

J.C. Fernández Rozas, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, 4, D-195, pp. 1867-1881.
ISSN: 0211:2744

EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA CONSOLIDADO POR LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Por José Carlos FERNANDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. El largo camino de lo intergubernamental a lo comunitario. 1. Antecedentes de la cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior. 2. Establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia: A) “Comunitarización” del sector; B) Los logros del Tratado de Amsterdam: la cooperación reforzada; C) Directrices políticas y objetivos del Consejo Europeo de Tampere de 1999. 3. Problemas derivados de la última ampliación. II. Líneas generales establecidas en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa de 2004. 1. Constitucionalización del orden jurídico comunitario. 2. Control de fronteras interiores y lucha contra la inmigración ilegal. 3. Respeto de los derechos fundamentales y de las tradiciones jurídicas: A) Protección del orden y de la seguridad versus protección de la vida privada; B) Cooperación en el ámbito penal; C) Cooperación en materia civil; D) Cooperación policial.

I. El largo camino de lo intergubernamental a lo comunitario

1. Antecedentes de la cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior

1. Desde hace cincuenta años, la cooperación interestatal en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior se ha desarrollado en distintos niveles: bilateral, regional (en el marco del Consejo de Europa, por ejemplo) o incluso mundial (gracias a Interpol y a las Naciones Unidas). En la UE, esta cooperación es más reciente; incluso si, a partir de 1957, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea estableció entre sus objetivos la libre circulación de personas en el territorio de la Comunidad, no fijó ninguna medida relativa al paso de las fronteras, la inmigración o la política de visados. La libre circulación quedó circunscrita al plano económico involucrando exclusivamente a los trabajadores. La voluntad de ampliar esta libertad a todos y el desarrollo de fenómenos tales como la delincuencia transfronteriza organizada, el tráfico de drogas, la inmigración clandestina y el terrorismo, incitaron a los Estados miembros a establecer una cooperación pragmática en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior a partir de los años setenta.

Los orígenes de la cooperación se sitúan en el contexto de la puesta en marcha de la Unión Aduanera. Fue el Convenio de Nápoles de 1967 sobre la asistencia mutua entre las autoridades aduaneras el primer marco normativo de los intercambios entre los Estados miembros. El referido instrumento tenía por objeto reforzar, a través de una cooperación aduanera más eficaz y rápida, la lucha contra la proliferación de los tráfic

contrarios a las normativas aduaneras tanto nacionales como comunitarias. Establecía procedimientos según los cuales los Estados miembros de la Comunidad se prestarían mutuamente ayuda y cooperarían, por medio de sus administraciones aduaneras, con el fin de prevenir, investigar, perseguir y reprimir las infracciones aduaneras nacionales, así como para perseguir y reprimir las infracciones a las normativas aduaneras comunitarias. Los procedimientos previstos se refirieron, más concretamente, a tres ámbitos: la asistencia solicitada, la asistencia espontánea y las formas especiales de cooperación transfronteriza, que, entre otras cosas, harían posible que los agentes de un Estado miembro pudiesen intervenir en el territorio de otro Estado miembro.

2. A partir de 1975 se fue desarrollando de forma gradual una cooperación intergubernamental, fuera del marco jurídico de las Comunidades Europeas, en los ámbitos de la inmigración, el derecho de asilo y la cooperación policial y judicial. Su finalidad era intercambiar de manera informal experiencias, información y conocimientos técnicos y construir redes para facilitar estos intercambios entre los Estados miembros. A estos efectos, se crearon grupos de trabajo como el “Grupo Trevi”, compuesto por funcionarios de los servicios competentes de los distintos Estados miembros. Encargado inicialmente de las cuestiones correspondientes al terrorismo y a la seguridad interior, sus competencias se ampliaron en 1985 a la inmigración ilegal y a la delincuencia organizada. Paralelamente los Ministros de Interior y de Justicia de los Estados miembros iniciaron a partir de 1984 una serie de encuentros regulares sobre cuestiones concretas cooperación policial, judicial y aduanera y libre circulación de personas. Sin embargo, la simple cooperación entre Estados miembros, en lugar del trabajo conjunto en todo el territorio de la Comunidad ofrecía serios inconvenientes, pues se carecía de una estructura integrada de alcance propiamente comunitario. Además, el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales no estaban facultados supervisar las medidas adoptadas. La construcción europea centrada en el desarrollo económico fue incapaz durante ese período de incrementar un desarrollo armónico y progresivo entre el espacio de libertad, entendido éste como el ámbito de desarrollo de las libertades de circulación de personas, mercancías, capitales y servicios, y el espacio de seguridad. Evidentemente ello dio pie a un déficit de una política de seguridad que cobra especial relevancia en la hora actual.

No hay que perder de vista que tras el espacio de seguridad se oculta y articula la autoprotección que cada Estado miembro desea efectuar del resto de sus espacios: el económico, el financiero, el mercado de trabajo nacional, los sistemas de producción y las relaciones interiores y exteriores, entre otros. La dialéctica entre inmigración, delincuencia y terrorismo no es algo nuevo. El proceso de integración regional de la UE y la conformación de un espacio común, libre de fronteras interiores, ha sido acompañado de un reforzamiento en el control de sus extremos. Y precisamente en el marco comunitario, las migraciones fueron englobadas en el área de Justicia y Asuntos de Interior, el llamado Tercer Pilar, junto con el terrorismo y el tráfico de drogas. Esta vinculación entre migración y delito quedó plasmada también en el Acuerdo de Schengen, que puso todo el acento en la lucha contra la inmigración ilegal, las redes ilegales y el tráfico de personas. En la tarea de construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, el control de las migraciones es definido como un elemento capital para asegurar la seguridad en un territorio común, sin fronteras internas.

3. El Acta Única Europea, adoptada en 1986, trazó un punto de inflexión en esta cooperación intergubernamental. El art. 8A (art. 7A en el Tratado de Maastricht y art. 14 en el Tratado de Amsterdam), contempló la creación en la Comunidad Europea de un mercado único basado en las cuatro libertades fundamentales. Es cierto que la libre circulación de los trabajadores, y en particular, su derecho de residencia en los otros Estados miembros estaba a punto de consolidarse; por eso se caminó hacia la supresión de los controles en las fronteras no sin registrarse una fuerte reticencia por parte de algunos Estados. De forma paralela, nace la idea de que la libre circulación de personas debe ir acompañada de medidas “compensatorias”, consistentes en el refuerzo de los controles en las fronteras exteriores y en la definición de una política europea de asilo e inmigración. Por su parte, la declaración política adjunta al Acta Única Europea confirmó la intención de todos los Estados miembros de cooperar en los ámbitos de entrada, circulación y residencia de ciudadanos de terceros países así como en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia, el tráfico de drogas y el comercio ilegal de obras de arte y antigüedades.

2. Establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia

A) “Comunitarización” del sector

4. El Tratado de Maastrich expresó el rechazo a la reglamentación estrictamente intergubernamental que había regido hasta la fecha la armonización de las normas dictadas en el ámbito JAI y a la simplificación de los instrumentos jurídicos de la Unión poniendo de relieve el evidente fracaso de tratados internacionales en la ordenación del sector¹. La cooperación intergubernamental se había caracterizado, en ésta y en otras áreas, por una deficiencia estructural de legitimidad y de eficiencia. De legitimidad, porque el proceso de decisión quedaba restringido al modelo esencialmente burocrático, reservado a los círculos de responsables y expertos gubernamentales y comunitarios y no se extendía al ámbito político donde se extendía la base de la participación a las instituciones y ciudadanos destinatarios de la seguridad interior; ciertamente, la apertura era particularmente necesaria en este sector porque el binomio seguridad-libertad era demasiado importante en la escala europea de valores como para abandonarlo a una agenda intergubernamental. De eficiencia, porque una vez que la cooperación policial y judicial europea tras superar un período de consolidación, había entrado en una fase operativa cuyos resultados ofrecían la verdadera medida de su utilidad para los ciudadanos de la Unión².

El TUE organizó la colaboración de todos los Estados miembros en materia de JAI sobre un nuevo entramado, añadiendo un Tercer Pilar a la construcción comunitaria, también llamado “Título VI” TUE (arts. 29 a 42)³. En concreto, la cooperación se basó en nueve cuestiones consideradas de interés común: el asilo, el paso de las fronteras exteriores, la inmigración, la lucha contra la droga y la toxicomanía, la lucha contra el

¹ Un minucioso estudio del régimen de los denominados “actos JAI” en comparación con los actos comunitarios stricto sensu se encuentra en la obra de M.Gautier, *L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures*, Bruselas, 2003.

² O. Asp, “Harmonisation and Co-operation within the Third Pillar: Built in Risks”, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 4, 202, pp. 15-23.

³ Vid. R. Bieber, *Justice and Home Affairs in the European Union: the Development of the Third Pillar*, Bruselas, European Interuniversity Press, 1995, 437 pp.

fraude de dimensión internacional, la cooperación judicial en materia civil y penal, la cooperación aduanera y la cooperación policial⁴. Integró a los grupos de trabajo preexistentes en una estructura compleja de cinco niveles: grupos de trabajo específicos, comités directivos, Comité de Coordinación previsto por el art. 36 TUE, COREPER, y Consejo de Ministros de Justicia y de Asuntos de Interior. Sin embargo, el “sistema Schengen” quedó en parte al margen, ya que no todos los Estados miembros aceptaron todos sus objetivos⁵.

Inspirado por la Política Exterior y de Seguridad Común, el sistema de toma de decisiones del Tercer Pilar no tardó en plantear problemas. En primer lugar, los confines entre las disposiciones del TCE y las del TUE no estaban convenientemente delimitados⁶. Baste atender a que, entre las cuestiones de interés común insertas en el Tercer Pilar se encontraban las normas reguladoras del paso de las fronteras exteriores de los Estados miembros y la lucha contra la toxicomanía, mientras que el art. 100 C TCE había establecido medidas sobre visados y el art. 152 (antiguo art. 129) TCE relativo a la salud incluía disposiciones sobre lucha contra la droga y la toxicomanía. De esta suerte, el problema de delimitación no favorecía precisamente el proceso de toma de decisiones en el sector.

5. Tampoco favoreció el proceso el cauce normativo elegido. Concretamente, el Título VI del Tratado UE estableció tres instrumentos jurídicos: la posición común, la acción común y el convenio. La posición común define el enfoque de la Unión sobre una cuestión determinada (la primera posición común adoptada por la Unión Europea se refirió a la definición del concepto de refugiado según lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 1951, con el fin de establecer los mismos criterios en todos los Estados miembros)⁷. La acción común se utiliza cuando los objetivos de la Unión pueden alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros. En este marco, se adoptaron una serie de programas para favorecer la cooperación de los servicios policiales⁸, judiciales⁹ y aduaneros, así como acciones anuales para la acogida de refugiados, por ejemplo¹⁰.

