



Universidad de Valladolid



TESIS DOCTORAL:

**EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA:
PROYECTO JURÍDICO-POLÍTICO *IN FIERI***

Presentada por D^a Esther M. Aníbarro Martínez para optar al grado de
Doctora por la Universidad de Valladolid

Dirigida por:
Prof. Dra. Coral Arangüena Fanego

INDICE TEMÁTICO

CAPÍTULO I.- DELIMITACIÓN TEÓRICO CONCEPTUAL DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.- Marco teórico: objeto de estudio, hipótesis y finalidad de la investigación.....	18
1.2.- Metodología científica y técnicas de investigación.....	28
1.3.- Selección y acceso a las fuentes de conocimiento.....	40

CAPITULO II.- SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y SU CONFIGURACIÓN EN EL DERECHO PRIMARIO: DE ROMA A NIZA

2.1.- Aproximación conceptual: origen y causas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.....	46
2.2.- Antecedentes: el proceso de integración comunitario.....	65
2.2.1.- De Roma a Maastricht: 1957-1992.....	72
2.2.1.1.- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el Tratado de Roma.....	72
2.2.1.1.1.- La independencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: mecanismos de salvaguarda.....	73
2.2.1.1.2.- La cuestión prejudicial como mecanismo de cooperación judicial.....	77
2.2.1.1.3.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales.....	88
2.2.1.2.- La aparición del espacio Schengen.....	90

2.2.1.3.- El Acta Única Europea (1987).....	101
2.2.2.- De Maastricht a Amsterdam: 1992-1999.....	105
2.2.3.- De Amsterdam a Niza: 1999-2003.....	119
2.2.3.1.- Estructura institucional del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.....	121
2.2.3.2.- Estructura legislativa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.....	125
2.2.3.3.- Instrumentos jurídicos del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.....	128
2.2.4.- Modificaciones introducidas por el Tratado de Niza.....	133
2.2.5.- El relevante papel de las Agencias de la Comisión en la construcción del Espacio Judicial Europeo.....	140
2.2.5.1.- Consideraciones preliminares.....	140
2.2.5.2.- Objetivos.....	143
2.2.5.3.- Funcionamiento.....	144
2.2.5.4.- Las agencias europeas relacionadas con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia:.....	145
2.2.5.4.1.- Eurojust.....	146
2.2.5.4.2.- Europol.....	153
2.2.5.4.3.- Escuela Europea de Policía.....	163
2.2.5.4.4.- Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías.....	165
2.2.5.4.5.- Agencia Europea de los Derechos Fundamentales.....	167
2.2.5.4.6.- Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información.....	169
2.2.5.4.7.- Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores.....	170

CAPÍTULO III.- EL MARCO JURÍDICO ACTUAL EN EL DERECHO PRIMARIO: EL TRATADO DE LISBOA (2009)

3.1.- Principales innovaciones aportadas por el Tratado de Lisboa en□ la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.....	178
3.2.- Procedimiento legislativo en el Tratado de Lisboa.....	189
3.3.- Estructura institucional en el Tratado de Lisboa.....	201
3.4.- Instrumentos jurídicos del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Lisboa: un nuevo sistema de fuentes.....	217
3.5.- Creaciones del Tratado de Lisboa a nivel orgánico.....	229
3.5.1.- El Ministerio Público Europeo.....	229
3.5.2.- La figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores.....	243
3.6.- Armonización versus reconocimiento mutuo, ¿un debate superado?.....	246

CAPÍTULO IV.- CONCRECIÓN DEL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO A TRAVÉS DE LOS PROGRAMAS DE TRABAJO QUINQUENALES: DE TAMPERE A ESTOCOLMO

4.1.- El Programa de Tampere: 1999-2004.....	263
4.1.1.- Primer Programa de Trabajo y su contenido.....	265
4.1.2.- Tampere y el principio de reconocimiento mutuo.....	269
4.1.3.- Las creaciones de cooperación orgánica.....	294
4.1.3.1.- Los Magistrados de Enlace.....	294
4.1.3.2.- La aparición de la justicia en red: la Red Judicial Europea.....	300
4.1.3.3.- Los Equipos Conjuntos de Investigación.....	303

4.1.4.- Los inicios de la armonización legislativa en materia de delincuencia organizada.....	308
4.1.4.1.- Estrategia antiterrorista.....	310
4.2.- El Programa de La Haya: 2004-2009.....	316
4.2.1.- Contenido del Programa: formulación de diez prioridades.....	316
4.2.1.1.- Estrategia de protección de datos personales.....	324
4.2.1.2.- Ciberdelincuencia.....	327
4.2.1.3.- Actuación antiterrorista.....	331
4.2.1.4.- Foro Europeo de la Justicia.....	333
4.2.1.5.- Nacimiento de la dimensión exterior: adopción de la Estrategia para la dimensión exterior JAI (2005).....	335
4.2.1.6.- Estrategia de los Derechos del Niño.....	340
4.2.1.7.- Hacia un modelo de justicia juvenil.....	344

CAPÍTULO V.- EL PROGRAMA DE ESTOCOLMO: NUEVO MARCO JURÍDICO- POLÍTICO (2010-2014)

5.1.- Definición de las prioridades políticas.....	353
5.2.- Programa de Estocolmo y la protección de los derechos de los ciudadanos.....	357
5.2.1.- Promoción del pleno ejercicio del derecho a la libre circulación en un espacio de diversidad.....	358
5.2.2.- Derechos de las personas en los procesos penales y derecho de participación ciudadana.....	361

5.3.- Espacio judicial europeo como mecanismo para facilitar la vida de las personas: una Europa de la ley y de la justicia.....	363
5.3.1.- El Derecho Penal Europeo en el Programa de Estocolmo: perspectivas□ de evolución.....	366
5.3.2.- El Espacio Judicial Europeo en términos de beneficio para el ciudadano.....	372
5.4.- Principio de disponibilidad de la información y la capacidad de □ generar inteligencia.....	377
5.5.- Protección del ciudadano a través de la eficacia contra las formas graves de delincuencia.....	383
5.5.1.- La trata de seres humanos.....	389
5.5.2.- Explotación sexual de menores y pornografía infantil.....	401
5.5.3.- Delincuencia cibernética.....	405
5.5.4.- Delincuencia económica y corrupción.....	407
5.5.5.- Tráfico de drogas.....	419
5.5.6.- Actividad terrorista.....	428
5.6.- Europa en un mundo globalizado.....	430
5.6.1.- La cuestión migratoria.....	432
5.6.2.- Otra perspectiva de Europa inmersa en un mundo globalizado: la dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.....	438
5.6.2.1.- Refuerzo de la dimensión exterior.....	440
5.6.2.2.- Acuerdos con terceros países.....	443
5.6.2.3.- Prioridades geográficas de la dimensión exterior.....	448

CAPÍTULO VI.- LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA DEL CONSEJO: PUESTA EN MARCHA Y PRIMERAS CRÍTICAS AL PROGRAMA DE ESTOCOLMO

6.1.- Funciones de la Presidencia Española del Consejo: transición e innovación.....	460
6.2.- Prioridades de la Presidencia Española: el programa.....	462
6.2.1.- Aplicación del Tratado de Lisboa.....	471
6.2.1.1.- Configuración del Servicio Europeo de Acción Exterior.....	477
6.2.1.2.- Respuestas a las necesidades de coordinación operativa: el Comité Operativo de Seguridad Interior.....	485
6.2.1.3.-Significado de la cláusula de solidaridad en caso de ataque terrorista.....	488
6.2.2.- La puesta en marcha del Programa de Estocolmo.....	490
6.2.2.1.- Plan de acción del Programa de Estocolmo.....	493
6.2.2.2.- Estrategia de Seguridad.....	495
6.2.2.3.- El fenómeno de los Menores Extranjeros No acompañados.....	503
6.3.- Los actos legislativos relativos a la cooperación judicial durante la Presidencia Española.....	507
6.3.1.- Plan de Trabajo diseñado por el Consejo.....	508
6.3.2.- Los derechos de los sospechosos y procesados en los procesos penales.....	513
6.3.3.- Protección a las víctimas de los delitos: estatuto jurídico de la víctima.....	522
6.3.4.- Otras iniciativas de interés.....	530

CONCLUSIONES.....	537
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA

1.- Libros, capítulos de libros y artículos de revistas.....	551
2.- Actas de Congresos, documentos de trabajo, tesis e informes.....	601

JURISPRUDENCIA.....	618
----------------------------	------------

LISTADO DE ACRÓNIMOS

ADN: Acido Desoxidorribonucleico
ADE: Agenda Digital Europea
AFIS: Anti-Fraud Information System
AIDP: Asociación Internacional de Derecho Penal
ALC: América Latina y Caribe
AN: Audiencia Nacional
ASEM: Cumbre Asia Europa
BSTF: Baltic Sea Task Force
CAAS: Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen
CAG: Consejo de Asuntos Generales
CAGRE: Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores
CAJI: Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior
CAR: Consejo de Asuntos Exteriores
CATS: Comité del Artículo 36
CARIN: Camden Assets Recovery Inter Agency Network
CCI: Centro de Control e Información
CCT: Coordinador Europeo de la Lucha contra la Trata de Seres Humanos
CECA: Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEEA: Comunidad Europea de la Energía Atómica
CED: Comunidad Europea de Defensa
CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos
CE: Comunidad Europea
CEE: Comunidad Económica Europea
CELAD: Comité Europeo de Lucha contra la Droga
CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEI: Comunidad de Estados Independientes, Consejo Europeo de Investigación
CEIFA; Comité Estratégico de Inmigración, Fronteras y Asilo
CEPOL: Oficina Europea de Policía
CERT: Equipos de Respuesta Incidentes de Seguridad de la Información
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CIA: Central Intelligence Agency
CIG: Conferencia Intergubernamental
CIREA: Centre for Information, Discussion and Exchange on Asylum
CIREF: Centre for Information, Discussion, Exchange on the Crossing Borders and Immigration
CIREFI: Working Group for Illegal Migration
CIS: Customs Information System
CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COM: Comunicación de la Comisión Europea
COREPER: Comité de Representantes Permanente
COSI: Comité Operativo de Seguridad Interior
COTER: Comité sobre el terrorismo
CPS: Comité Político de Seguridad
DHS: Department of Homeland Security
DICA: Derecho Internacional de los Conflictos Armados
DIH: Derecho Internacional Humanitario
DM: Decisión Marco
DO: Diario Oficial
EC: European Community
ECHR: European Court of Human Rights
ECI: Equipos Conjuntos de Investigación
ECJ: European Court of Justice
ECLAN: Red Académica de Derecho Penal Europeo
ECRIS: Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales
EEUU: Estados Unidos de América
EIS: Europol Information System
EISAS: Sistema Europeo de Intercambio de Información y Alerta
EIXM: Modelo Europeo para el Intercambio de Información
ELO: Oficiales de Enlace de Europol
ELSJ: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
EEMM: Estados Miembros
EM: Estado Miembro
EMSA: Agencia Europea de la Seguridad Marítima
ENISA: Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información

EPCTF: European Police Chiefs Task Force
EPRI: Sistema Europeo de Fichero Policial
EP3R: Asociación Europea de Resistencia
ERPC: Coalición por una Política Europea para la Población Gitana
ESCN: Europol Secure Communication Network
ESI: Estrategia de Seguridad Interior
EU: European Union
EUSC: Centro de Satélites de la Unión Europea
FAUXDOC: Working Group for False Documentation
FIDE: Customs File Identification Database
FRONT: Working Group for Border Issues
FRONTEX: Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores
FSB: Federálnaya Sluzhba Bezopásnosti Rossiskoi Federatsii, Servicio de Seguridad Nacional Rusa
GAFI: Grupo de Acción Financiera Internacional
GAM: Grupo de Ayuda Mutua
GAN: Grupo de Alto Nivel
GANAM: Grupo de Alto Nivel de Ayuda Mutua
GRETA: Grupo de Expertos en la lucha contra la Trata de Seres Humanos
G8: El Grupo de los ocho
FDE: Fiscales Delegados Europeos
FGE: Fiscal General del Estado
HNG/HDG: Horizontal Narcotics Group
ICI: Infraestructuras Críticas de Información
IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido
JAI: Justicia y Asuntos de Interior
LIBE: Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
MAOC-N: Maritime Analysis and Operations Centre-Narcotics
MEDIA: Programa de Fomento de la cooperación entre Instituciones, organizaciones y empresas del sector de los medios de comunicación de la Comunidad y terceros países mediterráneos
MENA: Menores Extranjeros No Acompañados
MDG: Grupo Multidisciplinar para la prevención y persecución del crimen organizado
MI5: Military Intelligence, Section five

MIGR: Working Group for Migration and Return
MPE: Ministerio Público Europeo
OAC: Operaciones Aduaneras Conjuntas
OEDE: Orden Europea de Detención y Entrega
OEDT: Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías
OEI: Orden Europea de Investigación
OIT: Organización Internacional del Trabajo
OLAF: Oficina Europea de Lucha contra el Fraude
OMA: Organización Mundial de Aduanas
OMS: Organización Mundial de la Salud
ONG: Organización No Gubernamental
ONUDD: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
ORA: Organismos de Recuperación de Activos
OTAN: Organización del Tratado del Atlántico Norte
PCWG: Police Cooperation Working Group
PE: Parlamento Europeo
PEA: Proceso de Estabilización y Asociación
PESC: Política Exterior y de Seguridad Común
PESD: Política Europea de Seguridad y Defensa
PEV: Política Europea de Vecindad
PICl: Plan para la Identificación de Infraestructuras Críticas
PNUCID: Programa de las Naciones Unidas para el Control Internacional de la Droga
PNR: Passengers Name Register
PYMES: Pequeñas y Medianas Empresas
QBRN: Químico, Biológico, Radiológico y Nuclear
RABIT: Rapid Borders Intervention Team
RAXEN: Red Europea de Información del Racismo y la Xenofobia
REITOX: Red Europea de Información sobre Drogas y Toxicomanías
REPD: Red Europea de Prevención de la Delincuencia
SCH-EVAL: Working Group for Schengen Evaluation
SCIFA: Comité Estratégico sobre Inmigración, Fronteras y Asilo
SEAE: Servicio Europeo de Acción Exterior
SECA: Sistema Europeo Común de Asilo

SEE: Sistema Estadístico Europeo
SIA: Sistema de Información Aduanero
SIRENE: Supplément d'Information Requis à l'Entrée Nationale
SIRIS: Working Group SIS/Sirene
SIS: Sistema de Información Schengen
SIS-TECH: Schengen Information System-Technology
TACIS: Technical Assistance to the Commonwealth of Independent States
TCEE: Tratado de la Comunidad Económica Europea
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TFTP-EEUU: Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo con los Estados Unidos
TIC: Tecnologías de la Información y Comunicación
TJCE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI: Tribunal de Primera Instancia
TREVI: Terrorism, Radicalism, Extremism and International Violence
TUE: Tratado de la Unión Europea
TWG: Terrorism Working Group
UCLAF: Unidad de Coordinación de la Lucha Antifraude
UDE: Unidad de Drogas Europol
UE: Unión Europea
UEM: Unión Económica y Monetaria
UFI: Unidades de Información Financiera
UN: United Nations
UNSC: United Nations Security Council
USA: United States of America
VIH: Virus de Inmunodeficiencia Humana
VISA: Working Group for Visas

CAPÍTULO I.- DELIMITACIÓN TEÓRICO CONCEPTUAL DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.- Marco teórico: objeto de estudio, hipótesis y finalidad de la investigación.

Con ocasión del Consejo Europeo de 1977, GISCARD DÉSTAING declaró que

*La construction de l'Europe devrait s'enrichir d'un nouveau concept, celui de l'espace judiciaire. Je suggère donc que par l'adoption d'une Convention d'extradition automatique assortie de garanties appropriées pour les cas de crimes particulièrement graves, les Neuf mettent en place les premiers éléments d'un espace judiciaire unique*¹.

Esta fue la primera declaración en la que se hizo mención al concepto de Espacio Judicial Europeo, ceñida *ab initio* a la elaboración de un instrumento de extradición automático. Dicha propuesta, no alcanzó sin embargo resultado práctico alguno, y de nuevo, Valery Giscard D'Estaing, como presidente de la Convención para el futuro de Europa, en junio de 2003, con ocasión del Consejo Europeo de Tesalónica, retomaba *les clés*² de un verdadero espacio judicial europeo que comprendiese tanto la materia penal como la civil³.

El análisis microinternacional del origen, naturaleza y evolución de este concepto de Espacio Judicial Europeo, y de su formulación posterior a través de la noción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante ELSJ), constituye el objeto del presente trabajo de investigación doctoral. Como señala CALDUCH⁴, el nivel microinternacional aborda aquellos fenómenos que sólo resultan destacables desde la óptica de un actor internacional o de un reducido número de ellos. El núcleo teórico de este nivel analítico lo constituye el estudio de la política exterior de los Estados, pero junto a él se consideran también los fenómenos

¹ E. BARBE, *L'espace judiciaire européen. Avant-propos de Valery Giscard D'Estaing*, Collection réflexion Europe, 1ª Ed. Paris: La Documentation Française, 2007. 192 págs., p.9

² Ibidem

³ Para GONZÁLEZ VIADA, N., sin embargo, el proyecto de Giscard d'Estaing, planteaba desde el comienzo cinco etapas, correspondientes a las cinco materias que posteriormente han centrado el trabajo de la Unión en el ámbito penal: la elaboración de un convenio de extradición simplificado, la mejora del auxilio judicial, la puesta en marcha de un procedimiento de transmisión de procedimientos penales, el reconocimiento de decisiones judiciales y la generalización de la transferencia de detenidos entre los Estados miembros. GONZALEZ VIADA, N. *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, 1ª Ed., Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009 y GONZÁLEZ VIADA, N., IV. El Derecho Penal en la UE: ¿en búsqueda de la integración?, *Derecho penal y globalización*, 1ª Ed., Madrid: Marcial Pons, 2009, p.3. [Consulta: 6.5.2013], [idpbarcelona.ub.edu/docs/actividades/seminarioue/derecho_penal.pdf].

⁴ CALDUCH, R., "Métodos y técnicas de investigación en relaciones internacionales", Universidad Complutense de Madrid, 1998, [Consulta: 11.3.2013], [www.ucm.es/info/sdrelint/ficheros_aula/aula0404.pdf], p. 69. y CALDUCH, R., "Efectos políticos, sociales y económicos de la ampliación de la Unión Europea ante el S XXI: los retos de Niza". Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Edit. BOE. Madrid, 2003; págs. 261-294 [Consulta: 6.11.2013], [pendientedemigracion.ucm.es/info/sdrelint/Efectos.pdf]. En estos textos el autor se refiere al análisis microinternacional como un determinado nivel en el estudio de las relaciones internacionales, delimitando estos primeros focos de interés en el examen de las relaciones internacionales que constituyen su objeto.

relativos a la organización interna, el proceso decisorio o las principales relaciones entre actores internacionales no estatales. El proceso de integración europea, a juicio de este autor⁵ es uno de los fenómenos internacionales que por su naturaleza pueden ser reclamados como propios tanto por la *macro* como por la *microinternacionalidad*.

Partiendo de la consideración de que la construcción del ELSJ constituye un objetivo que participa de una naturaleza política y jurídica, la alusión a su naturaleza *in fieri* pretende poner de relieve una característica que lo individualiza y será objeto de estudio en este trabajo, la indefinición de sus pretensiones y su reformulación o reelaboración a medida de su proceso evolutivo⁶, su carácter dinámico e inacabado y la estricta necesidad de afianzar, dar firmeza y solidez a su establecimiento a través de un delicado equilibrio entre el elemento jurídico y político⁷ y el trinomio de valores que lo integran⁸. En efecto, resultan de aplicación al ELSJ como objeto del presente trabajo de investigación académica, las afirmaciones realizadas por MANGAS MARTÍN en el sentido de que las numerosas reformas “constitucionales”, junto a otras muchas reformas no formales y adaptaciones subsiguientes a las nuevas adhesiones, muestran la paradoja de la dinámica comunitaria: la capacidad de evolución del proceso integrador, inspirado en la idea de la progresividad, y simultáneamente la resistencia a los cambios radicales. Muchas de las reformas formales codifican prácticas

⁵ Ibidem.

⁶ El espacio jurídico europeo ofrece un laboratorio único en su género para poner a prueba la eficiencia de ciertas técnicas de regulación. A la vista de la evolución histórica, las grandes líneas dogmáticas se muestran en gran parte análogas, pero también se revelan a menudo como diferentes según los distintos Estados miembros. Se puede estudiar entonces qué modificaciones de detalle se han aportado y bajo qué condiciones han podido conducir o no a interpretaciones diferentes. En la medida en que las experiencias del pasado en cuanto a la búsqueda de sentido, a la determinación de un concepto o a su formulación se hayan revelado buenas o malas, es conveniente inspirarse en ellas a un nivel superior de integración. Los conceptos y las construcciones llevan aparejados los frutos de su evolución histórica, con sus tradicionales problemas y significaciones, contenidos y connotaciones, que no pueden obviarse sin pérdida de justicia o de eficiencia. BALDUS, C y VOGEL, F., “Metodología del derecho privado comunitario: problemas y perspectivas en cuanto a la interpretación literal e histórica”, Traducción de ANDRÉS SANTOS, F.J., Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº10, [Consulta: 9.3.2013],[ruc.udc.es/dspace/bistream/2183/.../AD-10-5.pdf], págs. 77-89.

⁷ GUILLÉN LÓPEZ, E., “Metodología del Derecho Constitucional Europeo. Un derecho constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico”, *ReDCE* nº12, (julio-diciembre de 2009),[Consulta: 10.3.2013] [[www.ugr.es/redce/REDCE!"/.../07Guillen.htm](http://www.ugr.es/redce/REDCE!)], p.14. Para quien hay una inflación del elemento jurídico en la línea de flotación de la Unión que soslaya el indiscutible valor de la política.

⁸ Fundamentalmente, en materia penal, el necesario equilibrio libertad-seguridad.

existentes y se da pie a algunos desarrollos nuevos. De este modo, toda reforma lleva ineludiblemente a otra reforma⁹.

Afirmados pues, estos caracteres, en cuanto el concepto de ELSJ se presenta cambiante, evolutivo, con indefinición en sus fines y contenido, la primera cuestión que se suscita, es, por tanto, la de su verdadera naturaleza. Se plantea como disyuntiva si la transformación de la Unión Europea en un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, como una de sus múltiples realidades, constituye una política más de la Unión Europea o puede afirmarse que este concepto se ha elevado al rango de objetivo de la Unión, como desde un origen se predicó en relación a la creación de un mercado único¹⁰. Este planteamiento lleva al estudio de las causas que han dado origen a la formulación del ELSJ, los mecanismos empleados a nivel comunitario para la realización del Espacio Judicial Europeo y los resultados prácticos obtenidos.

Lo anterior conduce a una segunda cuestión, que parte de una visión crítica de la acción realizada, en el sentido de interrogarse por qué el ELSJ se inscribe o repercute en determinadas materias de derecho penal sustantivo y cuáles han sido los criterios comunitarios para la elección de las concretas acciones. Se realiza una valoración de lo adecuado del ámbito elegido tanto desde el punto de vista de los objetivos que llevaron a la adopción de una determinada actuación institucional o iniciativa legislativa, como al resultado demostrado por la experiencia y la aplicación de los instrumentos institucionales y normativos creados.

Puede deducirse conforme a lo anterior que este estudio pretende tener una perspectiva proyectiva, *explicitly diachronic*¹¹, en cuanto parte de la premisa de que el actual ELSJ se determina por lo que ha sido su origen y el bagaje de su puesta en marcha, que

⁹ MANGAS MARTÍN, A., Aspectos jurídico-institucionales de la realización de la Unión Europea. En: RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, 1ª Ed., Madrid: Civitas 1993. p. 161.

¹⁰ Recordemos que el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, adoptado en 1957, hizo posible suprimir las barreras aduaneras dentro de la Comunidad y establecer un arancel aduanero común que habría de aplicarse a las mercancías procedentes de países no comunitarios. Este objetivo se logró el 1 de julio de 1968, [europa.eu > EUROPA > La UE en breve > Doce lecciones sobre Europa]. En el mismo sentido, el mercado común se define como el principal objetivo del Tratado de Roma en MACIEJEWSKI, M., 1/2012, Fichas técnicas sobre la Unión Europea, 2013, [www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_4.13.2.pdf] y en el Informe del Consejo Económico y Social Español 2/2009, "Los retos del mercado interior europeo", *Colección Informes*, 1ª Edición, Madrid: Consejo Económico y Social, octubre 2009, [Consulta: 6.5.2013], [www.ces.es/documents/10180/18510/Inf0209].

¹¹ BARTOLINI calls for a use of time through research designs that are *explicitly diachronic*- that is based on the collection of data at several points in history, DELLA PORTA, D., Comparative análisis: case-oriented versus variable-oriented research, en DELLA PORTA & KEATING, M. *Approaches and Methodologies in the Social Sciences*, 1ª Ed. New York: Cambridge University Press 2008, págs. 198-222.

vinculamos de modo esencial a la libertad de circulación de personas y la consiguiente apertura de fronteras¹².

Ello nos lleva a un tercer interrogante, cual es, la determinación de la fijación del camino al que ha de tender la acción comunitaria en el momento actual, tal como viene determinado por lo ya realizado, los logros obtenidos, los medios y posibilidades actuales y una posible redefinición de objetivos. Se plantea la cuestión esencial de la subordinación del ELSJ al logro de fines económicos o la posibilidad de considerar su consolidación a través de la independencia respecto de otros fines de la Unión y la determinación de la importancia asumida en esta pretensión de independencia por las exigencias doctrinales y las fijaciones de prioridades realizadas a través de las diversas Presidencias del Consejo, dando particular consideración a la española desarrollada en el semestre de 2010. Es decir, interrogarnos acerca de la medida en que las exigencias doctrinales y las orientaciones del Consejo Europeo han contribuido a la independencia del ELSJ como objetivo comunitario, o bien a su dependencia e interrelación con los retos comunitarios de naturaleza económica, señaladamente y, como referencia esencial, la construcción del mercado único.

Planteados los anteriores problemas científicos¹³ objeto de esta investigación se formula como hipótesis central la afirmación de que la metamorfosis de la Unión Europea en un auténtico ELSJ se ha transmutado en un objetivo comunitario que trae su causa en la necesidad de establecer medidas compensatorias a los riesgos creados por la libre circulación de personas y encuentra en la cooperación judicial penal internacional, un instrumento esencial de implementación.

De ello se deduce que el punto de partida se sitúa en la premisa, y en cuanto tal, afirmación incontrovertida, de que la realización de la libre circulación de personas conlleva asociados riesgos de incremento de la criminalidad. Frente a ellos, un cauce indispensable para conjurarlos, del que dispone la Unión, consiste en la cooperación judicial internacional.

¹² Lo que justifica la especial atención al Sistema Schengen y a las normas sobre visados, asilo e inmigración.

¹³ RODRÍGUEZ CEPEDA, B.P., define el problema científico como toda dificultad teórica o práctica que le compete resolver a la ciencia, toda cuestión que trata de aclararse, las situaciones que no tienen solución conocida y las preguntas que derivan de la observación científica. Las soluciones a estas preguntas cumplen la finalidad de originar nuevas preguntas que motivan líneas novedosas de indagación de la realidad, en RODRÍGUEZ CEPEDA, B.P., *Metodología jurídica*, Universidad Autónoma de Tamaulipas, 1ª Ed. México: Oxford University Press, 1999, Colección Textos Jurídicos Universitarios, [Consulta: 26.3.2013],[descargas.institutosigloxxi-moodle.com/.../...],p.48.

La comprobación de la precedente hipótesis e inferencia subsiguiente se concreta, en esencia, a través del análisis y estudio de dos ejes o vectores. El primero de ellos viene constituido por el Derecho Primario, integrado por los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y posteriores textos modificativos. Dentro de ellos, se pretende analizar todos aquellos aspectos que, de un modo u otro, han tenido incidencia en la construcción del Espacio Judicial Europeo en materia penal, pero, por razones de claridad sistemática¹⁴, se analizan de modo individualizado las cuestiones correspondientes a:

1.- Aspecto institucional, que comprende el análisis de las distintas competencias otorgadas a las instituciones comunitarias en la construcción del ELSJ en materia penal y las relaciones interinstitucionales, con especial énfasis en la evolución producida desde la intergubernamentalidad a la supranacionalidad, el método comunitario, así como la decisiva influencia de la técnica de delegación de competencias. Dentro de ellas, se otorga destacada atención al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), y en concreto, a los mecanismos empleados para la salvaguarda de la independencia de esta institución, su relación con la protección de los derechos fundamentales y el procedimiento de la cuestión prejudicial, lo que implica igualmente el análisis de su relación con los órganos jurisdiccionales nacionales.

2.- Aspecto legislativo, entendido como los diversos procedimientos instaurados en los Tratados no sólo para la elaboración de actos legislativos en particular, sino, con mayor amplitud, de normas jurídicas, con especial incidencia en el papel que dentro de este proceso corresponde a las Instituciones de la Unión y a los Estados Miembros de acuerdo con el tenor de los Tratados. Del mismo modo, se analiza la facultad de la Unión Europea para celebrar acuerdos internacionales y su contribución al desarrollo de la dimensión exterior del Espacio Judicial Europeo en materia penal.

3.- Sistemas de fuentes de normas, con determinación de los principios que los configuran y su especial relevancia en la cooperación judicial, así como las características y efectos de los diferentes instrumentos normativos diseñados, desde la perspectiva de la jurisprudencia del TJUE y su contraposición al sistema de fuentes instaurado en las restantes

¹⁴ Consecuencia del carácter explícitamente diacrónico del estudio, DELLA PORTA, D., *Approaches and Methodologies...* p.218, "Very often, case studies analyse the development of some characteristics, in a single unit, over a certain time span;"

políticas comunitarias. Se incluyen también las modulaciones que, con carácter más amplio, se producen en los principios¹⁵ o valores del ordenamiento jurídico comunitario en el ámbito de cooperación judicial penal. Dentro de estos fundamentos, se otorga especial relevancia a la confianza recíproca, que ha dado lugar al desarrollo de otros principios rectores de la cooperación judicial penal, como el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales¹⁶. Relacionado con lo anterior, pero también con el sistema de distribución de competencias en materia penal entre la Comunidad y los Estados Miembros, se analiza la cuestión de la labor armonizadora de la Comunidad sobre la legislación nacional, material y procesal penal¹⁷.

4.- Creaciones orgánicas relativas a la construcción del ELSJ, incluyendo desde la inicial comitología¹⁸, el papel emergente de las agencias vinculadas a la Comisión y la red judicial europea, hasta las novedades previstas en el Tratado de Lisboa: Ministerio Público Europeo, Servicio Europeo de Acción Exterior y Comité Operativo de Seguridad Interior.

5.- Relación e interdependencia entre la cooperación judicial y policial en materia penal a través de los principios de disponibilidad de la información y la capacidad de generar inteligencia; junto con la nueva formulación de las relaciones con los servicios diplomáticos a consecuencia de la progresiva instauración del auxilio judicial directo.

¹⁵ Los principios fundamentales de la Unión deben ser vistos como un elemento esencial de un lenguaje común para la resolución de conflictos. “Los principios fundamentales de la Unión Europea, Aspectos teóricos y doctrinales”. Universidad Nacional Autónoma de México, [Consulta: 7.10.2012], [www.juridicas.unam.mx], p.5.

¹⁶ Y los correlativos principios procesales penales de supresión de la doble incriminación y no extradición de nacionales que se plasman en los actos legislativos elaborados en desarrollo de este principio de reconocimiento mutuo, esencialmente las Decisiones Marco (Directivas, con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa).

¹⁷ Concretamente, en lo que al derecho procesal se refiere, MONTERO AROCA, *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p.41 manifiesta que el futuro de esta rama del derecho se encuentra en su vertiente política (frente a las vertientes técnica y filosófica), lo que justifica en que “sólo se vislumbra verdadero progreso desde el reconocimiento de que esta rama de la ciencia jurídica ha de convertirse en el Derecho del Poder Judicial y en el de los derechos de los ciudadanos frente al mismo.”

¹⁸ Entendida como el proceso de creación de los diferentes comités y grupos de trabajo del Consejo, que posteriormente darían lugar a otro concepto de comitología, esta vez como obligación de consultar, antes de tomar una decisión, a un Comité compuesto por representantes de los Estados miembros y, en ciertos casos, la posibilidad de acudir al Consejo para solventar los desacuerdos entre el Comité y la Comisión. Cfr. FERRER MARTÍN DE VIDALES, C., *El Consejo de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa*, *Revista Universitaria Europea*, Nº13. Julio-Diciembre 2010, [Consulta: 24.3.2013], [www.ucm.es/info/tudesco/RUE/092010.pdf], págs. 51-84. Cfr. HARDACRE, A. & DAMEN, M., “The European Parliament and Comitology: PRAC in Practice”, *EIPASCOPE* (European Institute of Public Administration) 2009/1, [Consulta: 15.4.2013], [aei.pitt.edu/.../20090709111448_Art2_eipascope...].

En este sentido, y respecto del ámbito material objeto de estudio, aunque determinadas realizaciones, como la ciudadanía europea o la Carta Europea de los Derechos Fundamentales contribuyen a la creación del Espacio Judicial Europeo, no son tratadas en el presente trabajo como objeto de estudio específico, sino como corolario de la anterior enumeración¹⁹. Primeramente, porque participan de otras bases del Tratado, pero fundamentalmente porque van más allá de la sola construcción de un Espacio Judicial Europeo²⁰. Si bien es cierto que incorporamos materias en las que concurre la primera de estas circunstancias, normas sobre asilo, visados e inmigración, esta inclusión se realiza con la justificación de su íntima vinculación al espacio Schengen y a la libre circulación de personas, cuestión con la que tratamos de relacionar el origen del ELSJ en general, y de la cooperación judicial en materia penal en particular²¹. Con todo, se asume que las preocupaciones fundamentales del ELSJ, en lo que estrictamente se refiere a la cooperación judicial, se mantienen desde su origen en dar solución a tres grandes cuestiones:

- a) Implantación y generalización del auxilio judicial directo.
- b) Reconocimiento de resoluciones judiciales penales extranjeras y su relación con el principio *ne bis in dem*.
- c) Conflictos de jurisdicción²².

Dentro de esta primera coordenada de estudio, constituida por el Derecho Primario, se realiza una posterior distinción, entre la situación precedente, dada por el de recho previo al Tratado de Lisboa y, en segundo lugar, las aportaciones realizadas por este último Tratado. Junto a ello, se incluye en el primer apartado un análisis específico de las agencias comunitarias relacionadas con el Espacio Judicial Europeo. La justificación viene por:

- a) Razones cronológicas en cuanto a su ubicación sistemática.
- b) El vigor de su actividad y la importancia creciente de estos organismos descentralizados en la cooperación judicial²³, en relación a su análisis particularizado.

¹⁹ Y de la perspectiva que aquí se aborda del concepto más amplio de ELSJ como proyecto jurídico-político *in fieri*. Así, por ejemplo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) se trata a colación de la función del TJUE en relación a la protección de los derechos fundamentales y la ciudadanía europea en relación a las reclamaciones a favor del principio democrático.

²⁰ BARBE, E., *L'espace judiciaire européen...*, p.9.

²¹ Y también con la necesaria relación entre la cooperación judicial y policial.

²² Cfr, JAULT SESEKE, F, LELIEUR, J. et PIGACHE, C., *L'espace judiciaire européen civil et pénal: regards croisés*, 1ª Ed., Paris: Dalloz, 2009. *Thèmes commentaires & actes*.

c) La vinculación de su concepción y diseño a la técnica de delegación de competencias y a la configuración institucional, en relación a su inserción en el eje destinado al derecho primario.

El segundo de los vectores a los que nos referíamos, puede tener una naturaleza más discrecional en cuanto a su elección, si se tiene en cuenta que tenemos por objeto la construcción del ELSJ a través de la cooperación judicial en materia penal, pues se trata del estudio de los diferentes Programas de Trabajo quinquenales elaborados por el Consejo: Programa de Tampere (1999-2004), Programa de La Haya (2004-2009) y Programa de Estocolmo (2009-2014).

La elección de los Programas de Trabajo Quinquenales como segundo criterio orientador o delimitador dentro de la estructura del trabajo se justifica porque han sido los instrumentos institucionalmente elegidos para determinar las cuestiones que nos ocupan. Es decir, la decisión de las concretas acciones comunitarias que se iban a realizar, a quién habrían de encomendarse y la consiguiente identificación de sus destinatarios. En definitiva, marcan los objetivos de desarrollo del ELSJ, y también, con mayor concreción, de cooperación judicial, en plazos quinquenales, valorando la consecución de objetivos precedentes. Asimismo, y de manera señalada, son claro reflejo de las relaciones interinstitucionales, con singular incidencia en el ejercicio de la iniciativa legislativa y en la aplicación del denominado método comunitario, del mismo modo que dichos programas resultan expresión de la voluntad política del momento. Al igual que ocurría con el derecho primario, son objeto de tratamiento diferenciado los Programas precedentes, y las acciones planteadas con ocasión del Programa de Estocolmo.

Si hemos de justificar desde un punto de vista científico²⁴ la realización de esta investigación, y asumiendo que la construcción del ELSJ, había dado lugar, ya a la fecha de comienzo de la tesis, a abundante literatura²⁵, podríamos alegar algunos motivos de

²³ Cfr, BUSUIOC, M., GROENLEER, M. y TRONDAL, J. *The agency phenomenon in the European Union. Emergence, institutionalisation and everyday decision-making*. 1ª Ed. Manchester: Manchester University Press, 2012. 208 págs. European Policy Research Unit series. 2012.

²⁴ Justificación científica que alude al carácter de ciencia ya expresado por los filósofos clásicos, como “saber reflexivo”, “que es un saber por qué se sabe, es un saber sistemático, que conoce la realidad por sus causas. Por ello se presenta como un saber estable, cierto y necesario.” HERRERO, HERRERO, C., *Criminología (Parte General y Especial)*, 3ª Ed. Madrid: Dykinson, 2007, 1027., p.33

²⁵ En este trabajo no se ha efectuado discriminación alguna por razón del origen geográfico de las producciones científicas, sino exclusivamente en razón de la materia sobre la que versaban y por motivos

oportunidad temporal, relacionada con la novedad legislativa dado que en el momento de su inicio se situaba muy reciente la entrada en vigor del Tratado de Lisboa²⁶ y la aprobación del Programa de Estocolmo²⁷. Con motivo de la vigencia de estas nuevas normas jurídicas se suscitaban en este momento cuestiones clave e inéditas tales como el diseño, organización y funcionamiento del Ministerio Público Europeo, el Servicio Europeo de Acción Exterior, el Comité Operativo de Seguridad Interior o la nueva Oficina Europea de Apoyo al Asilo. En este sentido, la novedad legislativa se traducía en interés científico.

En el primer semestre del año 2010 España asumía la Presidencia del Consejo, correspondiéndole por ello la puesta en marcha del Programa de Estocolmo²⁸ y también de las previsiones contenidas en el Tratado de Lisboa en relación al ELSJ. Durante la misma se desarrollaron importantes iniciativas legislativas en el ámbito que nos ocupa, señaladamente la orden europea de protección.

