por los Tra-

34 Sobre los graves incidentes de índole constitucional que tuvieron lugar en Rumanía, véase: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on the compatibility with constitutional principles and the rule of law of actions taken by the Government and the Parliament of Romania in respect of other State institutions and on the Government Emergency Ordinance on amendment to the Law n.º. 47/1992 regarding the organisation and functioning of the Constitutional Court and on the Government Emergency Ordinance on amending and completing the Law n.º. 3/2000 regarding the organisation of a referendum of Romania. Adopted by the Venice Commission at its 93rd Plenary Session*. Opinión n.º. 685/2012 (Venice, 14-15 December 2012) (Council of Europe - Venice Commission, Strasbourg, 17 December 2012); European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on Progress in Romania under the Co-operation and Verification Mechanism* (COM(2013) 47 final; Brussels, 30.1.2013).

35 Véase: Circulaire IOC/K/1016329J du 24 juin 2010 concernant la lutte contre le campements illégitimes; Circulaire IOC/K/1017881 du 5 août 2010 concernant l'évacuation des campements illicites; Circulaire IOC/K/10/21288/J du 9 août 2010 concernant l'évacuation des campements illicites / information du cabinet du Ministre.

tados —la libertad de circulación y de establecimiento— que les correspondía como ciudadanos de la Unión.³⁶

La Comisión Europea amenazó entonces con iniciar un expediente de infracción de la normativa europea contra Francia, pero, tras una negociación discreta, Francia suavizó las medidas de expulsión, frenando las expulsiones en masa, y ello dio lugar a que la Comisión decidiese finalmente no actuar en contra de Francia. Ello no impidió, sin embargo, que el Parlamento Europeo aprobase entonces una relevante resolución, en la que, tomando como excusa el problema francés y condenando la actuación de las autoridades francesas, se fijan las recomendaciones básicas que van a inspirar la política de la Unión Europea con respecto a la población gitana —Roma— y la mejora de sus condiciones de vida.³⁷

Por otra parte, la actuación de Francia dio lugar también a una importante decisión del Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa, que condenó a Francia por entender que la mencionada expulsión indiscriminada suponía una violación del párrafo 8 del Art. 19 de la Carta Social Europea Revisada, de 1996, con independencia de que algunas expulsiones hubiesen sido voluntarias, dado que no se había garantizado el derecho de los trabajadores a no ser expulsados «excepto si amenazan la seguridad del Estado o atentan contra el orden público o las buenas costumbres».³⁸

Francia se vio envuelta de nuevo en un grave problema de violación de las normas comunitarias de libre circulación transfronteriza, que le enfrentó con Italia cuando, en abril de 2011, decidió cerrar su frontera a la circulación de trenes provenientes de Italia en el paso de Ventimiglia-Menton, para tratar de evitar la inmigración masiva de refugiados provenientes principalmente del Norte de África, de Estados afectados por la denominada «revolución árabe», que Italia permitió circular hacia el norte. Dadas las protestas realizadas por Italia, el cierre duró sólo unas horas y fue levantado por las autoridades francesas sin que llegase a producirse acción legal alguna por parte de la UE.

b) *Hungría*

36 La actuación de las autoridades francesas conculcaba la previsiones de normas tales como la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE; el Reglamento (CE) N° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen); y la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

37 Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, sobre la situación de la población gitana y sobre la libre circulación en la Unión Europea (P7_TA(2010)0312).

38 **Comité Européen des Droits Sociaux, Décision 28 juin 2011, Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) c. France**, Réclamation n° 63/2010. El ponente de esta decisión fue el propio Presidente del Comité, el catedrático español de Derecho Constitucional, Luis Jimena.

El caso de Hungría es, quizá, el más grave de todos los casos de violación de los valores y derechos del Art. 2 del TUE producidos en estos últimos años, por cuanto no se ha tratado sólo de vulneraciones producidas a través de actos administrativos, o por la legislación ordinaria, sino que la violación se ha producido directamente por normas constitucionales, a través de sucesivos procesos de reforma de la Constitución de este Estado; aunque varias de las violaciones realizadas se han producido también a través de la legislación ordinaria.

El problema tiene su origen en la aplastante mayoría parlamentaria conseguida por la coalición electoral formada por el partido nacionalista de centro derecha, Fidesz-Unión Cívica Húngara,³⁹ y el Partido Popular Demócrata Cristiano (KDNP),⁴⁰ en las elecciones parlamentarias a dos vueltas del 11 y 25 de Abril de 2010, lo que llevó a la presidencia del Gobierno, por segunda vez, a Viktor Orbán, presidente de Fidesz.⁴¹ En total, la colación Fidesz-KDNP consiguió entonces 263, de los 385 escaños (68,31%); es decir, más de dos tercios de los escaños, lo que le daba la oportunidad no sólo de gobernar con holgura, sino también de reformar la Constitución húngara, ignorando completamente a la oposición.

La Constitución vigente en Hungría en aquel momento era la Constitución de 1989. La Constitución de 1989 era, en realidad, una reforma de la denominada Ley XX de 1949, Constitución de la República de Hungría (20 de agosto de 1949), formulada por la Asamblea Nacional en 1989 (Ley XXXI de 23 de octubre de 1989), a la caída del régimen comunista, y promovida por una mesa de partidos entre los que se encontraba el propio partido comunista (Partido Obrero Socialista Húngaro, MSZMP), que había gobernado el país desde 1956 y que controló también la fase inicial del proceso transitorio. La intención fue entonces —como establece el propio preámbulo de la Constitución de 1989— establecer un texto constitucional provisional, que permitiese una transición política pacífica y establecer un nuevo régimen democrático, hasta que se adoptase una nueva Constitución por una nueva Asamblea Nacional elegida democráticamente.⁴² Desde entonces, sin embargo, la Ley XX de 1949 fue modificada en varias ocasiones, pero nunca se llegó a aprobar una nueva Constitución, hasta el año 2011. Por otra parte, es de resaltar que, de acuerdo con la tradición constitucional húngara y la previsión del Art. 24.3 de la Constitución de 1989, la adopción de una nueva Constitución, o la reforma de la Constitución vigente, se puede aprobar con la sola decisión de la Asamblea Nacional, adoptada por dos tercios de los votos de sus miembros, sin necesidad de la convocatoria de una asamblea especial constituyente ni de un referéndum.

39 El nombre actual del partido es *Fidesz-Magyar Polgári Szövetség* (Fidesz-Unión Cívica Húngara). Fidesz son las iniciales de *Fiatal Demokraták Szövetsége* (Alianza de Jóvenes Demócratas).

40 El nombre propio del partido es *Kereszténydemokrata Néppárt*, KDNP (Partido Popular Demócrata Cristiano).

41 Viktor Orbán fue Primer Ministro por primera vez en el período 8 de julio de 1998 a 27 de mayo de 2002, presidiendo una coalición de tres partidos de centroderecha (Fidesz; Foro Democrático Húngaro, MDF; y Partido Cívico, de Agricultores y Pequeños Propietarios, FKGP).

42 El corto preámbulo de la Constitución de 1989 establecía lo siguiente: «Para facilitar una transición política pacífica a un Estado constitucional, establecer un sistema del multipartido, una democracia parlamentaria y una economía social de mercado, el Parlamento de la República de Hungría establece el texto siguiente como la Constitución de la República de Hungría, hasta que se adopte la nueva Constitución del país.»

De esta manera, cuando Viktor Orbán asumió la presidencia del Gobierno de Hungría, el 29 de mayo de 2010, podría decirse que se encontró no sólo con la posibilidad, sino también con un viejo mandato incumplido de redactar una nueva Constitución. Y eso fue, en realidad, lo que hizo. El problema está, claro es, en cómo lo hizo y en cuál fue —es— el contenido material que quiso dar a esa nueva Constitución. En lo que se refiere al cómo, si bien inicialmente se llegó a hacer una encuesta popular sobre el contenido del proyecto y llegó a nombrarse una comisión parlamentaria especial para la redacción de un texto, el documento de trabajo elaborado por esta comisión fue finalmente ignorado. Así, las discrepancias habidas entre los partidos y la ausencia de voluntad de compromiso hicieron que el texto finalmente sometido a debate en el parlamento fuese un proyecto de la coalición gobernante, Fidesz-KDNP. El trámite parlamentario se hizo de manera rápida —en sólo 35 días a partir de la presentación de la propuesta—, a través de un procedimiento simplificado, sin apenas debate, y con sólo el apoyo de su amplísima mayoría de más de dos tercios de los votos. Así, el texto presentado por Fidesz-KDNP fue finalmente aprobado, con el rechazo unánime de la oposición.⁴³ La constitución fue promulgada por el Presidente de la República, Pál Schmitt, el 25 de abril de 2011 —precisamente cuando Hungría ejercía la presidencia semestral rotatoria de la UE— y entró en vigor el 1 de enero de 2012.

En lo que se refiere al contenido material de la nueva Ley Fundamental de Hungría —como ahora pasa a ser oficialmente denominada la Constitución—, si bien presentaba toda una serie de problemas, tanto de tipo técnico como de tipo material, que fueron detallados y analizados con extensión en un informe elaborado por la Comisión de Venecia —del Consejo de Europa—,⁴⁴ quizá el problema principal se encontraba en dos derivaciones jurídicas de la propia Ley Fundamental, a la que complementan y que la van a acompañar en su fase de elaboración y en su entrada en vigor: por una lado, la denominada «Ley de Disposiciones Transitorias a la Ley Fundamental» («Disposiciones Transitorias») y, por otro lado, las denominadas «leyes cardinales».