⁴ T.L. Margue, “La coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime dans le cadre du nouveau troisième pilier”, *Rev. dr. union européenne*, 2000, pp. 887 ss.

⁵ I.D. Hendry, *The Third Pillar of Maastricht: Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs*, *German Yearbook of International Law*, vol. 36, 1994, pp. 295-327.

⁶ R. Bieber, “Links between the ‘Third Pillar’ (Title VI) and the European Community (Title II) of the Treaty on European Union”, *The Third Pillar of the European Union: Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs* (J. Monar and R. Morgan, eds.), Bruselas, European Interuniversity Press, 1994, pp. 37-47.

⁷ *Vid.*, por ejemplo, la Posición Común de 25 de octubre de 1996, que estableció una organización común de misiones de asistencia en los aeropuertos de terceros países y de misiones de información destinadas al personal de las compañías aéreas, a cargo del Consejo

⁸ Acción Común 95/73/JAI, de 10 de marzo de 1995 para preparar el establecimiento de la Oficina Europea de Policía (Europol); Acción común 97/339/JAI, de 26 de mayo de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la cooperación en el ámbito de la seguridad y el orden públicos; Acción común 98/245/JAI, de 19 de marzo de 1998, que estableció un programa de intercambios, formación y cooperación para responsables de la lucha contra la delincuencia organizada.

⁹ En una primera etapa se crearon los “Magistrados de Enlace” por la Acción Común del Consejo de 22 de abril de 1996 (96/277/JAI) y más tarde nació la Red Judicial Europea en materia penal mediante la Acción Común del Consejo de 29 de junio de 1998 (98/428/JAI).

¹⁰ Acción común 96/197/JAI, de 4 de marzo de 1996, sobre el régimen del tránsito aeroportuario establece un visado de tránsito aeroportuario (VTA); Acción común 98/244/JAI, de 19 de marzo de 1998,

El alcance jurídico de estos dos instrumentos jurídicos no es lo suficientemente nítido hasta el punto que algunos Estados los han llegado a considerar como instrumentos no vinculantes. De hecho, la utilización de instrumentos sin efectos jurídicos y que no están previstos en los Tratados, como las resoluciones, recomendaciones y declaraciones, fue también en detrimento de los tres instrumentos principales del Título VI del Tratado UE.

El tercer instrumento, mucho más clásico, es el convenio internacional. Mas, su aplicación en el sector que estamos considerando también ha deparado resultados insatisfactorios, señaladamente por requerir plazos muy largos para su adopción y su aplicación¹¹. Su puesta en marcha está en función de la voluntad de los Estados y condicionada por los mecanismos internos de prestación del consentimiento en obligarse, que hace que los plazos sean muy distintos de Estado a Estado. Además, la entrada en vigor puede dilatarse, el convenio es susceptible de admitir reservas, de ser denunciado etc... Ello conduce a una variedad de regímenes reñida con la estabilidad exigida en la regulación del espacio de cooperación que estamos examinando. Baste retener, a título de ejemplo, que cuando, el Consejo Europeo de Luxemburgo diseñó la Oficina Europea de Policía (Europol) en junio de 1991, el Convenio que permitió su creación se firmó en julio de 1995, entró en vigor el 1 de octubre de 1998 y únicamente pudo aplicarse a partir del 1 de julio de 1999: un plazo muy largo para las autoridades competentes que debieron esperar ocho años para la puesta en práctica de este instrumento esencial en la coordinación para luchar contra la delincuencia organizada a escala europea. Otros ejemplos de la diversidad de regímenes a que la puesta en marcha de estos instrumentos da lugar lo ofrecen a) el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición, hecho en Bruselas el 10 de marzo de 1995 aplicado provisionalmente por España, Alemania, Dinamarca, Finlandia, Suecia y Países Bajos, y objeto de ratificación por Portugal; b) el Convenio de extradición, firmado en Dublin el 27 de septiembre de 1996, y que es aplicado provisionalmente por España, Dinamarca, Alemania, Portugal, Finlandia y Países Bajos, o c) el Convenio relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE de 29 de mayo de 2000, que facilita y completa la aplicación del Convenio de 1959 del Consejo de Europa sobre ayuda mutua en materia penal y de su protocolo de 1978, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990 y del Tratado Benelux de 1962, pues aunque aún no ha entrado en vigor, por falta de las ratificaciones necesarias, resulta aplicable en las relaciones entre aquellos Estados miembros de la UE que han ratificado y han realizado la declaración de aplicación anticipada: España, Portugal, Finlandia y Países Bajos. En otros casos los convenios simplemente no han entrado en vigor. Tal es el caso del el Convenio 98/C 216/01 sobre las decisiones de privación del derecho de conducir

6. Además, desde la perspectiva institucional, el tercer pilar tal como fue concebido por el Tratado de Maastricht, otorgó a las instituciones comunitarias un papel limitado, sin posibilidad real de efectuar un control sobre las decisiones de los Estados miembros.

adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 TEU había establecido un programa de formación, de intercambios y de cooperación en el ámbito de las políticas de asilo, inmigración y cruce de las fronteras exteriores (programa "Odysseus") que finalizó en 2001

¹¹ L.S. Rossi ha realizado un estudio en profundidad del Derecho convencional comunitario que cubre desde el ámbito del art. 293 (ex 220) TCE al impacto del Tratado de Ámsterdam sobre los Convenios suscritos por los Estados miembros. A nuestros fines interesa los denominados "convenios del tercer pilar". Cf. L.S. Rossi, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milán, 2000, pp. 161 ss.

Entre los principales problemas mencionados, destacaron el reducido control jurídico del Tribunal de Justicia, que sólo es competente para la interpretación de los convenios y la resolución de conflictos entre los Estados miembros si una cláusula del texto lo prevé expresamente¹². A su lado, las limitaciones afectaron a la Comisión Europea, cuyo derecho de iniciativa quedó limitado a seis ámbitos de los nueve incluidos en el Título VI TUE, y compartido con los Estados miembros que eran los únicos facultados para intervenir en materia de cooperación judicial en materia penal, policial y aduanera. Ello sin olvidar que el sistema de votación unánime en el Consejo paralizó con frecuencia la toma de decisiones en este sector. Y ello sin olvidar la falta de información dispensada al Parlamento Europeo, que según el Tratado debe ser consultado por el Consejo. De hecho la mayor parte de las veces únicamente fue informado *a posteriori* sin posibilidad de formular una opinión sobre los debates en curso. Con el objeto de paliar este inconveniente el propio Parlamento creó en su seno en 1989 una Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores, que emitió fuertes críticas con respecto a la elección del método intergubernamental para el tercer pilar. Tras la etapa de “comunitarización” del sector el Parlamento Europeo considera prioritarios los siguientes objetivos: Alcanzar una definición más avanzada de los derechos fundamentales y de la ciudadanía europea y luchar contra todo tipo de discriminación¹³. Examinar las cuestiones relacionadas con la libre circulación de las personas que residen legalmente en la Unión y definir una política coherente para los nacionales de terceros países. Mejorar la vida de los ciudadanos europeos mediante el refuerzo de la cooperación judicial civil y definir el papel de la Unión en materia de cooperación judicial penal, especialmente cuando se trata de luchar contra la delincuencia organizada.

Los escollos a que se enfrentan los actores de la cooperación en materia de justicia y de asuntos de interior evidencian las numerosas peticiones y críticas formuladas por la Comisión, el Parlamento y otras fuentes en los debates celebrados antes y durante la Conferencia intergubernamental de 1996-97 que elaboró el Tratado de Amsterdam.

7. El Tratado de Amsterdam y las posteriores conclusiones del Consejo Europeo caminaron por otros derroteros aconsejando la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Un espacio que exigía inexorablemente la realización de acciones coordinadas conjunto por los Estados en el ámbito de la cooperación judicial y de policía en materia penal¹⁴. Por su parte, el Consejo Europeo de Tampere entendió que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales civiles y penales debía

¹² Existen excepciones a la escasa labor de la jurisprudencia comunitaria en el sector: como consecuencia de un recurso planteado por el Parlamento Europeo, el 7 de julio de 1992 el Tribunal de Justicia anuló la Directiva 90/366/CEE del Consejo, pero mantuvo sus efectos hasta la entrada en vigor de un nuevo texto que vino a través de la Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes. En 1995 se adoptaron dos reglamentos que incluían una lista de los terceros países cuyos nacionales debían obtener de un visado al entrar en el territorio de la Unión (el 10 de junio de 1997 el Tribunal de Justicia anuló este Reglamento porque no se había consultado al Parlamento Europeo, y fue sustituido por un nuevo acto en 1999; posteriormente, este último sería sustituido por el Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo) y un modelo uniforme de visado .

¹³ B. Pérez de las Heras, “La ciudadanía como elemento de integración política en la Unión Europea”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 10, 2003, p. 5-14; V. Ruíz Rodríguez, “Ciudadanía y nacionalismo frente a la libre circulación de personas en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 4, 2003, p. 85-104.

¹⁴ G. De Kerchove, “L’espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere”, *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruselas, 2000, pp. 3-15.

ser la regla de base de la cooperación en la Unión, partiendo de que un mejor reconocimiento de las resoluciones y sentencias y una mayor y más eficaz aproximación de las legislaciones, no solo facilitaría la cooperación entre las autoridades, sino que serviría también como instrumento eficaz para la adecuada protección de los derechos individuales. Con este fin se elaboró la acción conjunta de los Estados europeos cuya finalidad fue el establecimiento de un área donde las resoluciones dictadas en cualquiera de los países tuviesen plena validez y reconocimiento en todo el territorio de la Unión¹⁵. El reconocimiento mutuo descansa en dos principios fundamentales, el primero y fundamental, el de confianza mutua entre los Estados, confianza que se basa en la idea de que no sólo los respectivos ordenamientos son irreprochables desde el punto de vista de legitimidad, de garantías, de respeto a los Derechos humanos, etc.... sino, también confianza en que la aplicación de dichos ordenamientos es igualmente escrupulosa y correcta. El segundo principio básico es el de la equivalencia o, si se quiere, la posibilidad de que las decisiones y resoluciones adoptadas por los distintos Estados no sean absolutamente idénticas, ni tengan los mismos fundamentos, ni necesariamente los mismos efectos, pero que sean, en esencia, equivalentes a las propias y, por tanto, puedan surtir efecto fuera del Estado que las haya dictado.