Añadida a los anteriores motivos, no resulta por tanto ajena a esta justificación y motivación investigadora, la circunstancia de que la cooperación judicial penal europea ha supuesto un importante esfuerzo normativo y organizativo a nivel comunitario, de indudable interés científico. Existen también, en consecuencia, además de la señalada literatura crítica, varias tesis en elaboración en relación al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia²⁹, algunas de ellas ya finalizadas³⁰, lo que corrobora la vigencia e interés del objeto³¹.

involuntarios de accesibilidad de las fuentes, de manera que se recogen producciones elaboradas a lo largo de todo el territorio nacional y europeo así como publicaciones de Universidades Estadounidenses e Iberoamericanas, cuya única característica común es versar sobre la construcción del ELSJ, todo ello según apreciación subjetiva. Tales producciones, objeto de estudio, revisten la forma de obras colectivas, monografías, tesis, revistas y artículos impresos y electrónicos, detallados en la recopilación bibliográfica. Del mismo modo, se ha participado en *focus groups* integrados por expertos en la materia pertenecientes a los cinco continentes.

²⁶ Que como es sabido se produjo el 1 de diciembre de 2009.

²⁷ Establece el Programa de Trabajo correspondiente al período 2010-2014.

²⁸ En el período de enero a junio de 2010. La Presidencia Española del Consejo y su actuación relativa a la puesta en marcha del Programa de Estocolmo son objeto de estudio en un capítulo específico.

²⁹ Las que conocemos tienen por objeto su dimensión exterior, datos protegidos, o bien, se centran en instrumentos procesales concretos, en la actuación y jurisprudencia de la Corte, el análisis de la aplicación de la ley a través de la cooperación judicial internacional, el concepto de ciudadanía en el ELSJ y con un objeto más próximo, el análisis de las competencias de la Unión en materia de regulación penal y sus formas de aplicación, todas, iniciadas en septiembre de 2011 y desarrolladas en el EUI de Florencia.

³⁰ De entre las realizadas en Universidades e Institutos de Investigación nacionales abordan cuestiones conexas las tesis doctorales de Natacha González Viada, sobre *La libre circulación de pruebas penales en la UE*, centrada en aspectos de derecho internacional, (Universidad de Barcelona, 2010) la tesis de Nicolás Alonso Moreda sobre *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. Instrumentos operativos y cooperación institucional*, (Universidad del País Vasco, 2010, Cod. 5603/99) centrada en la transposición española de la normativa comunitaria y la defendida en la Universidad de Salamanca en 2008 por Carrizo González-Castell, *El espacio de libertad, seguridad y justicia. Instrumentos de asistencia policial y judicial en materia penal en la Unión Europea*.

Dado el estado de la cuestión, nos parece preciso añadir alguna justificación ulterior que haga referencia a exigencias de originalidad. En este aspecto, la principal aportación que se pretende realizarse refiere a la perspectiva o enfoque del análisis, centrada en la relación de la cooperación judicial europea en materia penal con el carácter de objetivo político-jurídico del ELSJ y su naturaleza evolutiva desde una perspectiva microinternacional a través de los propios Tratados y, muy especialmente, de los documentos de programación plurianual.

A lo anterior se añade la inquietud personal, derivada de la propia experiencia profesional en el ejercicio de funciones jurisdiccionales y fiscales³². En efecto, a través de mi desarrollo profesional he podido constatar las dificultades que plantea la incidencia de un componente de extranjería en la tramitación y resolución de un proceso penal, desde la fijación del domicilio, la práctica de notificaciones, cuestiones idiomáticas, y la relación de este fenómeno con la migración y los flujos migratorios intracomunitarios consecuencia de los procesos de adhesión, y en general, con la apertura de fronteras en la comunidad³³. Se constataba, por un lado, la mayor probabilidad de que el implicado en un proceso pudiera eludir la acción de la justicia, y, de otro, la posible situación de vulnerabilidad y una debilitación de su posición en el proceso y de sus garantías procesales. Cuando el implicado adoptaba una actitud evasiva, la imposibilidad de continuar con el proceso, cuando la persona o los bienes afectos al mismo no se hallaban en el territorio del Estado en que éste se seguía, daban lugar a frecuentes decisiones de sobreseimiento, al resultar infructuosas las diligencias instructoras. De ahí el interrogante por las medidas adoptadas a nivel comunitario para paliar

³¹ En efecto, hay momentos de la historia de la ciencia en los que los conocimientos previos explican satisfactoriamente la realidad y, en este caso, no hay necesidad de plantear problemas de investigación, pero con el paso del tiempo, estos conocimientos previos son superados por las evidencias que proporcionan los hechos, y pierden su capacidad de explicar satisfactoriamente la realidad o entran en conflicto con ella; en este caso es necesario plantear problemas de investigación a partir de los conocimientos previos que posee el investigador. MEJÍA MEJÍA relaciona este tema con el método hipotético deductivo y la cuestión de los conocimientos previos del investigador. MEJÍA MEJÍA, E. "Metodología de la investigación científica", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1ª Ed. Lima: Centro de Producción Editorial e Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, julio de 2005, [Consulta: 11.3.2013], [www.unmsm.edu.pe/educacion/postgrado/descargas/metodologia.pdf].

³² Intentando evitar que esta experiencia previa se traduzca en sesgos en la búsqueda e interpretación de información; pretendiendo, por el contrario, pueda aportar un elemento de madurez en la comprensión y selección de las fuentes.

³³ Si bien, ha de precisarse, ya desde un comienzo, que no se realiza a lo largo del trabajo, distinción alguna en el tratamiento jurídico penal de la migración intra y extracomunitaria, comprendiendo, en consecuencia, ambos fenómenos.

todas estas deficiencias, especialmente la dilación producida en los supuestos en los que era preciso acudir a la comisión rogatoria o plantearse la inevitable cooperación policial y judicial a nivel internacional³⁴.

1.2.- Metodología científica y técnicas de investigación

Con carácter previo a la elección de uno de los métodos³⁵ que en la actualidad las ciencias jurídicas ofrecen al investigador, partamos de que la pregunta por el método sirve de manera esencial para que el intérprete se posicione ante una cuestión fundamental: ¿debe el derecho ser únicamente como es o hay evoluciones posibles que el analista debe observar y postular reformas que se ajusten a una mayor adecuación a los principios que se consideren definitorios?³⁶.

Sin excluir otros puntos de vista o técnicas de aproximación ante el fenómeno jurídico (valorativa, filosófica, histórica, etcétera), puede afirmarse que el método en derecho es, antes que nada, una opción epistemológica³⁷ (perspectiva o pluralidad de teorías del conocimiento jurídico) en donde están presentes, entre otras opciones, lo *dado* como estructura normativa-dogmática para la cual los métodos de interpretación jurídica son útiles y adecuados (sistemático-integrativo-histórico-sociológico, incluso en este nivel) y lo *dándose* (función espacio-temporal de una realidad jurídico-social que busca medir la eficacia del

³⁴ Se está haciendo alusión, por tanto, al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. El carácter práctico de estas cuestiones se revela especialmente en aspectos tales como el resarcimiento de la víctima.

³⁵ DELLA PORTA, D., *Approaches and Methodologies...*, p.22, "In a very general sense, we can talk of a distinction between hard methods (usually based on a positivist epistemology and a belief in the reality of social concepts) and soft methods (relying more on interpretation)".

³⁶ GUILLÉN LÓPEZ, E., "Metodología del Derecho Constitucional Europeo. Un derecho Constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo ideológico", *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº12, 2009, [Consulta:26.3.2013],[www.ugr.es/redce/REDCE12/.../07_Guillen.htm], págs. 151-170, p.3 A nuestro juicio, la pregunta que se formula el autor supone ya una toma de posición acerca de la selección del método en ciencias jurídicas, en detrimento de la dogmática pura, y a favor de una visión crítica constructiva de la norma, del ordenamiento jurídico.

³⁷ KLEIN, *Epistemology is about how we know things. It is a branch of philosophy that addresses the question of the 'nature, sources and limits of knowledge'*, apud, "Epistemology and philosophy of the social sciences", DELLA PORTA, D. & KEATING, M., *Approaches and Methodologies...*, p.22.

discurso jurídico³⁸ frente a los destinatarios) en cuyo contexto los métodos sociológicos y técnicas de campo aparecen como los consistentes y adecuados.

Aceptando un pluralismo metodológico³⁹ para investigar el derecho, y rechazando el punto de vista lógico-formal como el único y excluyente método para el derecho, puede definirse el método jurídico como un conjunto de procedimientos intelectuales y, eventualmente materiales, ordenados de acuerdo con un plan racional –sistema de reglas-preestablecido, que en un campo de conocimiento dado se aplican como medio para alcanzar cierto fin de conocimiento puro o de realizaciones prácticas (interpretar o medir la eficacia social del discurso jurídico)⁴⁰. Procedimientos que en su ejercicio y resultados (*praxis*) logran acreditar intersubjetivamente su efectividad en relación con dicho fin, para los ojos de un determinado círculo de conocedores (profesionales del derecho) que se guían por el saber teórico-sistemático-disponible⁴¹.

Para CALDUCH, el método de investigación se define como el conjunto de tareas y de técnicas que deben emplearse, de una manera coordinada, para poder desarrollar en su totalidad el proceso de investigación. Por ello, el método de investigación aunque incluye los métodos científicos, no queda reducido a ellos⁴².

³⁸ Sobre el significado del discurso jurídico como indicador de las percepciones, posiciones y creencias, de una estructura todavía más profunda, Cfr. SCHÜNEMANN, J., Una aproximación social constructivista a la cooperación interregional y el interregionalismo: las relaciones entre la Unión Europea y el Mercosur, Universidad Complutense de Madrid, 2010. y también DELLA PORTA, D., *Approaches and Methodologies...*, p.37 “*Discourse analysis is sometimes used as a specific methodology, with its own ontology (speech acts themselves) and its own techniques; at other times it is applied to any technique that involves using texts and interviews*”.

³⁹ Siguiendo a DELLA PORTA, D., *Approaches and Methodologies...*, p.37, adoptando el denominado *The search of commensurable knowledge* que rechaza la prevalencia de un método sobre los demás y defiende la comparación de las ventajas y desventajas de unos y otros admitiendo que no todos ellos son compatibles entre sí.

⁴⁰ Algunos señalan la importancia de la ética del discurso para encontrar bases racionales que puedan facilitar el consenso en contextos de incertidumbre. CORNAGO PRIETO, N., “Materialismo e idealismo en la teoría crítica de las relaciones internacionales”, *REDI*, Universidad del País Vasco, vol. LVII Nº2 (2005) págs. 665-693, [Consulta: 24.3.2013],[www.academia.edu/.../Materialismo_e_idealismo_...-], p. 682.

⁴¹ Universidad Nacional Autónoma de México [Consulta: 5.3.2013], [biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1933/4.pdf].

⁴² CALDUCH, *Métodos y técnicas...*, p.23 El método de investigación no debe confundirse con el método científico, que consiste en el procedimiento empleado por la ciencia para alcanzar sus conocimientos sobre la realidad. También ha de diferenciarse de la metodología, como disciplina filosófica, perteneciente al ámbito de la lógica, que tiene por objeto el estudio sistematizado de los métodos, y que nos indica, de una manera orientadora, las vías convenientes a fin de lograr una determinada actividad, la adquisición y comprobación de conocimientos científicos.

Al jurista, por tanto, se le exige además de explicar por qué el Derecho es así, es decir las circunstancias históricas y sociales, los intereses y fuerzas que han producido el resultado de la norma así como si el Derecho debe ser así, con lo que se da el paso a la crítica y enjuiciamiento del Derecho a la luz de unos valores determinados. A la metodología jurídica le corresponde marcar las directrices a que ha de ajustarse en su comportamiento el jurista, pero no para promover reflexiones académicas sino para que se aplique, se haga real, y permita además formular críticas constructivas del ordenamiento, que sirva a la realización de propuestas de *lege ferenda*⁴³.

En lo que concierne al método científico empleado en el presente trabajo de investigación, ha de tenerse en cuenta que la determinación del propósito de investigación ha partido de una decisión libre, en el sentido de que no se encuadra en proyecto de investigación alguno y se me ha permitido su fijación con total libertad⁴⁴. Sin embargo, y en cierto modo, la selección del método científico ha sido entendida como una cuestión prefigurada por el objeto sobre el que se proyectaba. Los propios ámbitos de la investigación llevan consigo un método impuesto por las características de los mismos⁴⁵. Esta afirmación se relaciona con el aserto de que la existencia de ciencia⁴⁶ exige tres presupuestos:

⁴³ VILLAR EZCURRA, M., "Exigencias del derecho comunitario a la metodología del derecho financiero y tributario", Universidad San Pablo-CEU, Crónica Tributaria nº100 (2001), [Consulta: 9.3.2013], [www.ief.es/contadorDocumentos.aspx?...], págs. 23-47.

⁴⁴ A salvo la mayor incidencia de los aspectos internacionales y administrativos sobre planteamientos de derecho procesal o material penal. Si la investigación no es financiada por fondos externos, el proyecto puede escogerse en base a lo que el investigador cree que sean 'los valores sociales', es decir, escoge un proyecto que puede rendir las soluciones a los problemas supuestamente importantes para la sociedad. Hay casos, como el presente, en los que el investigador selecciona su proyecto de pura curiosidad intelectual y no da "gritos" sobre la importancia social de sus resultados. Todavía, satisfacer la curiosidad también es un valor, y de hecho, uno muy fuerte. MEJÍA MEJÍA, E., *Metodología de la..*, págs. 252-3.

⁴⁵ En este sentido, GUILLÉN LÓPEZ, E., *Metodología del Derecho...*, para quien la absoluta imbricación entre objeto y método es unánimemente resaltada por la doctrina. Citando el autor para corroborar este aserto a BALAGUER CALLEJÓN, F., *Constitución normativa y ciencia del derecho en AAVV, Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid: Tecnos, 1997 y J.J. RUIZ-RICO, *Problemas de objetividad y neutralidad en el estudio contemporáneo de la política*, en AAVV, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*.

⁴⁶ En concreto y en referencia a las ciencias jurídicas, mientras que el término jurisprudencia es originario del mundo romano, la idea de una ciencia dogmática del derecho, o dogmática jurídica, es propia del mundo medieval, como equivalente a la dogmática teológica; finalmente, la idea de una ciencia jurídica como equivalente a la ciencia moderna se gesta en la modernidad luego de la revolución copernicana. CARRILLO DE LA ROSA, *Crítica al concepto de ciencia y de ciencia jurídica*, *Revista de Diálogos de Saberes*, nº29, julio-diciembre de 2008, [Consulta: 5.3.2013], [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3003632.pdf], págs. 239-254.

a) Un objeto de conocimiento que, para serlo, debe encarnar ciertas condiciones: fenómeno positivo, general, específico y capaz de ser sometido a análisis⁴⁷.

b) Presencia de un conjunto de conceptos operacionales⁴⁸, a utilizar como propios en la ciencia de que se trate. Conceptos que pueden ser descriptivos y explicativos⁴⁹.

c) Uso de método adecuado, obediente a reglas suficientemente definidas, de tal forma que sea capaz de conducir al conocimiento de los objetivos perseguidos. Para ello debe revestir, en todo caso, de las características propias de la sistematización y del control⁵⁰.

A nuestro juicio el presente trabajo de investigación reúne los señalados requisitos relativos al objeto de conocimiento, que se ha identificado ya al señalar el propósito investigador como el proceso de conversión de Europa en un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la existencia de conceptos operacionales (entre los que revisten singular importancia los de Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, Espacio judicial europeo, Cooperación judicial, reconocimiento mutuo, armonización penal, normas mínimas, método comunitario, intergubernamentalidad, supranacionalidad, legitimidad institucional y auxilio judicial directo) y, finalmente, la utilización de un método adecuado a dichos precedentes, cuya elección y desarrollo se expone a continuación.

El método es el camino del pensamiento científico para la búsqueda de la verdad. Por lo tanto, comprende la formulación, luego la ordenación de juicios en un sistema teóricamente eficaz; y finalmente, su exposición racionalmente adecuada para el convencimiento o para la enseñanza. La técnica, a diferencia del método, no es un modo de pensar, sino un modo o un

⁴⁷ En nuestro caso, este objeto de conocimiento consiste en el proceso de construcción del ELSJ, con las acotaciones materiales ya expresadas.

⁴⁸ Los conceptos son la formulación descriptiva general de los principales fenómenos o variables de la realidad que pretende explicar una determinada teoría. Los conceptos de un buen modelo teórico deberán cumplir dos condiciones: ser precisos y ser los mínimos indispensables. CALDUCH. "Métodos y técnicas..." Op. cit., p. 55. Los conceptos, como instrumento básico del método científico, cumplen con una serie de funciones generales: facilitar la comunicación, el diálogo y la discusión; suministrar un esqueleto formal para categorizar y elaborar leyes y teorías; organizar la percepción mediante la descripción de lo fáctico, por medio de la interpretación o utilizando la forma prescriptiva (normas o reglas de acción). ANDER-EGG, E., *Técnicas de investigación social*, 23ª Ed., México: El Ateneo, 1993, págs.91-2, Apud RODRÍGUEZ CEPEDA, B.P., *Metodología jurídica*, Universidad Autónoma de Tamaulipas, 7ª Ed. México: Oxford University Press 2006, [Consulta: 24.3.2013],[descargas.institutosigloxxi-moodle.com/.../...], p.49.

⁴⁹ "La metodología con la que abordar el Derecho europeo ha de partir de los conceptos de derechos, democracia, libertad, igualdad o pluralismo como principios con los que juzgar las respuestas jurídicas producidas por los órganos comunitarios". GUILLÉN LÓPEZ, E., *Metodología del Derecho...*, p. 10.

⁵⁰ HERRERO HERRERO, C., *Criminología (Parte General y Especial)*, 3ª Ed., Madrid: Dykinson, 2207, págs. 35 y 250.

procedimiento de hacer, de ejecutar, que comprende en la variedad de la técnica de investigación, la búsqueda, individualización y aprovechamiento de las fuentes de conocimiento y el registro, clasificación y señalamiento de los datos que ellas arrojan⁵¹.

En orden a la determinación del método científico empleado⁵², es preciso, en primer lugar, efectuar la aclaración relativa a la *approche*⁵³. Si bien el título y el contenido de la tesis, hacen referencia al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como proyecto jurídico-político⁵⁴, el análisis que se realiza lo es desde una perspectiva estrictamente jurídica, y de manera secundaria y auxiliar, también criminológica, pero no desde la perspectiva y el conocimiento de las ciencias políticas⁵⁵. El enfoque y el objeto han determinado la elección de un método científico de carácter interpretativo/cualitativo⁵⁶, basándonos en la interpretación y valoración de normas jurídicas y también de los procesos institucionales de las que surgen o a través de los cuales se producen.

⁵¹ BASCUÑÁN VALDÉS, A., *Manual de técnicas de la investigación jurídica*, 3ª Ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961,[Consulta: 5.3.2013],[biblio.juridicas.unam.mx.libros/4/1933/4.pdf-],p.37.

⁵² Haciendo nuestra la precedentemente señalada distinción entre método científico e investigador. Vid. p.12

⁵³ "Approaches' is a general term, wider than theory or methodology. It includes epistemology or questions about the theory of knowledge; the purposes of research, wether understanding, explanation or normative evaluation; and the 'meta-theories' within which particular theories are located. It takes in basis assumptions about human behaviour; wether the unit of analysis is the individual or the social Group; and the role of ideas and interests.", DELLA PORTA, D. & KEATING, M., How many approaches in the social sciences? An epistemological introduction. En: DELLA PORTA, D. & KEATING, M., *Approaches and Methodologies in the Social Sciences*, New York: Cambridge University Press 2008, p.19

⁵⁴ Político como definición de un espacio común, como proyecto colectivo, como mecanismo de articulación de un pluralismo que ya no es solo territorial, ARENDT, H., *The promise of politics*, 1ª Ed., New York: Schocken Books 2005. Apud GUILLÉN LÓPEZ, E., *Metodología del Derecho...*, p.5.

⁵⁵ Ello tiene que ver con los conocimientos previos precisos para emprender un trabajo de investigación académica. En este caso, licenciatura en Derecho y Criminología, Master en Integración Europea y experiencia profesional como magistrado y fiscal. Esta aclaración se realiza con el fin de evitar confusiones terminológicas. Al tratar en determinados epígrafes de la política criminal en el ELSJ, de las políticas incluidas y relacionadas con el ELSJ, e incluso sobre su consideración como una política más, tales cuestiones no son abordadas, por tanto, desde una dimensión política, desde la perspectiva de un polígono, sino que se trata de una visión estrictamente jurídica.

⁵⁶ "Interpretative/qualitative research aims at understanding events by discovering the meanings human beings attribute to their behaviour and the external World. The focus is not on discovering laws about causal relationships between variables, but on understanding human nature, including the diversity of societies and cultures." DELLA PORTA, D., *Approaches and Methodologies...*, p. 26

Desde un punto de vista teórico, las técnicas de investigación adecuadas a este enfoque y método científico son las entrevistas desestructuradas o abiertas⁵⁷, los diálogos en grupo y el análisis de textos y contenidos⁵⁸. En atención a estas consideraciones acerca de la adecuación de las técnicas al enfoque y el método, las técnicas de investigación empleadas son fundamentalmente de observación⁵⁹, análisis e interpretación⁶⁰ documental⁶¹, legislativa⁶², jurisprudencial y doctrinal, así como de participación en *focus groups*⁶³. En

⁵⁷ Caracterizadas por la ausencia de guión, preguntas, temas predefinidos y orden. GÓMEZ FERRI, J., et al, "Técnicas cualitativas de investigación social", [Consulta: 18.5.2013],[ocw.uv.es/.../tecnicas...investigacion.../tema_5_entrevistaenprofundidad...].

⁵⁸ Bray, ch.15, Apud DELLA PORTA, D., *Approaches and Methodologies...*, págs.28 y 326.

⁵⁹ DUVERGER, M., *Métodos de las Ciencias Sociales*, Barcelona: Ed. Ariel 1962, distingue entre la *observación documental*, la *observación directa extensiva*, que está destinada a amplias comunidades sociales y que descansa en la realización de encuestas, y la *observación directa intensiva*, dirigida a conocer en profundidad la realidad social de pequeñas comunidades o individuos y que utiliza las técnicas de la entrevista, los test o la observación participativa. De entre ellas se ha empleado exclusivamente la observación documental. Apud. CALDUCH, R., *Métodos y técnicas...*, p.63.

⁶⁰ Y a estos efectos "la hermenéutica supone la extensión de los métodos y análisis aplicados a la interpretación de textos literarios a la búsqueda del sentido de cualquier enunciado (sea literario o no). La clave está en el elemento de 'mediación' entre dos mundos. Por ejemplo, conducir la norma (surgida en un determinado contexto) a su lugar en el caso (correspondiente a otro contexto). Su papel en esta mediación y los interrogantes que surgen en ella son comunes a toda búsqueda de la respuesta correcta que se produce entre dos 'mundos' distintos. Los criterios tradicionales 'savignianos' son en realidad comunes a toda hermenéutica y anteriores en la teoría general de la interpretación a la formulación de éstos para la teoría jurídica." ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T., "La interpretación del derecho constitucional europeo", *Videtur quod Anuario del pensamiento crítico*, 2010, [Consulta: 10.3.2013],[www.liberlex.com/archivos/interpretatio_DCE.pdf].

⁶¹ Hacemos nuestras y aplicables al ámbito del derecho Comunitario Público las consideraciones en relación a la interpretación literal del derecho comunitario en el sentido de que el factor multilingüista ha de tenerse en cuenta al realizar una interpretación literal de los textos legales comunitarios, "...los rasgos tradicionales de la interpretación literal e histórica se ponen en entredicho en el seno de una Comunidad multilingüística que no es ni un Estado ni una organización internacional en el sentido tradicional. En teoría, todas las lenguas oficiales han de ser tenidas en cuenta en la interpretación del Derecho comunitario. Sin embargo, resulta imposible en la práctica cumplir esta regla. Por otro lado, el principio de igual trato de todas las lenguas oficiales exige que un tribunal que interprete el Derecho comunitario no pueda decidir con arreglo a la mayoría de las versiones lingüísticas. BALDUS, C y VOGEL, F., "Metodología del derecho..." A nuestro juicio, no resultan, sin embargo, extrapolables al ámbito del derecho comunitario público las conclusiones de los autores acerca de la validez de la interpretación literal únicamente como primer escalón de la interpretación sistemático-teleológica, lo que describen como "el reconocimiento de una pérdida de significación del 'tenor del texto'", en la medida en que en el conjunto de fuentes y normas elaboradas en el ámbito penal del ELSJ, uno de los aspectos que se vienen mostrando problemáticos de un modo persistente en el tiempo es precisamente la asistematicidad de sus normas.

⁶² En el Derecho comunitario, sin embargo, la interpretación histórica no desempeña tradicionalmente más que un papel secundario. Mientras que en lo que concierne al Derecho primario es unánimemente descartada, en el ámbito del Derecho secundario se deriva ya del hecho de que la mayor parte de los procesos verbales de negociación de los tratados comunitarios no tuvieron vocación de ser publicados y que las cuestiones esenciales relativas a estos últimos no fueron objeto más que de discusiones orales. Esta ausencia consciente de publicación de documentos es inherente a la particularidad del proceso de unificación europea, en virtud de la cual la constitución de la Comunidad está orientada a una integración dinámica. Esta es la razón por la cual la interpretación histórica no puede constituir un retorno estático a una situación conjetural de compromiso político. BALDUS, C. y VOGEL, F., *Ibidem*. p.7. Estas afirmaciones

sentido negativo, los textos legales objeto de estudio, tienen exclusivamente su origen en las instituciones comunitarias, con la sola salvedad de los Convenios sobre cooperación judicial penal elaborados en el seno del Consejo de Europa, los Acuerdos Schengen y el Tratado de Prüm, todos ellos por considerarse como parte integrante del Espacio Judicial Europeo, no obstante su origen extrainstitucional. Del mismo modo, la jurisprudencia examinada se refiere exclusivamente a las resoluciones emanadas del TJUE, sin inclusión de cualquier otra jurisdicción, nacional o internacional. De lo anterior se deduce que no se han introducido los aspectos relativos a la aplicación nacional del derecho integrante del ELSJ ni un estudio de derecho comparado acerca de la aplicación de este derecho en los distintos Estados Miembros. La razón se encuentra en el enfoque microinternacional y las exigencias de acotación material del objeto⁶⁴.

A lo anterior se añade el estudio de la eficacia práctica⁶⁵ de tales instrumentos jurídicos, doctrina y jurisprudencia, así como los efectos y causas, en algunos supuestos de carácter sociológico⁶⁶, de determinados fenómenos que se vinculan a la realización del

realizadas en torno al derecho secundario pudieran sin embargo resultar revisadas a la luz de la nueva publicación en línea de los procedimientos de adopción de actos normativos a través de la página prelex, aun admitiendo que no se trata de una publicidad asimilable a la oficial.

⁶³ FUNTOWICZ, S. & STRAND, R., ponen de relieve la función de los *focus groups* en el control de la adecuación de la metodología a través de lo que denominan *peer evaluation*. FUNTOWICZ, S. & STRAND, R. *Models of Science and Policy*, en TRAAVIK, T. & LIM, L.C., *Biosafety First: Holistic Approaches to Risk and Uncertainty in Genetic Engineering and Genetically Modified Organisms*, Trondheim: Tapir Academic Press, 2007.

⁶⁴ Relacionadas con pretensiones de exhaustividad.

⁶⁵ En este sentido, interpretar quiere decir no sólo aclarar el contenido material de las disposiciones del Derecho Comunitario; interpretar quiere decir también determinar su alcance y definir todo aquello que caracteriza su modo de operar y sus efectos. PESCATORE, P. Las cuestiones prejudiciales. En: RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, p.533. ⁶⁵ L'interprétation, selon Francois Gény, consiste à "*dégager du texte légal la plénitude des règles juridiques qu'il contient*". Dès lors, "*interpréter la loi, écrit-il, revient simplement à chercher le contenu de la volonté législative à l'aide de la formule qui l'exprime*". P.236 LECOURT, R. *L'Europe des Juges*, 1^a Ed., Bruxelles: Bruylant 2008, 321 págs. Collection Droit de l'Union Européenne.

⁶⁶ BALAGUER CALLEJÓN, F., La construcción del lenguaje jurídico en la Union Europea, *ReDCE*, nº1, (Enero-Junio de 2004), [Consulta: 10.3.2013], [www.ugr.es/.../...], págs. 307-322, pone de relieve la conexión de este factor sociológico con el lenguaje jurídico europeo cuando habla de un "lenguaje anticipatorio" que define como "la utilización de términos para definir instituciones que todavía no se han consolidado desde los esquemas conceptuales propios del derecho (y, en especial, del derecho constitucional) pero que anticipan una tendencia a su configuración plena como tales instituciones constitucionales" Este concepto sería tributario del concepto de "socialización anticipatoria", entendida como la adquisición por parte de determinados individuos de valores y orientaciones propios de situaciones (y grupos) a las que todavía no se ha llegado pero a las que es probable que se llegue. A través de la socialización anticipatoria no sólo se propicia la adquisición de esas nuevas situaciones sino que también se prepara al individuo para situaciones futuras y se facilita su adaptación a ellas.

espacio judicial europeo⁶⁷, siguiendo respecto de ellos una metodología científica que puede calificarse de “sociología jurídica”⁶⁸. En suma, el objeto de estudio es un fenómeno del que se parte como premisa no cuestionada o incontrovertida, su doble naturaleza político-jurídica, pero la perspectiva de acercamiento, su abordaje, y el método de estudio y análisis es de naturaleza estrictamente jurídica, con carácter principal, y criminológica, de modo auxiliar y parcial, en cuanto complemento de la anterior, aplicable únicamente a determinadas materias o conceptos tratados⁶⁹. Esta precisión se hace necesaria porque en general, las doctrinas jurídicas son parte de discursos internos al derecho. Esto es, se refieren a operaciones del sistema jurídico. Tal ciencia jurídica difiere de las perspectivas que analizan el material jurídico desde un punto de vista de las ciencias sociales que, por ejemplo delimitan las fuerzas reales o motivos que afectan al derecho. Una ciencia jurídica orientada hacia principios no pretende probar tales causalidades. No se ocupa de causas empíricas, sino de razones argumentativas; *causas y razones* se vinculan a diversos intereses cognitivos y estructuras de argumentación. El *por qué* de un acto o de una determinada decisión de un

⁶⁷ Lo que conecta con la finalidad proclamada en el Programa de Estocolmo de accesibilidad de la justicia al ciudadano y de lo que se encuentra un ejemplo en el tratamiento del fenómeno de los Menores Extranjeros No Acompañados.

⁶⁸ El nombre de “sociología jurídica” comienza a utilizarse a fines del siglo XIX, habiendo sido aparentemente, el primero en utilizarlo D. Anzilotti en su obra “La filosofía del derecho y la sociología”. Expresado en términos muy generales, el problema central de la disciplina es tratar de discernir cuáles son los influjos recíprocos entre el ordenamiento jurídico y la realidad social, entendido el primero como un conjunto de normas que existe en un medio social que lo aplica o deja de aplicarlo de acuerdo con variables circunstancias determinadas por otros tipos de normas (usos, costumbres, normas religiosas o éticas, normas morales). Relaciona además las normas jurídicas y sus circunstancias de aplicación con variables sociológicas como el tipo de estratificación social, el sistema político real (no el derivado de consideraciones jurídico-formales exclusivamente), los intereses económicos de determinados grupos o la situación económica en la que actúan los operadores judiciales y extrajudiciales del derecho, entre otros, jueces y juristas.

En sentido general, la sociología del derecho tiende a considerar al derecho como un “fenómeno social”, esto es, como un objeto de estudio de la ciencia social encuadrable en el “hecho social” identificado por Durkheim, y por lo tanto, en relación con otros hechos sociales tales como los antes mencionados y todos lo que pudieran ser identificados en cualquier sociedad. FUCITO, F., “Concepción sociológica del derecho”, Buenos Aires 1989, *Cuadernos de Investigaciones*, Nº10, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A., [Consulta: 4.3.2013],[[www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos de ...](http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_...)]. Aunque el autor se refiere a la sociología jurídica como disciplina, las características que describe son predicables del método científico empleado en este trabajo.

⁶⁹ No en la parte de derecho primario, a salvo determinados supuestos de hecho que determinan las creaciones orgánicas del Tratado de Lisboa, sino esencialmente en la parte relativa a la ejecución de las previsiones contenidas en el Programa de Estocolmo y haciendo siempre referencia a las causas y fenomenología delictiva de interés comunitario.

tribunal es un argumento distinto a *cómo* tal acto o decisión de un tribunal viene y puede ser justificado y explicado en el derecho en su conjunto⁷⁰.

Por ello, cuando hablamos de una aproximación de carácter criminológico auxiliar y parcial, nos referimos a un acercamiento al análisis no sólo de las razones, sino también de las causas. Ello se explica por la conexión entre la cooperación judicial en materia penal y la noción de delito. En efecto, el estudio del delito, el delincuente y el de los medios de lucha contra el crimen no puede llevarse a cabo por una sola disciplina. Lo extenso del campo a investigar y la diversidad de métodos a utilizar para el conocimiento del objeto de estudio forzosamente desemboca en una multiplicidad de ciencias, conocidas con el nombre de “Ciencias penales” o “Ciencias criminológicas”, la reunión de las que constituye la “Enciclopedia de las ciencias penales”, “Enciclopedia criminológica” o, simplemente, “Criminología”⁷¹. Por ello, dentro de esta enciclopedia criminológica, nos acercamos al delito como fenómeno que se da en la sociedad, en la vida de la comunidad, que muta o se especializa a raíz de la evolución del proceso de integración europeo por su relación con alguna de sus realizaciones. La apertura de fronteras y la libre circulación de personas y su conexión con el complejo unitario de las diversas manifestaciones criminales que se dan en la sociedad humana, su evolución y su relación con los restantes fenómenos sociales: emigración, paro, inflación.... Ello porque la nueva metodología debe reconocer un papel fundamental a la tónica, debe centrarse en los problemas reales y debe tratar de aportar soluciones plausibles⁷².

Como se ha expuesto, la anterior elección de la forma de aproximación al objeto de conocimiento, no sólo vincula a la aplicación del método científico, sino también de investigación⁷³, que no por ello, tiene carácter experimental, sino descriptivo⁷⁴ y de

⁷⁰ Los Principios Fundamentales de la Unión Europea, Universidad Nacional Autónoma de México, [Consulta: 7.10.2012],[www.juridicas.unam.mx], p. 10.

⁷¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de derecho penal al programa de judicatura. Parte General*, 3ª Ed., Madrid: Ed Colex, 2004, págs. 509, 29, 31 y 32.

⁷² Plantear una metodología sistemática y a la vez pragmática tiene una buena dosis de oxímoron, pero no mayor que “unidos en la diversidad”. El método comparativo se muestra especialmente adecuado a un tiempo en el que la experiencia jurídica rebasa las fronteras estatales, si bien estas consideraciones se centran en el ámbito del derecho constitucional. GUILLÉN LÓPEZ, E., *Metodología del Derecho...*, p.17.

⁷³ Por lo general, aunque todas las ciencias utilizan una pluralidad de métodos científicos, el *objeto material* (parcela de la realidad que se trata de conocer) y el *objeto formal* (perspectiva desde la que se aborda su conocimiento) de cada disciplina científica suelen primar el empleo de alguno de ellos sobre los demás. CALDUCH, R., “Métodos y técnicas...”, p.24.

investigación crítica. Así como la exégesis y la dogmática jurídica⁷⁵ hacen conocer el sistema del Derecho vigente, fijan el Derecho tal cual es en virtud de las leyes que le constituyen, la Crítica surge, sobre la exigencia de una investigación ulterior, que conduce a poner en crisis el Derecho vigente y se pregunta hasta qué punto no existirá la necesidad de modificarlo o cambiarlo por otro, por el llamado Derecho *condendo* o *constituendo*⁷⁶. Para llegar a esta última conclusión, puede partirse del mismo Derecho en vigor (observando sus incoherencias, sus contradicciones, su ambigüedad, su insuficiencia...) o sometiéndole a examen desde criterios valorativos de carácter político y social, desde criterios de “necesidad social” y de “oportunidad política”⁷⁷. En este sentido, el Derecho comparado sigue el método funcional: busca deducir, en cada sistema analizado, el problema y el modelo de solución correspondiente, en lugar de apegarse a fórmulas simples⁷⁸. Ha de tenerse en cuenta además, que la historia del Derecho, el Derecho comparado y la enseñanza de las legislaciones se encuentran en su conjunto al servicio de un sistema dogmático y, en cuanto tal, convincente: se concibe mejor lo que la norma trata de conseguir teniendo en cuenta el pensamiento que ha impreso su marca en la norma que haciendo abstracción de esas experiencias. En nuestro caso, ha de precisarse que el análisis de Derecho comparado no hace referencia al estudio de los sistemas de Derecho nacional de los Estados miembros, sino al análisis de la evolución en el tiempo y, por tanto de la comparación a través del tiempo, de un mismo sistema de derecho comunitario. Ello se presenta como consecuencia indeclinable del carácter explícitamente diacrónico de nuestro estudio.

Finalmente, merece una consideración especial la periodificación efectuada, dada su extensión y el carácter retrospectivo-prospectivo del análisis sin mayor referencia a la

⁷⁴ Método descriptivo en sus formas narrativa e histórica.

⁷⁵ Vid. SÁNCHEZ ZORRILLA, M., “La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar el derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº14, 2011, [Consulta: 24.3.2013],[www.rtfed.es/numero14/11-14.pdf], págs. 317-358.

⁷⁶ En el propio sentido del aforismo latino, con el significado de un nuevo derecho que surge a través del examen crítico de la norma que le precede y a la que está llamado a sustituir.

⁷⁷ HERRERO HERRERO, C., *Política Criminal...*, págs.108-9. Recoge el autor la conocida exposición de ROCCO sobre los caminos de conocimiento riguroso del Derecho a través de la exégesis, investigación dogmática o sistematización y crítica.

⁷⁸ BALDUS, C. y VOGEL, F., *Metodología del Derecho...*, p. 12. Si bien, como se ha expuesto, los autores consideran que el elemento histórico en la interpretación de la norma tiene un valor muy limitado en el derecho comunitario (privado).

dimensión espacial al venir determinada por la propia territorialidad del proceso de integración comunitario⁷⁹.

En las ciencias sociales compiten diversos planteamientos teóricos que no sólo se distinguen por los problemas que típicamente abordan y por las estrategias de investigación de que hacen uso, sino por cuestiones de principio. Es decir, por diferencias en la elección del marco categorial y en su modo de concebir su propio objeto de estudio⁸⁰. Haciendo uso de esta libertad de elección, entendemos que el carácter cíclico de las sociedades internacionales, que a juicio de algunos autores⁸¹ justifica la limitación temporal a un período no superior a los treinta años no resulta predicable respecto del proceso de integración europeo⁸². Dicha extensión temporal y carácter transversal, no obstante, ha de ser compensada con una precisa concreción del objeto, que se realiza a través del análisis microinternacional⁸³, referido a aspectos de derecho público, y la delimitación de la materia, reducida al ámbito exclusivamente penal, y dentro de éste, a los aspectos relativos a la cooperación judicial de modo principal, y con carácter secundario, de los aspectos policiales y diplomáticos, en la exclusiva medida en que sirven para comprender o complementar los anteriores. Es también por este motivo que, como se ha señalado, se analizan únicamente las actuaciones atribuibles

⁷⁹ El ámbito espacial se encuentra delimitado por el territorio de los países pertenecientes a la Comunidad Europea en cada una de las etapas del proceso de integración, pues únicamente a ellos se refiere la construcción del ELSJ, por ello no se incluyen los Estados no comunitarios incluidos en espacio Schengen o el Consejo de Europa; en éste último caso, aun en relación las normas aplicables al ELSJ elaboradas en el seno del Consejo de Europa.