Las «Disposiciones Transitorias» son una ley complementaria de la Ley Fundamental que fue formulada por la Asamblea Nacional de manera separada, como una ley independiente.⁴⁵ En realidad, en ella se fijan toda una serie de principios de carácter político y una serie de previsiones de carácter jurídico, muchas de las cuales requieren un desarrollo normativo posterior. Lo que más llama la atención de esta norma es su intensidad político-ideológica y su dureza, que va más allá de lo establecido en el preámbulo de la

43 El partido de extrema derecha nacionalista Jobbik (*Jobbik Magyarországért Mozgalom*, Movimiento por una Hungría Mejor; 47 diputados) votó en contra, mientras que los socialistas (*Magyar Szocialista Párt*, MSZP; 59 diputados) y el partido de los verdes y liberales LMP (*Lehet Más a Politika*, Es Posible Otra Política; 16 diputados) decidieron boicotear el proceso constituyente y no votaron el texto final.

44 **European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)**, *Opinion on the new Constitution of Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session* (Venice, 17-18 June 2011) (Council of Europe - Venice Commission, 621/2011, Strasbourg, 20 June 2011). La Comisión de Venecia se había pronunciado ya sobre el contenido material de la Ley Fundamental en su informe 614/2011: *Opinion on three legal questions arising in the process of drafting the New Constitution of Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 86th Plenary Session* (Venice, 25-26 March 2011) (Council of Europe - Venice Commission, Strasbourg, 28 March 2011).

45 El Art. 31.2 de las Disposiciones Transitorias establece, sin embargo, que éstas «forman parte de la Ley Fundamental».

Ley Fundamental, el cual tiene ya una enorme carga político-ideológica y religiosa.⁴⁶ En este sentido, tanto la Ley Fundamental como las Disposiciones Transitorias lo que pretenden es borrar todo vestigio político del viejo régimen comunista —criminalizando al partido único y a las personas que lo dirigieron, y a sus herederos políticos, en la medida en que se hayan beneficiado de su posición de ventaja durante ese régimen o en la fase transitoria a la democracia— y fundamentar el nuevo sistema democrático en unas raíces históricas que son idealizadas de manera exagerada. Así, no sólo se condena al fenecido partido comunista —Partido Socialista Obrero Húngaro—, sino que se responsabiliza también al actual Partido Socialista Húngaro de los crímenes de aquél, en cuanto que heredero suyo.⁴⁷ Por lo demás —entre otras cosas—, las Disposiciones Transitorias, prohíben las pensiones u otros beneficios públicos a los viejos líderes del partido comunista; prohíbe toda posible ley de limitación de responsabilidades por los crímenes cometidos durante la dictadura; reforma la cúpula del poder judicial y sustituye el Tribunal Supremo por la «Kúria»; el Presidente de la Oficina del Poder Judicial —órgano de gobierno de la administración judicial— es nombrado por el Parlamento a propuesta del Presidente de la República y se le atribuye el poder de derivar casos judiciales a un tribunal diferente del que tiene la competencia ordinaria; se adelanta la edad de jubilación de los jueces y fiscales, con la intención de deshacerse de todos los magistrados nombrados durante el anterior régimen comunista; se atribuye al parlamento la potestad de establecer las iglesias reconocidas y de elaborar las reglas que rijan esta materia; se prevé la creación de una nueva institución para sustituir al Banco Nacional de Hungría y se establece que su presidente será nombrado por el Presidente de la República.

En lo que se refiere a las «leyes cardinales», cabe decir que la Ley Fundamental hace una previsión verdaderamente desmesurada de las mismas. Las «leyes cardinales» son leyes de rango superior a las ordinarias —pero infraconstitucional— que requieren para su aprobación, enmienda o derogación, la mayoría de dos tercios de los votos de «los miembros del parlamento presentes» (Art. T.4 Ley Fundamental),⁴⁸ mayoría que es casi igual que la exigida para la aprobación o enmienda de la propia Ley Fundamental.⁴⁹ Estas leyes fueron previstas para regular más de cincuenta materias, que se refieren tanto a asuntos importantes, como el poder judicial —que deberían haber sido regulados con detalle en la propia Ley Fundamental—, como a asuntos menores, que podrían haber sido regulados por ley ordinaria, como la familia, o aspectos impositivos. Aparen-

46 El preámbulo de la Ley Fundamental afirma el carácter y las raíces cristianas del Estado húngaro, creado por «nuestro rey San Esteban» y afirma, entre otras cosas, que «la familia y la nación son el principal marco de nuestra coexistencia, y nuestros valores fundamentales y cohesivos son fidelidad, fé y amor». (Los textos de la normativa húngara aquí citados y analizados son tomados de la traducción al inglés realizada por la Comisión de Venecia, del Consejo de Europa).

47 El apartado 4 del preámbulo de las Disposiciones Transitorias considera al actual Partido Socialista Húngaro, como heredero del desaparecido Partido Socialista Obrero Húngaro, «heredero de los beneficios ilegalmente acumulados y beneficiario de ventajas ilegítimas obtenidas durante la dictadura o durante la transición».

48 Las «leyes cardinales» pretenden seguir el modelo de las «leyes constitucionales», o «leyes orgánicas», de otros sistemas constitucionales, pero se les ha dado un refuerzo jurídico superior y se las ha aplicado a materias que no reúnen ese carácter superior, casi-constitucional.

49 El Art. S.2 de la Ley Fundamental requiere mayoría de dos tercios de los votos de «todos los miembros del parlamento», para enmendar la Ley Fundamental o aprobar otra nueva.

temente, dar el carácter de «ley cardinal» a esas materias suponía atribuirles una mayor garantía jurídica para su estabilidad; pero, en realidad, hacer esto cuando un solo grupo político dispone coyunturalmente de la mayoría parlamentaria suficiente —más de dos tercios—, en contra de todos los demás grupos, supone regular esas materias de acuerdo sólo con la propia ideología y dejarlas bloqueadas de manera permanente, dado que es difícil que se pueda volver a reunir esa mayoría en un sistema parlamentario ordinario y en una situación política ordinaria. Ello —como subraya la Comisión de Venecia— supone convertir en ejercicio inútil las futuras elecciones parlamentarias.

Y aquí es donde el Gobierno de Hungría cometió verdaderos excesos, claramente vulneradores de los valores y principios fundamentales que inspiran la UE: no sólo en las propias previsiones de la Ley Fundamental, sino también en las Disposiciones Transitorias y en las numerosas «leyes cardinales» que se elaboraron prácticamente al mismo tiempo que aquélla y que entraron en vigor junto con ella, en enero de 2012.⁵⁰ Algunas de estas normas fueron aprobadas incluso antes que la Ley Fundamental, dando lugar ya entonces a una respuesta crítica de la UE.⁵¹ En otro caso particular, el propio Gobierno húngaro consultó al Banco Central Europeo sobre su proyecto de reforma del Banco Nacional de Hungría, recibiendo igualmente una opinión crítica sobre la pérdida de su independencia.⁵² Vista la trayectoria seguida por el proceso constituyente, el texto de la nueva Ley Fundamental, el texto de las Disposiciones Transitorias y, sobre todo, el contenido del paquete de «leyes cardinales» que se aprobaba en diciembre de 2011, la Comisión Europea decidió ordenar a sus servicios legales un estudio detallado de toda esta normativa y expresó ya públicamente su preocupación especial, en concreto por tres aspectos de esta normativa: la independencia del banco central nacional; la independencia del poder judicial y la jubilación forzosa a los 62 años —en vez de los 70— de jueces y fiscales; y la independencia de la agencia nacional de protección de datos.⁵³

50 El primer paquete importante de treinta «leyes cardinales», de desarrollo de la Ley Fundamental, fue aprobado en diciembre de 2011, sin apenas debate parlamentario, para que pudiesen entrar en vigor junto con ésta, el 1 de enero de 2012. Entre esta normativa se encontraban la ley de protección de la familia; la ley sobre la libertad religiosa y las relaciones Iglesia-Estado; la ley sobre los medios de comunicación; la ley de libertad de información; la ley electoral; la ley de derechos de las nacionalidades; la ley del Tribunal Constitucional; y la ley sobre el poder judicial y la Oficina de la Fiscalía. Véase un análisis de esta normativa en: «Cardinal concerns: the new super laws are coming», *Hungarian Politics in Depth*, 12-18 September 2011; y Bánkuti, Miklós, et al., *Opinion on Hungary's New Constitutional Order: Amicus Brief for the Venice Commission on the Transitional Provisions of the Fundamental Law and the Key Cardinal Laws* (February 2012).

51 Véase Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2011, sobre la Ley de Medios de Comunicación húngara (P7_TA(2011)0094). El Parlamento Europeo entendió entonces que la mencionada ley húngara vulneraba la Directiva 2010/13/UE del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), además, claro es, del Art. 2 del TUE, y de los artículos 49, 56, 114, 167 y 258 del TFUE, el Art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el Art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), sobre las libertades de expresión e información, y el derecho a unos medios de comunicación plurales.

52 European Central Bank, *Opinion of the European Central Bank of 14 December 2011 on the Magyar Nemzeti Bank* (CON/2011/104).

53 Statement of the European Commission on the situation in Hungary on 11 January 2012 (MEMO/12/9, Brussels, 11 January 2012).