B) Los logros del Tratado de Amsterdam: la cooperación reforzada

8. Entre los logros más relevantes del Tratado de Amsterdam figuró, pues, la creación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia que tuvo la virtud de integrar el “acervo Schengen” en la UE y aprovechó la oportunidad para incluir una serie de materias heterogéneas: la seguridad tanto interna como externa; la justicia civil y penal y la libertad, proyectada en medidas particulares relativas a la libre circulación de personas y al asilo. El nuevo espacio diseñado permitió integrar los acuerdos de Schengen en el marco del acervo de la UE, bien en el Título IV TCE o en el Título VI TUE. En lo sucesivo, todas las iniciativas en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior quedaron incluidas en la UE con el propósito de propiciar la puesta en práctica de políticas coherentes a escala europea. Y con el fin de evitar la repetición de una colaboración intergubernamental exclusiva basada en el modelo de Schengen, el Tratado de Amsterdam insertó en el Título de VI TUE la posibilidad de crear una cooperación reforzada en el marco de la UE para los Estados miembros ansiosos por avanzar en su colaboración, esto es una construcción comunitaria a distintos niveles¹⁶.

Dicha novedad permitió a los Estados miembros interesados profundizar en su cooperación dejando al mismo tiempo la posibilidad de participación a los demás Estados miembros¹⁷. De esta suerte, los Estados miembros que piensan establecer entre ellos una cooperación reforzada tienen la posibilidad de acudir a los cauces, procedimientos y mecanismos previstos en el TUE y en el TCE. En concreto, en lo que atañe a la cooperación policial y judicial penal, las condiciones y los procedimientos de la cooperación reforzada en materia de resultan de la combinación del art. 11 TCE y de

¹⁵ En cumplimiento del mandato de Tampere, el Consejo aprobó, el 28 de noviembre de 2000 un programa de medidas destinado a poner en práctica la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal.

¹⁶ C.D. Ehlermann, “Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du Traité d’Amsterdam”, *Rev. Marché unique européen*, 1997, 3, pp. 53-90.

¹⁷ J. Cloos, “Les coopérations renforcées”, *Rev. M.C. et de l’U.E.*, n° 441, 2000, pp. 512 ss; H. Bribosia, “Les coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice”, *Rev. dr. Union européenne*, 2000, pp. 111 ss.

los arts. 40, 43, 44 y 45 TUE. Aparte de garantizar el cumplimiento de las condiciones requeridas en el art. 11 TCE, el cooperación reforzada está proyectada para coadyuvar a la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia, afectando al menos a una mayoría de los Estados miembros. Se trata de una solución que está abierta a todos los Estados miembros que deseen incorporarse a ella en cualquier momento.

Las posibilidades de la nueva reglamentación pronto se pusieron en marcha y así ciertos Estados optaron por acelerar e intensificar la creación de un espacio interior. Baste atender a que si en una primera etapa los acuerdos que componen el marco Schengen quedaban fuera del proceso de la Unión posteriormente se han integrado, tras el Tratado de Amsterdam, en la UE, dividiéndose entre el pilar comunitario y extracomunitario, según dónde correspondiera regular la materia. El corolario de esta incorporación es que, en principio, todos los Estados miembros asumen ya el contenido de Schengen no ha sido otro que la supresión de los controles en las fronteras interiores, reforzando en consecuencia los controles en las fronteras exteriores. Por eso, al margen de ser aceptado por los Estados miembros, el acervo Schengen forma ya parte del acervo comunitario a efectos de negociaciones de adhesión de Estados candidatos fijando un contenido mínimo de protección y de seguridad que cualquier candidato a entrar en la Unión debe garantizar. En suma: el Consejo pasó a asumir las funciones del comité ejecutivo que agrupaba a los trece países que habían decidido, por los acuerdos de Schengen, establecer una “cooperación reforzada”. Y ello pese a que, al tratarse de una materia de origen intergubernamental el Parlamento Europeo no había tenido oportunidad de participar en la creación del espacio europeo de seguridad y justicia.

9. La justificación de tales innovaciones descansaba en una convicción de que las relaciones sociales en un marco de libertad precisaban de la adopción de medidas adecuadas que evitasen los abusos en perjuicio del colectivo de ciudadanos a través del respeto y de la protección de los derechos individuales y de los intereses generales. Tales relaciones en un marco de seguridad exigían, de acuerdo a este planteamiento, la defensa contra cualquier agresión interna o externa asegurando la certeza de los ciudadanos, certeza que debe extenderse al respeto de sus derechos en sus relaciones transfronterizas que podían quedar vulnerados en función de la diversidad y de la complejidad de los sistemas jurídicos existentes en los Estados miembros. No debe olvidarse que la construcción europea se basa en una concepción rigurosa de la protección de los derechos fundamentales y que la Comisión siempre ha procurado garantizar el equilibrio entre los aspectos relacionados con la libertad, la seguridad o la justicia. Además, para que las libertades puedan ejercerse plenamente, la Unión debe garantizar un alto grado de seguridad. En definitiva, una construcción que gira en torno a la justicia preventiva¹⁸.

Con estos propósitos el espacio diseñado en Amsterdam pretendió englobar una serie de “garantías comunes” de los ciudadanos comunitarios frente a los poderes públicos a los que impuso una serie de límites para garantizar que cualquier intromisión en la libertad individual no fuese innecesaria, arbitraria, inesperada, ni ambigua. No obstante, la necesidad de partir del esquema de cooperación estrictamente

¹⁸ S. Torres Escámez, “Los mecanismos de seguridad jurídica preventiva y los mecanismos alternativos de solución de conflictos (*Alternative Dispute Resolution. ADR*)”, *La Europa del Derecho*, Madrid, 2002, pp. 195-225, esp. pp. 195-198.

intergubernamental, fijado en el Tratado de Maastricht, obligó en Amsterdam a mantener una estructura a medio camino entre lo intergubernamental y lo comunitario¹⁹.

Por lo demás el Tratado de Amsterdam tuvo la virtud de realizar una distinción entre la libre circulación de las personas y la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que iba mucho más allá de la mera integración económica²⁰. Como resultado de esta distinción, se produjo la “comunitarización” de las políticas de visados, de asilo, de inmigración y de la cooperación judicial en materia civil²¹ y, a partir de aquí, fue factible recurrir a instrumentos comunitarios como los Reglamentos o las Directivas en lugar de Convenios (cuya inadecuación a este sector ya ha sido señalada), decisiones, recomendaciones y dictámenes. Hasta el primero de mayo de 1999, las políticas de justicia e interior formaron parte del pilar intergubernamental de la UE, lo que implicaba que los Estados miembros podían tomar decisiones en estas materias sólo a partir de acuerdos entre todos ellos, prácticamente fuera del marco comunitario. Ello resultaba complejo e ineficaz. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam la Unión asumió competencias en este ámbito al afirmar que la UE se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho. Estos principios son comunes a todos los Estados miembros²². Asimismo el Tratado reforzó el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, dándose relevancia a la confirmación de los derechos sociales, tal y como se definen en la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Comunitaria de Derechos de 1989.

Las modificaciones del Tratado relativas a la libertad, seguridad y justicia fueron básicamente la creación de una zona de libertad, seguridad y justicia para todos los ciudadanos comunitarios, acompañada de una política de seguridad comunitaria y de protección de los derechos inherentes a la libre circulación de personas. Se manifestó también un mayor interés por las cuestiones relativas al asilo, a los visados y a los inmigrantes para evitar prácticas xenófobas o discriminatorias, al tiempo que se decidió el establecimiento de medidas: a) para evitar que los solicitantes debiesen esperar periodos injustificados el resultado de sus solicitudes, al tiempo que se garantizaba la protección de los datos personales; b) para garantizar la igualdad de sexos, de oportunidades, de protección social; c) para el establecimiento de una “cooperación reforzada” con vistas a la supresión de controles fronterizos en las carreteras y aeropuertos a través fijados en el Acuerdo de Schengen, y d) para fijar una acción común en el ámbito policial y judicial en materia penal, mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia, así como del terrorismo, los delitos contra los menores, tráfico de drogas y fraude.

¹⁹ H. Bribosia, “Liberté, sécurité et justice: l’imbroglio d’un nouvel espace”, *Annales d’Etudes européennes de l’Université Catholique de Lovaine*, 1997, vol. 2, pp. 45-76; H. Labayle, “Un espace de liberté, sécurité et justice”, *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 33, 1997, pp. 813-881.

²⁰ D. Ordóñez Solís, “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, 2003, p. 447-483.

²¹ J.L. Iglesias Buhigues, “La cooperación judicial internacional en materia civil”, *Cooperación jurídica internacional, Colección Escuela Diplomática*, nº 5, Madrid, 2001, pp. 47-58.

²² Por esta razón en 1998, el Consejo Europeo reunido en Colonia había acordado que la UE aprobase una Carta de Derechos Fundamentales que vendría a “comunitarizar” los principios generales expresados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), aprobado en 1950 en el marco del Consejo de Europa. Se trata de un instrumento esencial para la construcción del espacio que estamos examinando, pues aunque no amplía el catálogo de los derechos ya establecidos, tiene la virtud de agrupar en un texto único los derechos civiles, políticos, económicos y sociales recogidos hasta la fecha en fuentes dispersas de carácter nacional, europeo e internacional.

Bien entendido que El Reino Unido, Irlanda y Dinamarca señalaron, mediante distintos Protocolos al Tratado de Amsterdam, su intención de no participar en diversos grados en todas las medidas adoptadas en el marco del espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Posteriormente, durante los años 2000 y 2001, el Reino Unido e Irlanda solicitaron participar en algunas disposiciones del acervo de Schengen, respondiendo positivamente el Consejo en ambos casos.

10. Con el propósito de optimizar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia el Consejo de Justicia e Interior adoptó en Viena el 3 de diciembre de 1998 un “Plan de acción”,²³ que fue confirmado en Pörschach, cuyo objetivo era fijar las líneas generales del nuevo espacio, entendiendo que las nociones de “libertad”, “seguridad” y “justicia” eran inseparables por contar con un denominador común: las personas. La primera concibe como objetivo prioritario la libre circulación de los ciudadanos, la protección de los derechos fundamentales y la lucha contra cualquier forma de discriminación con la garantía del respeto a la vida privada y en especial la protección de los datos personales²⁴; la segunda incluye la lucha contra la delincuencia, sobre todo contra el terrorismo, la trata de seres humanos, los delitos contra los menores, el tráfico de drogas, el tráfico de armas, la corrupción y el fraude; por último, el “espacio de justicia” pretende garantizar igual acceso a la justicia a los ciudadanos europeos y facilitar la cooperación entre autoridades judiciales, tanto en materia civil como en el orden penal.

C) Directrices políticas y objetivos del Consejo Europeo de Tampere de 1999

11. Pocos meses después, el Consejo Europeo reunido en Tampere el 16 de octubre de 1999 aprobó un programa de trabajo para llevar a la práctica el referido espacio de justicia, libertad y seguridad en Europa, objetivo que se pretendió lograr en el plazo de cinco años. Un periodo en el que se produjo el ataque a las Torres Gemelas de Nueva York, lo que no contribuyó precisamente a acelerar el proceso iniciado. Por esa razón en las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y Gobierno se hizo referencia expresa a la necesidad de evitar que los delincuentes encontrasen la forma de aprovechar el particularismo existente entre los sistemas judiciales de los Estados miembros, y que las sentencias y resoluciones debían respetarse y ejecutarse en toda la Unión salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica básica de las personas y de los agentes económicos. Se entendió que debía acrecentarse la compatibilidad y la convergencia de los sistemas jurídicos de los Estados miembros, y que era esencial que la Unión, en estos ámbitos, desarrollasen la capacidad para actuar en el marco internacional, estrechando la cooperación con países asociados y organizaciones internacionales. Para ello, el Consejo Europeo estableció una serie de directrices políticas y objetivos concretos para que la Comisión y el Consejo, en cooperación con el Parlamento Europeo, basándose en ellos, promoviesen la aplicación plena e inmediata del Tratado de Amsterdam²⁵.