⁸⁰ CORNAGO PRIETO, N., "Materialismo e idealismo en la teoría crítica de las relaciones internacionales", *REDI*, Universidad del País Vasco, vol. LVII, Nº2 (2005), págs. 665-693, [Consulta: 24.3.2013],[www.academia.edu/.../materialismo_e_idealismo_...] Para quien las expectativas de desarrollo de la disciplina del derecho internacional apuntan hacia una aproximación que sitúa en el centro de sus preocupaciones los ideales de libertad, paz y justicia social, como ocurre en este trabajo. Pero advierte el autor de que el mantenimiento de esos ideales exige a su parecer la adopción de una posición radicalmente no idealista. Dentro de una teoría crítica de las relaciones internacionales, esta postura no idealista supone una vuelta necesaria a la dialéctica, en su doble dimensión de reconocimiento del carácter contradictorio de la totalidad social sometida al devenir histórico, y de modalidad del pensamiento que puede contribuir a nuestra aclaración crítica.

⁸¹ CALDUCH, R., "Métodos y técnicas...", Op. cit.p.80.

⁸² Se trata de un juicio personal fundamentado en la incompatibilidad entre la cualidad de cíclico y la propia esencia y naturaleza del proceso de integración.

⁸³ La conclusión que podemos extraer de los criterios de periodificación aplicables a la microinternacionalidad, es evidente: cuanto más corto sea el período temporal adoptado en la investigación, mucho más precisos, concretos y fiables serán los resultados y por tanto las previsiones, pero menores serán también las posibilidades de formulación de leyes teóricas generales a partir de dichos resultados. A la inversa, las investigaciones, sobre todo con carácter histórico, basadas en largos períodos temporales nos facilitan el conocimiento de las tendencias generales de cambio en la Sociedad Internacional que no nos aportan los estudios de corto plazo. CALDUCH, R., *Métodos y técnicas...*, p.83.

a las instituciones comunitarias⁸⁴, sin incluir por tanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni las actuaciones llevadas a cabo por los Estados miembros de modo individual para implementar las políticas del ELSJ⁸⁵.

El período temporal viene determinado por el concepto de proceso de integración y los ejes de investigación seleccionados: derecho primario y Programas de Trabajo del Consejo. De este modo, el primer eje se inicia en el año 1951 con el primero de los Tratados, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y finaliza con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009. Respecto del segundo vector, la periodificación viene dada por el estadio de vigencia de los propios instrumentos que constituyen su objeto, de carácter quinquenal. En consecuencia, se inicia en 1999 con la aprobación del primero de estos Programas de Trabajo, el denominado Programa de Tampere. El término final se produce con la conclusión de la Presidencia Española, en el primer semestre de 2010 y por ello con el inicio del último de estos programas, el Programa de Estocolmo. Esta delimitación se corresponde igualmente con la vertiente del ELSJ como proyecto político.

En la vertiente normativa, relativa al ELSJ como proyecto jurídico, se mantiene la misma fecha de inicio, ampliando el término final a junio de 2013, coincidente con la finalización de la redacción de este trabajo, incluyendo el derecho derivado atinente al ELSJ tanto en vigor como en estado de tramitación. Ello se justifica en dos motivos:

1.- La actividad normativa en desarrollo del ELSJ ha continuado tras la finalización de la Presidencia Española, en desarrollo de las previsiones contenidas en el Programa de Estocolmo y como consecuencia de la tramitación de las iniciativas legislativas iniciadas durante la presidencia.

2.- Limitar la recopilación de la producción normativa del derecho secundario a la producida hasta la Presidencia Española supondría ignorar la derogación de algunas normas obviando este nuevo derecho. Ello resultaría además contradictorio con el carácter proyectivo del análisis.

La precedente periodización busca razones y huye de la arbitrariedad porque el carácter diacrónico de la investigación imprime un especial valor a la temporización, que adquiere incluso el valor de variable. En efecto,

⁸⁴ Y no a todas ellas. Por ejemplo, no se examina la actuación del Banco Central Europeo en ninguno de los aspectos relacionados con el ELSJ, ya que no se incluyen los aspectos financieros ni presupuestarios.

⁸⁵ Salvo los resultados obtenidos en las actuaciones de evaluación.

These analysis⁸⁶ tend to share some of what historical sociologist William H. Sewell (1996) calls *teleological temporality*, which explains events through abstract transhistorical processes 'from less to more' (say, urbanization or industrialization), and *experimental temporality*, which compares different historical paths (for example, revolution versus non-revolution, democracy versus non-democracy)⁸⁷.

1.3.- Selección y acceso a las fuentes de conocimiento

La observación de los fenómenos internacionales rara vez se puede realizar de forma directa por el investigador. Por lo general, éste no tiene un acceso directo o una participación inmediata en los sucesos internacionales. En consecuencia, el internacionalista se convierte en tributario de los datos o la información que pueda obtener de aquellas personas o entidades que realizan la observación directa de los sucesos⁸⁸.

Las fuentes de información, en sentido amplio, pueden ser entendidas como todo recurso que proporciona la información requerida por cualquiera, ya sea una institución, un documento o una persona, se haya creado o no con ese fin y sea utilizado directamente o a través de un profesional de la información como intermediario. Presentan como principal rasgo característico su utilidad para la investigación⁸⁹. En un sentido estricto, la noción de fuente de información se hace sinónima de "obra de referencia", concepto que nos remite a una obra concebida con el exclusivo fin de proporcionar unas informaciones específicas de la manera más eficaz posible⁹⁰.

⁸⁶ En referencia al análisis diacrónico.

⁸⁷ DELLA PORTA, D., *Approaches and Methodologies...*, págs.218-9.

⁸⁸ CALDUCH, Métodos y técnicas..., p.62. Como se ha indicado, entre los tres tipos de observación enumerados por DUVERGER, se ha empleado la observación documental. Aunque se presenta como discutible que el autor emplee dicho término en este contexto como sinónimo de la observación clasificada por DUVERGER pudiendo también significar la observación como percepción por los sentidos sin perjuicio de su posterior finalidad o utilidad.

⁸⁹ VILLASEÑOR RODRÍGUEZ, I., Metodología para la elaboración de guías de fuentes de información, Investigación bibliotecológica, Portal de revistas científicas y arbitradas de la UNAM, Vol. 22, núm. 46, septiembre/diciembre 2008, [Consulta: 25.3.2013],[www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0187...], págs. 113-138.

⁹⁰ Por contraposición a "fuente de referencia", que son distintos elementos que sin haber sido concebidos para suministrar una información específica pueden, en un determinado momento, constituirse en instrumentos fundamentales para responder a una consulta, CORDÓN GARCÍA, J.A. (et al). Las obras de referencia. En CORDÓN GARCÍA, J. A. (et al.) Manual de investigación bibliográfica y documental: teoría y práctica. Apud MERLO VEGA, J.A., Documentación aplicada a la traducción 2010/2011, Las Fuentes de

Presupuesto lo anterior, en el análisis y búsqueda de fuentes⁹¹ se siguió el criterio definido por el concepto proporcionado por el título del presente trabajo, la doble vertiente, normativa e institucional del ELSJ. Al contemplar el objeto de estudio como fenómeno jurídico, político y social, el primer paso fue la asistencia al curso de integración europea organizado por la Escuela Diplomática de Madrid⁹², en el que se ofrece una visión panorámica de este proceso de integración a través de lecciones impartidas por los agentes jurídicos que participaban en el funcionamiento diario de las instituciones comunitarias, elenco formado por los diplomáticos integrantes de la Secretaría de Estado para la Unión Europea, Altos funcionarios de las Comunidades, políticos que intervinieron en el proceso de adhesión de España, Abogados del Estado especializados en Derecho Comunitario y miembros del TJUE. En dichas lecciones, basadas muchas de ellas en métodos de interacción, pudimos obtener una primera visión multidisciplinar de lo que constituía el denominado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, optando desde ese momento por la elección de los dos grandes ejes en cuanto a la distribución de contenidos, centrándonos en el estudio del derecho primario y los Programas de Trabajo Quinquenales a través de una perspectiva histórico evolutiva.

A partir de este momento, comenzó la búsqueda de fuentes documentales, que de modo simultáneo se centró en el estudio de los actos jurídicos que sirven de base y dan estructura a la tesis, comenzando por ello con el estudio e interpretación de los Tratados constitutivos de las originarias Comunidades y posteriores textos modificativos, integrantes del derecho primario de la Unión y los documentos en que se plasmaron los Programas quinquenales de trabajo por un lado y, de otro, la literatura crítica que giraba entorno a

Información generales, Universidad de Salamanca,[Consulta:28.4.2013],[212.128.130.23/.../Merlo_101424_Tema3_Teori...-].

⁹¹ Siguiendo el criterio de clasificación de fuentes basada en la procedencia u origen de la información según el cual las fuentes pueden ser documentales, personales e institucionales, la selección de fuentes se realizó comprendiendo las tres categorías. Cfr. VILLASEÑOR RODRÍGUEZ y GOMEZ GARCÍA, J.A., Investigación y documentación jurídica, 1ª Ed. Madrid: Dykinson 2009, 144pp., [Consulta: 12.3.2013],[<http://libros-revistas-derecho.vlex/vid/iacute-219906477>], págs.129-132 y ECO, H. *Cómo se hace una tesis*, 9ª Ed. Barcelona: Gedisa 2010, 233págs., en relación a la clasificación de fuentes siguiendo el criterio de su contenido en primarias, secundarias y terciarias. Págs. 61-9 y GALENDE DÍAZ, J.C. y GARCÍA RUIPÉREZ, M., “El concepto de documento desde una perspectiva interdisciplinar: de la diplomática a la archivística”, *Revista General de Información y Documentación*, 13, núm. 2, 2003, [Consulta: 25.3.2013],[revistas.ucm.es/index.php/RGID/article/.../9914-], p.8, realiza una clasificación de las fuentes histórico documentales en fuentes directas, que transmiten la información sin intermediarios; no plantean problemas de veracidad en sí mismas, pero sí de autenticidad. Las indirectas, debido a la actuación de una tercera persona, determinan la necesidad de verificar la fiabilidad del informador. Ambas- directas e indirectas- son susceptibles de ser escritas o no escritas. Por su parte, las fuentes escritas pueden ser de dos tipos: *historiográficas*, como la historia, la biografía, las crónicas... todas ellas indirectas; y *documentales* o *archivísticas*, cuyo fin es servir de base histórico-jurídica o probatoria de un hecho.

⁹² 99ª Edición, primavera 2011.

dichos documentos. Para ello fue preciso realizar una actividad de evaluación sistemática de la literatura científica⁹³ y un juicio sistemático de expertos⁹⁴.

Las fuentes bibliográficas fueron halladas en el centro de documentación del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, si bien habían sido empleados con la finalidad de elaboración del trabajo de investigación previo que sirvió de base a esta Tesis⁹⁵, volúmenes adquiridos, y recursos bibliográficos de acceso electrónico abierto⁹⁶, incluyendo también artículos publicados en revistas especializadas vinculadas a entidades universitarias⁹⁷.

El hecho de que la construcción del ELSJ haya generado ya un importante número de publicaciones y estudios científicos planteaba la necesidad de adoptar un criterio de selección de fuentes bibliográficas. Por ello, se han utilizado todas aquellas creaciones en relación a las cuales se ha considerado guardan proximidad con la materia sobre la que versa el presente trabajo y a las que se ha tenido acceso durante el período de tiempo dedicado a su estudio, atendiendo por ello al criterio de la materia⁹⁸, al de la fiabilidad de la fuente⁹⁹ y al carácter novedoso de su contenido¹⁰⁰. Fue también un elemento de consideración la condición profesional de la fuente, pues pretendía incluir los puntos de vista, conocimientos y juicios de valor de los profesionales del derecho¹⁰¹, y confrontarlos en su caso con los elaborados por académicos, recogiendo opiniones pacíficas y unánimes, y prestando especial atención a las opiniones disidentes y sus motivos. Intentando hallar las cuestiones objeto de debate doctrinal y las diferentes perspectivas de los actores políticos y científicos, actuando con la pretensión de poner remedio a dos tentaciones: la de utilizar los argumentos de terceros para

⁹³ Actividad desarrollada mediante el acceso a las bibliografías especializadas, posterior recopilación de los estudios más destacados sobre el tema y una sistemática comparación de los mismos.

⁹⁴ Miembros de las instituciones comunitarias, del cuerpo diplomático español y de la unidad de cooperación internacional de la Fiscalía General del Estado español, no habiéndose empleado sin embargo la fórmula de cuestionario. Vid. CALDUCH, R., "Métodos y técnicas...", págs. 133 y ss.

⁹⁵ Versaba sobre la propuesta de Decisión Marco sobre la Orden Europea de Vigilancia.

⁹⁶ Las denominadas fuentes multimedia y telemáticas: bases de datos y repertorios de documentos multimedia, sitios web, páginas web, buscadores especializados y sistemas de mensajería.

⁹⁷ De carácter nacional (Instituto de Estudios Europeos de Valladolid, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad San Pablo Ceu, Revista Europea de Derecho Internacional, Revista de Derecho Constitucional Europeo), europeo (Jean Monnet Working Papers, European University Institute) e internacional (Social Science Research Network), a título meramente ejemplificativo.

⁹⁸ Respetando por ello los límites materiales del objeto de investigación.

⁹⁹ Valorada, en esencia, en razón de su origen institucional o prestigio académico.

¹⁰⁰ Característica que no siempre venía determinada por la fecha del estudio, dada la perspectiva de la investigación.

¹⁰¹ De los prácticos del derecho en el sentido de las personas a través de las cuales se aplica la ley, los propios jueces, fiscales, magistrados de enlace, abogados del Estado, Abogados Generales, abogados...

sostener los propios¹⁰² y evitar que el resultado se limite a la mera recopilación de lo que los estudiosos del tema han revelado y publicado ya. Se pretendía recoger los debates doctrinales suscitados al amparo de la creación de este Espacio Judicial Europeo, entre los que hemos encontrado más vigorosos, los relativos al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, el camino en la búsqueda de garantías procesales y el pretendido equilibrio entre libertad y seguridad. Estas cuestiones objeto de debate doctrinal pueden ilustrar la distancia a la que en ocasiones se encuentran en cuestiones esenciales, opiniones generalizadas en la doctrina frente a los criterios adoptados por las instituciones comunitarias.

En materia de legislación comunitaria, en orden a la localización del derecho derivado y también a la búsqueda y selección de jurisprudencia se han empleado las páginas web oficiales editadas desde las propias instituciones comunitarias, y entre ellas: eur-lex, prelex y curia-eu. La primera de ellas ha sido de especial utilidad dada la falta de codificación de los materiales legislativos comunitarios de derecho derivado, y la existencia en dicha página web de una clasificación por materias, incluida la referida al ELSJ¹⁰³, de la que se han extraído igualmente explicaciones relativas al propósito o finalidad de los materiales legislativos analizados. Ello ha sido de especial ayuda, en cuanto las producciones legislativas son clasificadas por materias en los propios recursos electrónicos, lo que elimina *ab initio* las dudas que pudieran surgir en orden a la ubicación de determinados actos normativos o su vinculación al ELSJ, e incluso al encuadramiento por materias dentro del Espacio Judicial Europeo. La segunda de las páginas se refiere a los actos legislativos en tramitación y nos ha permitido conocer, en consecuencia, el estado de tramitación, la vigencia de las normas de derecho derivado y los actos generados en el proceso decisorio. Finalmente, el hallazgo de las resoluciones del TJUE y de las conclusiones de sus Abogados Generales, se ha realizado a través de la última de las páginas citadas, de recopilación oficial de dicha jurisprudencia.

Entre los recursos electrónicos se encuentran también los artículos de carácter científico publicados en revistas especializadas vinculadas a la Universidad¹⁰⁴, y las publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía General del Estado y del

¹⁰² Como apunta, DEHOUSSE, R. en *Independence and Legitimacy in the Institutional System of the EU*, p.52-3, Firenze, July, 2012, documentación aportada en la Summer University sobre Derecho Institucional Comunitario.

¹⁰³ Esencialmente a lo que afecta a la delimitación entre ESLJ y PESD, así como la clasificación que sigue como criterio las diferentes políticas de la Unión.

¹⁰⁴ En sentido extenso, como sinónimo de ámbito académico.

Centro de Estudios Jurídicos, así como algunos trabajos de investigación académica¹⁰⁵ y científica¹⁰⁶. Finalmente, de manera menos significativa, contribuciones y artículos de prensa sobre entrevistas realizadas a los actores del ELSJ¹⁰⁷.

Dicha búsqueda de fuentes inicial se vio completada con la asistencia a los cursos de verano organizados por el Instituto de Estudios Europeos de Florencia, en los meses de junio y julio de 2012 y julio de 2013, que versaron sobre los derechos fundamentales en derecho internacional y el derecho institucional de la Unión. A través de ellos tuve acceso a la documentación y bibliografía del centro de documentación de dicha institución, a numerosas publicaciones aportadas por los ponentes como material de estudio y la oportunidad de participar en los interesantes debates suscitados en su transcurso. El diálogo se centró en torno a los conceptos de legitimidad, independencia, responsabilidad y control de las instituciones comunitarias y un análisis comparado con el modelo estadounidense y su concepto de Constitución.

El estudio de la literatura crítica ya había puesto de manifiesto la distancia entre las posiciones mantenidas entre académicos y prácticos, existiendo una especie de relación dialéctica al tratar cuestiones clave como las garantías procesales o el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. A través de estas lecciones tuvimos la oportunidad de completar el conocimiento sobre estas cuestiones menos pacíficas, gozando del principio de inmediatez, con las aportaciones de la experiencia y opiniones personales de quienes de un modo activo vienen participando en la construcción de este Espacio mediante un trabajo académico al que se añade la actividad dentro del funcionamiento de las instituciones comunitarias. Esta ha sido también nuestra aspiración en la realización de este trabajo, que no podía justificarse en la mera consecución de metas puramente personales, sino en la posibilidad de realizar alguna aportación a la construcción del ELSJ.

¹⁰⁵ Todos ellos relacionados en la bibliografía y seleccionados por su conexión material con el objeto de esta investigación.

¹⁰⁶ Obras producidas por *think tanks*.

¹⁰⁷ Magistrados de enlace y representantes de la abogacía.

**CAPÍTULO II.- SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE
ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y
SU CONFIGURACIÓN EN EL DERECHO PRIMARIO:
DE ROMA A NIZA.**

2.1.- Aproximación conceptual: origen y causas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

El proceso de construcción de lo que hoy se conoce como ELSJ¹⁰⁸ adquiere todo el sentido partiendo del contexto político en el que surgen los primeros Tratados fundacionales de las originarias Comunidades Europeas¹⁰⁹. Tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, los líderes europeos aúnan sus esfuerzos para establecer nuevos vínculos políticos, encauzados a la consecución de diversos objetivos, de carácter principalmente militar.

Algunas de las iniciativas, como la fallida Comunidad Europea de Defensa¹¹⁰, fueron realmente ambiciosas en sus objetivos y muy poco eficaces en cuanto a los resultados¹¹¹. Sin embargo, las comunidades instauradas por los Tratados de Roma y de París, ciñeron sus pretensiones a ámbitos concretos¹¹², centradas en objetivos económicos, y esta mayor concreción y selección de pretensiones, puede apuntarse como uno de los motivos de los mayores logros obtenidos¹¹³. En palabras de PÉREZ MARÍN¹¹⁴, la primera fase de la unidad

¹⁰⁸ La Unión Europea como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

¹⁰⁹ Nos referimos al Tratado de París, de 18 de abril de 1951 y los Tratados de Roma (Tratado Euratom y Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957).

¹¹⁰ En 1950, con el principio de la Guerra fría en Europa, surge la cuestión de la seguridad europea y el posible rearme alemán. En este contexto, el Presidente francés del Consejo, René Pleven, proyecta la Comunidad Europea de defensa (CED) encargada de dirigir la creación de una fuerza militar integrada, financiada por un presupuesto común y controlada por una autoridad política supranacional. Este proyecto fracasó por el rechazo francés de ratificar el Tratado firmado por Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos en París el 27 de mayo de 1952, por razones de política interior y suele considerarse el origen de la PSDC, *Momentos fundamentales de la PSDC*, [Consulta: 15.3.2013],[<http://www.defense.gouv.fr/espanol/das/relaciones-internacionales/la-defensa-europea/momentos-fundamentales-de-la-psdc/momentos-fundamentales-de-la-psdc>] y [http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/1952/index_es.htm].

¹¹¹ En efecto, la Comunidad Europea de Defensa (1950-1954) propugnaba *ab initio* una fuerte integración militar y política.

¹¹² El Tratado CECA tenía por exclusiva finalidad crear la interdependencia en el sector del carbón y del acero, de tal modo que, a partir de ese momento, no pueda suceder que un país movilice sus fuerzas armadas sin que los demás países tengan conocimiento de ello. [Consulta: 15.3.2013],[http://europa.eu/eu-law/treaties/index_es.htm].

¹¹³ Esta cuestión es también contemplada en el trabajo “Los inicios del Servicio Europeo de Acción Exterior”, en el que su autora, GUADALIX ESTEBAN, M. afirma: “ A pesar de lo que comúnmente se cree, su proceso de integración no partió de un proyecto económico que desembocaría décadas más tarde en la Europa política del Acta Unica Europea y del Tratado de Maastricht, sino que la decisión de crear una comunidad amplia de carácter político y económico, al igual que la idea de progresar hacia una federación europea, se aprecia ya en la Declaración Schuman ... Asimismo está presente en el preámbulo del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero...un sistema que comenzó con un objetivo de tipo económico (la creación de un mercado común) también se dirigía –y todavía se dirige- hacia una unión política, para lo que se necesita concertar una política exterior común. En otros términos, ‘it is clear that whilst the immediate aims of the Communities are economic, their long term aims are political’.” Si bien la propia autora reconoce que las prematuras tentativas de integración en el terreno de la política y de la defensa

europea no tuvo un objetivo político sino económico, pero esta integración económica, aunque lo fue, no puede analizarse desde una perspectiva puramente sectorial, sino que debe verse como el primer paso del proceso de la construcción global de Europa.

Esta correlación entre la exactitud y medida precisa de los designios del proceso de integración europeo y su consecución se justifica porque

la historia de la Unión Europea ha sido una historia compleja, pero apasionante, pues durante estos cincuenta años de andadura siguen vigentes las palabras liminares de Robert Schuman cuando recordó que, *Europa no se construirá en un solo día ni sin tropiezos* y para ello se hacía necesario el concurso de todos, y además no había prisa, era importante enraizar el espíritu de solidaridad comunitario con una voluntad de conjunto, pues como reza un viejo proverbio africano: *si quieres ir rápido ve solo, pero si quieres ir lejos ve acompañado*¹¹⁵.

De aquí la expresión de construcción europea à *petit pas* atribuida a Jean Monnet

L'Europe ne se fera pas d'un coup ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait. C'était le choix fondamental d'une méthode à intégrer sans fin les choses net les esprits. Cette méthode paraît lente et peu spectaculaire. Pourtant elle fonctionne continuellement depuis vingt-cinq ans et personne n'en a proposé d'autre pour faire progresser la Communauté¹¹⁶.

La consecución del mercado único fue, hasta la década de los años setenta, el único objetivo político-económico¹¹⁷ de las tres Comunidades, y es a consecuencia de su progresiva realización que se hace sentir la necesidad de cooperación en materia de justicia e interior,

fracasaron a causa de un precipitado y excesivo programa que exigía una cesión de soberanías demasiado amplia, lo que se estaba haciendo con una desaconsejable rapidez, pues la falta de recorrido en el proceso de integración europea hacía que ni los Gobiernos ni la opinión pública estuvieran preparados - y, por tanto, tuvieran una actitud favorable- para dar este gran salto adelante". GUADALIX ESTEBAN, M. "Los inicios del Servicio Europeo de Acción Exterior", Documento de trabajo Serie Unión Europea nº 52/2011 del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo CEU, Ed. CEU, Madrid 20011, [Consulta: 21.1.2013],[www.ideee.ceu.es/access.php?file=/secure/Docuweb%2052_2011...], págs. 10, 18 y 72 ISBN: 978-84-15382-11-9.

¹¹⁴ PÉREZ MARÍN, M.A., *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea*, Barcelona: Atelier, 2013, págs.25 y 26.

¹¹⁵ DE FARAMIÑAN GILBERT, J.M. " El Tratado de Lisboa (un juego de espejos rotos)", Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 17 junio 2009, [Consulta: 6.4.2012],[www.reei.org/index.php/revista/num17].

¹¹⁶ MONNET, J. *Mémoires*, París: Arthème Fayard, 1976.

¹¹⁷ La finalidad de los Tratados de Roma consistía en instaurar la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Se traduce en una primacía del elemento económico sobre el elemento de control de energía.[Consulta: 15.3.2013],[http://europa.eu/eu-law/treaties/index_es.htm].

fundamentalmente vinculadas a una de las ya clásicas libertades, la libre circulación de personas. Como corolario de lo anterior, se produce la consiguiente supresión de fronteras interiores¹¹⁸ y, en menor medida, la libre circulación de capitales¹¹⁹.

A medida que aumenta la distancia cronológica respecto de los primeros intentos de integración económica¹²⁰, los dirigentes europeos son cada vez más conscientes de las ventajas de una acción conjunta para hacer frente a problemas de seguridad colectivos. Por ello los gobiernos europeos aceptaron impulsar el giro de los asuntos de justicia e interior desde la periferia en la que estaban confinados hacia el centro de la agenda política europea. Otros motivos posibles de este fenómeno, son resaltados por la doctrina, de corte neofuncionalista, la cual hace hincapié, por su parte, en el efecto *spill-over* político inducido por la integración económica¹²¹. Desde esta perspectiva, la eliminación de las fronteras internas y la gestión integrada de las fronteras externas son prioridades complementarias para alcanzar la plena realización del mercado interior¹²².

En consecuencia, surgen tímidos intentos de actuación coordinada entre los Estados miembros en materia de seguridad, inicialmente con el objetivo de lucha frente al terrorismo, mediante actuaciones de carácter reactivo. Dentro de esta dinámica, no es hasta el Tratado de la Unión Europea, en 1992, cuando la construcción del ELSJ se formula de manera expresa

¹¹⁸ Cfr., MANCINI, F. “La circulación de los trabajadores por cuenta ajena”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Ed. Civitas, 1993, págs. 805-817.

¹¹⁹ Sobre esta cuestión en general, Cfr. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., “La libre circulación de capitales, la jurisprudencia comunitaria y el ordenamiento español”, *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, págs., 819-860.

¹²⁰ Y de los, sin embargo, aún recientes enfrentamientos bélicos europeos.

¹²¹ “El enfoque neofuncionalista actual seguiría siendo un enfoque basado en la idea de que la integración es un proceso con una dinámica interna. El concepto explicativo central seguiría siendo el de *spillover*. Así, las instituciones supranacionales jugarían un papel crucial en el proceso de integración, particularmente cuando hay conflicto de intereses entre los Estados Miembros, actuando como ‘agentes de la integración’ (*cultivated spillover*); los grupos de interés se organizarían transnacionalmente para presionar a favor de la integración (*political spillover*); y la integración conseguida en un sector con un objetivo determinado crearía una situación en la que dicho objetivo sólo podría asegurarse a través de más integración en otros sectores adyacentes, GARCÍA DURÁN, P. y MILLET, M. “La fuerza del *spillover* en la evolución de la gobernanza económica de la zona euro”, Universidad de Barcelona, [Consulta: 15.3.2013], [xivrem.ujaen.es/wp-content/.../5-R-011M301.pdf].

¹²² FERNÁNDEZ PASARÍN, A.M. “La dimensión externa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El caso de la cooperación consular local”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 91, págs..87-104., traducción revisada del artículo “Local Consular Cooperation: Administering EU Internal Security Abroad”, *European Foreign Affairs Review*. Vol. 14, nº 14 (2009), Issue 4, Wolters Kluwer Law & Buusiness, [Consulta: 18.2.2013], [www.cidob.org/en/content/.../4_ANA+MAR+FERNANDEZ.pdf], págs. 607-622.

en el Derecho originario como uno de los objetivos¹²³ de la Unión¹²⁴. Así, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo A del Tratado de Maastricht) señala entre los objetivos de la Unión *“mantener y desarrollar la Unión como un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el que esté garantizada la libre circulación de las personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”*.

Este precepto encuentra inspiración, y en parte se justifica, en la aspiración proclamada en el preámbulo del Tratado de la Comunidad Económica Europea de lograr *“una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”*¹²⁵ y ello porque las Comunidades Europeas son también *“algo más”* que unas organizaciones internacionales: son una comunidad de pueblos y una Comunidad de Estados. En efecto, el proceso de integración *“contempla a los pueblos”* pues los Tratados convocan, además de a los Gobiernos a través del Consejo, a los pueblos de los Estados miembros a participar en la construcción europea mediante *“la creación de*

¹²³ Sobre el concepto de objetivo de la Unión, cfr. KOTZUR, para quien lo que distingue a la identidad europea desde la perspectiva de los objetivos, se obtiene de las reglas concretas, y la eficacia normativa de las disposiciones sobre objetivos es típica del *“multi level constitutionalism”* del espacio constitucional europeo, que se abre a la comunidad jurídica internacional. Estas disposiciones sobre objetivos de la Unión vinculan jurídicamente. Desvelan un programa, pero no son meros principios programáticos. KOTZUR, M., *“La Constitución Europea: proceso y sentido histórico. Los objetivos de la Unión. Una contribución a la identidad y finalidad constitucional de la Unión Europea”*. Traducción de Azpitarte Sánchez, M., *ReDCE*, nº2, julio-diciembre de 2004, 33-60, [Consulta: 15.3.2013], [www.ugr.es/.../objetivos%20de%20la%20union%...], págs.8,24 y 25.

¹²⁴ Para ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, los objetivos comunitarios son los fijados en el artículo 3 del TUE: la promoción de la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos, ofrecer a los ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas, con control de fronteras exteriores y medidas de asilo e inmigración, unión económica y monetaria, mercado interior con desarrollo sostenible, crecimiento económico equilibrado, estabilidad de los precios, economía social de mercado competitiva, tendencia al pleno empleo, progreso social y alto nivel del medio ambiente, promoción del progreso social y científico, combatir la exclusión social y la discriminación fomentando la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño, fomento de la solidaridad entre los Estados miembros y de la cohesión, respeto de la diversidad cultural y lingüística y conservación del patrimonio cultural europeo, promoción de la paz en las relaciones con el resto del mundo, erradicación de la pobreza y protección de los derechos humanos y los principios de la Carta de las Naciones Unidas. A juicio de la autora, los objetivos no sirven para fundar nuevas competencias de la Unión sino para definir el modo de actuar dentro de sus competencias. Es decir, deben ser perseguidos con los medios adecuados. Los objetivos son tareas de acción y expectativas a los que siempre se debe mirar en la actuación comunitaria y que están profundamente vinculados con los valores de la Unión (art. 2). Son la clave de la legitimidad de la actuación de la Unión. Dotan a las actuaciones de racionalidad ofreciendo fundamentos jurídicos para dichas acciones, sin pretender con ello estipular un *numerus clausus* petrificado. Pero la finalidad abierta de la Unión no implica arbitrariedad, dado que los valores del artículo 2 suponen los límites valorativos de la actuación de la Unión, la esencia constitucional, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T., *“La interpretación del...”*, págs.53-6.

¹²⁵ Vocación que reproduce de manera textual el Tratado de Lisboa en el actual artículo 1.2 del TUE.

órganos que institucionalizan derechos soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus nacionales, argumentos que tienen una irreprochable buena coherencia con nuestros sistemas constitucionales ya que las Comunidades Europeas se crean en virtud de las atribuciones, en materias restringidas, de “derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros sino también sus nacionales”¹²⁶.

Atendiendo por ello al origen de la formulación del ELSJ y a los preceptos transcritos, en principio, podría parecer que el objetivo principal de este trinomio¹²⁷ es la libertad de los ciudadanos, para cuya garantía es necesario preservar la seguridad y la justicia. Objetivos estos que, además, podrían entenderse en un sentido amplio. Así, la libertad podría concebirse, no únicamente como libertad deambulatoria, sino como un derecho más amplio que incluiría también el libre desarrollo personal. El principio de libertad no está sin embargo limitado a la autonomía privada, sino que en la tradición constitucional occidental exige la *misma* libertad para todos los sujetos jurídicos. El principio de igual libertad permite una interpretación constitucional de la jurisprudencia del TJUE relativa a la discriminación en la medida en que busca igualar el status jurídico de los sujetos del orden jurídico europeo; el principio por tanto influye en la libertad de movimiento de los trabajadores, la prohibición general de discriminación, los derechos que derivan de la ciudadanía de la Unión y los derechos derivados de los acuerdos de asociación, en particular el celebrado con Turquía¹²⁸. Por otra parte, la seguridad podría imaginarse no únicamente como la lucha contra el crimen, sino también como acceso a los derechos sociales, y en un sentido muy amplio, seguridad a través de la protección jurídica. Mientras que la justicia podría representarse no únicamente como cooperación entre autoridades en la lucha contra el crimen, sino como igualdad de acceso de todos los ciudadanos a la justicia, desde la doble vertiente jurisdiccional y de justicia social¹²⁹.

¹²⁶ MANGAS MARTÍN, A. Relaciones entre Derecho Comunitario y derecho interno, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, op. cit., p. 60.

¹²⁷ Integrado por los conceptos jurídicos de libertad, seguridad y justicia.

¹²⁸ La libertad en su forma singular puede encontrarse en el objetivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia (art.3.2. TUE). Sin embargo, interpretar la noción de libertad del artículo 2TUE a la luz del concepto reduccionista de libertad como se expresa en el art. 3.2 TUE, es poco convincente porque se trata de un concepto sumamente restrictivo. Extraído de *Principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales*, p. 66. , Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, [Consulta: 21.1.2013],[www.juridicas.unam.mx].

¹²⁹ GONZALEZ VIADA, N. *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2009, [Consulta: 7.9.2011],[www.idpbarcelona.net/docs/actividades/seminarioue/derecho_penal.pdf].

La justificación de este Espacio se encuentra, por tanto, en la necesidad de favorecer y garantizar la libre circulación de las personas en el territorio de la Unión Europea, tanto para los ciudadanos de la Unión como de terceros Estados, gestionando las amenazas derivadas de la ausencia de fronteras interiores entre Estados Miembros, luchando contra la delincuencia organizada y el terrorismo y fomentando el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todos los Estados Miembros¹³⁰.

Su objetivo es lograr que las autoridades competentes de los Estados Miembros se relacionen y colaboren en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, investigándola y castigando a los culpables. Existe, por tanto, una vinculación entre las fundamentales y clásicas libertades de circulación en las que se asienta la Comunidad y el establecimiento de un espacio judicial europeo en materia penal¹³¹, relación que enlaza con el concepto de delincuencia transnacional¹³² y sus causas¹³³. Los factores actuales de

¹³⁰ JAULT-SESEKE, F. et LELIEUR, J., "Les différences d'approche de l'espace judiciaire européen sur les plans civil et pénal", *L'espace judiciaire européen civil et pénal: regards croisés*, Ed. Dalloz, Paris, 2009, págs. 3-25. A juicio de los autores "Du côté pénal, ces libertés de circulation ont facilité l'internationalisation de la délinquance, même si elles n'en sont pas la cause profonde".

¹³¹ En este sentido, la dialéctica entre inmigración, delincuencia y terrorismo no es algo nuevo. En el marco comunitario, las migraciones fueron englobadas en el área de Justicia y Asuntos de Interior, junto con el terrorismo y el tráfico de drogas. Esta vinculación 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. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea", *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, 4, D-195, págs. 1867-1881.

¹³² El concepto de delincuencia transnacional aparece relacionado con la existencia de grupos delincuentes organizados, que se encuentran además en condiciones de actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, cuya influencia en estos ámbitos se extiende hasta poder, incluso, condicionar negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional, BLANCO CORDERO, I. y SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio". *Revista Penal*, Publicación semestral de CISSPRAXIS S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, [Consulta: 21.1.2013], [www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/.../72 -], págs.1-2. Estos autores ponen de relieve que la globalización de la economía es el factor más importante que ha influido en el desarrollo y expansión de la criminalidad a nivel mundial, por la permeabilización económica de las fronteras nacionales y la reducción de controles, señalando que podemos afirmar sin riesgo a equivocarnos que el fenómeno de la globalización de los mercados, de la demanda de productos ilegales y del sistema financiero, es el elemento clave que ha atraído a las organizaciones criminales a superar el marco nacional y a realizar actividades a nivel internacional o transnacional.

¹³³ Esta vinculación entre el fenómeno social de la globalización, las libertades de circulación comunitarias y la internacionalización de la delincuencia se reconoce también por LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M, "La cooperación penal en el Tratado de Lisboa", en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El derecho procesal en el*

internacionalización de los grupos criminales pueden identificarse en la globalización de la economía¹³⁴, la creación de zonas de libre comercio y de espacios de libre circulación de personas, los avances tecnológicos en los sistemas de comunicación, de transmisión de información y de transporte y las crisis y desigualdades sociales tanto entre clases como entre Estados¹³⁵, mientras que en el origen del incremento de la criminalidad transnacional se encuentran cambios técnicos, económicos y políticos¹³⁶ En efecto y como señala SAVONA¹³⁷, todas las causas que pueden dar lugar al crimen transfronterizo pueden dividirse en dos: oportunidades para el crimen y riesgos provenientes del crimen.

En Europa se concretan en las siguientes:

1.- Relativa facilidad con la que las fronteras nacionales pueden traspasarse en toda Europa. Las cuatro libertades de movimiento garantizadas por los Tratados representan un factor de impulso en la comisión del crimen transfronterizo (así, la apertura de fronteras, y dependiendo de la forma de regulación del fenómeno de la inmigración, puede potenciar el tráfico de inmigrantes al aumentar la demanda de trabajo en condiciones ilegales).

2.- Presencia de un determinado contexto socio-económico, como la incorporación de países provenientes de la antigua Unión Soviética, que atrae actividades criminales en sus economías de transición.

espacio judicial europeo, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber Amicorum), Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013, p. 323.

¹³⁴ Por los siguientes motivos: la actuación en el plano internacional permite el acceso a mercados de bienes ilícitos de enorme valor añadido para el delincuente, le permite explorar puntos vulnerables en las sociedades en desarrollo y en las democracias emergentes, le posibilita canalizar los beneficios de origen delictivo hacia un sistema financiero global que difumine su rastro, y, finalmente, le da la oportunidad de operar a distancia, desde lugares en que la asociación puede operar de forma relativamente segura. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2005, págs.75 y 76.

¹³⁵ Ibidem, págs.77-80.

¹³⁶ En clasificación realizada por SIEBER, U., "El futuro del Derecho penal europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo", en ARROYO ZAPATERO et al, *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Colección Marino Barbero Santos, Cuenca: Eds. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, págs.153-223, quien identifica los primeros con la utilización delictiva de redes de datos de alcance mundial, los cambios económicos con los mercados globales ilegales (de órganos, personas, drogas, armas...) y finalmente, los cambios políticos con la debilitación de las fronteras nacionales como impedimento de transacciones transfronterizas, págs. 155-6.