A partir de este momento, la UE puso una presión enorme sobre Hungría y realizó una serie de acciones que incluyeron no sólo la denuncia pública de la grave situación que se estaba produciendo en este país, sino también el ejercicio de acciones legales por incumplimiento de la normativa de la Unión. Así, el 17 de enero de 2012, la Comisión decidió incoar el procedimiento por incumplimiento previsto en el Art. 258 del TFUE, sobre los tres asuntos mencionados: la independencia del banco central nacional, la independencia de la agencia nacional de protección de datos, y la jubilación forzosa de jueces y fiscales. Al mismo tiempo, la Comisión propuso al Consejo, y el Consejo aprobó en marzo de 2012, la suspensión de la entrega del 29% de las cantidades comprometidas a Hungría en el marco del Fondo de Cohesión (495,2 millones de euros), por el incumplimiento de la obligación de corregir su déficit excesivo; siendo ésta la primera vez que esta cláusula de suspensión se aplicaba desde la creación del Fondo de Cohesión en 1994.⁵⁴ Y, en fin, 16 de febrero de 2012 el Parlamento Europeo aprobó una extensa resolución en la que, con toda claridad y precisión, se criticaban los excesos del Gobierno húngaro y sus vulneraciones de la normativa europea.⁵⁵

Y, al mismo tiempo que se producía la presión de la UE, el Consejo de Europa emitía los detallados y bien argumentados dictámenes críticos de la Comisión de Venecia, sobre asuntos regulados por las «leyes cardinales», como la reforma de la ley electoral, el estatuto jurídico y la remuneración de los jueces, la organización de la administración y tribunales de justicia, la libertad religiosa y el estatuto de las iglesias y comunidades religiosas, la ley del Tribunal Constitucional, la ley de la Fiscalía del Estado, la ley sobre las nacionalidades —minorías— de Hungría, y la ley sobre la libertad de información.⁵⁶

⁵⁴ Council of the European Union, 3153rd Council meeting, Economic and Financial Affairs, Brussels, 13 March 2012, Press Release (7513/12, Presse 102, PR CO 14), p. 12.

⁵⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2012, sobre los recientes acontecimientos políticos en Hungría (2012/2511(RSP)) (P7_TA(2012)0053, B7-0095/2012)

⁵⁶ Véase: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Joint Opinion on the Act on the Elections of Members of Parliament of Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session*, 662/2012 (Venice, 15-16 June 2012) (Council of Europe, Venice Commission, Strasbourg, 21 June 2012); *Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 90th Plenary Session*, 663/2012 (Venice, 16-17 March 2012) (Council of Europe, Venice Commission, Strasbourg, 19 March 2012); *Opinion on Act CCVI of 2011 on the right to freedom of conscience and religion and the legal status of churches, denominations and religious communities of Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 90th Plenary Session*, 664/2012 (Venice, 16-17 March 2012) (Council of Europe, Venice Commission, Strasbourg, 19 March 2012); *Opinion on Act CLI of 2011 on the Constitutional Court of Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session*, 665/2012 (Venice, 15-16 June 2012) (Council of Europe, Venice Commission, Strasbourg, 19 June 2012); *Opinion on Act CLXIII of 2011 on the Prosecution Service and Act CLXIV of 2011 on the Status of the Prosecutor General, Prosecutors and other Prosecution Employees and the Prosecution Career of Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session*, 668/2012 (Venice, 15-16 June 2012) (Council of Europe, Venice Commission, Strasbourg, 19 June 2012); *Opinion on the Act on the Rights of Nationalities of Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session*, 671/2012 (Venice, 15-16 June 2012) (Council of Europe, Venice Commission, Strasbourg, 19 June 2012); *Opinion on Act CXII of 2011 on informational Self-determination and Freedom of Information of Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 92nd Plenary Session*, 672/2012 (Venice, 12-13 October 2012) (Council of Europe, Venice Commission, Strasbourg, 16 October 2012); y *Opinion on the Cardinal Acts on the Judiciary that were amended following the adoption of CDL-*

Finalmente, los requerimientos de la UE, los dictámenes críticos del Consejo de Europa y de otras organizaciones internacionales de defensa de los derechos fundamentales y, desde luego, la presión económica, terminaron por suavizar un poco las medidas del Gobierno húngaro y la respuesta de la propia UE. Así, en carta dirigida al Presidente de la Comisión, Barroso, el 13 de marzo de 2012, el Primer Ministro Orbán le promete a la Comisión realizar cambios normativos en línea con las preocupaciones expresadas por el ejecutivo europeo, tanto en lo que se refería a la independencia del Banco Central húngaro y a la ley que lo regulaba («*The draft amendment covers the majority of the points raised by the Commission*»); como a la ley sobre la Autoridad para la Protección de Datos, y al adelanto de la edad de jubilación de los jueces («*I can assure you that all concerns raised by the relevant services of the Commission shall also be addressed by the Hungarian authorities*»). Pero, desde luego, lo que más preocupaba a Orbán era el apoyo económico de la Unión, por lo que no pierde la oportunidad de pedir a la Comisión que haga lo necesario para que la ayuda llegue sin retraso («*I also seek your cooperation to make the necessary arrangements to start talks to reach an agreement on a precautionary financing facility for Hungary so that any unnecessary delay can be avoided*»).⁵⁷

La carta de Orbán no pudo evitar la suspensión temporal de la entrega de las aportaciones del Fondo de Cohesión, aprobadas el mismo día de su firma, pero el cambio —cuando menos formal— de actitud en sus relaciones con las autoridades de Bruselas, el cambio también en partes de la normativa cuestionada —cambios que seguirían produciéndose en los meses sucesivos—, así como las negociaciones y acuerdos con el Banco Central Europeo sobre la independencia del Banco Central húngaro, permitieron que la Comisión decidiera recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Unión solamente dos de los aspectos inicialmente criticados: la jubilación anticipada de los jueces y la independencia de la agencia de protección de datos. Los recursos fueron presentados formalmente el 18 de junio de 2012, y, en el caso de la jubilación anticipada de los jueces, la Sentencia del Tribunal de Justicia se produjo muy pronto, el 6 de noviembre de 2012. Entendió entonces el alto Tribunal que «*Hungría ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al adoptar un régimen nacional que obliga a cesar en su actividad profesional a los jueces, fiscales y notarios que han alcanzado la edad de 62 años y entraña una diferencia de trato por motivos de edad que carece de proporcionalidad con los objetivos perseguidos*».⁵⁸

La situación dio un giro importante cuando, en diciembre de 2012, el Tribunal Constitucional húngaro, formado aún por jueces provenientes de la etapa anterior, declaró inconstitucional buena parte de las previsiones de las Disposiciones Transitorias y de las «*leyes cardinales*» aprobadas en desarrollo de la Ley Fundamental, bloqueando

AD(2012)001 on Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 92nd Plenary Session, 683/2012 (Venice, 12-13 October 2012) (Council of Europe, Venice Commission, Strasbourg, 15 October 2012).

⁵⁷ Viktor Orbán, Prime Minister, letter to José Manuel Barroso, President of the European Commission, Budapest, 13th March 2012.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 6 de noviembre de 2012. Asunto C-286/12, Comisión Europea contra Hungría.

con ello el programa ideológico-normativo del Primer Ministro Orbán y su partido Fidesz. El argumento utilizado por el Tribunal fue más de carácter técnico que sustantivo; en su opinión, las Disposiciones Transitorias carecían verdaderamente de naturaleza transitoria y, en este sentido, entendía el Tribunal, «las previsiones que suplementen o enmienden el texto normativo de la Ley Fundamental deben ser integradas en el texto normativo de la Ley Fundamental ('principio de integración')».⁵⁹ Sin embargo, la decisión del Tribunal Constitucional sirvió como excusa suficiente para que el Primer Ministro Orbán diese un gran paso más hacia adelante en su reforma conservadora. Así, basado en esta misma argumentación, el Gobierno húngaro contestó entonces con una amplia reforma de la Ley Fundamental —formalmente denominada «Cuarta Enmienda de la Ley Fundamental»— cuyo objetivo principal fue precisamente integrar en ella todas las previsiones que el Tribunal Constitucional había considerado inconstitucionales.⁶⁰ Esta integración en la Ley Fundamental de un conjunto normativo tan amplio y diverso no era un mero ejercicio de reordenación normativa —ingeniería constitucional— basado en principios racionales, sino un verdadero ejercicio político dirigido a privar al Tribunal Constitucional de la potestad de pronunciarse sobre esos preceptos, dado que, a partir de ese momento, pasaban ellos mismos a ser parte de la Ley Fundamental, a ser preceptos constitucionales y, por lo tanto a ser parámetros de interpretación y no objeto de enjuiciamiento constitucional. Así, aprovechando la oportunidad que se le brindaba, el Gobierno húngaro fue más allá y, por una lado —en el aspecto positivo—, utilizó la reforma para introducir en el texto algunas de las modificaciones que le habían sido sugeridas por la UE, por la Comisión de Venecia y por otras entidades públicas; pero, por otro lado —en el aspecto negativo—, utilizó la reforma también, en su mayor parte, para profundizar en el programa ideológico-normativo iniciado con la primera redacción de la Ley Fundamental, en el año 2011, y para blindarlo frente a futuros intentos de reforma a través de su constitucionalización.