²³ DO n° C 19 de 23.01.1999.

²⁴ C. Ruíz Miguel, “El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico”, *RDCE*, n° 14, 2003, p. 7-43.

²⁵ A. Weyembergh, “La coopération européenne en matière de justice et d’affaires intérieures: vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité?”, *Rev. belge dr. int.*, vol. 33, 2000, pp. 612-639; N. Fennelly,

En esencia en Tampere quedaron fijados las cuatro paredes que sustentan el edificio de la cooperación civil y penal: el acercamiento de los Derechos materiales en presencia, el reconocimiento mutuo, la centralización de las investigaciones policiales y la defensa de los derechos individuales en los procesos penales. Entre las directrices adoptadas destacó la propuesta de crear un verdadero espacio europeo de libertad, seguridad y justicia que garantizase el acceso a la justicia a todos los ciudadanos de la Unión en cualquiera de sus Estados y el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales como piedras angulares de la cooperación judicial en materia civil y penal²⁶ en la Unión. Además en el orden penal se convino en la necesidad de suprimir el procedimiento formal de extradición entre los Estados miembros, en el caso de las personas condenadas por sentencia firme que eludiesen la justicia, y sustituirlo por el mero traslado. También se señaló que los delitos mencionados en el Tratado, entre ellos el terrorismo, debían ser objeto de definiciones, inculpaciones y sanciones comunes²⁷.

12. Un balance de los resultados logrados en Tampere en lo concerniente a un “espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” pone más énfasis en la seguridad que en la libertad. El objetivo proclamado por los Quince de construir “una Europa abierta y segura” y la existencia de la dialéctica entre la tradición de Europa como tierra de asilo y la lucha contra la criminalidad internacional organizada, inclinó la balanza a favor de esta última dimensión. La Declaración final destacó en tal sentido por sus ambiciosos objetivos de suerte que sus propios firmantes reconocieron expresamente que se abría un largo camino erizado de obstáculos. Gran parte de las dificultades aparecidas en estos años en el desarrollo de los asuntos de justicia e interior en la UE fueron debidos a la compleja estructura jurídica existente: pese a que buena parte de los objetivos programáticos de este peculiar espacio seguían conservando su validez, su desarrollo precisaba nuevas respuestas y para lograrlas debía aprovecharse la oportunidad de reforma que suponía el proceso de modificación de los Tratados iniciado.

En efecto, los objetivos recogidos en el art. 61 TCE y en el art. 29 TUE²⁸ seguían siendo la base del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y en un afán de superar la estructura de dos “pilares” se puso de relieve el carácter inadecuado de los instrumentos jurídicos característicos del “tercer pilar”, sobre todo, las deficiencias de los tratados entre Estados miembros para regular la materia: de un lado, por la lentitud y la inseguridad jurídica derivada de los procedimientos de ratificación que podían demorarse hasta cinco años y por hecho de que los convenios entraban en vigor a partir de ocho ratificaciones; de otro, por un desigual procedimiento de adhesión de los Estados. También fue propósito de los Quince enmarcar las políticas de inmigración y de asilo en una estrategia global de co-desarrollo con los países de origen, con el fin de atajar las causas políticas, económicas y sociales que se encuentran en la raíz del fenómeno migratorio. Indudablemente esta estrategia sería más creíble, como se ha

“The Area of ‘Freedom, Security and Justice’ and European Court of Justice”, *ICLQ*, vol. 49, 2000, pp. 1-14.

²⁶ M.I. González Cano, “Algunas consideraciones sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal”, *Tribunales de Justicia*, nº 7, 2001, pp. 19-40.

²⁷ C. Else, “L’esprit et les ambitions de Tampere: une ère nouvelle pour la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures?”, *Rev. M.C.*, nº 433, 1999, pp. 650-663.

²⁸ Recuérdese que el art. 29 TUE estableció el objetivo de ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, elaborando una acción en común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

criticado hasta la saciedad por multitud de ONG's, si el presupuesto destinado a la cooperación y al desarrollo por los Estados miembros de la UE no disminuyera como lo está haciendo estos últimos años, alejándose cada vez más del 0,7% del Producto Interior Bruto recomendado por la ONU.

En comparación con las otras políticas de la UE, el espacio de libertad, seguridad y justicia necesita, más que ninguna otra cosa, certidumbre, toda vez que las consecuencias de un error en materias tales como la seguridad puede revestir una gravedad extrema. Precisa también que esté presente un fuerte componente de subsidiariedad y de proporcionalidad en el sentido de que la Unión deberá limitarse a intervenir únicamente en la medida en que los objetivos de las acciones pretendidas no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. Y es que un balance del actual espacio de libertad, seguridad y justicia registra una serie de defectos que emanan de la situación de desigualdad entre los ciudadanos de la Unión, en función de la actuación del Estado en el que residen, y de obvias carencias institucionales: insuficiencia de protagonismo del Parlamento europeo y de los Parlamentos nacionales; dificultades de la Comisión en cuanto a iniciativa y control de la aplicación del Derecho; deficiencias derivadas del control de la aplicación de los actos; escasez del control jurisdiccional, señaladamente en la medida en que el procedimiento prejudicial no pueda ser utilizado sino por los órganos jurisdiccionales de última instancia; limitación *ratione personae* del control de legalidad, etc...

En función del reducido protagonismo del Tribunal de Justicia y de las restringidas competencias de la Comisión en los ámbitos de la cooperación policial y judicial penal, los límites institucionales de las posibilidades reales de control de la aplicación de las políticas por las autoridades nacionales seguían comportando un importante un obstáculo para asegurar el carácter efectivo de los instrumentos y de las decisiones adoptadas.

3. Problemas derivados de la última ampliación

13. Inexorablemente, la ampliación aumentará el número de ciudadanos que quieran disfrutar de las ventajas de vivir y circular en un espacio de libertad, seguridad y justicia; por eso la aprobación de normas comunes exigentes en el ámbito de la seguridad y la justicia, no puede sino contribuir a reforzar la seguridad en general en todo el territorio; y ello en detrimento de otros valores. La ampliación creará también ciertos retos específicos para algunas políticas, como el refuerzo de las fronteras exteriores, la instauración de la segunda generación del sistema de información Schengen y, en general, la preparación de los nuevos Estados miembros a «participar plenamente en el acervo Schengen en la perspectiva de la supresión de los controles en las fronteras interiores. En relación con este apartado conviene tener en cuenta que la Unión ha puesto en marcha una serie de acciones, como la denominada “Facilidad Schengen”, para reforzar las fronteras exteriores de los nuevos Estados miembros. Asimismo, está previsto aplicar el SIS II y llevar a cabo a la mayor brevedad el proceso de evaluación previsto en el acervo con el fin de permitir que los nuevos Estados miembros participen plenamente en el dispositivo Schengen, así como la supresión de los controles en las fronteras interiores cuanto antes²⁹. Del mismo modo, en el ámbito

²⁹ Reglamento (CE) n° 871/2004 del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen, inclusive en materia de lucha contra el terrorismo (DO n° L 162, 30.4.2004).

judicial aprobar medidas destinadas a incrementar la confianza mutua con el fin de consolidar el principio de reconocimiento mutuo resulta más indispensable todavía en la Unión ampliada.

Como se ha indicado, también es menester prestar especial atención a la creación de las condiciones necesarias para poder suprimir los controles en las fronteras interiores de los nuevos Estados miembros. En el proyecto de Tratado Constitucional se incluyó la creación de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, que fructificaría en la Constitución. Dicho sistema tuvo un notable desarrollo como consecuencia de los Consejos Europeos de Sevilla y de Salónica. Continuando con esta acción tanto desde el punto de vista legislativo como operativo y financiero se han establecido acciones tendentes al reforzamiento de la labor de la denominada Agencia Europea de Fronteras Exteriores, con el objeto de reforzar y completar el desarrollo de los mecanismos de coordinación. El objetivo, a largo plazo, no es otro que la creación de un cuerpo europeo de fronteras cuya actividad sea complementaria de la de los cuerpos de fronteras nacionales. Para llevar a cabo su cometido la Agencia deberá cooperar con otros servicios encargados de la vigilancia de las fronteras exteriores y, especialmente, con los servicios de aduanas. A este respecto, habrá que proceder a un examen periódico de las posibles sinergias entre los trabajos de la Agencia y los de las aduanas y demás servicios de fronteras.

II. Líneas generales establecidas en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa de 2004

1. Constitucionalización del orden jurídico comunitario

14. Con los antecedentes anteriores, caracterizados sobre todo el ámbito penal por su carácter insuficiente³⁰, el Tratado de la Constitución para Europa³¹ (en adelante, la Constitución Europea) pretende sustituir los Tratados constitutivos de la UE, vigentes desde hace cincuenta años e implica la “constitucionalización” del orden jurídico comunitario³². Se divide en cuatro partes precedidas por un preámbulo. La primera aborda la dimensión constitucional propiamente dicha definiendo en sesenta artículos la Unión, sus valores, sus objetivos y el reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión, y establece las instituciones, los instrumentos, el marco financiero y las disposiciones sobre pertenencia a la Unión; la segunda parte contiene la Carta de los Derechos Fundamentales, elemento indispensable de todo texto de naturaleza constitucional, con el que obtiene así fuerza jurídica³³; la tercera parte, recoge las disposiciones relativas a las políticas de la Unión y la cuarta parte enuncia las cláusulas finales habituales en este tipo de instrumentos.

³⁰ N. Lenoir, “Les imperfections de l’espace pénal européen: des réponses dans la future Constitution européenne?”, *Rev. M.C. et de l’U.E.*, nº 469, 2003.

³¹ Utilizamos el texto (aún sin consolidar) del Tratado de la Constitución para Europa aprobado por unanimidad el 18 de junio de 2004 en la Conferencia Intergubernamental que tuvo lugar en Bruselas y que debe ser objeto de ratificación por los Estados miembros el 29 de octubre de 2004.

³² Desde una perspectiva de europeísmo militante *Vid.* M. Oreja, “En busca de una Constitución para Europa”, *Política Exterior*, vol. XVI, nº 88, 2002, pp. 87-101.

³³ *Vid.* F.C. Mayer, “La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, pp. 175-196; F. Turpin, “L’intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, pp. 615-636.