¹³⁷ SAVONA, E.U., "Tendencias y causas de la criminalidad organizada transfronteriza en Europa", en HERAUSGEGEBENVON PETER CUELLEN & SARAH JUND, *Criminal Justice Cooperation in the European Union after Tampere*. Vol. 33. Series of Publications by the Academy of European Law in Trier. Köln: 2002, págs. 37-48.

3.- Progreso tecnológico (especialmente a causa de la red de Internet y el comercio electrónico) que ofrece nuevas oportunidades a los criminales para sus actividades).

4.- Diferencia de bienestar entre los países miembros de la UE y también entre los que no pertenecen a ella. Esto crea una demanda suplementaria que es fuente de numerosos crímenes transfronterizos, especialmente teniendo en cuenta que la UE se encuentra en el segundo puesto de productores y exportadores mundiales, hablando en términos económicos.

5.- La UE representa también una fuente de criminalidad en cuanto su presupuesto, de grandes y crecientes dimensiones, puede ser defraudado. Los delincuentes que actúan a través de las fronteras europeas se consideran relativamente seguros en la medida que perciben el riesgo proveniente de la aplicación o aplicabilidad de la ley no resulta demasiado alto, lo que sucede por las siguientes razones:

- La ausencia de la misma tipología de delitos en la legislación de todos los EM, y cuando dicha legislación existe, la ausencia de medidas de ejecución.
- Las divergencias entre la legislación de los EM planteada no ya desde la perspectiva de derecho material de definición de delitos y establecimiento de penas, sino desde un punto de vista formal, procesal, de procedibilidad y perseguibilidad de las conductas.
- La facilidad y rapidez de movimiento transfronterizo de los delincuentes en comparación con la lentitud con la que las agencias y las autoridades judiciales intercambian información entre ellas, lo que es especialmente cierto en el ámbito de la UE.
- Los sistemas de confiscación, embargo y comiso no funcionan de un modo adecuado, teniendo en cuenta que la máxima aspiración de los delincuentes es el beneficio económico.

A estas causas netamente comunitarias ha de añadirse una fundamental, que no participa de este carácter sino que se presenta como un fenómeno internacional y es que la mayor parte de las actividades del crimen organizado tiene que ver con la existencia constante en la sociedad de una demanda de bienes ilegales, lo que se observa con claridad en delitos como el tráfico ilícito de armas o estupefacientes¹³⁸.

¹³⁸ Ello es puesto de relieve por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "La criminalidad organizada...", op. cit., págs. 43 a 45, quien además señala que respecto de estos bienes ilegales el carácter transnacional suele referirse sólo al transporte de bienes o de personas, mientras que en el caso de los bienes, su producción y suministro suele tener lugar en un único país poniendo como ejemplo la producción de sustancias

Los delincuentes no respetan las fronteras, mientras que las legislaciones sí. No pueden aplicarse más allá de los territorios nacionales o, en su caso, el de la Unión; los sistemas policiales y judiciales están profundamente arraigados en el Estado nacional, se muestran reacios a cooperar con sus homólogos y mucho más a ceder su soberanía a nuevos cuerpos configurados a escala europea. De ahí que combatir un fenómeno global con instrumentos domésticos, aunque difícil de aceptar por los directamente amenazados, carezca de lógica. Apoyar los principios de cooperación policial y judicial en el marco del Derecho penal no basta, es necesario desarrollar y consolidar un instrumento supranacional que tenga autoridad sobre las jurisdicciones nacionales y que éstas estén dispuestas a aceptar¹³⁹.

Es por todos estos factores y circunstancias que la creación del ELSJ se justifica, en la medida que implica un valor añadido con fundamento en el artículo 220 del tratado de Roma, al aludir el precepto a la posibilidad de entendimiento, aunque limitada por el principio de subsidiariedad¹⁴⁰ proclamado en el art. 5 TCE: *“La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel*

estupefacientes (heroína en medio oriente asiático, cocaína en Sudamérica y drogas sintéticas en los países de Europa del Este).

¹³⁹ ARGEREY VILAR, P. y ESTÉVEZ MENDOZA, L., “El triángulo ampliación-inmigración-terrorismo. Los grandes retos actuales de Europa.”, Documento de trabajo de la cátedra Jean Monnet de integración económica, Universidad Complutense, [Consulta: 17.3.2013],[www.ucm.es/BUCM/cee/cjm/0402/0402.pdf].

¹⁴⁰ “El proyecto comunitario se basa en el principio de subsidiariedad, un principio que no es exclusivo del Ordenamiento comunitario y que puede concretarse de maneras muy distintas pero que siempre gira en torno a una misma idea: si varias unidades (poder público/ciudadanos; autoridades centrales/regionales...) nos garantizan los mismos resultados, prima la más cercana. Se entiende que el ejercicio de las “competencias” (las competencias, la autoridad, el poder...) debe corresponder a las unidades más pequeñas (las más cercanas a los ciudadanos, a los individuos... a los miembros de la unidad que tomemos como referencia); y sólo en la medida en que exista una razón (que sea imprescindible, que garantice mejores resultados...), podrán asignarse tales competencias a unidades superiores. Lo que puedan resolver los ciudadanos por sí mismos, que no lo organice el Estado; aquello de lo que pueden ocuparse las autoridades locales, que no lo asuman las regionales, etc.” SOBRIDO PRIETO, M. “El sistema judicial comunitario y las exigencias de eficacia y uniformidad del derecho comunitario”, [Consulta: 8.4.2012],[ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2194/1/AD-6-38.pdf], Este trabajo constituye, básicamente, la versión escrita de la ponencia presentada bajo el título “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” en las Primeras Jornadas de Derecho Internacional: “La Unión Europea, presente y futuro”, que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña los días 3-5 de abril de 2002. En él la autora también se refiere a la distinción entre subsidiariedad institucional y subsidiariedad estructural interrogándose sobre la aplicabilidad de este principio al entramado jurisdiccional comunitario y concluyendo en sentido afirmativo.

comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

El Tratado de Maastricht introdujo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a efectos de promover un ejercicio de competencias más respetuoso de la autonomía de los Estados Miembros¹⁴¹. En relación con la subsidiariedad en particular, las opiniones son muy divergentes. Desde una perspectiva conceptual, es de notar que el principio fue originalmente concebido en un sentido sustantivo pero ahora está dominado por una comprensión procedimental, en la medida en que a las instituciones con un perceptible interés especial en la subsidiariedad, esto es, a los Parlamentos Nacionales, les han sido otorgadas garantías procedimentales, con lo que se refuerza el entrelazamiento general de competencias entre la Unión y los Estados miembros¹⁴². Desde otro punto de vista, relacionado con la protección de los derechos fundamentales¹⁴³, el desarrollo de la integración europea no es posible, como tampoco es posible mantener los logros ya conseguidos en este ámbito, si no se respetan las idiosincrasias nacionales. El respeto de las diversidades culturales es la base de toda vida en común, siendo por ello, necesario tener en cuenta las especificidades sociales o éticas de los Estados miembros. El principio de subsidiariedad, incluye una dimensión de los derechos humanos.

Sobre estas premisas, la construcción del ELSJ, al tratarse de un objetivo cronológicamente posterior a la consecución del mercado único, ha podido utilizar las ventajas de la experiencia obtenida en el ámbito comunitarizado. Y en contrapartida, ha sufrido el lastre¹⁴⁴ de versar sobre materias que la doctrina asocia tradicionalmente al núcleo

¹⁴¹ A estos efectos puede definirse como un principio que rige el modo de ejercicio de la competencia; no sirve para delimitar o atribuir competencias, sino que persigue racionalizar ese ámbito difuso y demasiado elástico de la competencia comunitaria compartida. Nos dice hasta dónde debe llegar la UE cuando aprueba normas. MANGAS MARTÍN, A. La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad. “Estudios Parlamentarios y el Estado autonómico...” Op. cit. p.11.

¹⁴² *Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales* [Consulta: 4.10.2013],[www.juridicas.unam.mx], p.54.

¹⁴³ MOITINHO DE ALMEIDA, J.C., “Protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE”. *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, p.130.

¹⁴⁴ Lastre porque la viabilidad de una cooperación efectiva es inversamente proporcional a la carga política de la materia que se pretende regular y directamente proporcional a la mayor homogeneidad ideológica, política y económica de los Estados cooperantes, SALINAS DE FRÍAS, A., “La cooperación judicial en materia civil en la Unión Europea: origen, evolución y fundamento”, *Revista Seqüência*, Nº46, julio 2003,[Consulta: 17.3.2013],[www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/.../13899],p. 5.

duro de la soberanía¹⁴⁵ de los Estados miembros. Ello se ha traducido en la siguiente paradoja. En orden a la consecución del mercado único, las Comunidades se configuraron *ab initio* como entidades supranacionales¹⁴⁶, pero en el ámbito del ELSJ los instrumentos jurídicos y el procedimiento de adopción de normas fueron propiamente intergubernamentales. Por ello, su naturaleza híbrida es transitoria, desde su origen fue estrictamente intergubernamental y camina hacia la supranacionalidad. Y en este sentido, como apunta GARCÍA ALONSO¹⁴⁷ la supranacionalidad es un concepto tras el que subyace el fenómeno de la cesión de soberanía a favor de una organización y que gira en torno a cuatro cuestiones, quién decide (estructura política propia de la organización), cómo decide (mediante unas reglas de funcionamiento que escapan del control individual y también del soberano de los Estados miembros de la organización), control sobre lo decidido a través de la estructura jurisdiccional propia de la organización y los efectos de lo decidido, que se traducen en la eficacia directa y primacía derivados del propio ordenamiento de la organización.

Como contraposición, continúa el autor citado *ut supra*, la intergubernamentalidad se situaría en un terreno más próximo a las organizaciones internacionales de corte clásico, donde la voluntad soberana de los representantes de las Partes Contratantes se erige en auténtica protagonista del pacto interestatal.

Asociado al concepto de supranacionalidad se halla el denominado método comunitario, que define el papel de las instituciones comunitarias y la interacción entre ellas. Tal como fue definido en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea de la Comisión¹⁴⁸ el clásico método comunitario se fundamenta en tres principios: la independencia de la Comisión, su

¹⁴⁵ Ahora bien, soberanía y cooperación no son términos antagónicos, sino complementarios. En la medida en que en la soberanía no estuviese presente la cooperación dejaría de ser tal para convertirse en dominación. CHAUMONT, CH., Cours general de droit International public, 129, *RCADI*, (1970-I), págs.333-528 y CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, Madrid: Tecnos, 1974, citados por SALINAS DE FRIAS, A., "La cooperación judicial en materia civil en la Unión Europea: origen, evolución y fundamento.", [Consulta: 17.3.2013], op. cit., p.4, para quien, cada Estado es libre de administrar sus relaciones de cooperación con los demás, con el único límite del respeto, en caso de materializarse ésta en acuerdos de carácter jurídico, de las normas internacionales de *ius cogens* de forma tal que la clave de la vinculatoriedad jurídica del enunciado como "deber de cooperación", se traslada básicamente al ámbito de las fuentes del Derecho internacional.

¹⁴⁶ Como se ha expuesto, ya la declaración de Schuman tenía unos objetivos políticos y en su punto de mira la supranacionalidad, la creación de instituciones supranacionales, aunque ello fuera referido exclusivamente al ámbito económico.

¹⁴⁷ ALONSO GARCÍA, R., *Estudio Preliminar al Tratado de Lisboa*, 1ª Ed. Pamplona: Ed. Thomson. Civitas, 2008, págs. 48-9.

¹⁴⁸ COM (2001) 428 final, Bruselas, 25.7.2001.

monopolio en la iniciativa legislativa y el papel del Tribunal de Justicia como guardián del equilibrio entre las instituciones comunitarias y del respeto a la ley¹⁴⁹ y se contraponía al método intergubernamental, en el que la plenitud de poderes correspondía a los Estados Miembros, quienes actuaban por unanimidad o consenso y al método constitucionalista, basado en los ciudadanos. La oposición entre estos tres métodos no se corresponde, sin embargo, con la realidad del proceso de integración europeo, ya que desde su inicio, existió un ámbito en el que pudo desarrollarse cada uno de ellos, siendo ejemplos de esta afirmación, la integración en la agricultura, la integración por unanimidad en el mercado interior y la cooperación en economía. En este sentido, los Asuntos de Justicia e Interior constituyen un supuesto clásico de evolución desde la cooperación a la integración. Así, si los Tratados han garantizado tradicionalmente la exclusividad del derecho de iniciativa en relación a la gran mayoría de actos legislativos a favor de la Comisión, es lo cierto que en los últimos tiempos, la Comisión se había visto obligada a compartir su poder con los miembros de los gobiernos nacionales en los denominados segundo y tercer pilar, concernientes a Política Exterior y de Seguridad Común y a los Asuntos de Justicia e Interior respectivamente¹⁵⁰.

Una de las posibles explicaciones de este proceso evolutivo es la consideración de que la cooperación expresa un defecto de confianza entre los Estados Miembros, y, como se verá, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, uno de los elementos fundamentales en la construcción del Espacio Judicial Europeo, se basa precisamente en la existencia de una confianza mutua entre Estados Miembros, en cuanto constituyen Estados de Derecho y en ellos, las resoluciones judiciales se dictan con respeto de los derechos y garantías del justiciable. Otra de las justificaciones es la consciencia de la necesidad de ir más lejos, debido a la propia ineficiencia de la cooperación y a la propia presión de los acontecimientos. De acuerdo con la moderna doctrina, no existe, sin embargo, una oposición real entre los tres diferentes métodos, pero sí una suerte de tensión entre el método comunitario y el intergubernamental. E incluso el método constitucionalista puede formar parte del método comunitario, pero ello conllevaría muchas consecuencias en las competencias de la Comisión.

¹⁴⁹ MAJONE, G, 'Is the Community Method Still Viable?' en DEHOUSSE, R. (Ed.), *The 'Community Method'* (2011).

¹⁵⁰ DEHOUSSE, R., "Delegation, independence and legitimacy...", Op. cit. p.4.

Como comprensión de esta idea de la relación entre métodos, en palabras de VAN ROMPUY¹⁵¹

“The so-called Community method is and will be the central way of adopting European policy and legislation. Yet this method, in all its variations, can only apply in areas where the Union has the competence to act and cannot be applied in fields of national competence. That is why often the Choice is not between the Community method and the intergovernmental method, but between a coordinated European position bearing in mind that the member states are not outsider of it but form its constituent parts.”

Existen otros conceptos que a nuestro juicio han de ser tenidos en cuenta a la hora de explicar y comprender el método comunitario y el juego interinstitucional, se trata de las nociones de legitimidad y eficacia. En efecto, ha de tenerse en cuenta, que el funcionamiento del método comunitario puede verse influido o modificado por el concepto de legitimidad, es decir, las funciones inicial u ordinariamente atribuidas a las instituciones comunitarias pueden verse modificadas en atención a su legitimidad, lo que ha de ocurrir con carácter excepcional, sólo en cuestiones de extrema dificultad, que pueden determinar que sólo los Jefes de Estado o de Gobierno estén legitimados para decidir¹⁵².

En otras ocasiones juega con mayor fuerza el concepto de eficacia¹⁵³. Ello ocurre en la implementación de medidas legislativas, en relación a la cual el método intergubernamental se muestra inadecuado por ineficiente. En principio, es una actividad que compete a los Estados Miembros¹⁵⁴. Sin embargo, las instituciones comunitarias pueden asumir competencias para la implementación de actos normativos cuando haya una necesidad de

¹⁵¹ Extraído de la exposición de JACQUÉ, J.P., en Summer School in the Institutional Law, Florencia, 1-13 julio de 2012.

¹⁵² Ello ha ocurrido de forma reciente con la crisis financiera. Debido a los límites de poder del BCE y la laguna de competencias de la Unión, la crisis fue gestionada al Nivel del Consejo Europeo (nivel intergubernamental). Sin embargo, en el concreto marco del ELSJ, no encontramos ejemplos en los que la especial relevancia de la actuación comunitaria haya modificado la atribución normal de competencias en razón de la legitimidad del actor.

¹⁵³ Las dificultades encontradas por una institución altamente centralizada para asegurar la eficacia de su derecho cuando ello entra en conflicto con disposiciones o prácticas nacionales, explica algunas rigideces problemáticas del derecho europeo que no siempre hacen justicia a principios que entran en contradicción. La jurisprudencia del TJUE relativa al efecto jurídico de actos contrarios al derecho comunitario, por lo menos ilustra que el TJUE no defiende categóricamente el principio de eficacia. “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, [Consulta: 4.10.2012][biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3019/7.pdf], p.43.

¹⁵⁴ Nos referimos a las medidas de implementación *sensu stricto*, sin incluir los actos delegados.

uniformidad en la implementación. En este caso, la Comisión actúa en cooperación con un comité integrado por expertos de los Estados Miembros.

En el juego interinstitucional, el método comunitario es, en ocasiones, un instrumento ideológico utilizado por la Comisión para ganar poder, del mismo modo que el déficit democrático¹⁵⁵ es un argumento utilizado por el Parlamento¹⁵⁶. Existe, por tanto, un frágil equilibrio en desarrollo entre estos tres métodos que depende de la legitimidad y la eficiencia. Así, el Consejo Europeo goza de mayor legitimidad que la Comisión o el Parlamento para tomar decisiones de mayor dificultad o trascendencia, pero adolece de ineficiencia en la implementación de dichas decisiones y en la capacidad de dirección cotidiana. Hay un método comunitario pero el método comunitario puro es un mito, del mismo modo que es un mito el método puro intergubernamental¹⁵⁷.

Desde una perspectiva dogmática, el mayor déficit del Derecho comunitario no es tanto el ya tópico déficit democrático de las instituciones, como la ausencia de una reflexión en profundidad sobre el modelo de Derecho administrativo más acorde con la realidad comunitaria y, por tanto, sobre el papel que los poderes públicos y los ciudadanos van a desempeñar en Europa¹⁵⁸.

Por otra parte, la evolución del ELSJ se ha ido beneficiando de los logros obtenidos en el extinguido primer pilar. Entre ellos han de señalarse como mayores avances a nivel legislativo

¹⁵⁵ Mientras que la Unión Europea no pueda ser explicada a partir del principio de legitimidad democrática del poder(...) solo puede ser estudiada 'descriptivamente', (...)A esta ausencia de un principio político constitucional rector de la estructura organizativa y de los procedimientos de creación del Derecho de la Unión Europea es a la que se suele hacer referencia, de una manera incorrecta, con la expresión *deficit democrático*", PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 8ª Ed., Madrid 2002, p.1091. ASTOLA MADARIAGA distingue, sin embargo, entre las fuentes de legitimidad democrática y el funcionamiento democrático posterior de la Unión, o dicho de otra manera, la legitimación de las decisiones comunitarias. Es decir, el aumento de los poderes del Parlamento europeo o el acrecentamiento de sus relaciones con los Parlamentos nacionales mejoran, sin duda, el funcionamiento democrático, pero no dan un ápice más a la legitimidad democrática de la Unión y ello porque la legitimidad democrática de la Unión tiene la misma fuente que la de cada Estado que la compone y es reconocida de una manera indirecta cuando se habla de la voluntad de los ciudadanos de Europa, ASTOLA MADARIAGA, J., De la legitimidad democrática de la Unión Europea y de la legitimidad democrática de sus decisiones: una reflexión sobre el proyecto de Constitución Europea, [Consulta: 17.3.2013],[www.juridicas.unam.mx/publica/librev/.../art9.pdf], págs. 3,19 y 22.

¹⁵⁶ PONZANO, P., HERMANIN C., & CORONA D., 'The Power of Initiative of the European Commission: A Progressive Erosion?', *Notre Europe* (2012).

¹⁵⁷ JACQUÉ, J.P., 'The European Commission: Status quo or declinigsatus? ', European Law Course, European University Institute, Firenze, July 2012.

¹⁵⁸ DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, [Consulta: 3.10.2012], [Cerecom.org/.../LIBRO%20PRINCIPIOS%20reg...].

y normativo, el abandono de la unanimidad como regla general en el procedimiento legislativo, la atribución del efecto directo a los actos normativos, o incluso la sumisión a la jurisdicción del Tribunal de Justicia. Ello supone la asunción de procedimientos e instrumentos ya conocidos en políticas preexistentes¹⁵⁹. Se puede hablar, en este sentido, de un cierto proceso de inercia¹⁶⁰ y de una *vis* atractiva de la zona y materias comunitarizadas respecto del ELSJ¹⁶¹. A este respecto, y en relación también con el derecho de iniciativa legislativa de la Comisión, el Programa de Estocolmo constituye un claro ejemplo de una de sus modalidades, aquélla en la que el Consejo insta a la Comisión a adoptar una determinada normativa. Pero existen otras circunstancias que tienen influencia en el proceso legislativo comunitario con carácter general y también en materia de cooperación judicial. Nos referimos a la necesidad de conocimientos técnicos, la elección de la base jurídica del acto, la mediación entre el Parlamento Europeo y el Consejo y la legitimación en los procedimientos aplicables ante el TJUE.

Una vez afirmada la necesidad que dio origen a la formulación del ELSJ como objetivo de la Unión, y unos primeros rasgos caracterizadores del mismo, cabe plantearse la naturaleza de este espacio. La respuesta a este interrogante, en principio, viene dada por el precitado artículo 2 del TUE. La construcción del ELSJ constituye un fin, un predicado de la Unión, la Unión como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, como ámbito territorial en el que han de ser efectivos valores fundamentales de su propio ordenamiento jurídico, la libertad, la seguridad y la justicia. En efecto, el ELSJ fue concebido como “una serie de medidas para compensar el déficit de seguridad que planteaba el desarrollo de un mercado común en el que bienes, personas, servicios y capitales transitaban sin controles externos”¹⁶².

¹⁵⁹ A título de ejemplo, política monetaria y política agraria.

¹⁶⁰ Entendida como una evolución que trae su causa en la acción de una fuerza exterior y resulta vinculada a la noción de soberanía.

¹⁶¹ “Con todo, si se quiere profundizar en la creación de un Espacio Judicial Europeo, no bastará con estas reformas de las reglas básicas del juego, sino que es necesario ir más allá en el cambio del método, al menos en dos aspectos: primero, el acercamiento de las realizaciones concretas a la vida del ciudadano y, segundo, la mayor participación de éste en la elaboración de las normas a través no sólo del Parlamento, sino también de la sociedad civil.” IRURZUN MONTORO, F., “El Espacio Judicial Europeo, Dudas y Esperanzas”, [Consulta: 28.2.2012], [www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1208780975268.pdf].

¹⁶² ACOSTA GALLO, P. “La evolución hacia una Administración europea de los asuntos de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 91, págs. 105-123, [Consulta: 28.2.2012], [www.cidob.org/en/content/download/.../5_PABLO+ACOSTA.pdf], en el que el autor resalta la indefinición de objetivos del propio proceso de integración.

El nuevo objetivo de la Unión representa, pues, la aspiración de que ese espacio sin fronteras interiores que exige la libre circulación de personas¹⁶³, resulte adecuadamente acompañado por medidas compensatorias del déficit de seguridad que de ello deriva, sin que las mismas afecten a los estándares de derechos y garantías proclamados como valores esenciales de la filosofía política sobre la que se asienta la Unión europea. En este sentido, el ELSJ no es tanto una definición de materias como un triunvirato de valores¹⁶⁴.

Pero este objetivo de la Unión si bien presenta caracteres de especificidad y fines propios, adolece, en el momento actual del proceso de integración, de cierta inercia o accesoriadad respecto del objetivo económico, lo que encuentra su justificación en el hecho de que parece claro que el modelo comunitario está construido sobre una dominante de carácter económico. El estatuto jurídico de la persona¹⁶⁵ en el derecho comunitario está sujeto a esa dominante en el sentido de que los derechos y obligaciones que lo sustancian sólo operan cuando la actividad del sujeto está comprendida en el marco de la dominante y en la medida en que se afecta por ella. Los innegables desarrollos del derecho derivado y en especial, las progresivas interpretaciones del Tribunal de Justicia han ampliado ese estatuto abarcando actividades indirectas hasta los límites de lo compatible con las normas “constitucionales” del sistema comunitario. La inversión de los términos de la relación, de tal modo que el estatuto personal fuese la dominante y la actividad económica la variable

¹⁶³ En el conjunto de la UE-27, 29 millones de personas eran extranjeras en 2008 (es decir, vivían en un país diferente al de su nacionalidad) y de ellas 11 millones eran ciudadanos comunitarios. Extraído de GONZÁLEZ ENRIQUEZ, C. y SORROZA BLANCO, A., “Hacia una política europea de inmigración. Un desafío para la presidencia española de la Unión Europea”. p. 31, *Presidencia Española. Retos en una nueva Unión Europea*. Ed. Instituto de Estudios Europeos Universidad San Pablo CEU, Fundación Alternativas y Fundación Real Instituto Elcano, Madrid, 2010, [Consulta: 22.1.2013],[www.raco.cat/index.php/revistacidob/.../280784 -].

¹⁶⁴ ACOSTA GALLO, La evolución hacia..., op. cit.p.110.

¹⁶⁵ Estatuto jurídico de la persona entendido como estatuto jurídico que aspira a convertirse en fundamental y del que disfruta en virtud de los derechos que le reconocen las normas de derecho comunitario y enlaza con el concepto de identidad europea, a la vez que complementa las identidades nacionales. En palabras de LÓPEZ CASTILLO, A., “Derechos Fundamentales y estatuto de ciudadanía en el tratado constitucional de la Unión”, *ReDCE*, Nº4, Julio-Diciembre de 2005, [Consulta: 19.11.2013],[www.ugr.es/redce/REDCE4/articulos/07lopezcastillo.htm] “El estatuto de ciudadanía de la Unión habla, pese a la reserva estatal en materia de nacionalidad, del tránsito desde lo iusinternaciona hacia un complementario estatuto político, expresivo de la comunidad en proceso guiada, sin perjuicio de otras finalidades económicas, por objetivos políticos y sustentada en valores constitucionales comunes a sociedades abiertas.” Veremos en qué medida, la creación del ELSJ interacciona con esta noción de estatuto jurídico de la persona otorgado por el derecho comunitario contribuyendo a su progresiva ampliación.

condicionada y limitada por ese estatuto, pasa, inexorablemente, por la modificación sustancial del soporte jurídico-constitucional comunitario¹⁶⁶.

Esta concepción es la recogida en el Tratado de Lisboa, que reproduce en el artículo 3.2 del TUE el anterior artículo 2, con la única salvedad de añadir que se trata de un espacio que carece de fronteras interiores y ofrece la regulación material en el Título V TFUE donde se concretan los tres objetivos en su artículo 67:

“1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

2. Garantizará la ausencia de controles de personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países.

3. La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.

4. La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.”

El Tratado de Lisboa confirma, por tanto, que el ELSJ ha desbordado el detonante de la mera supresión de los controles en las fronteras interiores, derivando hacia un concepto más amplio y profundo que, “reflejándose en una cierta indefinición de las propias competencias atribuidas, mira a la construcción de un espacio político-jurídico público europeo”¹⁶⁷.

¹⁶⁶ LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “La ciudadanía de la Unión Europea”, *Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Op. cit. p. 270. Estas conclusiones que el autor formuló con ocasión de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht conservan, a nuestro juicio, plena vigencia, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

¹⁶⁷ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Ed. Tecnos, Madrid, 2010. p.93

Esta visión no es compartida por la doctrina de forma unánime. Para algunos autores, el ELSJ no participa de tal naturaleza, y se limita a constituir una política más, que se une a las clásicas de la Unión¹⁶⁸. Y partiendo de que la propia Comisión afirmaba que “con todo, el grado de ambición inicial se ha visto limitado por dificultades de carácter institucional y, a veces, también por un insuficiente consenso político, la política del paso a paso ha sido la única opción posible para progresar. Para la Comisión, establecer el espacio de libertad, seguridad y justicia ha sido una prioridad estratégica a la que también han contribuido varias políticas de la Unión”¹⁶⁹. Señala la propia Comisión, como los principales obstáculos para la construcción, dificultades de carácter institucional, descoordinación de varias políticas e insuficiente consenso político¹⁷⁰.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 y la adopción por el Consejo Europeo del 10 y 11 de diciembre del mismo año del denominado “Programa de Estocolmo- Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia alcanza su rango de madurez y de consolidación legal, política e institucional dentro de las políticas de la Unión Europea. Adquiere el rango de competencia compartida, es decir, una competencia en la que “la Unión y los Estados Miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Grado de madurez que debe entenderse en el sentido de una política cuya acta de nacimiento viable es la de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam el 1 de mayo de 1999”¹⁷¹.

Recapitulando las anteriores afirmaciones doctrinales e institucionales, y, a modo de conclusión, pero también de punto de partida, sobre esta cuestión inicial e introductoria de la posible naturaleza del ELSJ, compartimos aquellas opiniones que lo conciben como un objetivo de naturaleza netamente comunitaria, y, sin perjuicio de su propia identidad y

¹⁶⁸ ALONSO GARCÍA, R., *Derecho de la Unión...*, op. cit. p.59.

¹⁶⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones. COM (2004) 401 final, SEC (2004) 680 y SEC (2004) 693, de 2 de junio de 2004, p. 5

¹⁷⁰ DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M. (Coord.), JIMÉNEZ, O.J., y REVENGA SÁNCHEZ, M. *Cooperación europea en inteligencia. Nuevas preguntas, nuevas respuestas*. 1ª Ed., Madrid: Aranzadi, 2009, p. 232.

¹⁷¹ Y ello porque, según FONSECA MORILLO, F., “Prólogo” en ARANGÜENA FANEGO, C., (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Ed. Comares, Granada, 2011, los escasos seis años en los que el Tratado de Maastricht se dotó de un tercer pilar para la cooperación en asuntos de justicia e interior no pueden verdaderamente ser considerados como la creación de una auténtica política común, sino como el banco de pruebas durante el que los Estados miembros “para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea”, consideraron de interés común los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, como rezaba su artículo K.1

contenido, con un enlace directo en cuanto a su nacimiento y justificación en las clásicas libertades, fundamentalmente de personas y capitales. En fundamento de esta afirmación alegamos el anteriormente citado precepto del TUE apoyado, aunque no con carácter exclusivo, en su propia posición jerárquica sobre cualquier otro acto normativo o programático emanado de las instituciones comunitarias. Esta aseveración, en modo alguno, excluye comprender que el ELSJ se integra de una serie de políticas compartidas de la Unión, pero entendiendo que tales políticas constituyen instrumentos al servicio de un objetivo superior. Es su efectiva aplicación, desarrollo y evolución, lo que constituye la competencia compartida de la Unión, en la vertiente referida a la intervención de los Estados Miembros en la construcción del ELSJ y la consecución de este objetivo superior.

A esta concepción abogan también las razones actuales de la existencia de este espacio comunitario¹⁷², que recogía el Programa de la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea del primer semestre de 2010 como las dos siguientes:

1.-El fortalecimiento de la Unión depende en gran medida del desarrollo de los derechos y libertades de los ciudadanos, acercando más la Unión a ellos objetivo que necesariamente ha de enlazarse con el valor normativo otorgado por el Tratado de Lisboa a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, otorgándola idéntico rango que a las propias normas de derecho primario.

2.- Europa tiene que hacer frente con eficacia a las amenazas de carácter transnacional como la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, el terrorismo o el tráfico de seres humanos.

De manera que las causas y fines que inspiraron el nacimiento del ELSJ perduran en el tiempo y conservan su vigencia con el mismo vigor que lo impulsaban poco después del nacimiento de las Comunidades, al albur del objetivo de creación de un mercado único que reposaba en cuatro libertades de circulación.

¹⁷² FONSECA MORILLO, *Ibidem*, reproduce estas razones, expresadas en el folleto editado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Secretaría de Estado para la Unión Europea, bajo el título "Innovando Europa", págs. 14 y 15.

2.2.- Antecedentes: el proceso de integración comunitario

Tradicionalmente, y de manera especial¹⁷³ al inicio del proceso de integración, la Unión Europea se asocia a un fin político, de carácter económico, constituido por la creación y consolidación del mercado interior, cuya materialización tiene lugar el 31 de diciembre de 1992, objetivo reafirmado a través de la Unión Económica y Monetaria, conseguida el 1 de enero de 2002. No se piensa por tanto, inicialmente, en la cooperación en asuntos de justicia, sino a nivel intergubernamental, y ello en un estadio más avanzado. Por ello, esta aspiración inicial meramente económica se ve complementada con la necesidad de ir más allá en otros ámbitos de interés ligados a la libre circulación de personas.

De este modo, el verdadero inicio de la cooperación judicial europea en materia penal se produce en un nivel puramente político y se centra en los siguientes pasos:

1.- 1976, en el seno del quinto Consejo Europeo de las Comunidades se adoptó, a propuesta francesa, una declaración relativa a una acción limitada a la lucha contra la toma de rehenes, posteriormente ampliada para cubrir otros actos de violencia graves.

2.- 1977, un año después, en el Sexto Consejo, el presidente francés realizó proposiciones concretas, para la creación de un espacio judicial comunitario, especialmente en materia penal.

3.- 1978, en el séptimo Consejo, se estableció como prioridad la lucha contra el terrorismo. En la reunión de Ministros de Justicia, celebrada el mismo año en Luxemburgo, además de insistirse en la lucha contra el terrorismo, se preveía una segunda etapa en la que se abordaría el auxilio judicial en materia penal, el traslado de condenados, la transmisión de procesos penales y el valor internacional de las sentencias penales¹⁷⁴.

En un ámbito no estrictamente político, sino también jurídico, y en lo que específicamente se refiere a la cooperación judicial internacional, con carácter previo a los Tratados fundacionales, los mecanismos tradicionales de auxilio judicial penal habían sido, en su mayor parte concebidos a finales del Siglo XIX, generalmente a través de acuerdos bilaterales. Es solamente a partir de los años 50 cuando fueron adoptadas convenciones

¹⁷³ De manera especial al inicio, porque, como veremos, los objetivos comunitarios se irán ampliando al compás de la evolución del proceso de integración.

¹⁷⁴ DE MIGUEL ZARAGOZA, J., "El espacio judicial comunitario", *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, op. cit. págs.1029 y 1030.

multilaterales en el marco del Consejo de Europa¹⁷⁵. Estos acuerdos bilaterales o multilaterales, organizan las relaciones entre los Estados de una manera principalmente reactiva: un Estado solicita y otro responde.

Partiendo, *grosso modo*, de que un policía o un juez debería desplegar una actividad internacional en dos clases de asuntos:

.- La infracción es cometida en un solo Estado pero las pruebas o el autor de los hechos se encuentran en otro.

.- La infracción es cometida, consecutiva o de forma concomitante en varios Estados miembros.

BARBE¹⁷⁶ maneja un criterio de clasificación útil, tomando como base la tipología de auxilio judicial puesta de relieve por la actuación de los juristas Benelux, que puede resultar apto para comprender la diferente naturaleza de los trabajos llevados a cabo antes y después de la Unión Europea:

.- Auxilio judicial primario: consiste en que un Estado solicita a otro la ejecución de una decisión adoptada por sus propias autoridades judiciales (por ejemplo, Francia solicita a Alemania el embargo de un bien situado en Alemania respecto del cual un juez francés ha acordado el embargo).

.- Auxilio judicial secundario: permite a un Estado miembro (Estado requirente) solicitar a otro (Estado requerido) las dos formas de ayuda necesaria para permitir a su jurisdicción investigar un asunto:

- El Estado requerido recoge pruebas (diligencias de instrucción tales como las declaraciones testificales) o transmite citaciones (auxilio judicial secundario menor).

- El Estado requerido procede a la detención y remisión a través del procedimiento de extradición de una persona buscada por la justicia del Estado requerido (auxilio judicial penal secundario mayor).

Los Estados someten generalmente el auxilio judicial primario y la extradición a condiciones más exigentes, lo que explica que la cooperación judicial menor haya sido la más común.

¹⁷⁵ Ha de tenerse en cuenta, a estos efectos, que el denominado espacio judicial europeo, comprende tres círculos geográficos y jurídicos, Consejo de Europa, Comunidad Europea y Convenio de Schengen, un corpus diversificado por su ámbito territorial de aplicación, pero muy homogéneo en sus conceptos y técnicas DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Ibidem*, p. 1030.

¹⁷⁶ BARBE, E., "*L'espace judiciaire européen...*", págs.91,92 y 111.

Esta clasificación presenta la ventaja de resultar aplicable no sólo a las iniciales formas de cooperación judicial internacional en materia penal, sino también a las diversas actuaciones que integran esta cooperación en la actualidad y que, siguiendo a SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ pueden igualmente clasificarse del modo siguiente:

- a) La extradición, como forma tradicional de auxilio jurídico internacional en materia penal.
- b) Asistencia judicial en sentido estricto¹⁷⁷.
- c) Auxilio en la ejecución de decisiones judiciales extranjeras¹⁷⁸.

Frente a esta forma de auxilio judicial inicial, propia del nacimiento de las primitivas comunidades, SIEBER¹⁷⁹ aporta una clasificación que, comprendiendo no sólo la actuación judicial, sino también policial y gubernativa es acorde a la dinámica actual, se vincula al desarrollo de un modelo europeo de Derecho penal y comprende las siguientes categorías:

- 1.- Modelos de cooperación: a) La clásica colaboración administrativa y jurídica, b) Reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, c) Extensión inmediata de la validez de resoluciones y d) Ejercicio transnacional de poder soberano sobre otro territorio.
- 2.- Modelos supranacionales: caracterizados por otorgar un campo de aplicación territorial mayor a un ordenamiento penal unificado sin procedimiento de requerimiento y de aprobación.
- 2.- Modelos mixtos entre los cooperativos y supranacionales mediante instituciones intergubernamentales “híbridas” (Europol, Eurojust o la Fiscalía Europea) con características cooperativas y supranacionales.

La crítica que merece la primera forma de cooperación, desarrollada a través de Tratados multilaterales en el seno del Consejo de Europa como precedente de las posteriores formas de cooperación judicial, en el ámbito ya del proceso de integración se resume

¹⁷⁷ A título meramente ejemplificativo, comprendería la transferencia de un proceso penal pendiente en el extranjero, la restitución de objetos obtenidos por medios ilícitos, el traslado temporal a otro Estado de detenidos con fines de investigación, la audición por conferencia telefónica y por videoconferencia de testigos y peritos en el extranjero, las entregas vigiladas en territorio de otro Estado, los equipos conjuntos de investigación con un fin y una vigencia temporal determinados, la intervención de telecomunicaciones en el extranjero, la facilitación de información, documentos u otros elementos de prueba en el extranjero, etc.

¹⁷⁸ Entre las que se comprende la ejecución de sentencias penales extranjeras (transferencia de personas condenadas, ejecución de condenas a privación del permiso de conducir, de condenas pecuniarias o de comiso o incautación de los productos de delitos, etc) o la vigilancia de personas condenadas condicionalmente en el extranjero.

¹⁷⁹ “El futuro del Derecho penal...”, op. cit. págs. 168-177. Todas estas formas de cooperación serán posteriormente analizadas al compás de su aparición en el desarrollo del ELSJ.

considerando que los convenios del Consejo de Europa fueron, en su momento, una aportación considerable. La homogeneización del derecho aplicable, facilitaba la labor del jurista, que podía dirigirse a numerosos países sobre la base del mismo derecho. Para los Estados, la adhesión a estas convenciones significaba la posibilidad de desarrollar sus relaciones con otros Estados.