59 Decisión N° 45/2012, de 28 de diciembre de 2012, sobre las Disposiciones Transitorias. Las declaraciones de inconstitucionalidad de las «leyes cardinales» se produjeron de forma individualizada sobre cada una de ellas. Una explicación pormenorizada —política y jurídica— de las decisiones del Tribunal Constitucional y de lo ocurrido entonces se encuentra en los documentos oficiales que el Gobierno húngaro presentó ante la Comisión de Venecia, con motivo de la aprobación de la denominada «Cuarta Enmienda de la Ley Fundamental». Véase: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary and Technical Note* (CDL-REF(2013)014). Opinion n° 720/2013 (Strasbourg, 21 March 2013); y *Background document on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary* (CDL-REF(2013)019). Opinion n° 720/2013 (Strasbourg, 24 April 2013). Véase también la opinión de la Comisión de Venecia sobre la Cuarta Enmienda en: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 95th Plenary Session*, 720/2013 (Venice, 14-15 June 2013) (Council of Europe, Venice Commission, Strasbourg, 17 June 2013).

60 La Ley Fundamental, en su cortísima vida, había sido ya reformada tres veces: la Primera Enmienda de la Ley Fundamental fue aprobada por la Asamblea Nacional húngara el 4 de junio de 2012, y por ella se estableció que las Disposiciones Transitorias pasasen a formar parte de la Ley Fundamental. La Segunda Enmienda, aprobada por la Asamblea el 29 de octubre de 2012, introdujo el requisito del registro previo voluntario de los electores para poder votar en las Disposiciones Transitorias. Y la Tercera Enmienda, aprobada por la Asamblea el 21 de diciembre de 2012, estableció que los límites y condiciones de la adquisición de la propiedad y del uso de tierras cultivables y bosques, así como las normas que rigen la organización de la producción agrícola se definan por «ley cardinal».

La «Cuarta Enmienda a la Ley Fundamental», de 11 de marzo de 2013, es, por tanto, una extensa ley de reforma constitucional, de 22 artículos, que afecta de manera sustantiva al articulado de la Ley Fundamental y, sobre todo —en lo que aquí interesa— a aspectos constitucionales relevantes de la misma, como *a)* su contenido ideológico, *b)* la división de poderes, y *c)* los derechos fundamentales.

a) En lo que se refiere al contenido ideológico de la reforma, el Art. 3 refuerza la dura crítica del régimen comunista y se reafirma la responsabilidad criminal del Partido Socialista Obrero Húngaro y de todos sus dirigentes. Como reconoce la Comisión de Venecia, el problema se encuentra aquí, sin embargo, en que esta responsabilización criminal se realiza de manera abstracta, sin precisión de responsabilidades personales por actuaciones concretas o en períodos concretos. Ello, evidentemente, debería haberse hecho mediante la legislación penal ordinaria; la responsabilidad criminal no es materia propia de una Constitución. Por otra parte, el Art. 1, establece la familia como la «base para la sobrevivencia de la nación», y la define como la «unión de un hombre y una mujer», al mismo tiempo que establece que los vínculos familiares «se basan en el matrimonio o en la relación entre padres e hijos». Este concepto estrecho y formalizado de la familia, no sólo excluye las relaciones estables monosexuales, sino también las uniones permanentes heterosexuales no formalizadas jurídicamente, a las que —como dice la Comisión de Venecia— no se les atribuye garantía alguna, había sido regulado por una ley sobre protección de la familia que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional en diciembre de 2012.

b) En lo que se refiere a la división de poderes, la reforma de la Cuarta Enmienda supone una clara transgresión de ésta, por cuanto limita la independencia del poder judicial y reduce la capacidad competencial del Tribunal Constitucional. *i)* Con respecto a la independencia del poder judicial, ésta se ve claramente deteriorada por la creación de una nueva figura, el Presidente de la Oficina Judicial Nacional —nombrado por el Parlamento, a propuesta del Presidente de la República—, al que se le atribuyen competencias administrativas que exceden las que eran propias de la Oficina Judicial Nacional y que inciden en la función jurisdiccional: dirigir la administración de la justicia, o transferir casos del tribunal competente ordinario a otro tribunal, de acuerdo con lo que se establezca en una «ley cardinal» (Arts. 13 y 14). Con respecto a esta última potestad, de hecho, su ejercicio permitió al Presidente de la Oficina Judicial Nacional transferir casos relevantes de corrupción de los tribunales Budapest a otros tribunales menores fuera de la capital, con menor experiencia y fuera de la observación de los medios de comunicación. Y *ii)* con respecto al Tribunal Constitucional, como ya se ha dicho en párrafos anteriores, la intención general de la Cuarta Enmienda fue precisamente introducir en la Ley Fundamental aquellas provisiones de las Disposiciones Transitorias y de las «leyes cardinales» que el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucionales. Ello, no sólo suponía una grave desautorización jurídica y política del alto Tribunal, sino que suponía también bloquear constitucionalmente esos preceptos, impidiendo así tanto su modificación legislativa posterior —se requieren dos tercios de los votos del Parlamento—, como su revisión por el Tribunal Constitucional. A mayor abundamiento, el Art. 19 de la Cuarta Enmienda anula todas las decisiones del Tribunal Constitucional previas a la entrada en vigor de la Ley Fundamental, privándole así del importante apoyo doctrinal de su propia jurisprudencia; el Art. 12.3 prohíbe

que el alto Tribunal pueda revisar jurisdiccionalmente enmiendas a la Ley Fundamental, salvo en lo que se refiera a cuestiones de procedimiento; el Art. 17.1 prohíbe la revisión por el Tribunal Constitucional de normas de carácter presupuestario «mientras la deuda pública del Estado supere la mitad del producto interior bruto», excepto por cuestiones de procedimiento; el Art. 12.1 limita el tiempo que tiene el Tribunal Constitucional para pronunciarse en las cuestiones prejudiciales presentadas por los tribunales ordinarios a sólo 30 días; y, en fin, el Art. 12.2 de la Cuarta Enmienda atribuye legitimidad para presentar recursos abstractos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional al Presidente de la «Kúria» —Tribunal Supremo— y al Fiscal General, lo que supone en la práctica introducir al poder judicial en el debate político, en el pronunciamiento general sobre la constitucionalidad de las leyes, más allá de su aplicación al caso concreto.

Por otra parte, dentro de este campo de medidas conducentes a reducir la separación de poderes y las garantías jurisdiccionales, puede ser incluida también la previsión del Art. 17.2 de la Cuarta Enmienda que establece la posibilidad de crear una contribución especial dirigida a abonar las obligaciones —sanciones o no— que puedan ser impuestas por decisiones del Tribunal de Justicia de la UE, o cualquier otro tribunal o institución ejecutiva con competencia para ello. Esta atribución directa a los ciudadanos de la responsabilidad del pago de las cantidades que se puedan derivar de los incumplimientos por el Estado de sus obligaciones legales, en el marco del Derecho de la UE, o en el marco del Derecho nacional, no puede resultar sino en una limitación de la autonomía decisoria de los órganos jurisdiccionales y, desde luego —como advierte la Comisión de Venecia— en una clara animadversión de los ciudadanos con respecto a los órganos jurisdiccionales y con respecto a la UE.

c) En lo que se refiere a los derechos fundamentales, la Cuarta Enmienda (Art. 8) introduce en la Ley Fundamental la posibilidad de que el Parlamento pueda declarar ilegal la ocupación permanente de espacios públicos como vivienda. Esta previsión constitucionaliza la posibilidad de imponer sanciones penales a los sin techo, que utilizan la vía pública como lugar de residencia, y que, de hecho, había impuesto la ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, que permitía elevadas multas e, incluso, sesenta días de prisión en estos casos. El Art. 5.2 impone como límite a la libertad de expresión la violación de «la dignidad de la Nación húngara, o de cualquier comunidad étnica, racial o religiosa». Esta previsión, que tiene como contenido positivo la prevención de la incitación al odio racial, étnico o religioso, lleva consigo, sin embargo, una gran indefinición, que pone en peligro, de manera general, la misma libertad de expresión. El Art. 5.1 de la Cuarta Enmienda limita la publicidad política durante las campañas electorales a los medios de comunicación públicos, prohibiendo, por tanto, la publicidad política en los medios de comunicación privados. Esta limitación pone la propaganda electoral en manos del Gobierno, que puede prohibir su difusión a un determinado partido, gracias a su control sobre los medios de comunicación públicos. Por esto mismo, el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional una ley sobre la materia en enero de 2013. El Art. 4 establece que corresponde al Parlamento reconocer a las organizaciones religiosas como «Iglesias» y, para ello, permite que el Parlamento establezca un período de tiempo para determinar su apoyo social y su capacidad para «la cooperación y promoción de objetivos comunitarios». Ello da, por

tanto, un poder excesivo y muy indefinido al parlamento para intervenir en un campo tan delicado como la libertad de conciencia y creencias religiosas. De hecho, en febrero de 2013, el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional una ley sobre esta materia que había llevado a numerosas organizaciones religiosas a perder su estatuto de tales, con la consiguiente pérdida de financiación y de otros derechos. El Art. 7 de la Cuarta Enmienda establece que el Parlamento podrá establecer por ley que el apoyo financiero a los estudiantes puede ser vinculado a la obligación de ocupar un empleo o de desempeñar actividades empresariales «regulados por la ley húngara» por un período determinado de tiempo. En realidad, se trataba de incluir en la Ley Fundamental un precepto verdaderamente abusiva impuesta por un decreto gubernamental —declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional— por el cual los estudiantes cuyos estudios habían sido financiados por el Estado estaban obligados a trabajar en Hungría, tras su graduación, por un período igual al doble del tiempo dedicado a sus estudios. Ahora, esta constitucionalización, abre las puertas al restablecimiento de una norma similar en el futuro. Finalmente, el Art. 6 de la Cuarta Enmienda establece que las instituciones de educación superior, si bien son autónomas en lo que se refiere a su contenido académico —docencia, investigación, metodología—, su financiación estará controlada por el Estado, en lo que se refiere a sus límites, su gestión y su supervisión, lo que permite una decisiva intervención estatal en este importante ámbito, que es el fundamento de la autonomía universitaria que se predica.