Una iniciativa de esta envergadura responde a dos firmes peticiones efectuadas en la Conferencia intergubernamental de Niza de diciembre de 2000³⁴ y por el Consejo Europeo de Laeken: la petición de clarificación y de simplificación del sistema europeo y la de creación de nuevos instrumentos para ir hacia “más Europa” y para responder a las necesidades de seguridad y justicia y de una política exterior y defensa común, expresadas hasta el momento por los pilares de Maastricht y Amsterdam³⁵. Debe resaltarse la importancia de este último Consejo, que tuvo lugar en diciembre de 2001, pues tras poner de relieve el incumplimiento y los retrasos de muchas de las cuestiones acordadas formalmente en Tampere, se adquirió lo que sería un compromiso histórico: el establecimiento de un mecanismo constituyente de Europa a través de una “Constitución europea”. En tal dirección se propuso mejorar notablemente el sistema europeo mediante una definición clara y estable del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros y a tal efecto se establece que las competencias se dividirán entre las competencias exclusivas de la Unión, las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros, y los ámbitos de la acción de apoyo, que permitan acciones comunes o de coordinación, pero que no podrán suponer medidas de armonización de la legislación de los Estados miembros. Y estas competencias sólo podrán modificarse mediante la revisión de la propia Constitución.

Mas no debe olvidarse que el mandato de la Convención consistía en consolidar, más que innovar. Por esto debe saludarse el resultado alcanzado que soluciona ciertas carencias estructurales que impedían el desarrollo institucional con relación al reparto coherente de competencias, la eficacia de los instrumentos jurídicos, el refuerzo del control político y judicial, la simplificación de procedimientos y la confianza mutua. No obstante, el grado de consenso alcanzado y la representación gubernamental en la Convención permitió descartar grandes sorpresas en el texto que debía aprobar la Conferencia Intergubernamental³⁶, con lo que la seguridad interior puede dar por cerrado el ciclo de su implantación en la Unión. En cualquier caso si uno de los objetivos de la Conferencia Intergubernamental era acercar la UE a los ciudadanos mediante una simplificación de los tratados y de sus mecanismos institucionales, esto no se ha conseguido: el diseño institucional deja mucho que desear y la definición y los ámbitos de mayoría cualificada para las votaciones es altamente complejo. Por ello se han alzado numerosas voces denunciando el carácter farragoso del texto y su difícil comprensión.

15. El soporte general iniciado en el sector que nos ocupa por la Constitución Europea pone a la persona en el centro de atención (Preámbulo de la Parte II) y se estructura “en el respeto de los derechos fundamentales” (art. III-158.1º). Con tal

³⁴ Que no concluyó satisfactoriamente con el ambicioso programa de reformas institucionales que tenía previsto. *Vid.* P. Andrés Sáenz de Santa María, “La reforma institucional en el Tratado de Niza”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 211, 2001, pp. 11 ss.

³⁵ Acerca de las reticencias mostradas por los Estados miembros en este entorno *Vid.* W. de Lobrowicz, *L'Europe et la sécurité intérieure, une élaboration par étapes*, París, 2002.

³⁶ Como es sabido la Conferencia Intergubernamental es el foro en el que los Estados miembros negocian y acuerdan la modificación de los Tratados fundacionales de la UE. Esta CIG se distingue de las demás por haber estado precedida de un debate nacional en cada uno de los Estados miembros y de un debate estructurado europeo, en la forma de una Convención, en una segunda fase. La Conferencia intergubernamental se inició en Roma el 4 de octubre de 2003. Tras haber acordado el texto definitivo del nuevo Tratado, éste deberá ser ratificado por los Estados miembros para que pueda entrar en vigor.

propósito, dentro de los “objetivos de la Unión” definidos en el art. I-3 se reitera el “espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores”, situándose esta materia dentro de las “competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros” (art. I-13.2º.j); esto es, los Estados miembros ejercerán competencias en este sector únicamente si la Unión no ha ejercido la suya y sólo en la medida en que no lo haya hecho, de acuerdo con el principio de primacía del Derecho comunitario (art. I-11.2º)³⁷. Hemos señalado que el binomio seguridad-libertad era demasiado importante en la escala europea de valores como para abandonarlo a una agenda intergubernamental, por eso, la Constitución Europea ha respondido a estas exigencias ampliando la participación de actores institucionales como el Parlamento Europeo, los Parlamentos nacionales y el Tribunal de Justicia. Este último extiende su protagonismo tanto por el incremento de sus competencias comunitarias como por el reconocimiento de su participación en la cooperación judicial en materia civil y penal, salvo en los actos regulados por el Derecho interno. Asimismo la Constitución confiere a los Parlamentos nacionales la posibilidad de bloquear iniciativas legislativas que puedan vulnerar el principio de subsidiariedad en materia de libertad, seguridad y justicia, un cuarto de los votos atribuidos a los parlamentos frente a un tercio para el resto de las materias, lo que refuerza la apuesta por el modelo amplio de participación. Todos estos controles conllevan el riesgo de complicar los procesos de decisión pero no pueden descartarse si de verdad se pretende que los ciudadanos encuentren en sus actores policiales y judiciales la garantía de su seguridad.

Dentro del mayor peso del Parlamento Europeo que evidencia una lectura ligera de la Constitución europea, en el marco la colaboración penal se ha previsto, en parte, la existencia de un procedimiento de co-decisión; por eso, con carácter general el Consejo ya no podrá adoptar él solo las decisiones correspondientes. Pero una lectura más sosegada registra que las cuestiones operativas, es decir, todo lo que tiene que ver con la actividad efectiva de las policías europeas, se han separado de las cuestiones políticas generales. Si hasta la fecha el Parlamento Europeo no tenía ni voz ni voto cuando se trataba de crear las correspondientes instituciones, en el futuro tampoco podrá decidir nada que tenga que ver con la práctica de estas autoridades policiales. Y aun el caso de que se amplíen sus atribuciones, es dudoso que el Parlamento Europeo pueda cumplir funciones efectivas de control.

16. También hemos tenido ocasión de apuntar que los sucesivos Tratados de la Unión habían ido acumulando explícitamente competencias comunitarias en los campos de asilo, refugio, desplazados, inmigración, visados, gestión de fronteras exteriores o cooperación judicial y Derecho civil, así como estrechando la cooperación policial o judicial en materia penal de los Estados miembros. Este acervo ha quedado reforzado con la Constitución Europea que ha aprovechando la ocasión para insertar un criterio de ampliación implícita de las competencias en función de la naturaleza transfronteriza del delito o de su efecto contrario a los intereses comunes de la UE. Tal criterio permite al Consejo, previa aprobación por unanimidad del Parlamento Europeo, ampliar los ámbitos de actuación para adecuarse a los nuevos retos de

³⁷ Vid. E. Albertí Rovira, “La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 65 (II), 2003, p. 37-71.

seguridad a medida que aparezcan³⁸. De esta suerte la Constitución, aunque no contiene una lista básica de competencias explícitas, inserta mecanismos flexibles para adaptar su cooperación policial y judicial en asuntos públicos como la delincuencia organizada o privados como el Derecho de familia, siempre que exista una repercusión transfronteriza.

En relación con la iniciativa, el Tratado asigna al Consejo Europeo la definición de las orientaciones estratégicas. Una prerrogativa establecida ya en Amsterdam y de la que el Consejo Europeo no ha sabido hasta la fecha aprovechar en toda su extensión³⁹. A este efecto, el Consejo Europeo “definirá las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa” (art. III-159), si bien en el caso de la de cooperación judicial en el orden penal y en la cooperación policial “los parlamentos nacionales de los Estados miembros velarán por el respeto del principio de subsidiariedad” y podrán participar en determinados mecanismos de evaluación (art. III-160).

17. A pesar del voluntarismo que se desprendió de en las conclusiones de Tampere, no ha sido aún factible conseguir un acuerdo a escala europea para la aprobación de algunas medidas delicadas que corresponden a políticas inextricablemente arraigadas en el ámbito de la soberanía nacional. La efectiva aplicación de los instrumentos y de las medidas adoptadas requiere la superación de la resistencia o desconfianza que pudiera existir entre los Estados miembros y los operadores del espacio de libertad, seguridad y justicia. Hasta la fecha no se ha fomentado un mayor grado de conocimiento y de contacto entre los actores del dicho espacio y es obvio que el conocimiento personal, el intercambio de efectivos y un esfuerzo común en el área de formación, puede asegurar una cierta confianza. Los problemas derivados de los Tratados, en los que la unanimidad en el Consejo sigue siendo en gran medida la norma, explican en parte estas dificultades. Resulta patente que los Estados miembros demuestran a veces cierta reticencia a comprometerse a cooperar en este nuevo marco europeo, sobre todo si están en juego sus intereses. También es evidente que poder de iniciativa compartido con los Estados miembros condujo en determinadas ocasiones a favorecer los intereses nacionales en lugar de las prioridades que se habían apuntado en Tampere. Y resultan obvias, asimismo, las actuales restricciones del papel de colegislador del Parlamento Europeo que han sido objeto de fuertes críticas en cuanto al grado de transparencia del sistema de toma de decisiones. Pero lo que registra mayor gravedad es el limitado papel del Tribunal de Justicia y a las restringidas competencias la Comisión en los ámbitos de la cooperación policial y judicial penal. No en vano, los límites institucionales de las posibilidades reales de control de la aplicación de las políticas por las autoridades nacionales constituyen realmente un obstáculo para garantizar el carácter efectivo de los instrumentos y de las decisiones adoptadas. La acción de la Unión no puede ser eficaz si no desplaza el protagonismo de los Estados miembros para garantizar una eficacia real a las decisiones europeas.

³⁸ P.J. Kuiper, “The Evolution of the Third Pillar of Maastricht to the European Constitution: Institutional Aspects”, *C.M.L.Rev.*, vol. 41, 2004, pp. 609-626.

³⁹ Acaso la Convención hubiera resuelto mejor el problema del liderazgo de haberse aceptado la propuesta del Grupo de Trabajo X que pretendía que el Consejo Europeo aprobara una programación plurianual diseñada por el Consejo tras consultarla con el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales; un sistema utilizado ya en Tampere y que tuvo la virtud de ampliar la base del proceso de decisión.

18. Pues bien, tras la Constitución europea, el espacio de libertad, seguridad y justicia se construirá “atendiendo a las distintas tradiciones y sistemas jurídicos de los Estados miembros”⁴⁰ (art. III-158.1º): a) mediante la adopción de leyes (hasta ahora “Reglamentos”) y leyes marco (hasta ahora “Directivas”) europeas tendentes, en caso necesario, a aproximar las legislaciones nacionales en el ámbito de materias que se han agrupado dentro de esta rúbrica y que figuran en la Parte III del Tratado (arts. III-166 ss); b) fomentando la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros sobre la base, preferentemente del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales; c) mediante la cooperación operativa de las autoridades competentes de los Estados miembros (art. I-41).