Cualquiera que sea su calidad, estas convenciones padecen los defectos que los trabajos llevados a cabo en el seno del tercer pilar han puesto cada día un poco más en evidencia:

1.- Se fundamentan en las prácticas llevadas a cabo desde el siglo XIX en un mundo que concebía de manera profundamente diferente las relaciones entre Estados y la soberanía nacional. De hecho, las convenciones del Consejo de Europa de 1957 y 1959 (que no han sido puestas en cuestión por el Convenio de Schengen en este aspecto) no están fundadas en un concepto de Espacio Judicial Europeo común a varios Estados, sino que organizan más bien la coexistencia y la interconexión de los espacios judiciales nacionales en los que los particularismos y las prerrogativas son cuidadosamente preservadas.

2.- Estas convenciones abren a cada Estado contratante la posibilidad de numerosas declaraciones o reservas, que en ocasiones pueden realmente llegar a dejar vacías de contenido el sentido de la Convención.

3.- No son objeto de control jurisdiccional: su puesta en marcha por cada uno de los Estados parte en la convención diverge en profundidad en cada uno de los Estados ya que esta actividad no está sujeta a control jurisdiccional.

4.- No contienen forma alguna de cooperación integrada, es decir, de instituciones u órganos comunes. Tienen, en consecuencia, por única finalidad, regular las relaciones bilaterales de cada uno de los Estados contratantes.

Todos estos argumentos representan algunos de los déficits que esta forma de cooperación había planteado y a cuya superación habían de tender los mecanismos ideados dentro del propio proceso de integración. Por ello, el proceso de integración comunitario plantea, también en lo que se refiere a la construcción del espacio judicial europeo y asumida en la forma en que hemos visto la supranacionalidad, así como la insuficiencia en un determinado estado de su desarrollo del método intergubernamental, la elaboración de una teoría de la delegación de competencias como mecanismo del proceso de integración comunitario y específicamente de cooperación judicial.

Delegation is a central concept in the institutional history of the EU. Delegations of powers are indeed manifold and diverse: from the Member States to the EU institutions, from the latter to the secondary bodies. Because of this diversity, theories of delegation developed in the public policy literature are particularly useful to make sense of the way the institutional system has been set up, of its evolution, and some of the problems it has encountered¹⁸⁰

La técnica de la delegación suscita como interrogantes el por qué delegar, qué poderes han de ser objeto de delegación, con qué grado de discrecionalidad, a qué tipo de organismos o entidades delegar y cómo han de estar organizados, con qué grado de independencia. Los motivos de la delegación se centran en la reducción de costes en términos de transacción, información, negociación y control e implementación.

Los fundamentos de la teoría de la delegación pretenden explicarse a través de la teoría del principal y el agente. Esta teoría estudia la relación entre el principal y el agente, en la que el primero, de un modo expreso o implícitamente, autoriza al agente a trabajar bajo su control y en su beneficio y se centra en diseñar mecanismos que induzcan a los agentes a actuar en interés del principal. La técnica de la delegación es fundamental en el proceso de integración europeo, y la teoría del principal y el agente ayuda a darle sentido.

En palabras de MAJONE, *there are not one but in fact 'two logics of delegation': one logic informed by the demand for policy relevant expertise, in which principals delegate executive functions to agents within relatively constraining control mechanisms; and a second logic, guided by the demand for credible commitments, in which principals deliberately insulate their agents- or 'trustees'- so that the agents may implement policies to which their principals could not credibly commit. At the extreme, Majone suggests, such a 'fiduciary relationship' may lead principals to undertake a 'complete, and in some cases irrevocable' transfer of their 'political property rights' in a given issue area in favour of their trustees¹⁸¹. Además, el autor relaciona esta teoría con la creación de redes¹⁸², afirmando que la creación de este tipo de redes puede estrechar la posición del agente *vis a vis* del principal proporcionándole fuentes independientes de información. Desde la perspectiva del agente, además, los procedimientos administrativos pueden resultar menos costosos y complejos,*

¹⁸⁰ DEHOUSSE, R., "Delegation, independence and legitimacy in the EU institutional system", Firenze, European University Institute, European Law Course, July 2012.

¹⁸¹ Extraído de DEHOUSSE, R., Delegation, independence and legitimacy in the EU institutional system. Firenze, Reading materials Summer University Course on Institutional Law, July 2012.

¹⁸² En lo que a nosotros respecta, aplicable a la red judicial europea.

pero constituyen también una fuente de información de carácter técnico y político, e incluso un medio de prevenir o evitar el uso de la facultad sancionadora por parte del principal. Podemos, por ello, tener la legítima expectativa de que los agentes serán capaces de obtener dicha información de un modo más ágil y precoz, en cuanto los procedimientos a través de los cuales actúan tienen un carácter más informal, que genera una tramitación más sencilla, asumiendo el riesgo de que en un determinado momento puedan desviarse en mayor o menor medida de los objetivos fijados por el principal.

Ello no obstante, la política de delegación ha de ser analizada teniendo en cuenta las características peculiares del sistema político comunitario:

- Naturaleza antihegemónica de la UE, que concibe la integración como una forma de conseguir mayor efectividad sin alterar el equilibrio de poderes.

- La concentración de poder constituye el temor número uno.

- Los Estados Miembros están representados en todas las instituciones: su representación constituye, en cierto modo, una de las materias de mayor interés

- El *consensus* juega un papel esencial en cada una de las instituciones. Cuando los intereses son contrapuestos, los compromisos se hacen necesarios para decidir¹⁸³.

A estos condicionantes han de añadirse los impuestos por la doctrina emanada del TJCE, conocida como doctrina *Meroni*¹⁸⁴ en la que el Tribunal de Justicia estableció la imposibilidad de que el legislador comunitario habilitara a otros organismos comunitarios para adoptar actos de carácter normativo y prohibió a la Comisión la delegación de poderes de decisión que le hubieran sido conferidos por el Tratado o por el legislador, salvo en los casos en que la delegación se limitase a poderes de ejecución estrictamente definidos y susceptibles de un control riguroso. De acuerdo con esta formulación, los únicos aspectos que pueden delegarse son los relativos a cuestiones técnicas, científicas o de mera asistencia administrativa, siempre que la delegación no deje margen alguno de discrecionalidad y la responsabilidad final de la ejecución de las medidas propuestas recaiga exclusivamente en la Comisión¹⁸⁵.

¹⁸³ JACQUÉ, J.P., "The European Commission: Status Quo or Declining Status?", EUI Summer University School, Firenze, July, 2012.

¹⁸⁴ Sentencia del TJUE de 13 de junio de 1978, *Meroni/Alta Autoridad* (9/56, Rec. 123), págs. 133- 152.

¹⁸⁵ DE LA CRUZ FERRER, J., "Principios de regulación económica en la Unión Europea", [Consulta: 3.10.2012], [Cerecom.org/.../LIBRO%20PRINCIPIOS%20REG...].

Esta doctrina nos lleva a cuestionarnos el concepto de discrecionalidad en la delegación de poderes de ejecución. Algunos autores¹⁸⁶ han sugerido que *an agent's discretion depends not only on the threat of ex post legislative overruling but also on the establishment of explicit ex ante legislative provisions, including both administrative procedures and the specification of a range of acceptable policy outcomes.*

El grado de discrecionalidad concedido por el principal a favor del agente es una opción institucional. En el caso de las agencias, la opción de delegar, no implica solamente esto, la delegación de poder, sino que el principal aspira siempre a elegir la opción institucional adecuada en orden a minimizar las pérdidas de la agencia en un coste aceptable para sí mismo. Otros autores¹⁸⁷ apuntan al hecho de que la opción institucional adecuada está en relación con la naturaleza del entorno político adoptando la expresión *"One size does not fit at all"*. Por ello, el diseño institucional de los mecanismos de control del agente ha de ser considerado como una *variable dependiente* que constituye el reflejo de otros factores del entorno político, que son las variables independientes que justifican la opción institucional. Entre los aspectos del entorno político de influencia en la señalada opción institucional se han señalado la demanda de expertos de relevancia y la demanda de compromisos creíbles.

La teoría del principal y el agente tiene un potencial analítico importante porque explica los patrones de la delegación, puede ser utilizada para construir una teoría de la delegación y en ciertas circunstancias, también para el diseño institucional. En contrapartida, esta teoría presenta como límites el hecho de tratarse de una aproximación funcional que dice poco sobre los actores clave, es racionalista, y, finalmente, asume una visión unitaria de las instituciones, por lo que, en el momento actual, se plantea la cuestión de si ha de ser sustituida por una visión más sociológica.

¹⁸⁶ DEHOUSSE recoge los argumentos de EPSTEIN y O'HALLORAN en "Delegation, independence and legitimacy in the EU institutional system", p.10 Reading materials EUI summer university, European Law Course, July 2012.

¹⁸⁷ En concreto, HUBER y SHIPAN, a los que se refiere DEHOUSSE en "Delegation, Independence and...", p. 11.

2.2.1.- *De Roma a Maastricht: 1957-1992.*

De entrada, ha de decirse que el Tratado de Roma no contempla la creación de un espacio judicial europeo ni un procedimiento específico referido a los expertos, a la comitología¹⁸⁸. Sin embargo, con el Tratado de Roma aparece uno de los primeros y fundamentales instrumentos de creación del ELSJ, y también de cooperación judicial a todos los niveles. Esta novedad se centra en el ámbito institucional, ya que el Tratado CEE conllevó la aparición de un Tribunal de Justicia y del que se convertiría en el instrumento privilegiado de cooperación judicial: la cuestión prejudicial. Tales creaciones, el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), y el mecanismo procesal previsto para su actuación, la cuestión prejudicial, vinieron a implicar también, en consecuencia, la instauración del principio del juez nacional como juez comunitario.

2.2.1.1.- *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Tratado de Roma.*

Desde la perspectiva de la creación de un espacio judicial europeo, son tres las cuestiones fundamentales de interés en relación a la configuración en el derecho primario de una estructura jurisdiccional supranacional: la cuestión de la independencia del Tribunal y los mecanismos para su salvaguarda, la cuestión prejudicial como procedimiento privilegiado de cooperación judicial entre la jurisdicción comunitaria y los órganos judiciales nacionales con el consiguiente principio del juez nacional como juez ordinario de aplicación del derecho comunitario y, finalmente, si el desarrollo de Europa como un ELSJ, implica necesariamente la atribución al Tribunal de Justicia de algún tipo de función en relación a la protección de los derechos fundamentales.

¹⁸⁸ Vid.cita nº18.

2.2.1.1.1.- La independencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: mecanismos de salvaguarda.

El Tribunal de Justicia ha podido aportar su decisiva contribución a la consolidación de la Comunidad Europea como una comunidad de derecho y al progreso del proceso de integración europea gracias a una sólida posición institucional que no puede ser plenamente encuadrada en ninguno de los modelos jurisdiccionales tradicionales, del mismo modo que el derecho comunitario no es reconducible a ningún modelo clásico del sistema jurídico internacional o interno¹⁸⁹.

En relación a la configuración del TJCE se parte del principio de que un poder, en este caso judicial, no puede existir si no es legítimo. Entendida la legitimidad como la capacidad de un determinado ente para representar y ejercer una determinada autoridad, son tres los factores que influyen en la legitimidad del TJCE:

a) Legitimidad institucional¹⁹⁰ como referencia a la independencia del órgano jurisdiccional, lo que se deriva de su composición (con las exigencias relativas a la cualificación de sus miembros y la interdicción de jueces ad hoc), el status de los miembros de la Corte, las reglas de financiación y administración, las funciones de su Presidente como un *Primus inter pares*, la distribución de asuntos entre la Corte y sus Salas, la naturaleza colegiada del Tribunal y el régimen estatutario de sus miembros (incompatibilidades, prohibiciones, responsabilidad disciplinaria y poder discrecional)¹⁹¹.

Pero también implica el diseño de *Court courbing mechanisms* entendidos como *mechanisms through which political actors can influence courts to make judgements that do*

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Op. cit. p. 395.

¹⁹⁰ "Una primera observación manifiesta, en el fondo, la inexistencia de tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión europea en relación con la posición atribuida a la magistratura respecto de los otros poderes del Estado y, sobre todo, del régimen constitucional previsto por el ordenamiento consitucional y, en su interior, del 'status' de autonomía y de independencia del magistrado tanto requirente como juzgador, y de las modalidades seguidas en las formas de autogobierno de la magistratura.", GAMBINO, S., "Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales", Versión revisada de la ponencia presentada al congreso "VII Jornadas sobre la Constitución europea: el Tratado de Lisboa", Universidad de Granada, 11 y 12 de marzo de 2010, Traducido del italiano por FAGGIANI, V., *ReDCE*, Año 7, Núm. 13. Enero-junio/2010. Págs. 83-119, [Consulta: 19.3.2013], [www.ugr.es/redce/REDCE13/.../04Gambino.htm].

¹⁹¹ PESCATORE, P., "Notes on the independence of the Court of Justice of the European Communities", World Conference of the Court, Montreal 6-10 June 1983.

not diverge excessively from the political actors preferences. En lo que respecta al TJCE estos mecanismos incluyen: 1) *legislative or constitutional override- legislation or constitucional amendments that override court decisions*; 2) *resource punishment-withholding funding from the Court system or tampering with judges pay*; 3) *Jurisdiction stripping- removing particular areas of law from the court's jurisdiction*; 4) *court parking- expanding the size of courts so as to stack them with judges that better reflect the preferences of political actors*; and 5) *judicial selection and reappointment- using the power of appointment or reappointment of judges to staff the Court with judges who reflect actors' preferences*¹⁹².

En el análisis sobre los fundamentos políticos de la independencia judicial en el entramado comunitario, KELEMEN llega a la conclusión de que el TJCE goza de un considerable grado de independencia basado en sólidos fundamentos políticos y en un conveniente aislamiento de los mecanismos de influencia conocidos en los sistemas democráticos. Esta consideración deriva del número de Estados miembros, el alto grado de fragmentación política entre los legisladores europeos, el proceso de selección de los miembros del Tribunal, su forma de organización interna y alto grado de soporte público del que disfruta. Para la autora, por tanto, el incremento del número de Estados miembros opera como mecanismo de garantía de la independencia del Tribunal¹⁹³.

Se plantea a continuación si estas garantías son predicables respecto de los actores políticos de la propia Unión en cuanto los miembros de los gobiernos nacionales intervienen en la selección de los jueces de la Corte y el Consejo de Ministros, el Parlamento Europeo y la Comisión adoptan las normas que el Tribunal debe aplicar e interpretar, concluyendo igualmente que, a salvo estas muy genéricas constricciones políticas, la Corte goza también respecto de las restantes instituciones comunitarias, de un alto grado de independencia.

b) Legitimidad funcional, en cuanto la Corte está legitimada por su función. Y ello porque la Corte es un auténtico poder judicial, del mismo modo que existe un poder ejecutivo europeo. En lo que a la configuración del TJCE se refiere, sí ha de hablarse de una verdadera

¹⁹² RITLENG, D., "The Independence and Legitimacy of the European Court of Justice", Reading materials, EUI European Law Course, Florence, July 2012.

¹⁹³ KELEMEN, R.D., "The political foundations of judicial independence in the European Union", *Journal of European Public Policy* 19:1 January 2012: 43-58. Esta idea es interesante porque se trata de uno de los escasos aspectos en los que el proceso de ampliación europea opera como factor favorecedor, aunque lo sea de modo indirecto, en la cooperación judicial. Si bien, debemos remarcar que la autora llega a estas conclusiones desde la perspectiva de los resultados del propio proceso de ampliación y la situación actual del Tribunal. Entiendo las ideas pero no estoy segura de poderlo traducir con corrección. No tengo versión española.

división de poderes en el sentido propugnado por Montesquieu¹⁹⁴. La Corte trata de promover los valores que sustentan el orden institucional europeo y también el orden legal.

c) Legitimación social, que viene a exigir un soporte público. Los jueces no pueden trabajar sin el apoyo de la opinión pública de los agentes políticos más importantes. Esta afirmación enlaza con el principio democrático y también con el *self-restraint*, con las obligaciones que se impone cada tribunal y sus deberes de motivación. También porque la Corte está obligada a contribuir a la realización de los fines y las previsiones de los Tratados. En este extremo, ha de reconocerse, que la Corte ha sido acusada de ejercer un *treaty making power*, y, a veces, un *law making power*¹⁹⁵. La Corte también ha mantenido una suerte de activismo judicial, posición que ha sido objeto de ataques por parte de los Estados miembros. Esta cuestión, ¿qué significado alcanza y cómo prevenirla? En opinión de RITLENG¹⁹⁶ la respuesta ha de darse poniendo en relación el interrogante con la noción de integración europea, es decir, con la existencia de *competitive claims of sovereignty*. Para evitar este tipo de conflictos y conservar su legitimidad, el TJCE ha de conservar siempre un equilibrio entre el proceso de integración y la identidad de los Estados Miembros como comunidades políticas. La Corte puede ejercer un poder constituyente, pero siempre respetando la verdadera naturaleza de las Comunidades. Y ello porque desde el punto de vista de la naturaleza multinivel que tiene la Unión desde su origen, la interacción entre el poder judicial y el poder legislativo no se produce únicamente en el nivel horizontal, es de cir, en la relación entre el TJCE y las instituciones de las Comunidades con potestad normativa, sino también entre el TJCE y los legisladores nacionales. Desde el momento en que la legislación nacional

¹⁹⁴ Con el siguiente matiz: "Superadas de tal forma, las concepciones reduccionistas de los jueces como meras 'bouche de la loi', los mismos se presentan ahora como un verdadero y propio referente fuerte del sistema político-constitucional y comunitario, como un poder del Estado que encuentra su propia fuente de legitimación 'ya no o principalmente en su procedencia democrática, sino más bien – como observa de forma convincente Valerio Onida - en los deberes que les han sido otorgados de salvaguarda de los derechos y de las reglas constituidas, y en los requisitos de competencia y de independencia que ellos deben poseer." ONIDA, V., "Il problema della giurisdizione", en PACIOTTI, E., (Coord), AAVV, *La Consitutzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003, p.134, citado por GAMBINO, S., "Jurisdicción y justicia... op. cit., p. 7.

¹⁹⁵ WASSERFALLEN, F., "The Judiciary as Legislator? How the European Court of Justice shapes Policy-Making in the European Unión", Annual Meeting of the Swiss Political Science Association, St. Gallen, January 8-9, 2009, [Consulta: 23.5.2013],[www.assh.ch/dms/svpw/.../StGall09_Wasserfallen.pd...].

¹⁹⁶ RITLENG, D., "The Independence and Legitimacy of the European Court of Justice", EUI, summer course, Florence, July 2012.

está sujeta a las disposiciones del derecho primario, la interpretación que del mismo resulta, concierne igualmente a los legisladores nacionales¹⁹⁷.

La Corte tiene desde su origen dos ambiciones. La primera consiste en la creación de un integrado (aunque no uniforme) orden legal a través de la ley. La segunda, servir de punto común de referencia a los problemas legales dentro de la Unión. Ambas son potencialmente sobreambiciosas. En la realidad, sólo puede optar a tener intervención en las cuestiones de mayor trascendencia en relación a los tribunales nacionales y a los gobiernos.

Además, ha de tenerse en cuenta que, la Corte, en términos generales, no es un tribunal de hechos: en primer lugar, porque la regulación de la cuestión prejudicial, su mayor fuente de trabajo, lo limita a cuestiones de derecho incluso en el caso de que el asunto se presente dentro de un contexto de hechos. Segundo, porque los asuntos que realmente involucran hechos¹⁹⁸ serían transferidos al Tribunal de Primera Instancia y al servicio civil del Tribunal¹⁹⁹.

En lo que se refiere al rol institucional de la Corte, del examen de su trabajo, resulta obvio que desempeña diferentes papeles.

1.- El de un Tribunal Constitucional. Se trata del más importante y consiste en definir las competencias entre las instituciones comunitarias y los EM. El trabajo del Tribunal de Justicia consiste en mantener a las instituciones dentro de sus poderes y competencias.

2.- Tener atribuido un procedimiento de referencia sobre un extenso número de jurisdicciones.

3.- El de órgano de aplicación y ejecución del derecho comunitario ante el cual se ejercitan acciones, de manera mayoritaria procedentes de la Comisión, en las que decide acerca de la aplicación por parte de los EM del derecho europeo²⁰⁰.

¹⁹⁷ En una decisión reciente la *judicial restraint*, ha sido manifiesta. En el asunto *Gottwald*, el TJUE decidió que los EM tenían un cierto margen de apreciación para determinar las condiciones de acceso a los beneficios sociales no cubiertos por el derecho de la UE, incluso interpretando este derecho. Esta decisión refleja el respeto a las opciones nacionales e indica un punto de partida en la aplicación de diferentes standards en el derecho nacional y europeo, lo que también resulta manifiesto en otras áreas diferentes. WOLLWENSSCHÄGER, "Completing the internal market and the evolution of UNION citizenship", págs.302-330, *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Ed. By Syrpis, New York: Cambridge University Press, 2012.

¹⁹⁸ Se refieren a la materia de competencia y *staff cases* por lo que no tienen incidencia alguna directa en el ELSJ.

¹⁹⁹ CST, *Civil Service Tribunal*

²⁰⁰ BELL, J, "The Role of European Judges in an Era of Uncertainty", *The European Union Legal Order after Lisbon*, págs. 277-289, Kluwer Law International. Ed. By Patrick Birkinshaw and Mike Barney, The Netherlands, 2010.

¿Qué conclusiones cabe extraer del anterior diseño institucional del Tribunal de Justicia? Si, como hemos visto, la Unión se configura como un nuevo orden que no mimetiza la teoría clásica de la división de poderes en lo que se refiere al poder legislativo y ejecutivo, tales afirmaciones no son en absoluto predicables respecto del poder judicial a nivel comunitario, en el que el Tribunal de Justicia asume la función propugnada por Montesquieu: el juez como *“la bouche qui prononce les paroles de la loi”*. Por ello, en relación con el poder judicial, la salvaguarda de su independencia, en los términos señalados, constituye una aspiración fundamental, esencial e irrenunciable.

2.2.1.1.2.- La cuestión prejudicial como mecanismo de cooperación judicial.

Desde sus orígenes, las Comunidades Europeas se organizaron en el ámbito judicial sobre la base del principio de subsidiariedad en el sentido de que sólo se reservó al órgano jurisdiccional propio de las Comunidades el mínimo de competencias que no podían ser atribuidas a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Son los órganos jurisdiccionales nacionales los que, de forma congruente con la ejecución administrativa preferentemente descentralizada en el derecho comunitario, están encargados de aplicar el derecho comunitario en su ámbito de competencia territorial y funcional. Ello determina que la efectividad de los principios básicos del ordenamiento comunitario, que han sido identificados y desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estén decisivamente condicionados en su efectividad por la actitud de los órganos jurisdiccionales nacionales, que son los encargados de ponerlos en práctica²⁰¹.

Lo anterior se explica porque el Tribunal de Justicia no fue instaurado como un órgano judicial supremo de las Comunidades, ni situado jerárquicamente por encima de los órganos estatales de casación, por lo que se hizo necesario implantar un mecanismo de colaboración técnica, la cuestión prejudicial del artículo 177 del Tratado CEE, en cuya virtud se compromete al juez nacional en la tarea de dar efectividad al ordenamiento jurídico comunitario. Ese vínculo que se establece entre los órganos judiciales internos y el Tribunal de Justicia representa una innovación, que ilustra el estado de simbiosis en que se encuentran el

²⁰¹ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C, “El Tribunal de Justicia de las comunidades europeas”, *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, p.374.

derecho comunitario y los derechos nacionales. Al Tribunal de Justicia se le otorga una competencia de atribución para casos muy precisos, pero el juez de derecho común del ordenamiento comunitario es el juez nacional²⁰².

Por otra parte, la jurisprudencia ha puesto asimismo de relieve que, aunque el artículo 177 sólo obliga al planteamiento de una cuestión prejudicial (de interpretación o de validez) a aquellos órganos jurisdiccionales nacionales cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso de derecho interno, ningún órgano jurisdiccional nacional tiene competencia para declarar, ni siquiera incidentalmente, la invalidez de un acto comunitario, competencia que está reservada al Tribunal de Justicia²⁰³. Ello implica que un órgano jurisdiccional nacional, aunque no sea de última instancia, cuando se enfrente con un problema de validez de un acto comunitario, no podrá resolverlo a no ser que se pronuncie en el sentido de afirmar la validez del acto, debiendo en otro caso someterlo al examen prejudicial del Tribunal de Justicia²⁰⁴.

Así, según el artículo 164 del Tratado CEE, *“El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado”*, regulando la cuestión prejudicial en su artículo 177, *“El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:*

a) sobre la interpretación del presente Tratado;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad;

c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”²⁰⁵.

²⁰² RUIZ-JARABO COLOMER, D., “El juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española”, *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, p. 653.

²⁰³ Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto.frost*, asunto C-314/85, p. 4199.

²⁰⁴ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., “El Tribunal de Justicia...”, op. cit., p. 386.

²⁰⁵ Texto disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm> “El artículo 177 se inspiró en el artículo 41 del Tratado CECA, con arreglo al cual sólo el Tribunal de Justicia “será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez de los acuerdos de la Alta Autoridad y del Consejo, en

En esta configuración inicial, la Comunidad, como no podría resultar de otra manera, está basada en el *rule of law*. De este modo, a medida que se ha ido desarrollando el Derecho comunitario y que ha ido penetrando en la esfera interna, el Juez nacional se encuentra cada vez con mayor frecuencia frente a problemas relativos a la aplicación del mismo. Este fenómeno se produce sobre todo en la jurisdicción contencioso-administrativa, mercantil y social, pero también se manifiesta en otros órdenes jurisdiccionales, y principalmente en materia penal. Así, en su sentencia de 21 de marzo de 1972, *Saif*²⁰⁶, el Tribunal de Justicia subrayó que el artículo 177 “no distingue según el carácter, penal o no, del procedimiento nacional en cuyo contexto se formulan las cuestiones prejudiciales”, añadiendo que “la eficacia del derecho comunitario no puede variar según los diferentes ámbitos del Derecho nacional en los que puede producir sus efectos”²⁰⁷.

En relación a las concretas funciones atribuidas con carácter inicial al TJCE, la cuestión prejudicial, tal como fue configurada en el Tratado de Roma a través de este precepto, ha permanecido casi imperceptiblemente invariable hasta la actualidad, en lo que se refiere a su naturaleza esencial y procedimiento²⁰⁸.

En una Comunidad esencialmente legislativa como era la Comunidad Económica Europea, con un sistema de aplicación de su ordenamiento llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales nacionales, y por lo mismo notablemente descentralizado, la importancia de salvaguardar un derecho uniforme en todo su ámbito territorial, se convertía en consustancial a la propia existencia de la Comunidad²⁰⁹. Como significara quien fuera presidente del Tribunal de Justicia entre 1967 y 1976, Robert Lecourt, la piedra angular de la Comunidad no era tan sólo una misma norma común, sino que esa norma fuera interpretada y aplicada de igual manera en toda su extensión territorial por los tribunales de los Estados miembros. De

caso de que se cuestione tal validez en un litigio ante un Tribunal Nacional”. Sin embargo, en la época en la que se redactó el Tratado CEE esta disposición del Tratado CECA no había sido todavía aplicada en la práctica. En efecto, los primeros casos de aplicación del artículo 41 fueron muy posteriores a los del artículo 177, y en ellos influyó claramente la experiencia derivada del ejercicio de éste último. Así pues, salvo el texto mismo del artículo 41, el Tratado CECA no facilita ningún elemento interpretativo del artículo 177.” PESCATORE, P. “Las cuestiones prejudiciales”, *El derecho comunitario europeo...*, op. cit., p. 527.

²⁰⁶ TJCE, 21 de marzo de 1972, *Saif*, 82/71, Rec. 1972, 119, en particular apartado 5.

²⁰⁷ PESCATORE, P., “Las cuestiones prejudiciales”, *El derecho comunitario europeo...*, op. cit., p. 531.

²⁰⁸ Sobre ella consúltese monográficamente la obra de JIMENO BULNES, M., *La cuestión prejudicial del art. 177TCE*, Ed. Bosch, Barcelona 1996.

²⁰⁹ FERNANDEZ SEGADO, “El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, [Consulta: 18.10.2012], [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/13/ard/ard2.ht - 120k].

aquí la relevancia del instituto procesal del artículo 177, cuya función primigenia era garantizar la unidad del derecho comunitario en su aplicación por los jueces nacionales, propiciando de esta forma una “aplicación uniforme” que, como dijera Pierre Pescatore, se refiere no sólo al contenido material de las disposiciones del derecho comunitario, sino también, e incluso de modo especial, a la determinación uniforme de su alcance, de sus efectos y de su eficacia.

El artículo 177 fue, en cierto modo, una fórmula de compromiso que, soslayando la configuración del Tribunal de Justicia como un órgano jurisdiccional de casación europeo y con una sutil distinción entre aplicación e interpretación del derecho comunitario, vino a establecer el principio de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales²¹⁰ y el Tribunal de Justicia. Mientras a los primeros les corresponde la aplicación de tal ordenamiento, al segundo se confía su interpretación, que ciertamente viene condicionada tanto por los límites que al Tribunal de Justicia le impone la cuestión que le formula el juez nacional como por el carácter general objetivo que el Tribunal de Luxemburgo ha de dar a su interpretación, de modo tal que ésta no quede excesivamente constreñida a las circunstancias particulares del caso en que se planteó la cuestión.

La importancia de la aplicación del derecho comunitario por los jueces nacionales es puesta de relieve por JAULT-SESEKE y LELIEUR²¹¹ en la medida en que el Espacio Judicial Europeo no puede realizarse únicamente a través de textos legales, sino que implica, a mayores, que los diferentes actores prácticos del derecho se familiaricen con la idea de una Europa de la justicia y se conviertan en los actores cotidianos de la cooperación. La cooperación del Tribunal de Justicia con los tribunales nacionales a través del procedimiento de cuestión prejudicial, es constitutiva en relación con la juridificación y la constitucionalización del proceso europeo de integración, ya que vincula la opinión jurídica del Tribunal Comunitario con la autoridad de las sentencias nacionales y de esta manera

²¹⁰ Acerca de los requisitos que ha de reunir el órgano jurisdiccional nacional para poder utilizar la remisión prejudicial, el TJCE ha venido exigiendo, de un lado, la independencia y la obligación de pronunciarse con arreglo a Derecho, y por otra parte, el carácter de órgano público, unido mediante un vínculo orgánico con el Estado. PESCATORE, P. “Las cuestiones prejudiciales”, *El derecho comunitario europeo...*, op. cit. p. 541. En el Asunto C-17/00, sentencia de 29 de noviembre de 2001, el TJUE ha manifestado que “A tenor de una jurisprudencia reiterada, para parecer si un organismo remitente posee el carácter de órgano jurisdiccional en el sentido del art. 234 CE, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (en particular en sentencias de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 23, así como de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Rec. p. I-1577, apartado 33.”

²¹¹ *L'espace judiciaire européen...*, págs. 3-25.

supera la debilidad estructural de la jurisdicción supranacional. Para que este sistema pueda funcionar, el derecho comunitario impone a los Estados miembros abrir a los particulares el acceso a los tribunales nacionales cada vez que un Estado miembro pueda haber violado una posición jurídica individual tutelada por el derecho comunitario²¹². En efecto, la razón de ser de este procedimiento en el sistema de recursos establecido por el Tratado, es la de asociar de manera estrecha a los órganos jurisdiccionales nacionales en la administración de la justicia en el marco comunitario. De este modo, de conformidad con el espíritu del artículo 164, la remisión prejudicial tiene la función de proporcionar a los justiciables una protección efectiva de los derechos e intereses que les reconoce el ordenamiento jurídico de la Comunidad, dándoles la posibilidad de someter sus litigios al examen del Tribunal de Justicia a través del Juez nacional. Más en concreto, el procedimiento del artículo 177 ofrece a los justiciables la posibilidad de defenderse de manera eficaz contra la vulneración por los Estados miembros de sus derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario y de obtener de este modo, ante el Juez nacional y gracias a la intervención del Tribunal de Justicia, un equivalente al recurso por incumplimiento de Estado²¹³. La originalidad de la remisión prejudicial consiste en que permite a los particulares obtener que el Juez nacional lleve ante el Tribunal de Justicia ciertos incumplimientos contra los que la Comisión probablemente no habría nunca actuado. Estos casos se refieren sobre todo a la entrada y estancia de personas, en casos demasiado concretos para que la Comisión pudiera ocuparse de ellos, ni tan siquiera conocerlos²¹⁴.

El procedimiento prejudicial se ha convertido en un instrumento central para el control judicial de la Unión. Al mismo tiempo, difícilmente podría ser comprendido a través de categorías tradicionales de formación de la unidad jurídica, por ejemplo con la categoría jerárquica. Establece un procedimiento cooperativo y no un sistema judicial jerárquico. Esta teoría de la cooperación judicial no ha sido, sin embargo, la adoptada *ab initio* por el Tribunal de Justicia, sino que se puede hablar a este respecto de una evolución desde una teoría de la separación a una teoría de la cooperación. A lo largo de una primera fase, el Tribunal de

²¹² Vid al respecto, ALONSO GARCÍA, R., "Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)", Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, nº4 (2011), [Consulta: 18.10.2012],[www.ucm.es/centros/cont/.../documento26521.pdf].

²¹³ PESCATORE, P. Las cuestiones prejudiciales, *El derecho comunitario europeo...*, *op. cit.*, p. 533.

²¹⁴ El autor cita a título de ejemplo los asuntos TJCE, 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, 67/74, Rec. 1975, 297; TJCE, 28 de octubre de 1975, *Rutili*, 36/75, Rec. 1975, 1219; TJCE, 14 de julio de 1977, *Sagulo e.a.*, 8/77, Rec. 1977, 1945; TJCE, 5 de marzo de 1980, *Pecastaing*, 98/79, Rec. 1980, 691; TJCE, *Adoui y Cornuaille*, 115 y 116/81, Rec. 1982, 1665.

Justicia marcó la separación entre Derecho nacional y Derecho comunitario y, como resultado, la diferencia entre la “aplicación” del derecho comunitario, reservada a los órganos jurisdiccionales nacionales, y la “interpretación” del mismo Derecho, confiada al Tribunal. Sin embargo, relativamente pronto, aparece en la jurisprudencia una teoría menos conflictiva, la de la “cooperación” entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia para la solución de problemas de interés común. Esta fórmula, lleva a considerar el procedimiento prejudicial no en función de dos operaciones lógicas distintas (aplicación e interpretación), sino más bien como una secuencia temporal, articulada en realidad en tres fases sucesivas: la fase inicial, que lleva al Juez nacional a discernir el problema del Derecho comunitario y a formular la cuestión; la fase comunitaria, en la que el Tribunal de Justicia examina la cuestión planteada por el Juez nacional; la fase final, en la que el Juez nacional resuelve el litigio a la luz de las indicaciones proporcionadas por el Tribunal de Justicia²¹⁵.

Otra de las manifestaciones de esta relación de cooperación judicial se contiene en la Sentencia *Pretore di Salò*²¹⁶ “*El carácter obligatorio que tienen las sentencias prejudiciales frente a los órganos jurisdiccionales nacionales no impide que el Juez nacional destinatario de tal sentencia plantee una nueva cuestión al Tribunal de Justicia si lo estima necesario para dirimir el litigio principal. Tal remisión puede estar justificada cuando el Juez nacional tropiece con dificultades de comprensión o de aplicación de la sentencia, cuando plantea al Tribunal de Justicia una nueva cuestión de Derecho o también cuando somete al Tribunal de Justicia nuevos elementos de apreciación que pueden conducir a responder de un modo distinto a una cuestión ya resuelta*”.

El TJCE se basa, por tanto, en la voluntad de los tribunales nacionales. Esto explica muchas peculiaridades de la protección jurisdiccional en la Unión Europea. Ciertamente, las sentencias prejudiciales son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales y éstos, en la medida en que sus decisiones no son susceptibles de ulterior recurso de derecho interno – o en la medida en que se enfrentan con un problema de validez de un acto comunitario – están obligados a plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia²¹⁷.

²¹⁵ PESCATORE, “Las cuestiones prejudiciales...”, op. cit., págs. 545-6.

²¹⁶ TJCE, 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò*, 14/86, Rec. 1987, 2545.

²¹⁷ Esta afirmación ha de ponerse en relación con el concepto de pertinencia. Como afirma PESCATORE, P., “Las cuestiones prejudiciales...”, op. cit., p.547, corresponde al Juez nacional, y sólo a él, decidir si es “necesario para poder emitir su fallo” que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre un punto de Derecho comunitario, lo que constituye la apreciación de lo que se ha dado en llamar la “*pertinencia*” de las cuestiones planteadas. Esta apreciación es una prerrogativa del Juez, y en ella no pueden inmiscuirse ni las

Sin embargo el cumplimiento de la obligación de cooperación mediante la interposición de la oportuna cuestión prejudicial, no es susceptible de control por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya que no es posible interponer ante éste recurso contra las resoluciones de los Tribunales nacionales²¹⁸. Afirmación ésta que debe ser entendida en sentido estricto de medios de control a través de vías procesales de impugnación, en cuanto el Tribunal de Justicia sí tiene otros medios de control de la correcta actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales. Un ejemplo de ello es la doctrina contenida en la sentencia CILFIT²¹⁹ en la que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre las condiciones para el planteamiento de la cuestión prejudicial al afirmar que la doctrina del acto claro sólo resulta aplicable cuando *“la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada”*. En tal caso, siempre que el órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que *“la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia”*, podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolverla *“bajo su propia responsabilidad”*.

En suma, la unidad jurídica europea no debe percibirse como centralista, sino como pluralista y dialógica²²⁰. Ello implica al mismo tiempo, la atribución de determinados poderes a los jueces nacionales, pues es bien sabido que los poderes de los jueces nacionales, en relación con el Derecho Comunitario, no se limitan a lo establecido en el derecho nacional, sino que el propio Derecho Comunitario les presta los poderes necesarios para ello, independientemente de la no previsión de tales poderes en el orden interno, o incluso de

partes del litigio principal, ni los Gobiernos de los Estados miembros (que muestran cierta tendencia a oponerse a cuestiones que les resultan molestas), ni el propio Tribunal de Justicia, que ha de respetar en este punto la discreción del Juez. El autor también pone en relación el concepto de pertinencia al plantear la cuestión prejudicial con la doctrina denominada del “acto claro” o del “sentido claro” o también en la de la exigencia de una “duda razonable”, en cuanto, invocando esta doctrina, se ha sustituido en ocasiones el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de cuestiones de interpretación mediante apreciaciones *a priori* de diversos órganos jurisdiccionales supremos, lo que no deja de constituir una muestra de la ausencia de voluntad cooperadora de algunos órganos jurisdiccionales nacionales.

²¹⁸ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Op. cit. p.386. En sentido contrario, PESCATORE, P., “Las cuestiones prejudiciales”, Op. cit. p. 557, estima que el no respeto por el órgano jurisdiccional nacional del deber que le impone el artículo 177 constituye un incumplimiento de Estado, ante el cual puede interponerse el recurso por incumplimiento, si bien, reconoce que la Comisión se ha abstenido de utilizar esta vía.

²¹⁹ TJCE, 6 de octubre de 1982, CILFIT, 283/81, Rec. 1982, 3415.