La respuesta de la UE y de otras entidades internacionales ante esta reforma de la Ley Fundamental no se hizo esperar y fue más extensa y contundente que lo que había sido la respuesta a la propia Ley Fundamental y a la primera oleada de «leyes caerdinales». Y es lógico que la actuación desmesurada del Gobierno húngaro produjese una enorme preocupación, tanto por el motivo y la forma como se produjo la reforma de la Cuarta Enmienda, como por su contenido normativo. Ya antes de que ésta fuese oficialmente publicada, tanto el Hungarian Helsinki Committee, como el Consejo de Europa y la Comisión Europea se pronunciaron críticamente sobre la reforma y advirtieron sobre su carácter vulnerador de valores y principios básicos, defendidos por la UE y el Consejo de Europa.⁶¹ Al día siguiente de la aprobación de la Cuarta Enmienda, el Presidente de la Comisión, Barroso, se dirigía de nuevo al Primer Ministro Orbán y le advertía de que, hechos los primeros análisis legales, «la Comisión tiene serias preocupaciones sobre la compatibilidad de la Cuarta Enmienda a la Ley Fundamental húngara con la legislación de la UE y con el principio del Estado de Derecho». A la carta de Barroso seguiría después una contundente intervención de la Vicepresidenta de la Comisión, Viviane Reding, en el Parlamento Europeo.⁶² Pero, sin duda alguna, los documentos más relevantes en este momento —por la profundidad y extensión de análisis

61 Hungarian Helsinki Committee, Eötvös Károly Institute, Hungarian Civil Liberties Union, «Main concerns regarding the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary» (26 February 2013); «Statement from the President of the European Commission and the Secretary General of the Council of Europe on the vote by the Hungarian Parliament of the Fourth amendment to the Hungarian Fundamental Law» (European Commission, Memo, Brussels, 11 March 2013).

62 European Commission, Viviane Reding, Vice-President of the European Commission, EU Justice Commissioner, «Hungary and the Rule of Law - Statement of the European Commission in the Plenary Debate of the European Parliament» (EP Plenary/Strasbourg, 17 April 2013, Speech/13/324).

realizado, así como por la claridad y contundencia de sus críticas a la reforma constitucional húngara, y a todo el proceso político seguido hasta entonces en Hungría— fueron el dictamen de la Comisión de Venecia, de 17 de junio de 2013, y la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de julio de 2013.⁶³ Esta última llegó a pedir que se examinase la «conveniencia de recurrir a mecanismos previstos por el Tratado, en particular el apartado 1 del artículo 7 del TUE, si las respuestas de las autoridades húngaras no cumplen los requisitos del artículo 2 del TUE».⁶⁴

La verdad es, sin embargo, que las cosas fueron adquiriendo pronto un cariz diferente. El Gobierno húngaro, quizá asustado por la unanimidad y la contundencia de las críticas, se comprometió a realizar cambios en su reforma y en la normativa de desarrollo, asegurando —a pesar de todo— que su intención siempre fue mantenerse en el cumplimiento de sus deberes con la UE y en el respeto de sus valores fundamentales.⁶⁵ De hecho, apreciando este cambio de actitud, el 25 de junio de 2013, la asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa decidió no abrir un proceso de investigación sobre Hungría —previo al expediente sancionador— que había sido pedido dos meses antes y que podía haber concluido con una fuerte sanción.⁶⁶ Por otra parte, en el mismo mes de junio, el Consejo de la UE decidió cerrar el procedimiento sancionador que tenía abierto contra Hungría por la existencia de un déficit excesivo, por entender que Hungría había adoptado las medidas correctoras necesarias.⁶⁷

Finalmente, además de modificar algunos aspectos de su «legislación cardinal», el Gobierno húngaro puso en marcha la denominada «Quinta Enmienda de la Ley Funda-

63 **European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)**, *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary*. Adopted by the Venice Commission at its 95th Plenary Session, 720/2013 (Venice, 14-15 June 2013) (Council of Europe - Venice Commission, Strasbourg, 17 June 2013); Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo de 3 de julio de 2013 sobre la situación de los derechos fundamentales: normas y prácticas en Hungría (tras la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2012) (2012/2130(INI)), ponente Rui Tavares. Véase también el detallado análisis de Hungarian Helsinki Committee, Eötvös Károly Institute, Hungarian Civil Liberties Union, «Main concerns regarding the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary» (13 March 2013); y de Human Rights Watch, *Wrong Direction on Rights: Assessing the Impact of Hungary's New Constitution and Laws* (Washington, USA, 2013).

64 Resolución del Parlamento Europeo de 3 de julio de 2013 sobre la situación de los derechos fundamentales: normas y prácticas en Hungría, *cit.*, párrafo 87.

65 **European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)**, *Comments of the Government of Hungary on the draft Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary* (CDL-REF(2013)034). Opinion n° 720/2013 (Strasbourg, 14 June 2013). En una carta fechada el 12 de abril de 2013 y dirigida al Presidente de la Comisión, Barroso, el Primer Ministro Orbán decía lo siguiente: «Con referencia a su carta fechada el 11.04.2013, le agradezco la atención prestada por la Comisión y usted personalmente a la plena conformidad de la legislación húngara con la legislación europea. Ciertamente, pongo toda la atención sobre los puntos indicados y tengo el placer de informarle de que ya he dado los pasos legislativos necesarios para seguirlos. [...] le reitero el compromiso del Gobierno húngaro y del Parlamento húngaro con las normas y valores europeos y le aseguro la plena cooperación de mi Gobierno en el tratamiento de las preocupaciones suscitadas».

66 **Council of Europe - Parliamentary Assembly, Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee)**, Request for the opening of a monitoring procedure in respect of Hungary (AS/Mon(2013)08, amondoc08_2013, 25 April 2013).

67 Decisión del Consejo de 21 de junio de 2013, por la que se deroga la Decisión 2004/918/CE, relativa a la existencia de un déficit excesivo en Hungría (2013/315/UE) (DO L 173, 26.6.2013).

mental de Hungría», que fue aprobada por la Asamblea Nacional el 16 de septiembre de 2013. La Quinta Enmienda deroga algunas de las reformas más controvertidas de la Cuarta Enmienda, aceptando las duras críticas realizadas sobre la misma, poniendo así fin —hasta el momento de redactar estas líneas— a un errático y desmesurado proceso constitucional de reforma que ha supuesto una grave vulneración de los principios y valores que inspiran la UE. Así, la Quinta Enmienda vuelve a atribuir al Consejo Judicial Nacional la supervisión de la administración de los tribunales de justicia, que había sido atribuida a la Oficina Judicial Nacional y su Presidente por la Cuarta Enmienda; suprime la potestad que se había atribuido al Presidente de la Oficina Judicial Nacional de transferir casos judiciales de un tribunal a otro; amplía a 90 días el plazo de 30 que la Cuarta Enmienda había previsto para que el Tribunal Constitucional se pronunciase en las cuestiones prejudiciales; elimina el impuesto especial previsto para los casos de sanción económica impuesta a Hungría por las instituciones europeas o los tribunales de justicia; permite la publicidad política electoral tanto en medios de comunicación públicos como privados e impone que esa publicidad sea gratuita en campaña electoral, suprimiendo así la prohibición de la propaganda electoral en medios de comunicación privados impuesta por la Cuarta Enmienda; y, finalmente, se mantiene la potestad del Parlamento de reconocer oficialmente a las iglesias y se prevé la cooperación con el Estado en la consecución de objetivos comunitarios, pero esto último ya no es un requisito imprescindible para poder ser reconocido oficialmente como iglesia; además, se reafirma la independencia de las iglesias con respecto al Estado, se evita la discriminación entre las comunidades religiosas y las iglesias reconocidas, y se permite el acudir a los tribunales en este terreno. En todo caso, sólo los grupos oficialmente reconocidos como «iglesia» por el Parlamento adquieren los derechos que a ello se atribuyen.⁶⁸

En definitiva el Gobierno de Viktor Orbán, a partir de mayo de 2010, trajo consigo tres tipos de prácticas políticas y jurídico-constitucionales que suponen en su conjunto y, de manera específica, cada una de ellas, ejemplos claros del mal hacer en cada uno de esos terrenos y, por lo mismo, claras vulneraciones de los valores fundamentales de la UE establecidos por el Art. 2 del TUE, principalmente, de la democracia, del Estado de Derecho y del respeto de los derechos humanos. Así —como se ha visto en páginas anteriores— tanto la Ley Fundamental, como las Disposiciones Transitorias, como las cuatro primeras enmiendas, como las «leyes cardinales» que se fueron formulando en desarrollo de la Ley Fundamental, *a*) vulneraron derechos fundamentales reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; *b*) vulneraron el principio básico de la división de poderes y del Estado de Derecho, al interferir en la autonomía del poder judicial y reducir la capacidad de control jurisdiccional del Tribunal Constitucional; al utilizar de manera exagerada la vía de las «leyes cardinales», dificultando con ello la actividad legislativa futura, al bloquear —desde la situación coyuntural actual de mayoría parlamentaria superior a los dos tercios— un amplio número de materias; y al realizar un uso puramente instrumental de la Constitución, como si se tratase