Con las referidas disposiciones se reitera la desaparición de la estructura de tres pilares procedente de los anteriores Tratados, fuente de confusión y de superposición de competencias, lo cual simplifica los procedimientos; pero la Constitución Europea también introduce al margen de los instrumentos jurídicos legislativos que hemos apuntado, y otros dos no legislativos: reglamentos europeos y decisiones⁴¹. Por ejemplo, el art. III-164 encomienda al Consejo de Ministros la adopción de reglamentos europeos “encaminados a garantizar la cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros” en las materias involucradas en el espacio que estamos examinando. Ello implica que todas las políticas concernientes a la cooperación judicial y policial, al asilo y a la emigración se agrupan en un marco jurídico institucional unitario aunque los procedimientos de producción normativa no tienen por qué ser idénticos. Concretamente, en lo que respecta al asilo se establece que cuando uno o más Estados miembros se enfrenten a una situación de emergencia motivada por la llegada masiva de nacionales de terceros países el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo “reglamentos o decisiones europeas que establezcan medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados” (art. III.167.3º).

Por último, el recurso a los acuerdos entre la UE y terceros Estados fijado en el art. III-227, también está previsto como mecanismo normativo complementario en el espacio que estamos describiendo, señaladamente en orden a la readmisión en sus países de origen de extranjeros en situación irregular (art. III.168.3º).

19. Preside este sector lo que pudiera calificarse de “procedimiento legislativo ordinario” que no es otro que el de la adopción de leyes o de leyes-marco europeas por mayoría cualificada; aunque existen excepciones donde se mantiene la regla de la unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. Es el caso de las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza (art. III-170.3º), o el de la cooperación policial (art. III-176.3º). La simplificación del marco jurídico general posee la indudable ventaja de reducir la incertidumbre y contribuye a evitar la duplicidad jurídica, mas tiene el inconveniente de que elimina el amplio margen que todavía conservan los Estados para determinar si se aplican las normas directamente o si se reservan las formas y medios nacionales para conseguir los resultados comunes.

⁴⁰ Vid., por todos, H. Coing, *Derecho privado europeo* (traducción y apostillas de A. Pérez Martín), 2 vols., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, 862 y 854 pp.; M. Bussani, “En busca de un Derecho privado europeo”, *ADC*, vol. LV, 2002, pp. 941-963.

⁴¹ F. Dehousse y J. García Martínez, “The Area of Freedom, Security and Justice”, *Studia Diplomatica (Institut Royal de Relations Internationales)*, vol. 56, 2003, pp. 135-151.

El procedimiento de decisión y la iniciativa son dos instrumentos fundamentales para la profundización y ampliación de las competencias compartidas. Dentro de las distintas posiciones en presencia el Proyecto ha adoptado una posición ecléctica y establece la mayoría cualificada como procedimiento habitual de decisión del Consejo, pero preserva la unanimidad para algunos aspectos sensibles de la cooperación judicial y policial tales como la futura ampliación de nuevos ámbitos procesales y delictivos, los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza, a los que nos hemos referido, y la creación de una Fiscalía Europea y la cooperación operativa policial (art. III-175).

Diversas disposiciones del Proyecto establecen que los Parlamentos nacionales sean informados en la materia que nos ocupa, esta labor atañe a las evaluaciones estatales que se realicen sobre las políticas de la Unión referidas al espacio de libertad, seguridad y justicia, con el objeto de favorecer la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo (art. III-161), así como de los trabajos que desarrolle el Comité permanente, dependiente del Consejo de Ministros, que garantice el fomento y la intensificación de la cooperación operativa en materia de seguridad interior (art. III-162). Asimismo, los Parlamentos nacionales podrán participar en los mecanismos de evaluación previstos en el art. III-161 y estarán asociados al control político de Europol ejercido por el Parlamento Europeo (art. III- 177.2º) y a la evaluación de la actividad de Eurojust, que realizarán tanto el Parlamento Europeo como los parlamentos nacionales (art. III-174.2º).

2. Control de fronteras interiores y lucha contra la inmigración ilegal

20. Los redactores de la Constitución Europea tuvieron muy en cuenta que la política común de inmigración debía de englobar tanto los aspectos de regulación de la inmigración legal como la lucha contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos, toda vez que la evolución en la manera de percibir los temas de inmigración y de derecho de asilo desde una perspectiva política. En concreto, las políticas de inmigración y derecho de asilo han ocupado desde antiguo y siguen ocupando en la actualidad un importante lugar en el debate sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia⁴². Al efecto, los Estados miembros han intensificado su cooperación y el Parlamento Europeo ha adoptado un gran número de informes y de resoluciones al respecto⁴³. Una breve síntesis de las acciones desarrolladas en ese ámbito registra lo siguiente: Ya el plan de acción de Viena había destacado la necesidad de presentar propuestas concretas con el fin de luchar eficazmente contra la inmigración ilegal, pero sería en el Consejo Europeo de Tampere en 1999 cuando los Estados miembros se comprometieron a combatir en su origen la inmigración clandestina con el fin de establecer una gestión más eficaz de los flujos migratorios en estrecha colaboración con los países de origen y tránsito (puntos nº 22 y 23 de las conclusiones). Posteriormente, en el ap. 42 de las conclusiones del Consejo Europeo de Laeken (14 y 15 de diciembre de 2001), los Estados miembros decidieron realizar una mejor gestión de los controles

⁴² Vid. J. Martín y Pérez de Nanclares, “La inmigración en la Unión Europea: La difícil configuración de una política de inmigración”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003, núm. 5, p. 83-90; D.J. Vicente Blanco, “Una regulación integral de la inmigración para Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 5, 2003, p. 91-113.

⁴³ N. Pérez Solá, “La redimensión del concepto de asilo y su vinculación al espacio sin fronteras”, *Noticias de la Unión Europea*, 1997, febrero, pp. 31-43.

en las fronteras exteriores de la UE con el fin de luchar eficazmente contra el terrorismo, la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. El problema del control de las fronteras exteriores se había mencionado en una Comunicación de la Comisión relativa a una política común en materia de inmigración clandestina⁴⁴ que se inclinaba por desarrollar una política común en este ámbito teniendo como objetivo la “seguridad interior del espacio común de libre circulación”. Más allá de la única lucha contra la inmigración ilegal, esta Comunicación propuso por primera vez una definición de la “seguridad de las fronteras exteriores” en el sentido más amplio posible, a excepción de la defensa militar, invitando a los Estados miembros a tener en cuenta también en las fronteras exteriores la dimensión de la delincuencia, el terrorismo, los crímenes contra la infancia, el tráfico de armas⁴⁵, la corrupción y el fraude, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 29 TUE. Con estos precedentes el Título IV (arts. 61 ss) TUE, que fijó la política de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, acordó ya un marco para el desarrollo de una política integrada a partir de la intensificación de las presiones migratorias, especialmente del Sur y del Este y de los cambios en las legislaciones de los Estados miembros⁴⁶.

21. La acción del constituyente europeo no varía sustancialmente la tónica apuntada. Con idéntico propósito la Sección 2 del Capítulo IV de la Parte Tercera del Proyecto está dedicada por entero a las “Políticas sobre controles en las fronteras, asilo y emigración”, que “se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad de los Estados miembros, también en el aspecto financiero” (art. III.169). La inclusión del término “frontera” aunque sea a los meros efectos de su “control” por la UE, suscita los naturales recelos de los Estados miembros. Por ello, y para evitar cualquier apertura de la temida “caja de Pandora” derivada de los aún no concluidos conflictos territoriales, se incluye una cláusula estabilizadora según la cual la esta política “no afectará a la competencia de los Estados miembros en lo que respecta a la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho internacional” (art. III-166.3º)⁴⁷. Al efecto se tuvo muy en cuenta la mejora del control de las fronteras exteriores, marítimas y terrestres.

La Constitución europea puede situarse a partir de aquí dentro de una concepción de “Europa fortaleza” cada vez más cerrada, como evidencia el art. III-166.1º que reclama la instauración progresiva de “un sistema integrado de gestión de las fronteras”, compromiso que se acompaña de la demanda de una política común que garantice “la gestión eficaz de los flujos migratorios”. Mas lo que el adjetivo eficaz esconde no parece que pueda compensarse merced a referencias tales como la necesidad de actuar “contra la inmigración ilegal” (art. III-168.1º). Y, en orden a la colaboración entre los Estados miembros en lo que respecta a la lucha contra la delincuencia y el terrorismo, brilla por su ausencia una concepción que refleje una visión abierta y acogedora en torno a los movimientos migratorios.

⁴⁴ COM(2001) 627 final.

⁴⁵ Acervo Schengen, Decisión del Comité Ejecutivo de 28 de abril de 1999 relativa al tráfico ilegal de armas (DO nº L 239 de 22.09.2000).

⁴⁶ Vid. M. Bacigalupo Sagesse, “Bases de la política comunitaria en materia de visados, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 5, 2003, p. 57-76.

⁴⁷ Vid. A. del Valle Gálvez, “Las fronteras de la Unión Europea – el modelo europeo de fronteras”, *RDCE*, nº 12, 2002, pp. 299-341.

Los objetivos para establecer los controles en las fronteras pretenden cubrir tres frentes: a) garantizar la ausencia de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores y c) instauran progresivamente un sistema integrado de fronteras exteriores (art. III.166.1º). Insistimos nuevamente en que no se incluyen novedades sustanciales respecto de la filosofía inspiradora del “sistema Schengen”: el reforzamiento del control de la frontera intracomunitaria que repercute por igual en todas las fronteras de los Estados miembros a partir de a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración; b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; c) las condiciones en que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por el territorio de la Unión durante un periodo breve; d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores; y e) la ausencia de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, que crucen las fronteras interiores (art. III-166.2º).

3. *Respeto de los derechos fundamentales y de las tradiciones jurídicas*

A) Protección del orden y de la seguridad *versus* protección de la vida privada

22. Las medidas adoptadas para proteger la democracia y el Estado de Derecho en Europa contra todas las formas de delincuencia y contra el terrorismo deberán respetar escrupulosamente los derechos fundamentales de la persona, el derecho de libre circulación, la vida privada y las normas relativas a la protección de datos⁴⁸. Habrá que estudiar la necesidad de establecer un marco global único que tenga en cuenta, por una parte las peculiaridades y requisitos en materia de protección del orden y de la seguridad públicos y de lucha contra la delincuencia y, por otra, la exigencia de ofrecer un alto grado de protección de la vida privada. También deberá integrar la perspectiva de la racionalización de las autoridades comunes de control que ya existen en la Unión Europea para la protección de datos en el ámbito del mantenimiento del orden público, al tiempo que se respetan las competencias del órgano independiente de control establecido en virtud del art. 286 TCE. Para definir e instaurar las normas habrá que articular también la acción de la Unión con la de las autoridades nacionales y desarrollar la asociación con el sector privado y con las organizaciones no gubernamentales.