²²⁰ DE LA CRUZ FERRER, J. *Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales*. Op. cit. p. 46.

negárselos: el Derecho Comunitario les faculta para inaplicar una ley interna y les obliga a aplicar una norma comunitaria *contra legem* o hacer una interpretación *contra legem*, como lo demuestran los casos *Ratti*, *Becker*, *Marshall*, *Costanzo*.... Incluso hay quien ha llegado a sostener²²¹ que el juez nacional, aunque su derecho interno se lo prohíba, puede verse obligado a ordenar la suspensión cautelar de una ley.

En este sentido, los jueces normalmente siguen un criterio de deferencia respecto de las resoluciones dictadas por otros órganos judiciales como medio para remediar supuestos de incertidumbre, entendiendo la deferencia como una estrategia de intervención tendente a evitar el riesgo. Si en otros ámbitos o instituciones se apela a los expertos o al concepto de legitimidad, los jueces limitan el potencial daño a través de la intervención. Otros poderes decisorios están situados en una posición institucional diferente, con otras garantías de control. Como resultado de lo anterior, si una determinada persona adopta una decisión equivocada, puede ser corregida a través del proceso institucional de control. El carácter definitivo de una resolución judicial puede resultar inapropiado en este contexto. El tribunal interviene entonces en dos formas:

1.- En primer lugar el tribunal interviene cuando la decisión aparece como indefendible. Para usar los términos de la UE, debe existir un manifiesto error de valoración. Lo que en la práctica significa que el tribunal rara vez interviene en el fondo de la cuestión.

2.- En segundo lugar, el tribunal puede intervenir para verificar la corrección del proceso de formación de la decisión judicial. El criterio más comúnmente aplicado en este segundo supuesto es el de proporcionalidad²²².

En relación a los poderes atribuidos por el derecho comunitario a los jueces nacionales la doctrina sentada por la jurisprudencia *Simmenthal*²²³, confiere al juez nacional un poder tal, al permitirle controlar la "comunitariedad" de su legislación nacional, que modifica de hecho el sistema constitucional de los Estados miembros. Además, provoca lo que se ha llamado la rebelión de los jueces inferiores contra sus superiores, porque, consciente de que las decisiones de los tribunales de última instancia no permitirían asegurar plenamente la aplicación íntegra del derecho comunitario en el orden jurídico interno, el Tribunal de

²²¹ MANGAS MARTIN, A., "Relaciones entre Derecho Comunitario y derecho interno", *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Op. cit. p. 81.

²²² BELL, J., The European Union Legal Order after Lisbon, *"The Role of European Judges in an Era of Uncertainty"*, Op. cit.

²²³ TJCE, 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. 1978, 629.

Luxemburgo invita a “todo juez nacional competente” a dejar inaplicada “por su propia autoridad”, cualquier ley estatal, incluso posterior, incompatible con el derecho comunitario, sin que tenga que pedir o esperar su eliminación previa, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional²²⁴.

Las características y la necesidad de establecer un diálogo a través de la cuestión prejudicial entre órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal comunitario es igualmente predicable respecto de los Tribunales Constitucionales. Dentro de este marco, el diálogo entre el ordenamiento de la Unión y el de los Estados miembros y, en particular, el diálogo judicial entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones constitucionales de estos últimos cumple una doble función. En primer lugar, permite reducir el potencial de conflicto que surge en un contexto de pluralismo constitucional al servir de elemento de integración de la pretensión de imposición que despliegan tanto el Derecho interno como el Derecho de la Unión Europea, toda vez que ambos descansan en su propia norma fundamental o regla de conocimiento. En segundo término, el diálogo judicial opera como fuente de legitimación de las decisiones adoptadas por las jurisdicciones que operan en un marco de pluralismo jurídico. Desde esta perspectiva el diálogo entre los Tribunales nacionales y europeo incrementa el nivel de legitimidad del sistema- y no sólo, por cierto, del Tribunal de Justicia- porque una mayor comunicación e intercambio de argumentos permite obtener mejores resultados en el ejercicio de las funciones de interpretación y de creación del Derecho, posibilita la participación de los diversos agentes en los procesos de deliberación, contribuye al desarrollo de una identidad supranacional y, en fin, permite alcanzar un equilibrio entre la vocación de integración y la necesidad de mantener un cierto grado de diversidad²²⁵.

²²⁴ RUIZ-JARABO COLOMER, D. , “El juez nacional como juez comunitario” , op. cit. p.655 y 669. Añade el autor que la función del juez nacional ha quedado extraordinariamente enriquecida y adquiere una proyección decisiva, si se tiene en cuenta el carácter expansivo del derecho comunitario y la voluntad firme de las propias Comunidades y de los Estados que la componen de seguir avanzando en la unión económica, hacia una unión política cada vez más cercana. Así se ha puesto de relieve que los jueces nacionales de cualquier rango o instancia, unipersonales o colegiados, de todos los órdenes jurisdiccionales reconocidos, inferiores, superiores o supremos, en cuanto tengan que aplicar en sus sentencias normas comunitarias, adquieren poderes muy por encima de los que ordinariamente ejercen.

²²⁵ ARROYO JIMÉNEZ, L, “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional, Bases, contenido y consecuencias”, p.22, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, [Consulta: 18.10.2012],[www.indret.com].

En la valoración que esta primera regulación realiza de la estructura judicial comunitaria y de la cuestión prejudicial, nos remitimos a lo expuesto por uno de sus Abogados Generales, el Sr. RUIZ-JARABO COLOMER²²⁶, para quien,

la arquitectura judicial europea había sido concebida por los autores del Tratado con modestia, pero orientada a las necesidades del momento histórico y a los objetivos perseguidos al crearse las Comunidades y eventualmente la Unión. Sin pretender imponer un tribunal jerárquicamente situado por encima de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, idearon un sistema armonioso, basado en la cooperación entre ese tribunal y los jueces nacionales, que garantizaba la aplicación uniforme del derecho de la Unión. El edificio había sido cuidadosamente pensado y se sustentaba en unos principios claros: el juez nacional como juez de derecho común del nuevo ordenamiento jurídico, la competencia de atribución del Tribunal de Justicia, la cooperación judicial dirigida a la interpretación y la aplicación uniformes de la norma común, la instancia única en el proceso, la ausencia de votos reservados y el secreto de las deliberaciones para fortalecer la unidad y el respeto del Tribunal de Justicia, la independencia y el prestigio de sus miembros, la presencia de los abogados generales para impulsar el desarrollo intelectual de la jurisprudencia, el pronunciamiento de conclusiones motivadas en todos los asuntos, para compensar el silencio y la mordaza que se imponían a los jueces...

Otra perspectiva o argumento a través del cual puede valorarse esta primera regulación de la cuestión prejudicial es el contenido en los Considerandos del nuevo Reglamento de Funcionamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de septiembre de 2012²²⁷, que alude también a su importancia cuantitativa en relación al volumen global de trabajo de este órgano jurisdiccional. En efecto, en dicho texto, se alude como uno de los motivos de la reforma, al hecho de que el Reglamento de Procedimiento de 1991, vigente a la fecha, continúa reflejando la preponderancia inicialmente atribuida a los recursos directos, mientras que, de hecho, la mayoría de los recursos de ese tipo son en la actualidad competencia del Tribunal General, y el principal grupo de asuntos, en términos cuantitativos, de entre los que se someten al Tribunal de Justicia son las cuestiones prejudiciales presentadas por los tribunales de los Estados Miembros. Es preciso tener en cuenta esta realidad y, por consiguiente, adaptar la estructura y el contenido del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia a la evolución de los litigios que conoce. Y esta adaptación no se ha traducido en una modificación esencial de las características esenciales

²²⁶ *La Justicia de la Unión Europea*, 1ªEd., Pamplona: Civitas, junio 2011.

²²⁷ DOUE de 29 de septiembre de 2012, con entrada en vigor el 1 de noviembre de 2012.

del procedimiento en lo que se refiere a su objeto, finalidad o incluso legitimación, sino a la previsión de la salvaguarda del anonimato de las partes del proceso nacional y de un contenido mínimo en la petición nacional. En efecto, en el Comunicado de prensa nº 122/12 del propio Tribunal, se pone de relieve que frente al constante incremento del número de asuntos que le son sometidos, con un claro predominio de las cuestiones prejudiciales²²⁸, el Tribunal de Justicia ha modificado sus reglas de procedimiento para adaptarse mejor a las especificidades de estos asuntos, al tiempo que refuerza su capacidad para resolver en un plazo razonable²²⁹ la totalidad de los asuntos de los que conoce flexibilizando los requisitos exigidos para que el Tribunal resuelva mediante auto motivado, en particular en el caso de que la respuesta a una cuestión planteada con carácter prejudicial por un tribunal nacional no suscite ninguna duda razonable, pudiendo también decidir sobre la no necesidad de celebración de vista tras la lectura de los escritos de alegaciones²³⁰.

Estas medidas fueron adoptadas unas semanas después de la aprobación de las modificaciones del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por las que se crea la función de Vicepresidente del Tribunal y se aumenta a quince el número de miembros de la Gran Sala, siguiendo la misma línea que la decisión del Tribunal de Justicia de crear, a partir de octubre de 2012, una nueva Sala de cinco Jueces y una nueva Sala de tres Jueces. A juicio del Tribunal, tales medidas constituyen el medio más seguro para permitirle continuar cumpliendo su misión de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

Finalmente, añadiremos que el Tratado de Roma atribuyó otra función cualitativamente diferente al Tribunal de Justicia, pero también con incidencia en la futura formación del ELSJ, cual es la función consultiva en relación a la conclusión de Tratados con terceros Estados,

²²⁸ En el propio comunicado el Tribunal precisa que en el año 2011, de un total de 688 nuevos asuntos, 423 eran cuestiones prejudiciales. Las cuestiones prejudiciales representan, pues, más del 60% de los asuntos de que conoce el Tribunal de Justicia.

²²⁹ Según el documento, a pesar de este incremento, el Tribunal de Justicia ha conseguido reducir significativamente el periodo medio de tramitación de los asuntos. Así, por ejemplo, en 2011 el periodo medio de tramitación de las cuestiones prejudiciales ha sido de 16,4 meses, mientras que en 2003 era de 25 meses. En 1975 los recursos prejudiciales tenían una duración media de seis meses, pasando a tener una duración media de dieciocho meses en 1988. GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R., "El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas", *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Op. cit. p. 404.

²³⁰ En este sentido apuntaba ya RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *El Derecho Comunitario...* Op. cit. p. 402, al afirmar que, a su juicio, lo que sería deseable es que se diese al Tribunal de Justicia más libertad para resolver cuestiones prejudiciales por mera referencia a su jurisprudencia anterior mediante auto, sin necesidad de desarrollar todo el proceso.

prevista en el art. 228 TCE²³¹ y que tenía por objeto dictaminar acerca de la compatibilidad de dichos instrumentos internacionales con las disposiciones del Tratado²³².

2.2.1.1.3.- El TJCE y la protección de los derechos fundamentales.

En los años cincuenta, el proceso de integración europeo se realiza partiendo de una división de funciones en la que el Consejo de Europa representa la respuesta europea al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos elaborado en el seno de Naciones Unidas en 1949, acogiendo a los países democráticos de la Europa Occidental, mientras que las Comunidades Europeas (CECA, CEE y EURATOM), no habían fijado entre sus objetivos la protección de los derechos fundamentales, sino una finalidad exclusivamente económica.

Los constructores de la Comunidad Económica Europea parten de la consideración de que la Comunidad no ha de ocuparse de la protección de los derechos del hombre, toda vez que es función del Tribunal de Estrasburgo y de las instituciones políticas del Consejo de Europa. Esta es la posición que ha reflejado también de manera relativamente reciente la propia Comisión²³³ al afirmar que durante muchos años la Comunidad Europea, no tenía ninguna competencia explícita en los aspectos relacionados con los derechos humanos de los procesos penales. El TJCE tuvo en alguna ocasión que considerar la relación entre el ordenamiento jurídico comunitario y los derechos humanos y formuló algunas declaraciones constructivas, pero no había ningún instrumento, ni posición, de la Comunidad Europea sobre los derechos en materia de juez imparcial. Sin embargo, el TJCE había sostenido que era importante que éstos se respetaran. A falta de disposiciones pertinentes en el Tratado, el TJCE ha sido la principal fuente de cualquier política comunitaria de derechos en materia de juez imparcial.

²³¹ Disponía dicho precepto que *“El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar previamente el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad del acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado. Cuando el dictamen del Tribunal de Justicia sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas, según los casos, en el artículo 236”*. Este último precepto se refiere al procedimiento de revisión del propio Tratado.

²³² Vid. al respecto, DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *“La competencia consultiva del Tribunal de Justicia”*, *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. págs.573-594.

²³³ Libro Verde de la Comisión sobre Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, COM (2003) 75 final.

En el inicio, esta división de funciones funcionará de forma coherente, si bien resultaba un tanto artificial pues en los artículos 12 y 13 TCE se establecía la prohibición de discriminación en función de la nacionalidad y por razones de sexo, edad, convicción, religión, etnia... en el ámbito de las competencias de los Tratados. Por ello, el Tribunal de Justicia, en un primer momento, enfrentado, no obstante, con la necesidad, invocada por las partes, de garantizar la protección de los derechos fundamentales protegidos por los Estados miembros, se limitó a afirmar la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, afirmando que no le correspondía garantizar el respeto de la ley nacional²³⁴.

Cuando se comienza a profundizar en materia social, relacionada con los derechos de los trabajadores migrantes, surgen conflictos de interpretación, y se llega a la conclusión de que es competente el Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, si resultan afectados derechos fundamentales, podrían suscitarse conflictos de competencia con el Tribunal de Estrasburgo²³⁵. Esta posibilidad se ha incrementado a medida que las Comunidades Europeas se han ido arrogando competencias. Así, a través de las sucesivas reformas del Tratado, se van incluyendo competencias en áreas que son objeto básico de atención en la Convención Europea de los Derechos Humanos²³⁶ (CEDH) y de su Tribunal, por ejemplo las políticas sobre salud pública (arts. 151 y 152 TCE) y el respeto al medioambiente (art. 154 TCE).

²³⁴ MOITINHO DE ALMEIDA, J.C., "Protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE", *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, p. 105. Estas afirmaciones del TJCE se realizan esencialmente en las sentencias de 4 de febrero de 1959, *Stork* (1/58, Recopilación 1959, págs. 43 y ss.), de 15 de julio de 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr* (36, 37, 38 y 40/59, Recopilación 1960, págs. 857 y ss.), sentencia de 1 de enero de 1965, *Sgarlata* (40/64, Recopilación 1965, págs. 279 y ss. A las que el autor califica de "verdaderos pecados de juventud".

²³⁵ Como es sabido, ya en 1969 el Tribunal de Justicia afirmó en la sentencia *Stauder* (sentencia de 11 de julio de 1969, 9/69, Rec.p.419) que "los derechos fundamentales de la persona subyacen en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia". Esta jurisprudencia, al comienzo embrionaria, se ha aplicado y desarrollado desde sentencias que abrieron doctrina, como *Internationale Handelsgesellschaft* (sentencia de 11 de julio de 1970, 11/70, Rec. p. 1125) en la que el Tribunal estatuye que la protección de los derechos fundamentales si bien está inspirada en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada en el marco de la estructura y objetivos comunitarios", y *Nold* (sentencia de 11 de julio de 1974, 4/73, Rec. p. 491) "como este Tribunal de Justicia ha declarado, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales que el Derecho comunitario debe respetar. Al velar por la protección de tales derechos, este Tribunal se basa en la tradición constitucional común a los Estados miembros, de manera que no puede permitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados miembros. Los Tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros hayan cooperado o a los que se hayan adherido pueden facilitar indicaciones que es preciso tener en cuenta en el ámbito del derecho comunitario", permaneciendo hasta la actualidad.

²³⁶ Roma, 4.XI.1950, texto disponible en [Consulta: 27.5.2013], [\[www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A.../0/Convention_SPA.pdf\]](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A.../0/Convention_SPA.pdf).

La necesidad de integrar la laguna existente en el ordenamiento jurídico comunitario, en relación con la protección de los derechos fundamentales, es la consecuencia, por un lado, del incremento de la actividad normativa de las Instituciones que, cada vez más, afecta a sectores importantes de la economía en contacto directo con los intereses de los particulares y, por otro lado, de las características de ese ordenamiento jurídico resultantes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el efecto directo y la primacía de las normas comunitarias. Difícilmente serían aceptadas estas características a no ser que la protección de los derechos fundamentales estuviese asegurada²³⁷.

En opinión de PESCATORE, sin embargo, el Tribunal de Justicia, nunca ha eludido pronunciarse acerca de esta materia, poniendo este tema en relación con las cuestiones prejudiciales planteadas sobre interpretación en derecho no escrito. Afirma el autor que la construcción de un sistema de protección de los derechos fundamentales, cuyos elementos han sido definidos principalmente en el marco de procedimientos prejudiciales, es el ejemplo más conocido del reconocimiento efectuado por el Tribunal de Justicia de que un sistema jurídico es un conjunto complejo y estructurado dentro del cual se encuentran, en estrecha interacción, el tenor de las normas y un conjunto de reglas y principios tan establecidos que no precisan ser enunciados formalmente²³⁸.

2.2.1.2.- *La aparición del espacio Schengen*

Si la previsión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas supuso el germen de la cooperación judicial a nivel institucional y estrictamente jurisdiccional, a nivel político, y en el ámbito que pudiera calificarse de puramente administrativo o ejecutivo, los inicios de la cooperación judicial y también policial se sitúan en torno al denominado Grupo de TREVI (1975)²³⁹. El denominado Grupo TREVI, fue creado por impulso de los Ministros de Interior o

²³⁷ MOITINHO DE ALMEIDA, "Protección de los derechos fundamentales...", p. 105. Puede apreciarse que este autor desvincula la necesidad de pronunciamiento del TJCE en materia de derechos fundamentales de las libertades de circulación, y lo relaciona con las características del ordenamiento jurídico comunitario, esencialmente sus principios informadores de efecto directo y primacía.

²³⁸ PESCATORE, P. "Las cuestiones prejudiciales...", op. cit., p. 536.

²³⁹ ARGEREY VILAR, P. y ESTÉVEZ MENDOZA, L., "El triángulo ampliación-inmigración-Terrorismo. Los grandes retos actuales de Europa", Universidad Complutense, documento de trabajo de la Cátedra Jean Monnet, [Consulta: 18.3.2013], [www.ucm.es/BUCM/cee/cjm/0402.pdf], Trevi se gesta oficialmente en la

de Justicia para luchar contra el terrorismo, radicalismo, violencia, inmigración ilegal y tráfico de drogas, reunidos con carácter semestral, lo que se entendía sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros respecto de su propia política referida a dichas materias. A este grupo se vinculó el origen de la supranacionalización²⁴⁰ en este ámbito y surge fundamentalmente como una respuesta a la amenaza terrorista. Se configuró como un grupo de cooperación informal de carácter intergubernamental entre las diferentes agencias y cuerpos policiales de los entonces Estados Miembros de la CEE²⁴¹. La organización del Grupo de TREVI, antes de integrarse en el Título VI del TUE, es tripartita y consiste en un primer nivel ministerial, un segundo nivel de altos funcionarios y un tercero compuesto por los diferentes grupos de trabajo²⁴².

TREVI estaba presidido por un oficial designado por el Estado miembro que en cada momento ocupaba la presidencia de turno de la Comunidad, pero el poder real de TREVI recaía en el denominado Grupo, un foro de delegados de los doce Estados miembros que

reunión de los ministros de Justicia e Interior de las Comunidades Europeas de junio de 1976. Su origen estuvo en el incremento de la actividad terrorista en Europa y la consiguiente necesidad de establecer un marco formal para encauzar la cooperación entre las policías de los Estados miembros en el combate contra el extremismo, el radicalismo y el terrorismo internacional. El acuerdo llevó a establecer un organismo multinacional dentro de la Comunidad pero no se configuró como parte de su estructura por lo que la Comisión no tenía ningún tipo de potestad sobre ella para coordinar o incitar a la cooperación policial en temas específicos de interés común y contra amenazas comunes. A.M. DÍAZ FERNÁNDEZ (Coord.), M. REVENGA SÁNCHEZ y O.J. JIMÉNEZ, "Cooperación europea en...", p. 52 BARBE, E., *L'espace judiciaire européen...* op. cit. p.15, sin embargo, sitúa el inicio del grupo TREVI en la reunión de los ministros de interior que tuvo lugar en Roma, el 1 de diciembre de 1975. Refiere el autor que "Por impulso de los ministros de Interior, reunidos en Roma, el 1 de diciembre de 1975, el grupo TREVI fue creado. Reunía a los jefes de policía de los Estados Miembros. Aunque de carácter informal, dio las bases de la cooperación europea de seguridad en materia de terrorismo (TREVI I), de formación e intercambio de información (TREVI II), criminalidad organizada (TREVI III) o apertura de fronteras (TREVI 92).

²⁴⁰ Se vincula al origen de la supranacionalidad en este ámbito porque era la primera vez que la cooperación europea en el área de seguridad interna se articulaba a nivel ministerial ya que el grupo de trabajo de los oficiales senior preparaban los documentos para discutir en la reunión ministerial. En este sentido, ALBAREDA, E., "La política de Justicia y Asuntos Internos en la Unión Europea: ¿Hacia una política Europea Común?", DERI Working Papers, 14/2005, [Consulta: 18.3.2013], [www.uam.es/centros/.../deri/.../DWP14-2005.pdf], p.21. La autora también vincula la aparición del grupo TREVI a los atentados terroristas ocurridos en Munich en 1972. En http://www.europarl.europa.eu/factsheets/4_11_3_es.htm se habla, sin embargo, de "cooperación policial formal" señalando que los grupos TREVI prefiguraron la estructura intergubernamental establecida por los acuerdos de Schengen y el Tratado de Maastricht. [Consulta: 18.3.2013] Para otros autores, en 2003, la cooperación policial y judicial en el año 2003, aún no había traspasado el horizonte de la intergubernamentalidad. Vid. SALINAS DE FRIAS, A., "La cooperación judicial en materia civil en la Unión Europea: origen, evolución y fundamento", [Consulta: 18.3.2013],[www.doaj.org/doi/func=abstract&id=633332].

²⁴¹ BERMEJO CASADO, R. "El proceso de institucionalización de la cooperación en la gestión operativa de las fronteras externas de la UE, la creación de Frontex", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 91, págs. 29-62,[Consulta: 28.2.2012], [www.cidob.org/es/content/download/.../file/2_RUT+BERMEJO.pdf].

²⁴² CLARO QUINTÁNS, I., "La configuración de una política común de inmigración y asilo en la Unión Europea", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Nº 69, septiembre-diciembre, 2006, p. 4.

englobaba a altos funcionarios y oficiales de policía; este TREVI *Group of Senior Officials* era, en consecuencia, el medio nivel sobre el cual recaía el verdadero poder ya que podía acordar el establecimiento de grupos relativos a muy diferentes asuntos que preocupaban a los Estados integrantes, o bien lanzarles recomendaciones de acción²⁴³.

Expertos nacionales se organizaban en diferentes grupos de trabajo prestando sus conocimientos y experiencias, y proponiendo soluciones prácticas y aplicables a problemas a los que se enfrentaban los países europeos. Es de esta forma cómo métodos informales de trabajo dieron forma a estas relaciones y, sin duda, ser capaz de reunir en este micro nivel a funcionarios y oficiales de los diferentes Estados participantes para la cooperación sobre asuntos específicos fue uno de los principales éxitos de TREVI. Concretamente, se configuraron cuatro grupos de trabajo. Los dos primeros se establecieron en 1977. Uno, para intercambiar información sobre terrorismo, y otro para examinar un amplio abanico de asuntos relativos a la cooperación policial como el orden público, dificultades lingüísticas, formación, etc. La preocupación sobre el fenómeno terrorista se reflejaba en el creciente desarrollo de actividades contraterroristas por parte de los servicios de inteligencia en Europa. De acuerdo con este contexto, nace en 1985 un tercer grupo de trabajo para lidiar con la cooperación sobre la grave criminalidad, definida generalmente como tráfico de drogas y crimen organizado²⁴⁴ pero donde se incluía también a los nacientes cibercrimitos o el blanqueo de dinero. En 1988 se puso en marcha el cuarto grupo de trabajo, conocido como *TREVI 1992*, cuyo objetivo era analizar las consecuencias que tendría la abolición de los controles en las fronteras internas en el seno de la Comunidad Europea; surge así un problema y un debate que posteriormente se reproducirá con la ampliación hacia el Este de la Unión Europea²⁴⁵.

²⁴³ Porque, como se ha señalado, era este grupo el que se encontraba en conexión directa con el nivel ministerial y preparaba sus trabajos.

²⁴⁴ En un nuevo clima transnacional, la Unión Europea tomó conciencia de los nuevos retos procedentes de la criminalidad transnacional y de los vínculos existentes entre terrorismo, crimen organizado y tráfico de drogas, y desde mediados de la década de los ochenta el grupo de TREVI ve incrementadas y reforzadas sus estructuras y mecanismos. En este contexto los movimientos transfronterizos de personas cobran especial importancia. El elevado incremento en el número de peticiones de asilo y la presión de la inmigración ilegal a mediados de dicha década juegan un papel crucial en el acuerdo para la entrada del asilo y la inmigración en la agenda de la Conferencia Intergubernamental de 1990-1991 y en el quehacer de los Estados Miembros dentro del Tercer Pilar. BERMEJO CASADO, R., "Movimientos migratorios transfronterizos y seguridad de los países de acogida. Una revisión de esta polémica relación", Fundación José Ortega y Gasset y Gregorio Marañón, Nº4, mayo 2004, [Consulta: 18.3.2013],[www.ortegaygasset.edu/.../movimientos-migratori...-].

²⁴⁵ EL autor hace referencia a la vinculación entre las sucesivas ampliaciones de la Unión como consecuencia de la adhesión de nuevos Estados miembros, los nuevos flujos migratorios que, en

Los trabajos de este último grupo configuraron la base del posterior Programa de Acción de Trevi del año 1990²⁴⁶ en el que se proponían toda una serie de medidas para combatir las nuevas amenazas criminales transfronterizas. Con asombroso éxito muchas de estas recomendaciones fueron implementadas por los Estados miembros, siendo la más importante de ellas el establecimiento de Unidades Nacionales de Inteligencia contra las Drogas²⁴⁷. En este sentido, se puede considerar a este cuarto grupo como el germen de la posterior coordinación y colaboración en materia de crimen organizado.

Al margen de TREVI, se invita a los Estados Miembros a suscribir convenios de cooperación, que es concebido, en ese momento como la única vía de cooperación en un plano normativo, si bien, cabía la posibilidad de desarrollarla en el ámbito del Consejo de Europa²⁴⁸. Esta formulación, y la opción acerca de los instrumentos normativos aplicables es consecuencia de la percepción de que el objetivo de cooperación judicial mediante comunicación directa entre autoridades judiciales resulta aún ajeno a los propósitos comunitarios, centrados en los logros económicos.

consecuencia se producen y su relación con la criminalidad transnacional. Díaz Fernández, A. M. (Coord.), REVENGA SÁNCHEZ, M. y JAIME JIMÉNEZ, O., "Cooperación europea en ...", págs. 70-2.

²⁴⁶ Es muy interesante la idea que presenta TREVI de una colaboración delimitada por un espacio supranacional, pero lo que de verdad importa, es lo que afecta a la cooperación internacional para luchar contra el terrorismo, es que hay algo que sí parece unir a las distintas policías de los diferentes Estados miembros de la Comunidad. Se inicia así un conocimiento y confianza mutua o recíproca que seguramente es el único modo de lograr el verdadero intercambio de información policial.

El Consejo Europeo de Londres de diciembre de 1986, recogiendo las conclusiones de la reunión extraordinaria de ministros Trevi, celebrada en Londres el 25 de septiembre de ese mismo año, y tomando como punto de partida que la clave estaba en compartir y analizar conjuntamente toda la información de que se disponía, acordó unos principios para regir la lucha común contra el terrorismo y quienes patrocinan actos terroristas. Expresó la necesidad de coordinación con las autoridades de seguridad y convino en poner en común los recursos a fin de acrecentar al máximo su capacidad para evitar actos de terrorismo y llevar a los responsables de los mismos ante los tribunales, incidiendo en la coordinación efectiva entre los Ministros de Interior y de Asuntos Exteriores. Dicha necesidad animó al grupo de trabajo para prevenir y luchar contra el terrorismo internacional, dentro del marco de la cooperación política europea, que siguió desarrollando sus actividades en el II Pilar: el Comité de Terrorismo (COTER). DÍAZ DÍAZ, E., "Cooperación y colaboración internacional en la lucha contra el terrorismo" ARI Nº 29/2007, 5.3.2007, [Consulta: 18.3.2013], [www.realinstitutoelcano.org/.../contenido?...].

²⁴⁷ DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M. (Coord.), REVENGA SÁNCHEZ, M. y JAIME JIMÉNEZ, O., "Cooperación europea en...", págs. 70-72 Otro marco de cooperación a nivel europeo fue el club de Berna, un marco de cooperación entre servicios de seguridad internos de la Europa Occidental que se reúne con una agenda de lucha contraterrorista, interceptación de comunicaciones y encriptación y ciberterrorismo.

²⁴⁸ Entre estos Convenios de cooperación elaborados en el seno del Consejo de Europa cabe citar el Convenio Europeo nº 70, de 28 de mayo de 1970, sobre el valor internacional de las sentencias penales, que regula la ejecución de las penas por un Estado distinto y el principio *ne bis in idem*, el Convenio Europeo nº 73, de 15 de mayo de 1972, sobre transmisión de procedimientos en materia penal, y el Convenio Europeo nº 112, de 21 de marzo de 1983, relativo al traslado de personas condenadas. Extraído de BUENO ARÚS, F. *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, Madrid: Dykinson, 2008.

Señala DE MIGUEL ZARAGOZA²⁴⁹, que no obstante la diversidad material de este *corpus*, se pueden aislar ciertos criterios generales que los aproximan, en algunos aspectos, a los tratados internacionales clásicos:

a) Se elaboran por un grupo de expertos, “de geometría variable”, en el marco de la Comunidad Europea, por la vía de la cooperación política.

b) Su contenido material coincide con el de ciertos Convenios del Consejo de Europa, con modalidades de aplicación en el marco comunitario o se refunden principios generales dispersos en aquellos (por ejemplo *ne bis in idem*, legalización).

c) Se adoptan y abren a la firma por consenso, en el seno de una Conferencia de Ministros de Justicia.

d) El depositario es el Estado miembro que convoca la Conferencia, y no la Organización.

e) Contienen una cláusula de aplicación provisional entre aquellos Estados que hagan en cualquier momento una declaración en tal sentido, para compensar el elevado número de ratificaciones exigidas para su entrada en vigor: todos los Estados comunitarios.

f) En tres de estos Convenios (terrorismo, legalización y *ne bis in idem*) existe una “cláusula territorial”²⁵⁰.

g) No se ha atribuido competencias al Tribunal de Justicia.

Desde esta perspectiva, se celebraron los siguientes acuerdos:

1.- En 1967, el Acuerdo sobre transferencia de personas condenadas.

2.- El Convenio de Nápoles sobre ayuda mutua entre autoridades aduaneras de los seis países de la Comunidad Económica Europea²⁵¹.

²⁴⁹ “El espacio judicial...” págs. 1029-1047.

²⁵⁰ En lo que concernía a España, permitía su extensión unilateral a Gibraltar.

²⁵¹ Este Convenio tenía por objeto reforzar, a través de una cooperación aduanera más eficaz y rápida, la lucha contra la proliferación de los tráficó 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 nacionales, así como para perseguir y reprimir las infracciones a las normativas 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.

3.- Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio Europeo para la represión del terrorismo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas (Dublín, 4.12.1979)²⁵².

4.- Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre *non bis in idem* (Bruselas, 25.5.1987). Este Acuerdo completa, en las relaciones entre los Estados miembros que han ratificado el Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas de 1983, las disposiciones de dicho Convenio del Consejo de Europa. Con vistas a la aplicación de este último, cada Estado miembro dará a los nacionales de otro Estado miembro cuyo traslado parezca ser apropiado y en beneficio del interesado el mismo trato que a sus propios nacionales, teniendo en cuenta su residencia habitual y regular en su territorio²⁵³. Este convenio admitía ciertas excepciones al principio *ne bis in idem*, en caso de que todos o parte de los hechos hubieran ocurrido en el segundo Estado, afectaren a su seguridad o intereses esenciales o hubieran sido cometidos por funcionarios.

5.- Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición (San Sebastián, 26.5.1989)²⁵⁴.

6.- Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas²⁵⁵.

7.- Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la transmisión de procedimientos en materia penal²⁵⁶ (Roma, 6.11.1990)²⁵⁷.

²⁵² Este Acuerdo no llegó a entrar en vigor, lo que GONZÁLEZ VIADA, explica en parte por la oposición o falta de interés de algunos Estados miembros y, en parte, a la oposición del propio Consejo de Europa, que consideraba que la existencia de dos sistemas paralelos frenaría la evolución de la cooperación en su ámbito, "El derecho penal en la UE: en búsqueda de la integración?", p. 4.

²⁵³ Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea, COM (2004)334 final.

²⁵⁴ Conocido familiarmente como "Convenio telefax", regula un procedimiento para la transmisión de solicitudes de extradición por esta vía, y con un sistema criptográfico. El problema fundamental en su elaboración se centró en la validez ante los tribunales de las telecopias. Su artículo 4 prevé una certificación de autenticidad por la Autoridad Central remitente.

²⁵⁵ El Convenio matriz establece un sistema para que los condenados extranjeros puedan cumplir la pena impuesta en el Estado de condena, siempre que éste último se corresponda con el Estado de su nacionalidad (Estado de ejecución). El cumplimiento se realizó mediante un sistema de conversión de la pena en el Estado de cumplimiento o de prosecución de la ejecución. El consentimiento del condenado es esencial para el traslado, aunque no existe un derecho subjetivo al traslado ni una obligación de concederlo. Estos principios se mantienen en el Acuerdo comunitario y sólo se altera el elemento subjetivo, en el sentido de que no es necesaria la cualidad de nacional del Estado de cumplimiento, si el traslado es beneficioso para el condenado.

²⁵⁶ Enmarcado en el proceso de abolición de fronteras, el Convenio establece una competencia internacional extraterritorial – que puede coincidir con la derivada de normas unilaterales –, en cuya virtud un Estado miembro tiene competencia para juzgar hechos delictivos cometidos en otro Estado miembro.

8.- Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de las condenas penales extranjeras. (Bruselas, 13.11.1991)²⁵⁸.

La cooperación intergubernamental se centró también a través de estos Convenios, en materia de terrorismo y seguridad interior, inmigración ilegal y delincuencia organizada. De entre estos acuerdos, revisten singular importancia, el Acuerdo de Schengen²⁵⁹, firmado el 14 de junio de 1985 por Bélgica, Países Bajos, Alemania, Francia y Luxemburgo, sobre la libre circulación de personas en el ámbito de los Estados firmantes y el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), firmado el 19 de junio de 1990²⁶⁰. La incorporación del acervo

El Convenio responde a la necesidad de hacer operativos en el marco comunitario dos Convenios del Consejo de Europa, que aisladamente presentan problemas de aplicación, y que son el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal y el Convenio sobre transmisión de procesos penales.

Estas dificultades derivan de que el primer Convenio sólo prevé, en un solo artículo (el 21), la mera denuncia a efectos procesales pero no regula la competencia internacional del Estado requerido, ni el valor en éste de los actos procesales consumados en el Estado requirente, que declina su competencia, mientras, por el contrario, el segundo Convenio es tan complejo (49 artículos) que dificulta su aplicación, y en septiembre de 1992, sólo había sido ratificado por tres Estados comunitarios (España, Dinamarca y Países Bajos).

Mediante este Convenio, se establece una competencia internacional por representación, domiciliada en el Estado del cual es nacional el autor, o en el que tiene su residencia habitual o en el que se encuentre. Justamente por este carácter representativo de la competencia del Estado requerido, el Estado requirente puede volver a ejercer su competencia, si el Estado requerido no la ejerce. DE MIGUEL ZARAGOZA, J., "El espacio judicial comunitario...", págs.1034-1036

²⁵⁷ Sobre la valoración actual de los dos anteriores instrumentos y su relación con el principio *ne bis in idem* vid. MORÁN MARTÍNEZ, R.A. y GUAJARDO PÉREZ, I. (Coords.), *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo*, [Consulta: 28.2.2012], [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata].

²⁵⁸ Este convenio trata de complementar el nº 70 del Consejo de Europa. Los supuestos que permiten su aplicación se dan cuando:

- a) la persona condenada se encuentra en el Estado de ejecución y se deniega o se prevé que se pueda denegar su extradición.
- b) La persona se encuentra en el Estado de ejecución y en la hipótesis en que fuese extraditada al Estado de condena, podría volver nuevamente al Estado de residencia para cumplir la pena.

En tales casos, el Estado de condena está legitimado para delegar en el Estado de ejecución el cumplimiento de la condena, bajo ciertas condiciones, y especialmente que se respete el principio de doble incriminación y el principio *ne bis in idem*.

En caso de penas privativas de libertad, el Estado de ejecución puede optar por dos modelos: el exequátur de la sentencia extranjera o la conversión en una pena propia. Ambos Estados pueden conceder el indulto, pero sólo el Estado de condena es competente para el recurso de revisión.

²⁵⁹ El denominado acervo de Schengen está integrado, por tanto, por el Acuerdo de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes y por el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990. Vid al respecto, CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. "Instrumentos de asistencia policial en la Unión Europea: de Schengen a las estructuras orgánicas de cooperación policial" en BUJOSA VADELL, L.M., *Hacia un verdadero Espacio Judicial Europeo*, 1ª Ed. Granada: Comares, 2008, págs. 159-196.

²⁶⁰ [DO 2000, L 239]

Durante los años ochenta se inicio un debate sobre el significado del concepto de libre circulación de personas. Para algunos Estados miembros, ésta sólo debía aplicarse a los ciudadanos de la UE, lo que

Schengen al marco de la Unión Europea se llevó a cabo a través del Protocolo núm. 2 anejo al Tratado de Amsterdam²⁶¹. Estos convenios van a suponer la eliminación de las fronteras interiores y, correlativamente el incremento de la amenaza de libre circulación de personas con finalidades ilícitas y de ampliación de la esfera territorial de las organizaciones delictivas. Los Acuerdos de Schengen entraron, por tanto, en vigor en 1995 en los trece Estados miembros, con la excepción de Reino Unido e Irlanda. Se centraban en lograr la libre circulación de personas, la eliminación gradual de las fronteras interiores entre los países signatarios, creación de una sola frontera exterior, establecimiento de normas comunes en materia de visados, asilo y control de las fronteras exteriores y creación del sistema de información Schengen (SIS).

El objeto de tales acuerdos, y la finalidad que estaba en la perspectiva desde la que fueron diseñados, era “introducir una serie de medidas compensatorias que equilibrasen, en términos de seguridad, la desaparición de las fronteras interiores entre los países miembros de la Unión y mitigasen, en consecuencia, los posibles riesgos futuros-esperados como consecuencia inevitable de esa abolición de los controles sistemáticos en las fronteras del territorio europeo que formaban los diez países participantes inicialmente”²⁶².