68 Véase un análisis del contenido de la Quinta Enmienda de la Ley Fundamental en: Hungarian Politics In-Depth, «Fifth constitutional amendment: Just following orders?» (October 2013); Hungarian Helsinki Committee, Eötvös Károly Institute, Hungarian Civil Liberties Union, «Comments on the Fifth Amendment to the Fundamental Law of Hungary» (18 September 2013).

de una norma ordinaria del ordenamiento jurídico, modificándola al antojo de la mayoría gobernante para la consecución de sus propios objetivos políticos; y *c*) vulneraron el principio democrático al criminalizar a una parte de la oposición, por su «herencia» comunista, a lo que se añade —también en este terreno— la actuación política del Gobierno Fidesz-KDNP de marginar completamente a los grupos de la oposición parlamentaria, incumpliendo con ello la regla básica de la democracia, por la que gobernar democráticamente no es simplemente imponer la voluntad de la mayoría, por muy amplia que ésta pueda ser, sino hacerlo mediante el respeto a las minorías, a la ley, a la Constitución y a las convenciones internacionales que vinculan al Estado. Pues, como establece también el Art. 2 del TUE, esos valores «son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

Y, sin embargo, frente a todo ello, la UE fue incapaz de imponer sus propios valores y principios y de acudir al instrumento que, hoy por hoy, tiene para su defensa: el Art. 7 del TUE. Este instrumento se antojó demasiado contundente y difícil de ejecutar. Por ello, simplemente ha acudido a la presión política, a través de cartas y declaraciones de la Comisión, y de resoluciones del Parlamento Europeo, y a las medidas jurisdiccionales, llevando a Hungría ante el Tribunal de Justicia por la vulneración de aspectos muy concretos de la legislación secundaria de la Unión. Parece, pues, que se hace necesario el diseño de un nuevo instrumento para la defensa de los valores previstos en el Art. 2 del TUE; un instrumento que no parezca tan contundente y sancionador como el previsto en el Art. 7 del TUE, pero que permita actuar en el terreno de las medidas políticas, sin necesidad de bajar al nivel concreto de los recursos jurisdiccionales por infracción de la legislación secundaria.

III. LAS POSIBLES SOLUCIONES: EL MECANISMO DE COPENHAGUE

La Unión Europea se ha dotado de un fundamento sólido de valores, principios y derechos que no son sólo la base sobre la que se asienta su sistema político, sino que son su misma seña de identidad. Su formulación ha sido progresiva y ha acompañado al proceso mismo de integración: en la medida en el que éste se fue acentuando, pasando de la integración meramente económica a la integración política, también se fue fortaleciendo el fundamento dogmático de la Unión. Por otra parte, este fundamento no es una imposición foránea, ajena a los valores democrático-constitucionales de los Estados fundadores de lo que hoy es la UE; eran, por el contrario, valores y principios propios, formulados y desarrollados a través de un largo y costoso proceso, con avances y dramáticos retrocesos, que se inicia con la revolución liberal, en los siglos XVII y XVIII, y que se reafirman tras el final de la Segunda Guerra Mundial. Y se reafirman precisamente como un faro guía y como una barrera defensiva infranqueable frente al autoritarismo, la intolerancia, la desigualdad y la discriminación social, que tanto daño han producido en Europa.

La más reciente experiencia política y económica de la UE demuestra, sin embargo, con intensidad variable, pero preocupante en todo caso, que —como hemos visto en páginas anteriores— estos valores y principios no están tan sólidamente asentados como pudiera parecer, y que las pulsiones autoritarias e intolerantes siguen ahí presentes y

amenazan con su restablecimiento a la más mínima oportunidad que pueda surgir. Cuando la UE afirma de sí misma que «se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías», dice también que estos valores «son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». Esto es, desde luego, una afirmación formal, jurídica; pero ¿responde verdaderamente a la realidad? o, al menos ¿responde de la misma manera a la realidad política y social de todos los Estados miembros de la Unión? ¿es verdaderamente común a todos los Estados miembros de la Unión esa realidad en la que todas y cada una de sus sociedades viven cotidianamente en el respeto al pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la plena igualdad entre mujeres y hombres? Si hemos de ser absolutamente sinceros con nosotros mismos —como ciudadanos y como Estados miembros de la Unión—, la respuesta que tenemos que dar es negativa. Quizá cabría decir que —como hemos visto— unos más y otros menos, o que algunos en un momento más y en otro momento menos.

De aquí, pues, la necesidad de que la UE, como un todo, vuelva sobre sus valores y principios y afronte la inaplazable tarea de reafirmarlos y protegerlos, jurídica y políticamente. En realidad, analizando con más detalle y profundidad las últimas modificaciones operadas en la UE, fundamentalmente en el ámbito de la reforma de la gobernanza económica, así como los instrumentos de supervisión temporal impuestos a algunos de los Estados recientemente adheridos a la Unión, podríamos decir que, en conjunto, la UE cuenta en este momento con tres mecanismos dedicados específicamente a la supervisión o control del respeto por parte de los Estados miembros de los valores fundamentales de la Unión, principalmente en lo que se refiere a la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales:⁶⁹ el procedimiento del Art. 7 del TUE, descrito en páginas anteriores; el Mecanismo de Cooperación y Verificación (CVM), diseñado especialmente para supervisar el progreso realizado por Rumanía y Bulgaria en los campos de la lucha contra la corrupción, el crimen organizado y la reforma del poder judicial, temas que quedaron pendientes de completar tras la forma de su Tratado de Adhesión;⁷⁰ y el mecanismo de control de la eficiencia de la justicia denominado

69 En esta línea, Carrera et al. distinguen hasta nueve mecanismos de control y supervisión de los Estados miembros: el Art. 7 del TUE; el Mecanismo de Cooperación y Verificación; el informe bianual anticorrupción; el «Justice Scoreboard»; el Informe anual de la Comisión sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; el Informe anual del Parlamento Europeo sobre la situación de los Derechos Fundamentales en la UE; el Informe anual de actividades de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA); el Informe anual del Defensor del Pueblo Europeo; y el Informe anual de la Agencia Europea Anti-Fraude (OLAF). Carrera, Sergio; Guild, Elspeth; Hernanz, Nicholas, *The Triangular Relationship between Fundamental Rights, Democracy and the Rule of Law in the EU: Towards an EU Copenhagen Mechanism* (Brussels: CEPS, 2013), pp. 42-56.

70 Véase European Commission, Commission Decision of 13/XII/2006 establishing a mechanism for cooperation and verification of progress in Bulgaria to address specific benchmarks in the areas of judicial reform and the fight against corruption and organised crime (C (2006) 6570 final; Brussels, 13.12.2006); y Commission Decision of 13/XII/2006 establishing a mechanism for cooperation and verification of progress in Romania to address specific benchmarks in the areas of judicial reform and the fight against corruption (C (2006) 6569 final; Brussels, 13.12.2006).

«Justice Scoreboard», que, en lo que aquí más interesa, analiza también, de manera específica, la independencia de los jueces y tribunales.⁷¹

Sin embargo, de todos estos mecanismos, sólo el previsto en el Art. 7 del TUE, en sus dos versiones, preventiva y sancionadora, tiene el carácter general, omnicompreensivo, que le permite ser utilizado para controlar el respeto por parte de los Estados miembros de los valores fundamentales de la UE, en su conjunto, tal y como aparecen enunciados en el Art. 2 del TUE. Pero, como hemos visto en páginas anteriores y las experiencias políticas descritas revelan, este mecanismo se ha manifestado inadecuado a estos efectos. Es, por un lado, un mecanismo costoso de poner en marcha y de ejercer, por su complejidad —con la participación del Consejo Europeo, del Consejo y de la Comisión en el proceso— y por las mayorías requeridas para su incoación y para la adopción de la decisión final. Y, por otro lado, es un mecanismo excepcional, tanto en el sentido de que sólo está previsto para ser puesto en marcha en momentos concretos, como en el sentido de que la medida sancionadora última es muy contundente —puede llegar a la suspensión del derecho de voto en el Consejo—,⁷² si bien no parece que el tenor literal del precepto —la suspensión de «determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados»— permita la suspensión plena de la pertenencia a la UE, en todos sus aspectos, ni —claro es— la expulsión, que no es explícitamente mencionada: se habla sólo de «suspensión» y, por lo tanto, de una medida temporal.⁷³

Se necesita, por tanto, un nuevo mecanismo que sustituya o complemente al previsto en el Art. 7 del TUE, que aquí hemos analizado. Un mecanismo que permita una protección más eficaz, intensa y continuada, de los valores de la Unión previstos en el Art. 2 del TUE. Un mecanismo que, por un lado, permita hacer un seguimiento continuo de la actuación de todos los Estados miembros en este terreno —por igual, sin discriminación alguna—, y que, por otro lado, permita un abanico más amplio de decisiones por parte de la Unión con respecto a los Estados incumplidores; decisiones que —en nuestra opinión— deberían ir de lo más tenue —indicaciones, recomendaciones, ayuda— a lo más contundente, incluido lo hoy no previsto: la expulsión de la UE. Se necesita, en definitiva, superar la gran paradoja que subyace al hecho de que para ingresar en la UE se exija superar un rígido proceso de adhesión, uno de cuyos requisitos sea cumplir los llamados «criterios de Copenhague» —entre los que se encuentra tener «una estabilidad de instituciones que garantice la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías»—, y que, en cambio, una vez que el Estado es

71 Véase *European Commission, The EU Justice Scoreboard - A tool to promote effective justice and growth* (COM(2013) 160 final) (Brussels, 27 March 2013).