La estructura de las instituciones de la Unión será única, sea cual sea su ámbito de acción de que se trate y únicamente los procedimientos estarán adaptados a la especificidad de los temas abordados. De esta suerte en el espacio reiterado en el Capítulo IV del Título III de la Constitución Europea debe construirse una política común en materia de inmigración, insistirse en la cooperación policial contra el crimen organizado⁴⁹ y profundizarse en la cooperación jurídica en materia civil y comercial, el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y el refuerzo de la coordinación policial y judicial. Y con el objeto de fomentar una convivencia equilibrada se sitúan los

⁴⁸ *Vid.*, con carácter general, las actas del coloquio organizado por la Universidad de la Sorbona en marzo de 2003 dirigidas por G. Cohen Jonathan y JH. Dutheil de la Rochère, *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruselas, 2003.

⁴⁹ V. Mitsilegas, “Defining Organised Crime in the European Union: the Limits of European Criminal Law in an Area of ‘Freedom, Security and Justice’”; *European Law Rev.*, vol. 26, 2001, pp. 565-581.

principios y las normas dedicadas al “espacio de libertad, seguridad y justicia”. Se eleva así a nivel constitucional la cooperación judicial en materia civil y en materia penal, así como la cooperación policial. En definitiva, “la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia en el respeto de los derechos fundamentales y atendiendo a las distintas tradiciones y sistemas jurídicos de los Estados miembros” (art. III-153). Se trata de un espacio que pretende establecer un marco institucional y jurídico único simplificado, previsible y equilibrado.

La Constitución Europea insiste en el derecho a la libertad y seguridad de cada persona e intenta un difícil equilibrio entre libertad y control: la supresión de los controles en las fronteras interiores sin menoscabo del nivel de seguridad precisa el establecimiento de una serie de medidas que garanticen las fronteras exteriores. Pero, curiosamente, no ha conseguido implantar la denominación de “política de seguridad interior” para intitular las políticas comunes y la cooperación policial y judicial de los Estados miembros de la Unión y reemplazar a la denominación oficial de espacio europeo de “libertad, seguridad y justicia” utilizada hasta la fecha. Pese a que el mandato del *Praesidium* a la Convención contenía varias alusiones a “una noción de seguridad interior europea” (CONV 69/02) y que los primeros borradores del Grupo de Trabajo X “Libertad, seguridad y justicia” contemplaron la posibilidad de esa denominación, el Proyecto sólo se refiere a la seguridad interior para mencionar la necesidad de su coordinación operativa por un comité permanente en el Consejo.

23. El terrorismo internacional no es un fenómeno nuevo, pero su evolución paralela a la globalización ha transformado su carácter, su dimensión, alcance y capacidad letal y por consiguiente ha cambiado la forma de percibirlo. Tras el 11 de septiembre la lucha contra el terrorismo se convirtió en la prioridad de las estrategias de seguridad de los Estados⁵⁰ y obligó Europa a definir su papel estratégico en el nuevo escenario internacional. No obstante, para llegar a este resultado debieron de sucederse diversas acciones. El 19 de septiembre del 2001, la Comisión Europea aprobó el primer proyecto destinado a la adopción una legislación similar en materia antiterrorista, pues hoy, dentro de la UE coexisten distintas situaciones en los Estados miembros en lo que respecta a esa legislación. Los actos terroristas son delitos comunes que se convierten en delitos terroristas por razón de la intencionalidad de su autor. Por lo tanto, la legislación deberá definir la intencionalidad que puede tener una persona para ser considerada terrorista. El art. 3 de este proyecto define lo que son delitos terroristas y determina cuál debe ser la intención del autor para considerar el hecho de terrorista. Entre los delitos que pueden ser calificados de terroristas se encuentran, entre otros, el asesinato, las lesiones, el secuestro y el robo; pero también daños al transporte público, infraestructuras públicas, ataques mediante interferencias con sistemas de información, la amenaza de cometer cualquier delito de los enumerados anteriormente, así como el cajón de sastre que supone el fomento, ayuda o participación en un grupo terrorista, incluyendo la controvertida apología⁵¹. La cumbre que tuvo lugar en Bruselas el 21 de

⁵⁰ L. Condorelli, “Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?”, *RGDIP*, 2001,4.

⁵¹ Con el apoyo de España el Reino Unido suscitó entonces, con el apoyo de España, la propuesta de redactar una lista de organizaciones terroristas que habrían de ser legalizadas en todos los Estados de la UE. Se decidió también incrementar la cooperación antiterrorista con los EE UU y dotar de competencias antiterroristas a Europol. Unos días después, el 16 de octubre, un Consejo de Ministros de Hacienda e

septiembre de 2001 constituyó una respuesta inmediata de la UE a los atentados contra las torres gemelas. La UE inició una intensa actividad diplomática, remarcando su solidaridad con EE UU. El Consejo Europeo de Laeken, que cerró la presidencia belga, adoptó el 27 de diciembre de 2001 dos posiciones comunes para combatir el terrorismo⁵². El informe de la Presidencia después del Consejo Europeo de Laeken en diciembre de 2001 indicaba que la UE disponía de un amplio espectro de instrumentos civiles y militares y que entonces podía contribuir al esfuerzo internacional en materia de prevención de conflictos y gestión de crisis y en la prevención y lucha contra el terrorismo. En el Consejo de Sevilla de junio de 2002 la UE acordó llevar a cabo una política coordinada y una aproximación interdisciplinar. Tras los atentados de Nueva York los Estados miembros y los Estados adherentes adquirieron el compromiso político de actuar conjuntamente, a partir de este momento, contra los actos terroristas, guiados por el espíritu de la cláusula de solidaridad que figura en el art. 42 del (por entonces) proyecto de Constitución para Europa. Y este compromiso fue reforzado tras los atentados de Madrid de 2004⁵³.

En efecto, a partir del art. 42 de la Constitución europea se ha extendido la cláusula de solidaridad en el caso de un ataque terrorista entre los Estados miembros para: “prevenir el riesgo de terrorismo en el territorio de los Estados miembros”; “proteger las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas”; y “aportar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste y a petición de sus autoridades políticas, en caso de ataque terrorista”. La ampliación de la lucha antiterrorista responde a estas nuevas dinámicas en las cuales los instrumentos creados para la prevención de conflicto y la gestión de crisis podrían ser también operativos en unos ámbitos reservados hasta ahora a la exclusiva competencia de las políticas nacionales.

B) Cooperación en el ámbito penal

Interior abordó el problema de la financiación del terrorismo, extendiendo a éste y otros delitos graves las medidas ya existentes para combatir el lavado de dinero procedente del tráfico de drogas. Con ello quedaron trazadas las líneas maestras de la nueva política antiterrorista europea, que se irían concretando a lo largo de los siguientes meses.

⁵² Una de ellas aborda la financiación del terrorismo (2001/930) y la otra ofrece una definición común de los delitos terroristas (2001/931). Esta definición incluye once tipos de actos, desde el homicidio hasta el apoyo a un grupo terrorista, que deben ser considerados terroristas si, definidos como delito por la legislación nacional, pueden dañar seriamente a un país o a una organización internacional y se cometen con uno de los siguientes objetivos: a) intimidar seriamente a una población; b) obligar indebidamente a un gobierno u organización internacional a realizar o dejar de realizar una actuación, o c) desestabilizar seriamente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional. Asimismo, el Consejo Europeo de Laeken aprobó también una lista de entidades terroristas, que junto a grupos irlandeses, griegos y palestinos incluía a ETA y a cinco organizaciones cuya vinculación con ella había sido ya demostrada por la justicia española, así como a los GRAPO. Una lista, ciertamente, polémica y conflictiva, pero que recibiría un fuerte respaldo cuando el 6 de febrero de 2002 el Parlamento Europeo aprobó por gran mayoría la euro-orden de detención y entrega, una medida destinada a facilitar notablemente el procesamiento de los sospechosos de terrorismo y otros crímenes graves en todo el territorio de la UE, sustituyendo el laborioso procedimiento de la extradición, lo que originó ciertas críticas por parte de algunos grupos de defensa de los derechos civiles. Por su parte, el Parlamento Europeo expresó también su voto favorable a la definición común de terrorismo, si bien manifestó su disconformidad por no haber sido consultado acerca de la lista de organizaciones terroristas prohibidas por la UE.

⁵³ Nota de la Presidencia del Consejo Europeo de 22 de marzo de 2004 sobre Proyecto de declaración sobre la lucha contra el terrorismo, a propósito de los atentados terroristas de Madrid.

24. El reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil (art. III-158.4º) y penal y la aproximación de las legislaciones penales en determinadas materias (art. III-172.2º) constituyen dos importantes elementos en la construcción del espacio europeo de justicia recogidos en el Proyecto para fomentar la aproximación procesal y penal de los elementos constitutivos y sanciones, establecer normas mínimas sobre admisibilidad de pruebas, definición de derechos de los procesados durante el proceso penal y los derechos de las víctimas⁵⁴.

La proclamación del reconocimiento mutuo lleva aparejada que una decisión judicial de un Estado miembro debe ser efectiva en cualquier otro Estado miembro sin que pueda ser sometida a controles adicionales de conformidad con el orden jurídico del Estado miembro receptor y su fundamento se basa en una confianza compartida que se justifica en la existencia de unos valores y objetivos jurídicos comunes en todos los Estados miembros. Desde la dimensión penal, el Tratado establece la posibilidad de fijar normas mínimas comunes “Relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos de carácter particularmente grave y con una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes” (art. III-172.1º.I). Dichos ámbitos delictivos son el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, el blanqueo de capitales⁵⁵, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada, entre otros que establezca el Consejo por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo (art. III-172.1º, II y III). Del mismo modo, el Tratado rechaza el anterior sistema de extradición basado en una cooperación con limitaciones y en la existencia de un doble examen, judicial y administrativo de la legalidad y adecuación de los ordenamientos de los Estados miembros⁵⁶. Por último, el nuevo texto refuerza la cooperación policial y judicial entre los Estados miembros mediante instrumentos prácticos de asistencia administrativa.

Es conveniente retener que el desarrollo de esta materia a partir del tercer pilar (art. 34 TUE) no ofreció los resultados esperados, puesto que, de un lado, la mayor parte de los Convenios adoptados no fueron nunca ratificados y, de otro, aparecieron numerosas dificultades para modificar y adaptar a las nuevas circunstancias los convenios vigentes, como el del Europol. Y, por lo que respecta a las “decisiones marco” que también se han producido en este sector, al carecer de efectos, directos no hicieron otra cosa que obstaculizar la aplicación práctica de muchas iniciativas relevantes como la orden de detención europea. Cualquier reforma del sector deberá suprimir la técnica convencional, que ha mostrado su ineficacia, y sustituir las decisiones marco, las decisiones y las posiciones comunes por otros tipos normativos. De ahí que los cauces

⁵⁴ A.M. Sanz Hermida, “El futuro espacio europeo de justicia penal”, *Revista del Poder Judicial*, nº 71, 2003, p. 175-191.