La entrada en vigor del acuerdo de Schengen conlleva, bajo el principio de permeabilidad, la gestión uniforme de los puntos de entrada en la Unión Europea, la

implicaba mantener los controles en las fronteras para distinguir entre ciudadanos europeos y nacionales de terceros países. Otros Estados miembros, por el contrario, deseaban establecer una libre circulación para todos y, por tanto, suprimir estos controles fronterizos. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo en la Comunidad Europea, Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos decidieron en 1985 crear entre ellos un territorio sin fronteras: el espacio “Schengen”. El espacio Schengen se ha extendido poco a poco a casi todos los Estados miembros. Italia firmó los acuerdos el 27 de noviembre de 1990; España y Portugal, el 25 de junio de 1991; Grecia, el 9 de noviembre de 1992; Austria, el 28 de abril de 1995, y Dinamarca, Finlandia y Suecia, el 19 de diciembre de 1996. La República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia se sumaron el 21 de diciembre de 2007, y el país asociado Suiza lo hizo el 12 de diciembre de 2008. Bulgaria, Chipre y Rumanía aún no son miembros de pleno derecho el espacio Schengen: los controles fronterizos entre estos países y el espacio Schengen se mantendrán hasta que el Consejo de la UE determine que se cumplen las condiciones para suprimirlos. [Consulta:

6.4.2012], [http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of:persons_asylum_immigration/l33020_es.htm].

²⁶¹ Su consecuencia principal fue la aplicación del CAAS desde el 1 de mayo de 1999 a los Estados comunitarios firmantes del Tratado de Amsterdam, así como, desde la fecha de adhesión respectiva, a cualquier otro Estado que con posterioridad a la entrada en vigor de Amsterdam se haya incorporado o pueda incorporarse a la Unión Europea. Además, el Protocolo núm. 6 tuvo en cuenta la situación especial de Islandia y Noruega, que habían confirmado su intención de suscribir Schengen y a los cuales es aplicable el acervo desde el 25 de marzo de 2011. Extraído de JIMENO FERNÁNDEZ, F., “Algunas reflexiones sobre el principio ne bis in idem y el artículo 54 del Convenio de Aplicación de Schengen”, [Consulta: 6.4.2012], [www.nodo50.org/ala/comisiones/.../la_ley_ne_bis_in_idem.htm.doc].

²⁶² BERMEJO CASADO, R., “Movimientos migratorios transfronterizos...”, op. cit.

coordinación de la política migratoria y de asilo, y la necesidad sentida de una mayor eficacia de las decisiones judiciales y de la actuación policial. El sistema Schengen, sin embargo, en su inicio, queda en parte al margen²⁶³, ya que, como se ha señalado, no todos los Estados miembros aceptan la totalidad de sus objetivos.

Entre las medidas que introducen estos acuerdos (asistencia policial, vigilancia transfronteriza, entregas vigiladas y persecución en caliente)²⁶⁴, y van a presuponer la creación de nuevas estructuras y el inicio de la cooperación en materia de inteligencia²⁶⁵, se encuentra el mencionado sistema SIS. Este sistema puede definirse como una red informática protegida y compartida por los Estados miembros, cuya información es recabada por los Estados miembros. Aquella es transmitida a una sede central ubicada en Estrasburgo a través de una red integrada por funcionarios policiales y judiciales denominada SIRENE, que constituye un mecanismo operativo de apoyo con una estructura material permanente²⁶⁶.

Otra de las importantes aportaciones que cabe atribuir a los Acuerdos de Schengen consiste en la introducción del principio *ne bis in idem* en el ámbito comunitario, a través del artículo 54 del CAAS²⁶⁷. Este precepto se encuentra en íntima relación con la finalidad de facilitación de la libre circulación de personas a que responden los Acuerdos. La finalidad del ámbito Schengen no fue la armonización, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, de los derechos penales de los Estados miembros, aunque dicha armonización resultara deseable. La finalidad del espacio Schengen es, por un lado, el reforzamiento de la

²⁶³ En el sentido de que, tras la experiencia TREVI, el sistema de Schengen se considera el segundo ejercicio de cooperación policial y judicial intergubernamental, no integrado en el entramado insitucional comunitario.

²⁶⁴ Sobre ellas vid. ampliamente CASTILLEJO MANZANARES, R., "Espacio Schengen" en CARMONA RUANO, M., GONZÁLEZ VEGA, I.V., MORENO CATEN, V. (Drs.), *Cooperación Judicial Penal en Europa*, Ed. CGPJ, Madrid, 2013, págs. 267-303.

²⁶⁵ Pueden distinguirse tres fases o niveles de incidencia diferentes en la cooperación europea en materia de inteligencia: lo primero que nos vamos a encontrar es con una cooperación basada en acuerdos o tratados, posiblemente algunos ya existentes pero faltos de aplicación; es lo que pudiéramos llamar el nivel *macro* de cooperación. Posteriormente, llegaremos a un nivel *meso*, en el que las prácticas operativas y los procedimientos de colaboración se estandarizarán y asentarán. Y, finalmente, arribaremos a un nivel *micro*, que posibilitará investigaciones, análisis y actuaciones conjuntas sobre casos específicos. El paso por estos sucesivos niveles, desde el más amplio e indeterminado, hasta el más operativo y específico, se realizará a través de una mínima estructura administrativa, cuya naturaleza irá variando progresivamente hasta desembocar en una organización sólida y con vocación de permanencia. DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M. et al., "Marco teórico para el análisis de la cooperación europea en materia de inteligencia", [Consulta: 18.3.2013], [www.aecpa.es/uploads/files/.../DIAZ-Antonio.pdf-].

²⁶⁶ CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., "Instrumentos de asistencia policial...", págs. 178-181. Asimismo CASTILLEJO MANZANARES, Op. cit. págs. 178-181.

²⁶⁷ Si bien, dicho principio se encontraba ya proclamado en el artículo 4 del Protocolo nº7 al CEDH.

cooperación judicial penal, uno de cuyos pilares básicos es el reconocimiento y la toma de consideración de las resoluciones judiciales de los Estados miembros; y, por otro lado, garantizar la efectividad del derecho a la libre circulación de personas. Sin embargo, este principio podría verse afectado por la exigencia de armonización de las legislaciones penales nacionales²⁶⁸.

Así pues, el artículo 54 del Acuerdo dispone:

“Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena.”

Este precepto, ha sido objeto de una amplia interpretación por la jurisprudencia comunitaria²⁶⁹, referida fundamentalmente al concepto de “los mismos hechos”, que el Tribunal ha calificado como un “concepto autónomo de derecho comunitario”, así como a la determinación de los supuestos procesales en que existe cosa juzgada, concepto que, a diferencia del anterior, resulta determinado por el derecho nacional²⁷⁰. Sin perjuicio de esta última precisión, en las Conclusiones del Abogado General, Sr. RUIZ-JARABO COLOMER en el Asunto *Gözutok y Brügge*, afirmaba que

“...el principio ne bis idem que enuncia el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, se aplica también cuando la acción pública penal se extingue en el ordenamiento jurídico de una parte contratante como consecuencia de la decisión adoptada por el ministerio público, una vez que el inculpado ha satisfecho determinadas condiciones, siendo irrelevante que tal pronunciamiento deba ser aprobado por un juez, siempre y cuando: 1º las condiciones impuestas tengan carácter sancionador; 2º el acuerdo presuponga un reconocimiento, expreso o implícito, de la culpabilidad y, por consiguiente, contenga un juicio, explícito o tácito, de

²⁶⁸ JIMENO FERNANDEZ, F. “Algunas reflexiones sobre el principio ne bis in idem y el artículo 54 del Convenio de Aplicación de Schengen [Comentario a la STJCE *Van Esbroeck* (C-436/2004) de 9 de marzo de 2006]”, [Consulta: 5.4.2012], [www.nodo50.org/ala/comisiones/.../laleynebisinidem.htm.doc].

²⁶⁹ Dando lugar a una reiterada jurisprudencia, establecida fundamentalmente en los asuntos *Gözutok y Brügge* (C-187/2001 y C-385/2001), *Miraglia*, St. 10.3.2005 (C-469/2003), *Van Esbroeck*, St. 9.3.2006 (C-436/2004), *Gasparini*, St.28.9.2006 (C-467/2004), *Van Straaten*, St. 28.9.2006 (C-150/2005), *Kretzingen*, St. 18.7.2007 (C-288/2005), *Bourquain* (C-297/2007) , *Mantello*, St. 16-11-2010, (C-261/09), *St.Zoran Spasic*, St.27.5.2014 (C-129/14) y *Procura della Repubblica contre M*, St.5.6.2014.

²⁷⁰ El TJUE ha declarado que esta jurisprudencia es plenamente aplicable en los casos de determinación de la posibilidad de denegación de la ejecución de una orden europea de detención, incluso en los supuestos de sentencia absolutoria y de prescripción del delito.

reprochabilidad de la conducta; y 3º no cause quebranto a la víctima y a los demás perjudicados, eventualmente titulares de acciones civiles...”²⁷¹

Con ocasión de las Conclusiones formuladas en el Asunto *Bourquain*, el Sr. RUIZ-JARABO realiza un análisis de los últimos desarrollos del principio *ne bis in idem* formulado en el citado precepto, en el ámbito de la cooperación policial y judicial. Partiendo de la diferente amplitud que el TJUE ha dispensado a dicho principio, según concerniera al dominio de la competencia o al del “tercer pilar” de la Unión Europea. En ambos, ha aludido a la prohibición de la doble sanción, pero únicamente en el segundo lo extiende a la posibilidad de ser encausado dos veces por el mismo hecho (*Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*). Distingue, igualmente, entre la virtualidad del principio en el ámbito de la cooperación entre Estados y en materia de reconocimiento de un derecho para el individuo, señalando respecto de este último que “la regla del *ne bis in idem* adquiere su verdadera densidad normativa con la elaboración de un derecho subjetivo al tratamiento unitario de la acción represiva, apareciendo así anclada en unos cimientos sólidos que coadyuvan a cubrir los flancos débiles de algunas instituciones, como la prescripción, la cosa juzgada o las múltiples teorías de la proporcionalidad, que sólo el recurso a la recíproca confianza entre Estados no permite solventar de manera satisfactoria...”²⁷².

A la luz de esta jurisprudencia, el contenido del artículo 50 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales que literalmente y bajo la rúbrica de *Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito* dispone “*Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley*”, ha podido ser calificado como decepcionante, en la medida en que, insiste en exceso en los procesos penales y parece aludir únicamente a las sentencias firmes. Ello no obstante, esta misma cuestión cayó con posterioridad bajo la órbita de la acción de la Comisión iniciativa plasmada en el Libro Verde relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales²⁷³

²⁷¹ Procesos penales contra *Hüseyin Gökütok* (C-187/01) y *Klaus Brügge* (C-385/01), Conclusiones del Abogado General Sr. RUIZ-JARABO COLOMER, p.134, Rec. I-1377.

²⁷² Conclusiones del Abogado General Sr. RUIZ-JARABO COLOMER en el Asunto *Bourquain* (C-297/07), Párr. 49.

²⁷³ [COM (2005) 696 final, sobre este instrumento vid. GONZÁLEZ CANO, M.I., “Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales”, en MUÑOZ CONDE, FJ (Coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 1193-1220.

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, y ello porque 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 comunitario²⁷⁴.

2.2.1.3.- *El Acta Única Europea (1987).*

El Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros, posteriormente, el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia, constituye la primera modificación de gran alcance del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Su entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 1987²⁷⁵.

Este Tratado supuso escasos avances en la materia, en cuanto persistió la cooperación intergubernamental, centrada en los ámbitos de entrada, circulación y residencia de ciudadanos de terceros Estados, lucha contra el terrorismo, delincuencia y drogas. Ello no obstante, sí puede señalarse este Tratado como un destacado paso en la conciencia de la importancia del intercambio de información.

La cooperación intergubernamental se institucionaliza a través del Título III del Acta Única, cuyo Artículo 1, párrafo tercero dispone:

“La cooperación política se regula en el Título III. Las disposiciones de dicho Título confirman y completan los procedimientos acordados en los Informes de Luxemburgo (1970), Copenhague (1973) y Londres (1981), así como la Declaración solemne sobre la Unión Europea (1983) y las prácticas progresivamente establecidas entre los Estados miembros.”

Entre las principales novedades en materia de cooperación en Asuntos de Justicia e Interior pueden señalarse, la creación de un grupo *ad hoc* sobre inmigración en 1986, el Comité Europeo de Lucha contra la Droga (CELAD 1989) que quedó establecido en el Consejo

²⁷⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia consolidado por la Constitución Europea”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, D-195, págs. 1867-1881.

²⁷⁵ DO L 169 de 29.6.1987.

Europeo de Estrasburgo en 1989 con el objetivo de formular la estrategia principal para la lucha contra el tráfico de estupefacientes²⁷⁶, y el Grupo de Ayuda Mutua (GAM) encargado de cuestiones aduaneras.

Se trata de nuevos grupos de trabajo, siempre al margen del marco comunitario, en función de sus necesidades. La organización de estos grupos refleja la evolución introducida por el Acta Única en el aspecto señalado. En ellos participan ya observadores de la Comisión Europea y algunos han establecido su Secretaría junto a la del Consejo de la Unión. Sin embargo, existía un problema de coordinación entre las actividades de los grupos de trabajo. En efecto, los diferentes grupos creados a lo largo de los años trabajan independientemente y preparan sus informes para Ministros que se reúnen en diferentes foros, lo que supone a veces duplicación del trabajo. Además, el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales no pueden ejercer control alguno sobre las acciones adoptadas en este marco, debido a la propia naturaleza de esta cooperación. Con el fin de garantizar una mayor eficacia de la cooperación en materia de Justicia y de Asuntos de Interior, así como un mayor control democrático, parecía necesario integrar a los grupos de trabajo en una estructura global en el marco jurídico de la UE²⁷⁷.

En concreto, el CELAD, creado el 1 de diciembre de 1989 a iniciativa del Presidente francés Mitterrand, elaboró el primer Plan europeo de lucha contra la droga, aprobado por el Consejo Europeo de Roma²⁷⁸. Representó la primera tentativa de programa de acciones coherentes adoptadas a nivel nacional y comunitario en el marco de las competencias existentes, y que abarca a la vez los aspectos médico sociales (reducción de la demanda), los de la lucha contra el tráfico y los de acción internacional²⁷⁹.

A nivel institucional, pero al margen del Tratado, en ejercicio de la posibilidad prevista por el artículo 32 quinto del Tratado CECA, el artículo 168A²⁸⁰ del Tratado CEE y el artículo 140

²⁷⁶ DIAZ FERNÁNDEZ, A. M. (Coord.), REVENGA SÁNCHEZ, M. y JAIME JIMÉNEZ, O., "Cooperación europea en ...", p. 74.

²⁷⁷ DIAZ FERNÁNDEZ et al, Ibidem, p. 75 y ello porque, según el autor, el tiempo ha demostrado que la falta de supervisión sobre la información y la inteligencia se convierte en un inmenso error.

²⁷⁸ Celebrado el 13 y 14 de noviembre de 1990.

²⁷⁹ Extraído de europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/... en fecha 29.2.2012.

²⁸⁰ Dicho precepto establecía lo siguiente:

"1. A instancia del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo, el Consejo, por unanimidad, podrá agregar al Tribunal de Justicia un órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia, sin perjuicio de un recurso ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de derecho en las condiciones establecidas por el Estatuto, de determinadas categorías de recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas. Este órgano jurisdiccional no tendrá competencia para conocer ni de los asuntos

A del Tratado CEEA, el Consejo adoptó la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom, de 24 de octubre de 1988 por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Ello no obstante, en el momento de su creación, las competencias de este Tribunal carecían de incidencia directa en el desarrollo del ELSJ²⁸¹. La doctrina coincide en señalar que la exclusión del TPI del conocimiento de las cuestiones prejudiciales está justificada porque la finalidad y la naturaleza particular del procedimiento prejudicial así lo requieren²⁸². Las razones concretas de esta exclusión se justifican en que el conocimiento de la cuestión de modo sucesivo por dos tribunales alargaría el proceso sin mejorar la tutela judicial, lo que supondría un elemento disuasorio para el Juez nacional. Otros autores han subrayado que el doble grado de jurisdicción plantearía problemas técnicos en cuanto el objeto de la cuestión prejudicial no consiste en resolver un litigio por el Juez comunitario y en todas las materias pueden surgir cuestiones jurídicas nuevas y fundamentales. Desde un punto de vista estrictamente conceptual, el doble grado de jurisdicción en este campo podría comprometer

promovidos por los Estados miembros o por las instituciones comunitarias ni de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 177.

2. El Consejo, de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 1, establecerá la composición de dicho órgano jurisdiccional y aprobará las adaptaciones y las disposiciones complementarias del Estatuto del Tribunal de Justicia que sean precisas. Salvo decisión en contrario del Consejo, las disposiciones del presente Tratado, relativas al Tribunal de Justicia y, en particular, las disposiciones del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, serán aplicables a dicho órgano jurisdiccional.

3. Los miembros de este órgano jurisdiccional serán elegidos entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales; serán designadas de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años. Cada tres años tendrá lugar una renovación parcial. Los miembros salientes podrán ser nuevamente designados.

4. Este órgano jurisdiccional establecerá su Reglamento de procedimiento de acuerdo con el Tribunal de Justicia. Dicho Reglamento requerirá la aprobación unánime del Consejo.” Sobre el significado de esta “agregación” del TPI, vid. VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Significado del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”, en REE, nº7, 1994, págs. 31-43.

²⁸¹ Tales competencias son las detalladas en el artículo 3 de la Decisión. “1.El Tribunal de Primera Instancia ejercerá en primera instancia las competencias atribuidas al Tribunal de Justicia por los Tratados constitutivos de las Comunidades y por los actos adoptados para su ejecución:

- a) respecto de los litigios entre las Comunidades y sus agentes contemplados en el artículo 179 del Tratado CEE y en el artículo 152 del Tratado CEEA;
- b) respecto de los recursos interpuestos contra la Comisión en virtud del párrafo segundo del artículo 33 y del artículo 35 del Tratado CECA por las empresas o las asociaciones a que se refiere el artículo 48 de dicho Tratado y que afecten a actos individuales relativos a la aplicación de los artículos 50 y 57 a 66 del mencionado Tratado;
- c) respecto de los recursos interpuestos contra una institución de las Comunidades por personas físicas o jurídicas en virtud del párrafo segundo del artículo 173 y del párrafo tercero del artículo 175 del Tratado CEE que se refieran a la ejecución de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas.”

²⁸² GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R. El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, en *El derecho comunitario y su aplicación judicial*, págs. 424-5.

el papel esencial del Tribunal de Justicia en materia de interpretación uniforme y de desarrollo del Derecho Comunitario²⁸³.

El Acta Única Europea, portanto, no instituyó el Tribunal de Primera Instancia, sino que dio simplemente al Consejo la facultad de hacerlo. Como el Tribunal de Justicia había sugerido, a fin de que los trabajos de la conferencia aceptaran el principio de la reforma sin entrar en sus modalidades, el Acta Única Europea, para la creación del Tribunal de Primera Instancia, escogió el procedimiento consistente en dar al Consejo la facultad de realizar la reforma por decisión adoptada por unanimidad, si bien, dentro del marco establecido²⁸⁴.

A partir del Acta Única Europea la problemática de asilo va a quedar subsumida en los problemas que va presentando la inmigración como fenómeno global y por tanto estrechamente vinculada con la libre circulación de personas en el interior de ese espacio sin fronteras interiores definido por el artículo 8ºA. Con el Acta Única, el alcance de la libre circulación de personas (arts. 3º y 8º A TCEE) excede el sentido limitado del Título III en sus artículos 48 a 58 del TCEE. Y esta transformación se produce porque, a partir de este momento, es condición necesaria para la realización y eficacia del Mercado interior. Pero una ampliación de la libre circulación de personas conlleva la necesidad de precisar sus beneficiarios y en su caso controlar las situaciones problemáticas como es la del asilo²⁸⁵. Y en este punto, todo parece indicar que la libre circulación de nacionales de terceros Estados fue en el Acta Única Europea uno de esos ámbitos materiales en los que se mantuvieron las competencias básicamente en manos de los Estados Miembros lo que inevitablemente determinó la intergubernamentalidad en su funcionamiento²⁸⁶. Ello no obstante, ha de remarcarse como resultado positivo de esta época, la conclusión el 15 de junio de 1990 del Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas (Convenio de Dublín), reemplazado por el Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado

²⁸³ Al respecto GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R., *Ibidem*. págs. 424-5 quien cita como exponentes de tales argumentos a JOLIET, R., VOGEL, W., LENAERTS, K., JUNG, H. RIGAUX, A y BIANCARELLI, J.

²⁸⁴ GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R, *Ib*. p. 407.

²⁸⁵ TIMMERMANS, C.W.A. "Free movement of Persons and the Division of Powers, between the Community and its Members States", en *Free Movement of Persons in Europe*, Asser Institute Colloquium on European Law, Session XXI, 1991, ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht, p. 355. Extraído de "La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo". Ed por el Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica.

²⁸⁶ IZQUIERDO SANS, C., *Las Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen*, [Consulta: 9.11.2012], [[dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/.../ADI_XVI_2000_05.pdf](http://space.unav.es/dspace/bitstream/10171/.../ADI_XVI_2000_05.pdf)].

miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país²⁸⁷. El Convenio de Dublín, de 15 de junio de 1990 relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, por el que se crea el denominado sistema de Dublín resulta fruto de la actividad convencional de este momento, y constituye la principal vía de cooperación desde la perspectiva de los instrumentos normativos. Desde su entrada en vigor, las disposiciones del Convenio sustituyeron a los artículos 28 a 38 (Capítulo VII- “Responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo”) del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

El Convenio de Dublín parte de las obligaciones derivadas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 1967. Establece, de un lado, una serie de criterios para la determinación del Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de asilo y unas normas de toma a cargo de dichas solicitudes, al objeto de garantizar que uno de los Estados miembros acepte la responsabilidad de una solicitud de asilo; por otro lado, el Convenio establece unas normas sobre readmisión, con la finalidad de garantizar que un solicitante de asilo no pueda presentar una solicitud de asilo en un Estado miembro distinto del responsable del examen de su solicitud, ni solicitudes de asilo sucesivas. Finalmente, establece una serie de normas sobre intercambio de información entre los Estados²⁸⁸.

2.2.2.- De Maastricht a Amsterdam: 1992-1999.

El Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992 y con entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993²⁸⁹ resulta esencial en la gestación del ELSJ. Esto es, comienza a hablarse de la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior (CAJI) como una nueva

²⁸⁷ GONZÁLEZ VIADA, “El derecho penal...”, p. 6.

²⁸⁸ “El Convenio de Dublín ...pretende poner término a los problemas planteados por la institución del asilo en el marco de un espacio común europeo sin fronteras interiores, en particular, el problema de los “refugiados en órbita”, o sea, quienes en situación de *ping-pong* son trasladados de frontera a frontera por negarse los Estados a hacerse cargo de su solicitud; y, por otro, el denominado ‘*asylum shopping*’, es decir, la presentación por parte de una misma persona de solicitudes de asilo múltiples en varios Estados, simultánea o consecutivamente, en función de circunstancias económicas o al objeto de perma neces más tiempo en Europa”. El Convenio de Dublín entró en vigor en España el 1 de septiembre de 1997, mediante instrumento de ratificación publicado en el BOE de 1 de agosto de de 1997. “Extraído del Informe elaborado por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) para la ejecución del proyecto “ODISSEA” sobre la aplicación del Convenio de Dublín, [Consulta: 29.2.2012], [\[www.derechos.org/nizkor/espana/doc/dublin.html\]](http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/dublin.html).”

²⁸⁹ DO C 191 de 29.7.1992.

dimensión y se introduce el tercer pilar, que incluía, inicialmente, la materia de asilo e inmigración²⁹⁰.

Los motivos justificativos de la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior, en esta fase del proceso de integración, son los generales y ya identificados, centrados en la necesidad de favorecer y garantizar la libre circulación de las personas en el territorio UE (ciudadanos comunitarios y de terceros Estados), gestionar las amenazas derivadas de la ausencia de fronteras interiores entre Estados miembros (lucha contra la delincuencia organizada y terrorismo), fomentar el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales en todos los Estados miembros y, finalmente, avanzar en la consecución de un espacio judicial europeo.

En esta línea, el Título VI del Tratado (arts. 29 a 42) lleva por rúbrica “Cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior”, y comprende como cuestiones de interés común: la política de asilo, normas relativas al cruce de fronteras, política de inmigración, lucha contra la toxicomanía, lucha contra el fraude a escala internacional, cooperación judicial civil, cooperación judicial penal, cooperación aduanera, cooperación policial, lucha contra el terrorismo y la delincuencia.

Se crea, por tanto, en este momento, la estructura de pilares, que habría de persistir hasta el Tratado de Lisboa. Los denominados pilares, instaurados en virtud de este Acuerdo Maastricht, no eran sino una distribución de competencias y políticas en las que variaban los mecanismos de actuación institucional y, también el sistema de fuentes, como elementos más característicos de su individualización. El primero de ellos, el denominado pilar comunitario, contiene el ámbito comunitarizado. El segundo pilar, se dedicaría a la Política Exterior y de Seguridad Común. Finalmente, el tercer pilar, comprende la cooperación en asuntos de justicia e interior.

Esta estructura se traduce en diferencias esenciales de funcionamiento e institucionales. Así, en el tercer pilar, la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades carece de obligatoriedad, y precisa de un acto de aceptación expresa de los

²⁹⁰ Entre los años 1990 y 1991, el gobierno alemán presionó para que los asuntos de justicia e interior fueran a la conferencia intergubernamental que condujo hacia el Tratado de Maastricht. En parte se debía a la enorme cantidad de solicitudes de asilo que se producían en su país y que Alemania pretendía fueran distribuidas por el resto de Estados miembros; así, europeificando el problema/fenómeno, conseguía que se suavizaran las críticas a sus leyes de asilo. Bajo esta fuerte presión se explica cómo al pilar comunitario se le unió un pilar intergubernamental para lidiar en esta área creándose toda una serie de instrumentos jurídicos para ponerlo en funcionamiento. DÍAZ FERNÁNDEZ, A. et al, “Cooperación europea en...”, p. 81.

Estados Miembros²⁹¹ y la norma general de actuación del Consejo es la exigencia de la unanimidad, frente a la mayoría cualificada, propia del primer pilar. Obviamente, estas diferencias sustanciales van en detrimento de la agilidad de tramitación y operatividad y, encuentran su justificación en la propia naturaleza de las materias sobre las que versan, tradicionalmente consideradas por los países miembros como estrechamente relacionadas con el núcleo duro de su soberanía²⁹².

Así, en un recorrido no exhaustivo por las disposiciones del TCE que se vieron modificadas por el TUE, se comprueba que se mantiene el voto por unanimidad en materia de Ciudadanía de la Unión (art. 8 A²⁹³ derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros), inmigración (art. 100C, previendo la situación de emergencia en un tercer Estado y afluencia repentina de nacionales de ese país, visados durante seis meses y modelo de visado) y acuerdos internacionales (Art. 228 relativo a acuerdos internacionales sobre materias para las que se exige la unanimidad para la adopción de reglas internas, art. 238 sobre acuerdos de asociación y art. 235 sobre nuevas competencias de la CE)²⁹⁴.

Otro de los principales problemas mencionados en relación a la organización institucional diseñada por el Tratado de Maastricht es la falta de información al Parlamento Europeo. Según el Tratado el Parlamento debe ser consultado por el Consejo²⁹⁵. Sin embargo y, de hecho, la mayor parte de las veces, únicamente es informado a posteriori, sin

²⁹¹ Si bien el artículo 35.1 del TUE reconoce la competencia del TJUE para pronunciarse con carácter prejudicial sobre los actos adoptados por las Instituciones en el ámbito de este pilar intergubernamental, la jurisdicción del TJUE en este ámbito es facultativa, ya que los Estados miembros mediante una declaración pueden aceptar la competencia del TJUE para pronunciarse con carácter prejudicial (art. 35.2 TUE). PUEYO LOSA, J., "El Tribunal de Justicia y el futuro constitucional de la Unión Europea", [Consulta: 18.3.2013],[www.aladi.org/nsfaladi/reunion.es/nsf/.../Pueyo.doc]. El autor analiza la extensión de la jurisdicción del TJUE y la relación de esta cuestión con el principio de subsidiariedad, lo que otros autores, vid. ASTOLA MADARIAGA, "De la legitimidad...", ponen en relación con la legitimidad del TJUE afirmando que ésta se produce únicamente en relación a las competencias atribuidas por los Estados miembros a la Unión.

²⁹² Esencialmente las actuaciones referidas a la definición de delitos e imposición de penas, vinculadas al derecho penal material y al *ius Puniendi* del Estado como una de las manifestaciones de su soberanía en cuanto facultad de privar a los ciudadanos de sus derechos más fundamentales. Vid. al respecto, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de derecho penal al programa de judicatura*, Op. cit. p. 15.

²⁹³ En efecto, dispone el artículo 8.1 del TUE "Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión, toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro." El art. 8B prevé ya la potestad diplomática y consular de cualquier Estado miembro en terceros Estados en los que su país no se halle representado.

²⁹⁴ MANGAS MARTÍN, A., "Aspectos jurídico-institucionales de la Unión Europea", en *Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, págs. 202-3.

²⁹⁵ A título de ejemplo, para la determinación de los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros.

posibilidad de formular una opinión sobre los debates en curso. A ello se une la circunstancia de que el derecho de iniciativa de la Comisión Europea es limitado y compartido con los Estados Miembros²⁹⁶. Los Estados miembros son los únicos que pueden intervenir en materia de cooperación judicial en materia penal, policial y aduanera. La iniciativa de la Comisión queda limitada a las restantes materias consideradas de interés común por el Tratado de Maastricht en materia de cooperación en Justicia y asuntos de interior.

A pesar de los logros ya obtenidos, el sistema de toma de decisiones del tercer pilar, inspirado por la Política Exterior y de Seguridad Común, no tardó en plantear problemas. En primer lugar, la frontera es a veces difusa entre las disposiciones del Tratado CE y las del Tratado TUE. Así, entre las cuestiones de interés común contenidas en el tercer pilar se encuentran las normas que rigen el paso de las fronteras exteriores de los Estados miembros, mientras que el artículo 100 C del Tratado CE ya prevé medidas sobre visados. Se plantea un problema de delimitación, poco favorable a la acción y a la toma de decisiones²⁹⁷.

Un ejemplo de esta situación es la planteada con ocasión del recurso de anulación interpuesto por la República de Irlanda²⁹⁸, en el que solicitaba al Tribunal de Justicia que anulase la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

Como señalan las conclusiones del Abogado General Sr. BOT, el reparto de competencias en el seno de una estructura constitucional que comprendía tres pilares, a saber, un pilar comunitario y dos pilares en los que la dimensión intergubernamental es más marcada, genera este tipo de litigios en los que el Tribunal de Justicia tiene la delicada y compleja misión de trazar la línea de demarcación entre los ámbitos de acción que corresponden al legislador comunitario y los atribuidos al legislador de la Unión. En el caso de Autos, se pedía al Tribunal de Justicia que precisase la frontera entre el pilar comunitario y el

²⁹⁶ El Tratado de Maastricht limita la cooperación en Justicia y asuntos de interior a nueve cuestiones consideradas de interés común: asilo, el paso de las fronteras exteriores, la inmigración, la lucha contra la droga y la toxicomanía, la lucha contra el fraude de dimensión internacional, la cooperación judicial en materia civil y penal, la cooperación aduanera y la cooperación policial.

²⁹⁷ Y ello porque, como veremos, esta indefinición provoca dificultades en el ejercicio de la iniciativa legislativa por la Comisión que se materializan en la complejidad de la determinación del fundamento jurídico del acto legislativo en cuestión.

²⁹⁸ Asunto C-301/06, *Irlanda/ Parlamento europeo, Consejo de la Unión Europea*, sentencia de 10 de febrero de 2009, DO C 237, de 30.9.2006.

tercer pilar, es decir, el título VI del Tratado UE, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal²⁹⁹. El Tribunal vino a afirmar que la cuestión de la competencia de la Unión Europea se presenta de forma diferente en función de si la competencia en cuestión ya ha sido reconocida a la Unión Europea en sentido lato, o no lo ha sido todavía. En la primera hipótesis, es necesario pronunciarse sobre la distribución de competencias en el seno de la Unión Europea y, en particular, sobre la cuestión de si debe procederse mediante una decisión marco basada en el Tratado UE. Mientras que en la segunda hipótesis, se trata de resolver sobre la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros y, en particular, sobre la cuestión de si la Unión ha invadido las competencias de estos últimos. En todo caso, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia³⁰⁰, la elección de la base jurídica de un acto comunitario debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto³⁰¹.

En el aspecto institucional, y a pesar de mantener el proceso decisorio en el campo intergubernamental, este Tratado es crucial, como se ha señalado, al institucionalizar grupos previos de trabajo. Es el caso, por ejemplo del Comité del artículo K4, existente desde el Consejo Europeo de Rodas de diciembre de 1988³⁰². Este Comité reemplazó al Grupo de

²⁹⁹ Irlanda pretendía la anulación del acto normativo argumentando que la única base jurídica que podía servir de fundamento válido a las medidas contempladas en la Directiva se encontraba, no en el artículo 95TCE, sino dentro del título VI del Tratado UE consagrado a la cooperación policial y judicial en materia penal y, en particular, en los artículos 30 UE, 31 UE, apartado 1, letra c) y 34 UE, apartado 2, letra b). El Consejo alegó, que en los años posteriores a la adopción de la Directiva 2002/58, las autoridades policiales nacionales estaban cada vez más preocupadas por la utilización de las innovaciones de los servicios de comunicaciones electrónicas para usos delictivos. Estas nuevas preocupaciones llevaron a los Estados miembros a adoptar medidas para impedir la supresión de los datos relativos a estas comunicaciones y garantizar a las autoridades policiales su disponibilidad. Estas medidas fueron divergentes y comenzaron a perturbar el buen funcionamiento del mercado interior. Sostenía el Consejo que los considerandos quinto y sexto de la Directiva 2006/24 son explícitos en este sentido y que esta situación llevó al legislador comunitario a establecer requisitos precisos y armonizados que los proveedores de servicios debían cumplir respecto de la supresión o no de los datos de carácter personal contemplados en el artículo 5 de la Directiva, imponiendo así reglas comunes en la Comunidad con el fin de garantizar la unidad del mercado interior.

³⁰⁰ Cita la sentencia de 23 de octubre de 2007, Comisión/Consejo, C-440/05, Rec. P. I-9097, apartado 61.

³⁰¹ El Tribunal afirma que concretamente, las disposiciones de la Directiva 2006/24 tienden a la aproximación de las legislaciones nacionales respecto a la obligación de conservar datos, las categorías de datos que deben conservarse, los períodos de conservación de los datos, la protección y seguridad de los datos y los requisitos de almacenamiento de éstos. Por tanto, regula operaciones que son independientes de la aplicación de toda posible acción de cooperación policial y judicial en materia penal. Estas cuestiones, que están comprendidas, en principio, en el ámbito de aplicación del título VI del Tratado UE, han quedado excluidas de las disposiciones de la Directiva, por lo que la base jurídica elegida es la adecuada.

³⁰² BERMEJO CASADO, R., "El proceso de institucionalización de la cooperación en la gestión operativa de las fronteras externas de la UE, la creación de Frontex", Revista CIDOB d'Afers Internacionals, núm. 91, Año

Coordinadores de 1989 que había expandido sus funciones, llegando a realizar propuestas sobre leyes penales y asuntos de inteligencia, incluyendo interceptación de comunicaciones, bases de datos de información y privacidad y en esencia se convierte en el depositario del legado de TREVI³⁰³. El Comité K4 estaba asociado con el grupo de coordinadores nacionales contra las drogas (CELAD)³⁰⁴ y contaba con tres comités directores que le informaban. El primero de ellos, el CEI, involucrado en la inmigración y asilo, contaba a su vez con numerosos subcomités: el CIREA (*Centre for Information, Discussion and Exchange on the Crossing of Borders and Immigration*) para la migración (admisión y expulsión) y el CIREF (*Centre for Information, Discussion, Exchange on the Crossing Borders and Immigration*) para regular las visas y el control de las fronteras exteriores. El segundo era el CDII para asuntos fronterizos y de policía teniendo como subcomités los que se encargaban del contraterrorismo, la cooperación policial, drogas y crimen organizado, Europol y cooperación de aduanas. Por último, el CDIII estaba relacionado con los asuntos judiciales (civiles y penales), y contaba con subcomités encargados de la extradición, las normas penales y la protección de intereses financieros. En 1992, gracias a las iniciativas anteriores, tuvo lugar la creación del grupo de Europol cuyo objetivo era el reforzamiento de la colaboración en las estructuras policiales de la Unión Europea.

Además, Maastricht permitió la creación de la Unidad Europea contra las Drogas el 2 de junio de 1993, cuya función habría de ser “actuar como un equipo no operativo para el intercambio y análisis de inteligencia en relación con el tráfico ilegal de drogas, las organizaciones criminales involucradas y asociadas con el blanqueo de dinero, que afecten a

2010, págs. 29-62, p.31 [www.cidob.org/es/content/download/.../fie/2_RUT+BERMEJO.pdf],[Consulta: 28.2.2012].

³⁰³ El trabajo del comité K.4 era, y aún sigue siéndolo, ampliamente desconocido salvo para los especialistas. Sus tres comités directores o sus subgrupos se reunían en secreto y no estaban sujetos a las copiosas filtraciones que se producen a nivel comunitario y que siempre han sido una forma poco ortodoxa, aunque muy práctica de remediar el déficit de información. Sus decisiones no eran el resultado de la consulta con los Parlamentos nacionales y europeo o con los organismos nacionales e internacionales interesados sino de los acuerdos que se tomaban por las autoridades nacionales en reuniones intergubernamentales. Por este motivo, el K.4 reducía el papel que podía jugar el Coreper (Skinner, 2002:211) y, en consecuencia, la discusión de los asuntos de Justicia e Interior ya no quedaba en estas manos no expertas cuyo objetivo es asegurar que los intereses de los Estados miembros prevalezcan sino que recaía sobre los representantes de los Estados miembros con conocimiento directo de las áreas involucradas. DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M., et al, “Cooperación europea en...” págs. 81-2.

³⁰⁴ Los nuevos grupos de trabajo creados tras la firma del Acta Unica pasaron a incluir, en calidad de observadores, a representantes de la Comisión. Además, tanto el grupo ad hoc “Inmigración”- creado en 1986 e integrado por los ministros responsables de inmigración- como el CELAD Comité Europeo de Lucha contra la Droga, pasaron a ser gestionados por el Consejo de la Unión Europea, estableciendo en él sus respectivas secretarías. [Consulta: 19.3.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/Amsterdam_treaty/a11000_es.htm].

dos o más Estados”³⁰⁵. Maastricht vino a integrar 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 artículo 36 TUE, COREPER³⁰⁶ y Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior.

También tiene lugar, bajo el Tratado de Maastricht, la promoción de la creación del espacio Schengen, con la introducción del modelo uniforme de visado y la elaboración de la lista positiva de países. Una línea de continuidad en la cooperación intergubernamental vinculada estrechamente a los objetivos del espacio Schengen es la celebración del Convenio Europol³⁰⁷.

En materia de fuentes³⁰⁸, el Tratado de la Unión Europea plantea un problema nuevo, el de discernir si se trata de derecho complementario³⁰⁹ las disposiciones que se tomen en aplicación de su título V –relativo a la política exterior y de seguridad común- y de su Título VI, que contempla las disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior. A este respecto, conviene matizar que en el Título VI, el artículo K.9

³⁰⁵ Vid. Convención de Europol. <http://www.europol.eu.int>, citado por DÍAZ FERNÁNDEZ, A., et al, “Cooperación europea en...”, p.82.