72 La Vicepresidenta de la Comisión Europea, Viviane Reding, calificó este mecanismo como una bomba nuclear. En sus palabras: «Article 7 procedure is a nuclear option that should only be used by the Commission, Parliament and the Council when there is really no other solution» (Council of the European Union. Note from the General Secretariat of the Council to the Delegations. Subject: Plenary Session of the European Parliament, 11 September 2012: Council and Commission statements - Political situation in Romania (13780/12; PE 413; INST 528) (Strasbourg, 13 September 2012).

73 Véase una explicación detallada del contenido material y significado de este precepto en: Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea. Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión* (COM(2003) 606 final; Bruselas, 15.10.2003).

miembro de la UE, ya no exista un procedimiento de seguimiento y control que permita asegurar, de manera permanente, el respeto de esos mismos valores.⁷⁴

La necesidad de la introducción de un mecanismo de control o supervisión de estas características —que se ha venido en denominar «mecanismo de Copenhague», por cuanto iría dirigido a asegurar, de manera permanente, el cumplimiento de los criterios de Copenhague, en lo que se refiere al respeto de la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías— ha sido defendida no sólo por la Comisión, sino también por el Parlamento Europeo y un sector de la doctrina académica especializada. Pero, lo que es más significativo y, quizá, importante —por la entidad de quien procede—, es que esta necesidad ha sido defendida también por los Gobiernos de algunos de los Estados miembros de la UE.

Así, la Vicepresidenta de la Comisión Europea, Viviane Reding, ante los graves problemas de índole constitucional habidos en Rumanía y en Hungría, que supusieron claras y graves vulneraciones de los valores de la Unión enunciados en el Art. 2 del TUE —fundamentalmente en lo que se refiere a la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos—, propuso en septiembre de 2012 el establecimiento de un mecanismo para vigilar la independencia del poder judicial y el respeto al principio del Estado de Derecho en todos los Estados miembros; un mecanismo que viniese a ser un instrumento intermedio entre el procedimiento habitual por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia —caracterizado por su tecnicidad y lentitud— y el procedimiento político del Art. 7 del TUE; un mecanismo que, además, estableciese parámetros para medir y comparar la eficiencia y la confianza de los sistemas judiciales de todos los Estados miembros.⁷⁵ En similar línea, el Parlamento Europeo —además de lamentar la débil respuesta de la Comisión a las violaciones de los derechos fundamentales producidas por algunos Estados miembros y el debilitamiento del Estado de Derecho, y de instar a la Comisión a que «garantice que los procedimientos de infracción aseguran la protección efectiva de los derechos humanos, en vez de intentar alcanzar acuerdos negociados con los Estados miembros»— propuso en noviembre de 2012 la creación de un mecanismo de control claro y un sistema de alerta rápida para vigilar a los Estados miembros y asegurar el respeto de los valores de la UE.⁷⁶

Ya en marzo de 2013, pocos días antes de que Hungría completase la aprobación parlamentaria de su Cuarta Enmienda a la Ley Fundamental —cuyo contenido vulnerador de los valores fundamentales de la UE era ya conocido—, los ministros de asuntos exteriores de Alemania, Finlandia, Dinamarca y los Países Bajos, dirigieron una carta al Presidente de la Comisión Europea, en la que, además de subrayar que «los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho están en el corazón de la identidad eu-

⁷⁴ La Vicepresidenta de la Comisión Europea, Viviane Reding, califica esta paradoja como el «*Copenhagen dilemma*» (European Parliament, Plenary Session of 11 September 2012: Council and Commission statements - Political situation in Romania, *cit.*).

⁷⁵ European Parliament, Plenary Session of 11 September 2012: Council and Commission statements - Political situation in Romania, *cit.* Este mecanismo es hoy el denominado «Justice Scoreboard», pero se refiere exclusivamente a la justicia.

⁷⁶ Parlamento Europeo, *Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2010-2011)* (2011/2069(INI)) Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ponente: Monika Flašíková Beňová (A7-0383/2012; 22.11.2012).

ropea» y que la credibilidad del proyecto europeo depende precisamente de que los Estados sean capaces de cumplir con las reglas que ellos mismos se han impuesto como miembros de la Unión, resaltan la necesidad de un nuevo y más efectivo mecanismo para la protección de los valores fundamentales de la Unión en los Estados miembros. Los ministros proponían que fuese la Comisión Europea quien tuviese el papel principal en el funcionamiento de este mecanismo, dada la función de «guardiana de los Tratados» que tiene formalmente atribuida. Y, por otra parte, los ministros ofrecían ya algunas posibles líneas de actuación para este mecanismo, tales como el establecimiento de un diálogo político estructurado con los Estados, llevar la cuestión al Consejo en una etapa más temprana de la posible violación, la conclusión de acuerdos vinculantes con los Estados en cuestión y, en última instancia, la penalización con la suspensión de la financiación europea para los Estados incumplidores.⁷⁷

El Parlamento Europeo volvió sobre el tema en el denominado Informe Tavares, sobre la situación de los derechos fundamentales y las prácticas legales y constitucionales en Hungría, de julio de 2013, proponiendo entonces, de manera más concreta, la constitución de un «Grupo de Alto Nivel de Copenhague», o «Comisión de Copenhague», como grupo de sabios o evaluación, constituido en el marco del Art. 70 del TFUE, el cual permite al Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptar medidas para efectuar una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación por los Estados miembros de las políticas de la Unión adoptadas en espacio de libertad, seguridad y justicia. Además, el Parlamento Europeo —sin excluir la posibilidad de una reforma de los Tratados que modificase el Art. 7 del TUE— propone una reconsideración del mandato de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), que debería ser reforzado para incluir la supervisión periódica del cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 2 del TUE por parte de los Estados miembros. En fin, para el Parlamento Europeo, este mecanismo de supervisión debería ser independiente de influencias políticas; operar en colaboración con otros órganos internacionales en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho; ejercer su supervisión de manera uniforme en todos los Estados miembros, evitando los riesgos de dobles raseros; advertir a la UE de manera temprana sobre cualquier riesgo de vulneración de sus valores fundamentales; y formular recomendaciones a las instituciones de la UE y a los Estados miembros sobre cómo subsanar cualquier vulneración de los valores consagrados en el artículo 2 del TUE.⁷⁸

El Parlamento Europeo sería aún más concreto en el desarrollo de su propuesta de establecimiento de un nuevo mecanismo de control del respeto de los valores de la Unión —«mecanismo de Copenhague»— en su Informe sobre la situación de los derechos fun-

77 Ministerie van Buitenlandse Zaken, Letter from Dr. Guido Westerwelle, Bundesminister des Auswärtigen [Germany], Frans Timmermans, Minister van Buitenlandse Zaken [the Netherlands], Villy Søvndal, Udenrigsministeriet [Denmark], Erkki Tuomioja, Ulkomisteri [Finland], March 6, 2013. (rijksoverheid.nl).

78 Parlamento Europeo, *Informe sobre la situación de los derechos fundamentales: normas y prácticas en Hungría (tras la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2012)* (2012/2130(INI)). Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ponente: Rui Tavares (A7-0229/2013; 24.6.2013); y Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de julio de 2013, sobre la situación de los derechos fundamentales: normas y prácticas en Hungría (tras la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2012)* [2012/2130(INI)].

damentales en la Unión Europea en el año 2012, que fue publicado en 2014.⁷⁹ En este Informe, el Parlamento Europeo insiste, una vez más en la necesidad de establecer lo que él denomina «nuevo mecanismo de Copenhague», destinado a supervisar el cumplimiento de los criterios de Copenhague por todos los Estados miembros de forma permanente, efectiva y vinculante. En su opinión, este mecanismo podría ser establecido de manera inmediata, a través de una decisión de la Comisión, con la plena colaboración del Parlamento Europeo y en cooperación con la FRA. Este mecanismo tendría, entre otros, los siguientes objetivos: establecer indicadores sobre derechos fundamentales, como los elaborados en el ámbito de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa; ocuparse del seguimiento de la situación en la Unión y en los distintos Estados miembros mediante un proceso regular y objetivo (FRA, Comisión, Consejo, Parlamento Europeo y Parlamentos nacionales); llevar a cabo evaluaciones objetivas, comparativas y periódicas, por cada derecho fundamental o área temática y por institución y Estado miembro; establecer un ciclo político europeo sobre la aplicación del artículo 2 del Tratado UE, anual y plurianual; establecer una base de datos con el fin de mejorar la accesibilidad y visibilidad de la información sobre la protección de los derechos fundamentales, el Estado de Derecho, la democracia y la igualdad; elaborar un conjunto de recomendaciones, junto con sanciones efectivas, proporcionadas y realmente disuasorias, para hacer frente a las violaciones de los artículos 2 y 7 del Tratado UE; integrar un sistema de alerta temprana, diálogo político y técnico, cartas de emplazamiento y un «procedimiento de bloqueo», para garantizar que los Estados miembros, a petición de las instituciones de la UE, suspendan la aprobación de leyes que pudieran ignorar o violar derechos fundamentales o el ordenamiento jurídico de la UE. Y, en fin, vuelve también a pronunciarse por una modificación de los Tratados, para reforzar la protección de los derechos fundamentales, que suponga: *a*) la revisión del Art. 7 del Tratado UE, añadiendo una «fase de aplicación del artículo 2 del Tratado UE», y separando la fase de «riesgo» de la fase de «violación», modificando las mayorías hoy previstas, consolidando el análisis técnico y objetivo —no sólo político— y estableciendo un mayor diálogo con las instituciones de los Estados miembros y un abanico más amplio de sanciones aplicables; *b*) la elaboración de un procedimiento de coordinación y supervisión de los derechos fundamentales, basado en el modelo del Art. 121 del TFUE, para la coordinación de las políticas económicas de la UE; *c*) la ampliación de las vías de recurso y de las competencias de la Comisión y del Tribunal de Justicia; *d*) la inclusión de una referencia a la FRA en los Tratados, permitiendo la modificación de su Reglamento constitutivo, no por unanimidad, como sucede en la actualidad, sino por mayoría cualificada; *e*) la supresión del Art. 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; *f*) permitir al Parlamento incoar procedimientos sobre violación del artículo 2 del TUE en pie de igualdad con la Comisión y el Consejo, y que la FRA pueda prestar su apoyo especializado durante el procedimiento; y *g*) la supresión del requisito de unanimidad en ámbitos relacionados con el respeto, la protección y la promoción de los derechos fundamentales, como la igualdad y la no discriminación (por ejemplo, el artículo 19 del TFUE).