⁵⁵ *Vid.* Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001 relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales (DO nº L 344 de 28.12.2001).

⁵⁶ Existen ya precedentes en la materia, como el Tratado hispano-italiano para la persecución de delitos graves mediante la superación de la extradición en un espacio de seguridad común, hecho en Roma el 28 de noviembre de 2000. *Vid.* B. Reverón Palenzuela, “Notas sobre el Tratado suscrito entre España e Italia para la persecución de delitos graves, de 28 de noviembre de 2000. Especial referencia a la extradición de condenados en rebeldía”, *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, vol. II, *Estudios homenaje al profesor Antonio Pérez Voituriez*, 2001, pp. 401-417.

señalados en los arts. III-171.2º a III-173 deban ser bien recibidos. Las nuevas y complejas formas de delincuencia, con sus consiguientes ramificaciones internacionales, requieren los tradicionales mecanismos de cooperación sean sustituidos para asegurar, de una parte, que quien cometa un delito sea perseguido, juzgado y, de ser condenado, cumpla efectivamente la condena impuesta y, de otra parte, que los productos de los delitos sean bloqueados y recuperados.

25. Con independencia de cuáles sean las medidas que se adopten para desarrollar una cooperación eficaz, lo que implica necesariamente la simplificación y armonización de los instrumentos en presencia, éstas no pueden ser incompatibles con la conservación de aquellas peculiaridades penales que tengan una debida justificación. Dos razones justifican esta excepción. De un lado, la concreción de los comportamientos punibles, que al estar íntimamente ligada en nuestras sociedades a la intervención parlamentaria obliga a preservar un mayor poder de intervención para los parlamentos nacionales. De otro lado, la necesidad de hacer compatible la definición de los elementos constitutivos de los delitos en la Unión con las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros. A partir de aquí la armonización del Derecho penal debe desempeñar una función testimonial con relación al ciudadano europeo y al de terceros Estados con independencia del carácter transfronterizo o no de un comportamiento: el objetivo es que la UE pueda tipificar los comportamientos que sean contrario a los valores fundamentales de la Unión (racismo, pornografía infantil...). La armonización, en segundo lugar, debe evitar un efecto de “santuario”, es decir, evitar que la delincuencia se concentre en los lugares donde se sancionen menos determinados delitos y debe infundir en los ciudadanos un sentimiento común de justicia. Por último, la armonización, aunque sea mínima es necesaria para una aplicación efectiva del postulado del reconocimiento mutuo y para que sea verdaderamente eficaz la cooperación integrada, a partir del empleo de las nuevas tecnologías⁵⁷, si se pretende que instituciones como Europol o Eurojust desempeñen su cometido de forma coordinada.

Como indicamos, la Constitución Europea aborda esta materia entendiendo que si el delito perseguido tiene carácter particularmente grave y dimensión transfronteriza, debe entenderse que también lo tiene el proceso penal consiguiente. Así, el art. III-171.2º establece la posibilidad de adoptar normas mínimas –mediante leyes marco europeas exclusivamente- para “facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza”. Dichas normas mínimas podrán referirse a la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros así como a los derechos de las personas y en especial de las víctimas de los delitos durante el procedimiento penal⁵⁸. Cualquier ampliación de esta lista de materias exige la unanimidad del Consejo a través de una decisión que cuente con la previa aprobación del Parlamento Europeo. Conviene subrayar el alcance garantista de esta disposición, que no permite la armonización de mínimos en materia procesal penal si no es mediando un consenso total de los Estados miembros. En segundo lugar, se podrán adoptar mediante leyes marco europeas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones para esta

⁵⁷ M. Jimeno Bulnes, “Las nuevas tecnologías en el ámbito de la cooperación judicial y policial europea”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 31, 2002.

⁵⁸ M.J. García Rodríguez, “Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo”, *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 5342, 2001, pp. 1-6.

categoría de delitos (art. III-172.1º). Ello conllevará una uniformidad en el tratamiento del terrorismo inexistente en la actualidad, por cuanto que ciertos Estados no tipifican separadamente los actos terroristas sino tan sólo los actos delictivos a través de los que materialmente se manifiestan.

C) Cooperación en materia civil

26. Es cierto que el art. 65 TCE limita el ámbito de la cooperación judicial en materia civil a las cuestiones con repercusión transfronteriza y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, pero tan estrecho margen de actuación puso de relieve desde el primer momento que no era adecuado; por este motivo el Consejo Europeo de Tampere asignó un contenido más político a la cooperación judicial civil aludiendo a un “auténtico Espacio Europeo de Justicia”, basado en un mejor acceso a la justicia y una mayor convergencia del Derecho civil. Sin embargo, el Proyecto de Convención no ha desarrollado esta última posibilidad al basarse fundamentalmente en aspectos propios de la cooperación judicial (art. III-170.2º). No deja de ser significativa, la ausencia de una referencia expresa a la unificación del Derecho privado, limitándose el constituyente comunitario a incluir la materia dentro de la declaración genérica consistente en que la cooperación “judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza” (...) “podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros” (art. III-170.1º). La lectura de estas disposiciones pone de relieve que en el texto está presidido por las soluciones clásicas de Derecho internacional privado y no por soluciones armonizadoras más acomodadas a las acciones comunitarias que vienen desarrollándose en los últimos tiempos y por todo un debate doctrinal incide en el un carácter esencialmente instrumental del Derecho privado, en tanto que mecanismo que coadyuva al proceso de unificación económico e incluso político⁵⁹.

De esta suerte la Constitución Europea queda al margen del ambiente favorable registrado en los últimos años hacia la construcción del Derecho privado a partir una supuesta tradición jurídica europea comúnmente aceptada⁶⁰ y de la existencia de una serie de instituciones y de principios jurídico-privados coincidentes en las legislaciones del área considerada⁶¹. Recuérdese que la más antigua experiencia tendente a la unificación del Derecho de los contratos arranca en 1980 a partir de un grupo de profesores encabezados por O. Lando⁶², en que se detallan “principios comunes” en los países de la UE relativos a la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos; al cumplimiento e incumplimiento y a algunas otras cuestiones concretas,

⁵⁹ M^a P. García Rubio, “Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea”, *XIV Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, pp. 237-258; A. Vaquer Aloy, “La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo”, *La Ley*, D- 119, 2002-4, p. 1603-1615; J.C. Fernández Rozas, “La unificación del Derecho mercantil internacional en los procesos de integración económica. La experiencia europea”, *La Ley*, nº 5860, 2003, pp. 1-8.

⁶⁰ *Vid.*, desde una posición muy crítica: “la inconveniencia de un Código civil europeo”, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2003, pp. 279 ss.

⁶¹ R. Schulze, “Le droit privé commun européen”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 47, 1995, pp.18 ss.

⁶² Que ha publicado ya dos partes de *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2000. Entre los defensores de esta iniciativa *Vid.* en la doctrina italiana, M.J. Bonell, “Verso un codice europeo dei contratti”, *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 171 ss. En la doctrina española, *Vid.* L. Díez-Picazo, E. Roca y A.M. Morales, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

como la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes. Y entre otras alternativas a la unificación destaca el “Anteproyecto de Código europeo de contratos” (Libro I) redactado por el grupo de la “Academia de Pavía”⁶³ creada en 1992 bajo la iniciativa y coordinación del profesor G. Gandolfi y presidida en la actualidad por J.L. de los Mozos, que representa un esfuerzo por encontrar un medio de integración, mediante la ayuda de la legislación, entre los distintos Derechos europeos, concurriendo con otros intentos que se hallan animados por la misma finalidad.

27. No puede descartarse en modo alguno la cooperación bilateral entre Estados miembros para demostrar un compromiso real en la lucha contra la delincuencia organizada y, en particular, contra el terrorismo. Pero también es preciso desarrollar el intercambio multilateral incluyendo en ello a los servicios de información, y simplificar los mecanismos de toma de decisiones en este ámbito y favorecer la mayoría cualificada. Esta se ha previsto en la Constitución europea con la única reserva de las medidas referentes a la cooperación operativa. No en vano, una de las principales innovaciones de la Constitución europea es la instauración en el Consejo de un Comité permanente encargado de garantizar la promoción y el refuerzo de la cooperación operativa en cuanto a seguridad interior (art. 111-162). Cabría revisar, reactivar y desarrollar el papel del Grupo de trabajo de Jefes de Policía habida cuenta de su posición privilegiada en cuanto a coordinación operativa. También convendrá asociar al conjunto de los demás agentes que intervienen en este ámbito y especialmente a Europol. Para garantizar la eficacia de las medidas adoptadas, la Constitución europea permite establecer las modalidades de evaluación de la aplicación de esta política.

Por esta razón, con el propósito de proporcionar una mayor confianza e interacción entre las instituciones y los ciudadanos, la Constitución europea consolida Europol y Eurojust en tanto que órganos de la Unión y permite que el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales participen en la determinación de sus futuras funciones, su regulación y los mecanismos de evaluación. Del mismo modo, el nuevo texto atribuye a los parlamentos nacionales la posibilidad de bloquear iniciativas legislativas que puedan vulnerar el principio de subsidiariedad con más facilidad en materia de libertad, seguridad y justicia -un cuarto de los votos atribuidos a los parlamentos frente a un tercio para el resto de las materias-, lo que refuerza la apuesta por el modelo amplio de participación. Asimismo, el art. 111-167, el relativo a Europol, introduce una importante novedad que es la sustitución de una determinación tasada y cerrada de los ámbitos competenciales de Europol, como la que se reconoció en el Tratado de Amsterdam, por unos principios de funcionamiento y el señalamiento de objetivos. Se incide de manera especial como no podía ser de otra manera en todas las materias relacionadas con la información. Se privilegian las actividades conjuntas entre Europol, Eurojust y los Estados miembros conforme a las demandas de cada circunstancia y se mantiene el sometimiento de las actividades operativas de Europol al acuerdo de las autoridades de los Estados miembro cuyo territorio resulte afectado. En el art. 111-168 se establece como objetivo el desarrollo de normativa de la Unión para fijar las

⁶³ *Code européen des contrats (Livre premier)*, Milán, 2001. J.L. de los Mozos, “El Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *La Ley*, D-216, 2002-5, pp. 1768-1776; A. Valiño Arcos, “Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto ‘Galdolfi’: Hacia la consecución de un ‘Code européen des contrats’”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2003, pp. 383-402; C. Vattier Fuenzalida, “El Anteproyecto de Pavía”, *ibid.*, pp. 419-436.

condiciones con arreglo a los cuales las autoridades competentes de los Estados miembro puedan actuar en el territorio de otro Estado. Sin embargo, no se cierra la puerta a que dentro de los esquemas de cooperación reforzada, puedan producirse avances en esta materia.