79 Parlamento Europeo, *Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2012)* (2013/2078(INI)). Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ponente: Louis Michel (A7-0051/2014; 27.1.2014).

Finalmente, la creación del «mecanismo de Copenhague», para supervisar la actuación de los Estados miembros con el objetivo de asegurar el respeto de los valores fundamentales de la UE, ha sido también sostenida por un sector de la doctrina académica, cuyo análisis detallado excede con mucho los límites y la intención de este trabajo. Baste aquí mencionar, por todos, el trabajo de Carrera, Guild y Hernanz, precisamente por ser el resultado de un estudio realizado en octubre de 2013 a solicitud de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, del Parlamento Europeo.⁸⁰

IV. CONCLUSIÓN

La UE se fundamenta en un conjunto de valores que son enunciados en el Art. 2 del TUE de manera explícita: el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Valores que el mismo precepto considera que son comunes a todos los Estados miembros. Estos valores no son sólo un programa político, o una bandera a seguir, son verdaderamente el fundamento del edificio de la Unión y, por lo tanto, son también una parte sustantiva de su identidad como comunidad política. Estos valores, además, en lo que hacer referencia a los derechos fundamentales, se concretan materialmente como derechos subjetivos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2007. En este sentido, estos valores tienen una doble dimensión: como fundamento político de la Unión y su gobierno, y como un conjunto de derechos subjetivos articulados en un documento que —según el Art. 6.1 del TUE— tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Ello supone que, como norma jurídica que son, cualquiera que sea la dimensión desde la que los consideremos, los valores fundamentales de la Unión están protegidos jurídicamente. En su dimensión como valores fundamentales de carácter general, su protección se encuentra en el mecanismo previsto en el Art. 7 del TUE y en el doble procedimiento —preventivo y sancionador— allí previsto. Y en su dimensión como derechos subjetivos, según lo previsto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, su protección se encuentra —en los términos establecidos por el Art. 51 de la misma Carta - en los recursos jurisdiccionales ante el Tribunal de Justicia de la UE o ante los tribunales ordinarios

⁸⁰ European Parliament, Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *The triangular relationship between Fundamental rights, Democracy and Rule of law in the EU - Towards an EU Copenhagen Mechanism* (European Parliament, October 2013); posteriormente publicado como libro: Carrera, Sergio; Guild, Elspeth; Hernanz, Nicholas, *The Triangular Relationship between Fundamental Rights, Democracy and the Rule of Law in the EU: Towards an EU Copenhagen Mechanism* (Brussels: CEPS, 2013). Véase un resumen del mismo en: Carrera, Sergio; Guild, Elspeth; Hernanz, Nicholas, «Rule of law or rule of thumb?: A New Copenhagen Mechanism for the EU», *CEPS Policy Brief*, N° 303 (20 November 2013). En similar línea van los trabajos de la profesora Scheppele, si bien éstos están muy enfocados en el problema húngaro; véase: Scheppele, Kim Lane, «In praise of the Tavares Report», *Hungarian Spectrum*, July 3, 2013; Scheppele, Kim Lane, «What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions», *Hungarian Spectrum*, November 27, 2013; y Scheppele, Kim Lane, «EU Commission v. Hungary: The Case for the 'Systemic Infringement Action'», *Verfassungsblog*, 22 Nov. 2013.

de los Estados miembros, en función de quien sea la autoridad vulneradora de los derechos y del tipo de precepto vulnerado.

En este estudio nos hemos concentrado en el análisis de los valores fundamentales de la Unión en su dimensión constitucional, como modelo y límite de la acción de los Estados miembros, y del instrumento de control hoy en día previsto para asegurar su respeto y la adecuación de la acción estatal a los mismos. Y, la conclusión que se obtiene de todo ello no es demasiado alentadora: se han producido vulneraciones graves de los valores fundamentales y la UE no ha sabido encontrar la respuesta adecuada, ágil y contundente, y no ha querido utilizar el mecanismo previsto en el Art. 7 del TUE, precisamente por entender que se trata de un instrumento excesivamente grave y de último recurso. Esto lleva a la necesidad de diseñar un nuevo instrumento de protección general de los valores fundamentales de la Unión que se dirija más a la prevención que a la sanción; a la supervisión y control permanente, que evite las violaciones de los valores fundamentales sin tener que llegar a la sanción. Pero, desde luego, ese nuevo mecanismo o instrumento jurídico —«mecanismo de Copenhague»— ha de ser completo y cubrir tanto la fase preventiva del proceso como la fase sancionadora y, en este último aspecto, la UE no debería ser tímida y debería prever las sanciones más graves para las violaciones más graves, incluida la expulsión de la Unión, hoy en día no prevista en los Tratados.

Y no cabe aquí aludir el respeto que la Unión debe prestar a la identidad nacional de los Estados miembros, «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos» —como establece el Art.4.2 del TUE—, o a las diferentes tradiciones y sistemas y jurídicos de los Estados miembros —como establece el Art. 67.1 del TFUE—, para justificar una vulneración de estos valores o una interpretación restrictiva de los mismos, dado que se trata de unos valores de carácter jurídico superior, a cuyo respeto y promoción se comprometen los Estados por el hecho mismo de su adhesión a la UE (Art. 49 del TUE) y que, además, son valores afirmados como comunes a todos los Estados miembros en el Art. 2 del TUE. No cabe aquí, pues, la diferencia. Por lo demás, si la UE se impone a sí misma como objetivo, en sus relaciones con el resto del mundo, la afirmación y promoción de sus valores (Art. 3.5 del TUE), sería incoherente y deterioraría, no sólo su imagen —que hoy es muy buena en este terreno—, sino también el fundamento de su política exterior, si no hiciese esa misma afirmación y promoción de sus propios valores en su interior.

En definitiva, pues, como en su momento dijeron los ministros de asuntos exteriores de Alemania, Finlandia, Dinamarca y los Países Bajos, en la carta que el 6 de marzo de 2013 dirigieron al Presidente de la Comisión Europea —que se menciona en páginas anteriores—, los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho son el corazón de la identidad de la Unión Europea, el pegamento que la mantiene unida, por ello, el éxito del proyecto europeo depende de que la Unión sea capaz de protegerlos y de imponer su realización de manera cotidiana.

TITLE: *The European Union as a union of fundamental values and rights: Theory and reality*

ABSTRACT: *The UE is founded on a set of values which are mentioned in an explicit manner in Art. 2 of the TEU: respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights.*

Values which the same article states that are common to the Member States. Until now, the protection of these fundamental values is based on the mechanism foreseen in Art. 7 of the TEU. The existence of this mechanism though has not prevented the violation of these fundamental values by several of the Member States from taking place. This is why this article proposes the establishing of a new mechanism - the «Copenhagen mechanism» - which would be able to monitor the performance of the Member States on a permanent basis in order to prevent the violations from taking place, but which would also be able to impose the most serious penalties to the most serious violations of these fundamental values, including the expulsion of the UE.

RESUMEN: *La UE se fundamenta en un conjunto de valores que son enunciados en el Art. 2 del TUE de manera explícita: el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos. Valores que el mismo precepto considera que son comunes a todos los Estados miembros. Hasta ahora, la protección de estos valores fundamentales se encuentra en el mecanismo previsto en el Art. 7 del TUE. La existencia de este mecanismo no ha logrado, sin embargo, evitar la vulneración de los valores fundamentales de la UE por parte de varios de sus Estados miembros. En este sentido, este trabajo propone la formulación de un nuevo mecanismo —«mecanismo de Copenhague»— que sea capaz de hacer un seguimiento permanente de la actuación de los Estados para evitar que se produzcan esas vulneraciones, pero que sea capaz también de imponer las sanciones más graves a las vulneraciones de estos valores fundamentales, incluida la expulsión de la UE.*

KEY WORDS: *Fundamental values. Fundamental rights. Protection of the fundamental values and rights. Copenhagen criteria. Copenhagen Mechanism. European Union. France. Hungary. Romania.*

PALABRAS CLAVE: *Valores fundamentales. Derechos fundamentales. Protección de los valores y derechos fundamentales. Criterios de Copenhague. Mecanismo de Copenhague. Unión Europea. Francia. Hungría. Rumanía.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 26.01.2014

FECHA DE ACEPTACIÓN: 05.03.2014