³⁰⁶ Quedó configurado por diplomáticos de los Estados miembros y encargado de preparar los temas del Consejo con un papel crucial ya que es el único comité en posición de asesorar al Consejo sobre los objetivos de la política exterior de la Unión. Para tratar de las cuestiones que surgieran de los artículos 62,63 y 64 del Tratado de la Unión Europea, el Coreper creó un Comité estratégico en Inmigración, Fronteras y Asilo (SCIFA) para el período transitorio de cinco años que también tendría un destacado papel en el inicio de las prácticas de intercambio de información. DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M. op. cit. p. 81. No obstante, a pesar de que este status del COREPER fue confirmado por el Tratado de Maastricht y por el Tratado de Amsterdam, las ivalidade con los comités preparatorios se han ido incrementando y el papel de coordinación del COREPER en cietos casos no es respetado. FERRER MARTIN DE VIDALES, C., “El Consejo de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, Revista Universitaria Europea, Nº13. Julio-Diciembre 2010: 51-84, [Consulta: 26.5.2013], [www.ucm.es/info/tudesco/RUE/092010.pdf].

³⁰⁷ Convenio de 26 de julio de 1995, basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea la Oficina Europea de Policía, con entrada en vigor el 1 de diciembre de 1998.

³⁰⁸ GARZÓN GLORIANA, G., Las fuentes del derecho comunitario, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, op. cit., págs. 21-53.

³⁰⁹ GARZÓN GLORIANA, Ibidem. p.27.El concepto de “derecho complementario” no procede de los Tratados constitutivos de las Comunidades, sino que constituye una construcción doctrinal que permite agrupar en una categoría única a una serie de actos jurídicos de distinta función y alcance, adoptados por los Estados miembros en orden la consecución de los objetivos fijados en los Tratados. Dichos actos no forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, sino que encuentran su principal justificación jurídica precisamente en razón de determinadas limitaciones de las competencias de la Comunidad, que hacen improbable la adopción de una reglamentación auténticamente comunitaria de ciertas materias. Por el contrario, para CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Coord.) et al, *Derecho básico de la Unión Europea*, Granada: Lex Nova, 2011, p.171, el derecho complementario está compuesto por los actos derivados de la PESC, las fuentes propias del Derecho internacional, la costumbre y la jurisprudencia del TJUE, si bien este autor se refiere al sistema de fuentes actual, de lo que concluimos que el concepto de derecho complementario europeo no tiene carácter unívoco.

prevía un procedimiento especial que permitía traspasar a la Comunidad la competencia para reglamentar ciertas acciones. Se trata, por lo demás, de mecanismos propios de la cooperación intergubernamental, si bien su funcionamiento concreto puede venir coloreado por la ambición europea de las instituciones y de los Estados llamados a animarlo y por la necesidad de asegurar la coherencia con la acción de las instituciones de la Comunidad en la esfera de sus competencias.

Así pues, dentro de este denominado derecho complementario o derecho derivado³¹⁰ el Título VI del Tratado UE prevé tres instrumentos jurídicos; la posición común, la acción común y el convenio.

1.- La posición común define el enfoque de la Unión sobre una cuestión determinada³¹¹.

2.- La acción común se utiliza siguiendo el criterio de subsidiariedad, *“en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros”* (antiguo artículo K.3.B del TUE)³¹².

En el Dictamen del Servicio Jurídico 12264/94, de 16 de diciembre, relativo a la naturaleza jurídica de las acciones comunes se diferencian dos clases de acciones comunes en atención a sus efectos:

.- acciones comunes que establecen una obligación de resultado, imponiendo a los Estados la consecución de un objetivo concreto.

.- acciones comunes que establecen una obligación de comportamiento, que exigen de los Estados la adopción de determinados medios sin imponer la consecución de un resultado específico³¹³

³¹⁰ En adelante adoptaremos la denominación de derecho derivado frente al de derecho complementario para referirnos a los diversos instrumentos jurídicos que integran el sistema de fuentes propio del ELSJ con motivo en que goza de mayor predicamento doctrinal, lo que le dota de mayor univocidad, comprensión y capacidad identificadora, si bien, de acuerdo con la definiciones precedentemente transcritas, ambos conceptos no son plenamente coincidentes; al menos no lo son, en todas las fases que analizaremos del proceso de construcción del ELSJ.

³¹¹ 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. Posteriormente se dictaron la Posición común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y la Posición común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, relativas a la lucha contra el terrorismo.

³¹² En este marco, se han adoptado una serie de programas para favorecer la cooperación de los servicios policiales, judiciales y aduaneros, así como acciones anuales (por ejemplo, para la acogida de refugiados)

³¹³ Esta tipología es recogida por PÉREZ MARÍN, M.A., *“La lucha contra la criminalidad...”*, op. cit. p.41, quien recopila las principales acciones comunes en materia de derecho penal y de derecho procesal, distinguiendo entre las que considera fundamentales en la evolución de este tipo de cooperación por el papel que aportan a los actores europeos, a saber, la Acción Común 96/227/JAI, de 22 de abril de 1996 para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace y la Acción común 98/428/JAI, de 29 de junio de 1998, de creación de la Red Judicial Europea (serán objeto de nuestro estudio específico

3.- El convenio, como instrumento clásico del derecho internacional³¹⁴.

El alcance jurídico de los dos primeros instrumentos, inéditos, no estaba sin embargo claro, y algunos Estados los consideraron como instrumentos no vinculantes³¹⁵. La utilización de instrumentos sin efectos jurídicos y que no están previstos en los Tratados, así como de las resoluciones, recomendaciones y declaraciones, fue también en detrimento de los tres instrumentos principales del Título VI del Tratado UE. Sin embargo, la importancia de las resoluciones, conclusiones o declaraciones del Consejo, no debe ser menospreciada, pues pueden contribuir a crear orientaciones para el desarrollo del Derecho o influir en la programación legislativa de la Comisión. Se trata, en cualquier caso, de consecuencias prejurídicas que pueden cristalizar en expectativas para el futuro, pero no en derechos y obligaciones para los sujetos del Derecho, o en interpretaciones vinculantes para el Tribunal de Justicia.

En esta misma línea se inscriben las comunicaciones de la Comisión europea, que, sin el carácter de fuente del Derecho, se presentan como esfuerzos de programación legislativa sobre sectores determinados o para alcanzar determinados objetivos. En otros casos, incluyen orientaciones sobre la aplicación administrativa del Derecho³¹⁶.

Para explicar las peculiaridades del sistema de fuentes MANGAS MARTÍN³¹⁷, no alude sin embargo, a la distribución en pilares, sino al mantenimiento de las tres organizaciones

posteriormente), y las demás acciones comunes importantes: Acción común 96/750/JAI, de 17 de diciembre de 1996, sobre la aproximación de legislaciones entre los Estados para luchar contra la toxicomanía y luchar contra el tráfico de drogas, Acción común relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, Acción común 97/154/JAU, de 24 de febrero de 1997, sobre la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, Acción común 96/610/JAI, de 15 de octubre de 1996, relativa a la creación y mantenimiento de un directorio de competencias, técnicas y conocimientos antiterroristas especializados para facilitar la cooperación antiterrorista entre los Estados miembros, o la Acción común 98/247/JAI, de 16 de septiembre de 1998, sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal.

³¹⁴ Así, como hemos visto, el Consejo Europeo de Luxemburgo había previsto la Oficina Europea de Policía 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 pudo aplicarse a partir del 1 de julio de 1999.

³¹⁵ *De la cooperación en asuntos de justicia e interior, a un espacio de libertad, seguridad y justicia.*, [Consulta: 25.1.2013], [www.madrid.org/.../BlobServer?...filename%3Djus...]. En el mismo sentido, PÉREZ MARÍN, M.A., "La lucha contra la criminalidad...", op. cit. p. 42, entiende que la doctrina no atribuyó carácter vinculante a las posiciones comunes al entender que estas normas se limitaban a unificar criterios mientras que la jurisprudencia del TJCE sí lo hizo en su sentencia de 27 de febrero de 2007, en el asunto *Sergi y Gestoras Pro Amnistía* (C-354/04 y C-355/04) interpretando que este efecto vinculante consistía en la obligación de los Estados de adoptar los medios o instrumentos necesarios con el fin de cumplir las obligaciones impuestas a través de dicho instrumento jurídico.

³¹⁶ GARZÓN GLORIANA, G., "Las fuentes del...", págs. 39 y 40.

³¹⁷ *Aspectos jurídico-institucionales de la Unión Europea*, op. cit. p.209. en alusión que realiza la autora no al sistema de fuentes específico del tercer pilar sino genéricamente de la Comunidad Europea.

internacionales que constituyen las .Comunidades Europeas como el origen de un sistema de fuentes dotado de una tipología excesivamente artificial que varía en denominaciones, caracteres y eficacia según la Comunidad de la que emanen. El TUE por ello fue la primera ocasión perdida de reordenar el sistema de fuentes y de clarificar la jerarquía de los actos comunitarios, de manera que la Unión Europea habría de abordar el tercer milenio dotada de un ordenamiento claro y comprensible, habiendo identificado sus propias competencias y las de sus Estados miembros, distinguiendo entre los actos legislativos y los actos reglamentarios no sólo por la denominación formal y procedimiento de formación sino por su alcance, contenido y efectos³¹⁸.

Otra de las cuestiones sobre el sistema de fuentes planteada a raíz del Tratado de Maastricht, es la relativa a los acuerdos de asociación con terceros países como Turquía o Marruecos, en los que se veía afectada la libre circulación de trabajadores. En efecto, el artículo 238 del TUE contempla la celebración de acuerdos “que establezcan una asociación”. El Tribunal de Justicia declaró que “el artículo 238 debe necesariamente otorgar a la Comunidad competencia para contraer compromisos frente a terceros Estados en todos los ámbitos cubiertos por el Tratado”³¹⁹, entre los que se encuentra indudablemente la política implicada en el asunto: la libre circulación de trabajadores. Es enteramente novedosa la afirmación realizada por el TJCE en el asunto *Demirel*, de que los actos emanados de los órganos instituidos por un acuerdo internacional forman parte asimismo del derecho comunitario. En cambio, sobre el estatuto en derecho comunitario de los actos de las organizaciones internacionales, la jurisprudencia del TJCE no efectuó, a dicha fecha, ninguna precisión³²⁰. De igual modo, en el asunto *Demirel*³²¹, a propósito de las cláusulas sociales

³¹⁸ Como veremos, el sistema de fuentes, ha sido una cuestión ineludiblemente abordada por el Tratado de Lisboa y también esta distinción entre los distintos tipos de actos, en el sentido reclamado por la autora.

³¹⁹ Sentencia de 30-9-1987.12/86. *Demirel c. Municipio de Schwäbisch Gmund*. Rec. p. 37^o19, esp. P. 3731 y punto 9.

³²⁰ A juicio de ROLDAN BARBERO esta marginación en la resolución del TJCE se debe a las circunstancias propias del caso de autos en que se produjo, Sentencia de 27.9.1988. As. 204/86. República Helénica c. Consejo. Rec. p. 5323, conocida como *de ayuda especial a Turquía*, y de la misma no se deriva un principio general de desvinculación de los actos de las organizaciones internacionales en relación al orden jurídico comunitario. ROLDÁN BARBERO, J., “La jurisprudencia en materia de relaciones exteriores”, en *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, op. cit, p.311

³²¹ Sentencia de 30 de septiembre, Asunto 12/86, *Demirel*, Rec. 1987, p.3719. En dicho asunto, el Abogado general, M. Darmon, señaló la diferencia entre las normas derivadas de las obligaciones externas de la Comunidad, por una parte, y las del Tratado de Roma, por otra, al declarar que las primeras *no gozan de la presunción de efecto directo* que la famosa sentencia *Van Gend & Loos* declara (sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Rec. 1963, p.1). BLAZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “La libertad de establecimiento en los

contenidas en el Acuerdo de Asociación celebrado con Turquía³²², se planteó la cuestión de la extensión de la supervisión del TJCE a la parte propiamente interestatal de los acuerdos mixtos³²³, cuestión que permaneció irresuelta, si bien, hasta la fecha, el Tribunal nunca había declinado interpretar un acuerdo mixto, afirmando su competencia relativa a la interpretación de todos los elementos de dichos acuerdos incluidos en el ámbito competencial comunitario³²⁴.

La inserción en el Derecho comunitario de los acuerdos internacionales, entendidos bajo un prisma no formalista, se lleva a cabo desde una perspectiva monista. Su régimen jurídico no se ve alterado en los acuerdos asumidos por vía de sucesión de los Estados miembros y en el derecho convencional derivado. En cambio, no se efectuó ninguna precisión sobre el estatuto de los actos de organizaciones internacionales, cuya penetración en el orden jurídico comunitario debía asimilarse, por analogía, a lo dispuesto para el derecho convencional.

El TJCE también aplicó, ya desde estas fechas, la doctrina del efecto directo, a los acuerdos internacionales. La capacidad de una norma convencional para generar derechos a favor de los particulares reposa no sólo en sus cualidades de claridad, precisión e incondicionalidad, sino también en la aptitud del acuerdo internacional en que se inscribe para surtir efecto directo, circunstancia ésta verificada de modo irrefragante en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Por otra parte, se puede pensar fundadamente que el Tribunal de Justicia se muestra más cauteloso en relación a normas internacionales cuya interpretación uniforme no puede garantizar³²⁵.

Específicamente referido a la cooperación judicial penal se celebró, en 1996³²⁶ un Convenio europeo de extradición. El Convenio de 1996 responde a la finalidad de facilitar la

acuerdos europeos: ¿nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del Este? (A propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany e.a.)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº6, Nº13, 2002, págs. 943-960,[Consulta: 25.1.2013],[www.helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/2874/7.pdf?sequence...].

³²² Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, de 23 de noviembre de 1970, DOCE L nº 293, de 29 de diciembre de 1973.

³²³ Entendidos como acuerdos celebrados conjuntamente por la Comunidad y los Estados miembros.

³²⁴ PESCATORE, P., "Las cuestiones prejudiciales...", p. 535.

³²⁵ ROLDÁN BARBERO, J., "La jurisprudencia en materia...", op. cit., p.326. En este sentido, en el citado asunto *Demirel* el TJCE sentó su posición al afirmar que "la extensión de la interpretación de una disposición del Tratado CE a una existente en un acuerdo internacional concluido entre la CE y un país tercero, redactada en términos comparables, similares o incluso idénticos, depende necesariamente de la finalidad perseguida por cada una de dichas disposiciones en su propio marco".

³²⁶ El Convenio, DO C 313 de 23.10.1996, completa los acuerdos preexistentes en la materia, como el Convenio europeo de Extradición de 1957, el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 1977 y

extradición entre los Estados miembros. Se fijan los límites punitivos respecto de los hechos en relación a los cuales resulta procedente la extradición, facilita la extradición en materia de conspiración o de asociaciones delictivas, prevé la exclusión como causa de denegación de los delitos políticos y la prescripción, admitiendo la amnistía. De acuerdo con las previsiones del Convenio, cada Estado miembro habría de designar a la autoridad encargada de centralizar la transmisión y recepción de los expedientes relativos a las solicitudes de extradición, pero se recogía ya la posibilidad de que cualquiera de los Estados miembros pudiera autorizar mediante declaración, el establecimiento de un contacto directo entre sus autoridades judiciales habilitadas para solicitar información complementaria de las solicitudes de extradición y las autoridades competentes de aquellos Estados miembros que hubieren realizado la misma declaración³²⁷.

El Convenio europeo de Extradición no fue, sin embargo, el único convenio celebrado entre Estados miembros en materia de cooperación judicial penal durante la vigencia del Tratado de Maatrich. Podemos incluir dentro de esta categoría el Convenio 98/C 216/01, establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre las decisiones de privación del derecho de conducir³²⁸. El Convenio responde a una finalidad concreta: evitar que los conductores sujetos a la privación del derecho a conducir en un Estado miembro distinto del de su residencia principal puedan sustraerse a los efectos de la privación cuando abandonan el Estado en el que cometieron la infracción. La decisión de privación de conducir comprende las resoluciones judiciales dictadas tanto con el carácter de condena principal o accesoria como de medida cautelar y también las administrativas³²⁹. Lo

el Convenio relativo al procedimiento simplificado de Extradición de 1995. El 1 de enero de 2004 fue sustituido por la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención Europa y a los procedimientos de entrega entre Estados. El 29 de junio de 2005, el Convenio sólo había entrado en vigor entre doce de los Estados miembros.

³²⁷ [Consulta: 29.2.2012],
[http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l14015b_es.htm].

³²⁸ DO C 216 de 10.7.1998.

³²⁹ En efecto el Convenio se refiere a la ejecución de una “decisión de privación del derecho de conducir” y esta expresión es objeto de interpretación auténtica en el informe explicativo del Convenio, aprobado por el Consejo el 24 de junio de 1999 (DO C 211 de 23.7.1999). Conforme a al acto del Consejo, en la expresión “decisión de privación del derecho de conducir” ha de entenderse comprendida toda medida relacionada con la comisión de una infracción de tráfico que dé lugar a la anulación o suspensión del permiso de conducción o del derecho de conducir. Ello excluye la retirada del permiso debido exclusivamente a una situación médica o únicamente en aplicación del denominado sistema de puntos. El Convenio se aplica únicamente a las decisiones de privación del derecho a conducir que ya no admitan recurso.

más relevante de este instrumento es establecer el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal con carácter previo a la cumbre de Tampere³³⁰.

A partir de Maastricht hay una atención muy acentuada a los derechos fundamentales como consecuencia de la creación del tercer pilar y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, con reglas sobre la abolición de controles fronterizos internos, de manera que si un Estado decide adoptar restricciones en las fronteras interiores hay conflicto con derechos fundamentales. Se plantean cuestiones prácticas tales como quién juzga la medida de restricción de entrada de *hooligans* en los partidos de fútbol, y también surgen dudas en materia de asilo, inmigración ilegal (medidas de expulsión y retorno), integración y legislación europea en materia de terrorismo.

En el marco de los Tratados se ha terminado por consagrar el respeto a los derechos fundamentales como principio general del Derecho. Con Maastricht se introduce el artículo 6 del TUE, del siguiente tenor “1. *La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.*

2. *La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario...*” y se dota al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de una forma de competencia para dictar su decisión al resolver sobre una cuestión prejudicial aplicando derechos fundamentales, como fuente del Derecho comunitario. Estos derechos van ser los recogidos en las tradiciones constitucionales europeas (por ejemplo, la abolición de la pena de muerte).

La protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE se ha hecho fundamentalmente vía jurisprudencia del TJCE en dos etapas que derivan de la trayectoria política señalada, una primera en la que no corresponde a la UE la tutela de los derechos fundamentales y una segunda, a la que se llega tras la conclusión de que no podía continuarse con la línea anterior porque el TJCE no puede dejar de interpretar y aplicar los principios

³³⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “La criminalidad organizada...”, op. cit. págs.278 y 279 efectivamente lo sitúa entre los instrumentos de aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

generales del derecho como normas de *ius cogens*, y, porque si Luxemburgo no da una respuesta adecuada, será Estrasburgo quien dictamine sobre la compatibilidad entre el derecho comunitario y los derechos humanos. La solución encontrada es acudir a la protección pretoriana por el TJCE, que se arroga la competencia de verificar la compatibilidad entre el derecho europeo y los derechos humanos reconocidos generalmente por los Estados Miembros en términos muy próximos a la protección de derechos individuales.

Fueron motivos de naturaleza tanto política como jurídica los que promovieron la revisión de las disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior del título VI del Tratado de la Unión. Desde el punto de vista político, la necesidad de reforzar la seguridad interna de la Unión, por una parte, exigía dar contenido real al concepto de ciudadanía de la Unión y hacer frente a las consecuencias del establecimiento y del funcionamiento del espacio europeo sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada. En efecto, en 1992 se había finalizado el mercado interior y, con él, “independientemente de los acuerdos de Schengen”, también la libre circulación de personas por el territorio de los Estados miembros, con lo que se había facilitado el que los deudores y los delincuentes pudieran orillar sus responsabilidades con el cruce de la frontera, ya inexistente. Y había constancia de las dificultades y de los costes de los acreedores para cobrar sus créditos y del incremento de la violencia política, de la delincuencia transfronteriza y de los incidentes racistas. Por otra, era patente el aumento incesante de los flujos migratorios en la Unión así como la problemática de las sucesivas ampliaciones de la Unión.

En cuanto a los factores jurídicos, ha de hacerse referencia a los déficits existentes en relación al principio de equilibrio institucional, pues se hacía igualmente necesario corregir, en la medida de lo posible, la ausencia de objetivos y de un calendario preciso para alcanzarlos, la exigencia de la unanimidad en la adopción de los actos por parte del Consejo así como la estructura burocrática y complicada para el examen y toma de decisiones³³¹, la ausencia de un derecho de iniciativa de la Comisión, compartido con los Estados miembros, la existencia de instrumentos jurídicos particularmente inadecuados, la falta de transparencia y la insuficiencia tanto de control judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como de un control democrático suficiente por el Parlamento Europeo que si, según el

³³¹ La estructura, como se ha señalado, poseía nada menos que cinco niveles: los grupos de trabajo específicos de cada materia, los comités directivos, el llamado CATS (comité de coordinación del art. 36 TUE), el Coreper y el Consejo de Ministros JAI.

Tratado, debía al menos ser consultado, de hecho, en la mayoría de los casos era simplemente informado después de la adopción del acto en cuestión³³².

2.2.3.- De Amsterdam a Niza: 1999-2003.

Partiendo del contexto ya descrito, el Tratado de Amsterdam, adoptado el 2 de octubre de 1997, con entrada en vigor el 1 de mayo de 1999³³³, trata de dar respuesta a la necesidad de concretar el artículo 2 del TUE a través de una definición de las prioridades, la creación de una nueva estructura y organización institucionales. Así como la innovación de los instrumentos jurídicos, reaccionando frente al limitado desarrollo del acervo JAI hasta la fecha y procurando un nuevo impulso.

En efecto, es en este momento cuando el ELSJ se convierte en un *objetivo de la Unión*. Se desprende esta voluntad del contenido del artículo 2 del TUE “ *Mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia*”.

El Tratado de Amsterdam modifica la cooperación en los ámbitos de la Justicia y los Asuntos de Interior, creando un ELSJ con ambiciones más amplias y más concretas, con métodos más eficaces y más democráticos y desde la función de las instituciones se busca un mayor equilibrio. El objetivo es lograr en los cinco años siguientes a su entrada en vigor, la libre circulación tanto de los ciudadanos de la UE, como de los nacionales de países terceros en el territorio de la Unión, garantizando al mismo tiempo la seguridad de todos mediante la lucha contra la delincuencia organizada (trata de seres humanos, explotación sexual de los niños, tráfico de drogas, de armas, de coches, corrupción, fraude, etc.), y contra el terrorismo.

La principal modificación de Amsterdam fue la de inscribir la cooperación penal en la perspectiva de un objetivo claramente definido de realización “en común” de una política criminal. Ya no se trata de cooperar para permitir a cada Estado proseguir con su propia política criminal, sino de crear un “espacio europeo” donde pueda desarrollarse una “política

³³² IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Cuadernos de Integración Europea*, Nº4, Marzo 2006, págs.34-46, [Consulta: 28.5.2013],[<http://www.cuadernos.ie.info>].

³³³ DO C 340 de 10.11.1997.

criminal europea” (para la Unión Europea)³³⁴. Así, el Tratado de Amsterdam no se limita a designar un objetivo para la acción de la Unión Europea, sino que también indica, toda una serie de medidas que deberían adoptarse en un plazo de cinco años. Esta forma de proceder constituye una diferencia notable entre el Tratado de Maastricht y el de Amsterdam, el primero tenía por objeto indicar los ámbitos de competencia sin fijar al Consejo objetivos precisos³³⁵. Con todo, no existe ni la base legal ni la voluntad política para establecer una política criminal común en el sentido de un acuerdo sobre los comportamientos a sancionar, los medios necesarios para poner en marcha las detenciones, el grado de severidad con el que sancionarlos o los métodos de reinserción a aplicar³³⁶.

Esta inspiración del Tratado, encuentra eco también en el inicio de una dimensión exterior de la cooperación en materia JAI. Cuando los asuntos de Justicia e Interior se convierten en objeto de la política comunitaria, ninguna previsión existía acerca de la cooperación con terceros países, lo que imponía serias restricciones a los objetivos comunitarios. Durante los años que siguieron a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, la acción externa de la UE en materia JAI se limitó a los esfuerzos de la Presidencia para asegurar un mínimo de coordinación entre las posiciones nacionales a nivel internacional, formulando, para ello, un considerable número de posiciones comunes. Pero los déficits a este respecto se hicieron evidentes a partir de 1993, ya que, desde esa fecha, gran cantidad de terceros Estados, entre los cuales se encontraban países asociados de Europa central y del Este, USA y Canadá, manifestaron un considerable interés en estrechar la cooperación, e incluso, en formalizar acuerdos con la UE en materias incluidas en el Título VI. Pero fue sólo a partir del Tratado de Amsterdam cuando la Unión adquirió, por primera vez, la capacidad de actuar internacionalmente en materia JAI³³⁷.

³³⁴ MIRANDA RODRIGUES, A., El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Espacio de Libertad, de Seguridad y de Justicia, en DE HOYOS SANCHO, M (Coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, 1ª Ed. 2008, Valladolid:Lex Nova, p.264.

³³⁵ BARBE, E., “L’espace judiciaire...”, p.20.

³³⁶ Lo que se afirma por JAULT-SESEKE, F. et LELIEUR, J. “L’espace judiciaire...” p.99, con carácter general y no referido específicamente al Tratado de Amsterdam.

³³⁷ MONAR, J., “The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs”, *European Foreign Affairs Review* 9:395-415, 2004, p.1, [Consulta: 15.2.2012], [www.law.ed.ac.uk/.../44_i%20monar-...-].

2.2.3.1.- Estructura institucional del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

La nueva estructura institucional del ELSJ introducida por el Tratado de Amsterdam, se encuentra regulada en los siguientes Títulos:

A.- Título IV TCE: “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” (pilar comunitario). Este Título, recoge el control de fronteras exteriores, visados, asilo, inmigración y cooperación judicial en asuntos civiles. Estos ámbitos corresponden al mencionado primer pilar y a los instrumentos jurídicos comunitarios: directiva, reglamento, decisión, recomendación y dictamen. No obstante, esta “comunitarización” seguirá siendo parcial los cinco primeros años después de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Durante este período, la Comisión sigue compartiendo su derecho de iniciativa con los Estados miembros, las decisiones del Consejo se adoptan por unanimidad y el Parlamento Europeo no participa directamente en la toma de decisión, pues es simplemente consultado. Una vez transcurrido este tránsito, la Comisión poseerá, conjuntamente con los Estados miembros, un derecho de iniciativa que se extenderá entonces a todos los ámbitos del tercer pilar y se concretarán las modalidades de consulta del Parlamento Europeo. Como se observa, se ha producido una comunitarización parcial, y con ello una transpilarización del ELSJ³³⁸.

B.- Título VI TUE: “Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal”, (tercer pilar intergubernamental). Referido a la lucha contra la delincuencia organizada, la cooperación policial y judicial en asuntos penales y, a partir del Tratado de Amsterdam, la prevención del racismo y la xenofobia.

Con Amsterdam, CAJI se convierte en objetivo prioritario de la Unión, concretamente, la creación de un ELSJ. Como se ha señalado, en atención a la estructura expuesta, parte del tercer pilar, materia de asilo, inmigración y cooperación en materia civil, se comunitariza. Por ello, de ser materia objeto de cooperación intergubernamental y de estar sometida a la regla de la unanimidad y al veto de cada Estado Miembro. En este sector, la Comisión adquiere el derecho de iniciativa y las decisiones serán adoptadas por el Consejo de Ministros (de Justicia

³³⁸ “El ELSJ se configura como un *objetivo ‘transpilar’*, esto es, un objetivo cuya consecución debe atender a un doble régimen jurídico comunitario e intergubernamental, aunque con matizaciones de importancia.” MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “Instituciones y Derecho...”, p. 93.

e Interior.) Amsterdam dio lugar, igualmente, a la creación en 1999, de la Dirección General de “Justicia y Asuntos de Interior” en la Comisión Europea³³⁹.

En el ámbito institucional, Amsterdam supone un esfuerzo por superar las limitaciones de la cooperación intergubernamental, intenta poner fin a las carencias en el tercer pilar y mejorar el marco institucional para la cooperación a través de una serie de medidas como el derecho de iniciativa por parte de la Comisión (art. 34), más potestades para el Parlamento (arts. 39 y 67) y un mayor papel de la Corte Europea de Justicia (arts. 35 y 68). El Consejo ve confirmada la capacidad de coordinación entre los servicios competentes de las Administraciones de los Estados miembros, así como entre estos servicios y la Comisión Europea. Se suprimen los numerosos niveles de grupos de trabajo situándose al mismo nivel y con dependencia directa del Coreper. Con Amsterdam, la estructura institucional del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se ciñe, por tanto, a la Comisión, el Consejo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los propios Estados Miembros.

A través de Amsterdam, se produce, igualmente, la integración de los acuerdos de Schengen en el derecho originario de la Unión. Las medidas adoptadas se añaden al acervo comunitario en el Título IV TCE y en el Título VI TUE según la materia sobre la que versen, en virtud de decisión adoptada por el Consejo de Ministros. Ello implica que todas las iniciativas en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior están incluidas en lo sucesivo en la UE, lo que debería facilitar la realización de políticas coherentes a escala europea. En efecto, el Tratado de Amsterdam, formalizó el recurso a estos núcleos duros³⁴⁰, al introducir el concepto de “cooperación reforzada” con el fin de favorecer una cooperación más estrecha entre los países de la Unión que desearan ir más allá de la integración prevista en los Tratados en un ámbito determinado, dentro del marco de los objetivos de la Unión, pero al margen de las competencias exclusivas de ésta. El objetivo de este tipo de cooperación consiste en permitir a aquellos Estados miembros capaces y deseosos de ir adelante, profundizar en la construcción europea, respetando el marco institucional de la Unión³⁴¹.

Al Tratado se añaden el Protocolo sobre la posición de Reino Unido e Irlanda, de 1996, sobre no participación en el espacio Schengen mediante la utilización de la cláusula opting-in

³³⁹ DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M., et al, “Cooperación europea en...”, p. 91.

³⁴⁰ El concepto de “núcleo duro” designa a un grupo restringido de países capaces y deseosos de poner en práctica una cooperación reforzada. [Consulta: 28.1.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/hard_core_es.htm].

³⁴¹ LÓPEZ, E., *Europa busca modelo: los referenda nacionales sobre la Constitución Europea*, 1ª Ed., Madrid: Dykinson, 2007, p.256.

(participación voluntaria) y el Protocolo sobre la posición de Dinamarca, sobre no participación excepto para la lista positiva de países bajo exigencia de visado Schengen, a través de la cláusula *opting-out*³⁴² o de desconexión voluntaria. 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.

En lo que se refiere al funcionamiento del Tribunal de Justicia, a partir de Amsterdam, ¿qué problemas planteaba la situación anterior en materia de protección de derechos fundamentales? El Tribunal había demostrado que era garante adecuado en el desarrollo de las políticas de la CE y también en materia de protección de derechos humanos. En la década de los noventa, cuando la UE se dota de competencias más próximas al núcleo duro de soberanía (euro, libertad y justicia), se plantea un doble problema:

- La dimensión de los derechos fundamentales del derecho de la Unión ha permanecido débil durante largo tiempo y ello puede explicarse desde la perspectiva de la tensión vertical (o federal). En primer lugar, difícilmente puede ser entendida sin tomar en cuenta el factor conformado por la presión ejercida sobre el TJUE por parte de algunas cortes constitucionales nacionales³⁴³. La jurisprudencia constitucional de algunos Estados Miembros (Italia y Alemania) afirmó que los Estados Miembros comenzaban a llegar al límite de lo constitucionalmente admisible en cada Estado Miembro de acuerdo con su propia Constitución.

El 27 de diciembre de 1973, en el asunto *Frontini*, el Tribunal Constitucional italiano, abriendo una brecha en el sistema dualista para admitir el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario, no había dejado de señalar que las limitaciones a la soberanía autorizadas por el artículo 11 de la Constitución no “pueden en ningún caso, implicar, a favor de las Instituciones de la CEE, un poder inadmisibles para violar los principios fundamentales

³⁴² El concepto de *opting out* corresponde a una exención concedida a un país que no desea sumarse a los demás Estados miembros en un ámbito particular de la cooperación comunitaria, con el fin de impedir un bloqueo general. De esta forma, el Reino Unido no quiso participar en la tercera fase de la unión económica y monetaria, y se han concedido cláusulas similares a Dinamarca sobre la UEM, la defensa y la ciudadanía europea. De la misma manera, el acervo de Schengen se adoptó sólo parcialmente, ya que Irlanda, el Reino Unido y Dinamarca pueden optar por participar o no, en cada caso, en todas o en parte de las medidas previstas. [http://europa.eu/legislative_summaries/glossary/opting_out_es.htm], [Consulta: 19.3.2013].

³⁴³ *Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales*. p.71, [Consulta: 4.10.2012], [www.juridicas.unam.mx].

de nuestro orden jurídico constitucional o los derechos inalienables de la persona”, añadiendo, además, que esa posibilidad debe considerarse como “puramente teórica”³⁴⁴.

El Tribunal Constitucional alemán emitió un dictamen en el que manifestaba que era muy difícil que se pudiera conceder más competencias a las instituciones comunitarias de manera compatible con la Constitución Alemana salvo que las instituciones comunitarias fueran dotadas de mecanismos democráticos similares a los de los Estados Miembros. Este Tribunal, en su sentencia de 22 de octubre de 1986 (*Solange II*), sostuvo que “en tanto” las Comunidades contaran con un estándar de protección de los derechos fundamentales equiparable al de la Ley Fundamental de Bonn, lo que era el caso a la luz de la jurisprudencia del TJUE, no correspondía al Tribunal Constitucional examinar la conformidad del Derecho Comunitario con los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento alemán³⁴⁵.

- Este conflicto se podría empezar a producir también con el Tribunal de Estrasburgo por el aumento de competencias del TJUE. El Estado que transpone una directiva puede verse condenado por el simple hecho de la transposición y el TEDH no puede condenar a la Comisión, ha de pronunciarse sin que la Comisión pueda intervenir en el procedimiento. Sin embargo, la cercana dependencia por parte del TJUE de la jurisprudencia del TEDH, a saber, su renuncia a formular sus propios estándares de derechos fundamentales, puede ser justificada desde esta perspectiva: de acuerdo con su lógica, la Unión no forma una comunidad de derechos fundamentales propia, y por tanto no desafía a los tribunales de los Estados miembros en este ámbito.

En 1993, la Comisión, ya había propuesto que la UE se adhiriera al CEDH, el cual pasaría a formar parte del Derecho comunitario. El problema se encontraba en la base jurídica dado que la Comunidad no tiene una competencia universal, sino únicamente en el ámbito de las competencias asumidas en los Tratados. En el Dictamen 2/94, la Comisión determinó que la

³⁴⁴ MOITINHO DE ALMEIDA, “Protección de los derechos..” págs.116-7. Cita también el autor la sentencia de 21 de abril de 1989, en la que el Tribunal Constitucional italiano dictaba su sentencia en el asunto *Fragd*. En relación con una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que había limitado para el futuro los efectos de la anulación de determinado acto comunitario sin prever una reserva a favor de las acciones iniciadas entretanto, dicho Tribunal Constitucional, si bien observó que tal interpretación de una norma comunitaria violaba el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, garantizado por la Constitución italiana, no obstante, desestimó la acción por razones adjetivas. Ahí se confirma, según el autor, que el control de constitucionalidad es siempre posible, aunque esa posibilidad sea teóricamente improbable. El hecho de haber procedido a un análisis innecesario del fondo de la cuestión, se interpreta como una indicación al Tribunal de Justicia de la diferente protección de dicho derecho fundamental en el ordenamiento jurídico comunitario y en el italiano.

³⁴⁵ ALONSO GARCÍA, R. *Derecho de la Unión Europea. Textos y materiales*. p. 384, 1ª Ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.

Comunidad no podía adherirse al Convenio Europeo de 1950 al no haber una base explícita en los Tratados que lo permitiera.

2.2.3.2.- Estructura legislativa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Participan en el proceso legislativo comunitario para la construcción del ELSJ el Consejo de Ministros (Consejo JAI o CAGRE), los Comités de Altos Funcionarios y los Grupos de Trabajo³⁴⁶.

A.- El Consejo de Ministros (CONJAI COREPER I) tiene encomendada la función legislativa en relación a las políticas de migración (admisión y expulsión), fronteras, asilo, visados, sistema de Dublín y Eurodac³⁴⁷ y CIREFI³⁴⁸. Le compete la evaluación colectiva de

³⁴⁶ En referencia a los diferentes grupos de trabajo del Consejo [Consulta: 19.3.2013],[www.maec.es/es/.../W%20-%20PEREZ.ppt-] y [www.maec.es/.../WEB%20-%20ALONSO%20feb....-]. Dicha denominación también puede hacer referencia a las diferentes formaciones del Consejo ya que el Consejo es único pero, por razones de organización, según la naturaleza del tema a abordar se reúne en diversas formaciones, integradas por los Ministros competentes en esa materia. En efecto, los representantes del Consejo deben tener rango ministerial y estar facultados para comprometer a su Estado. En el Tratado de Lisboa se mantiene la posibilidad, que ya previera el TCE de que participen en las reuniones del Consejo, consejeros o ministros regionales de las entidades infraestatales. Deberán ser facultados por sus respectivos gobiernos para comprometer su voluntad y será precisa una coordinación previa de las comunidades o regiones en defensa de su posición común, debiendo el Estado definir la misma con anterioridad a la reunión del Consejo. La determinación de los representantes depende de las respectivas normas constitucionales de cada Estado miembros. FERRER MARTÍN DE VIDALES, C., "El Consejo de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa", *Revista Universitaria Europea*, Nº13, Julio-Diciembre 2010 [Consulta: 19.3.2013],[pendientedemigracion.ucm.es/info/.../092010.pdf], p. 4.

³⁴⁷ "Con un carácter eminentemente represivo, ante las dificultades con que los Estados miembros tenían enfrentarse a la hora de detectar a los extranjeros que ya hubieran presentado una solicitud de asilo en otro Estado miembro, los ministros responsables de la inmigración ya habían lanzado en 1991 la idea de crear un sistema comunitario que permitiera identificar a los solicitantes de asilo en otro Estado miembro, comparando sus huellas dactilares. A ello responde el Reglamento 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000 relativo a la creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín que permite tomar cuanto antes las impresiones dactilares de todos los dedos de cualquier solicitante de asilo que tenga por lo menos 14 años de edad. A los efectos de la aplicación del Convenio de Dublín es necesario determinar la identidad de los solicitantes de asilo y las personas interceptadas con ocasión del cruce irregular de una frontera exterior de la Comunidad. Con ello se facilita al mismo tiempo a los Estados miembros el conocimiento de quién entra en su territorio, reforzándose de ese modo la seguridad nacional". DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M, op. cit. p.93.

³⁴⁸ El Centro de Información, Reflexión e Intercambio en materia de cruce de fronteras e Inmigración (CIREFI) se creó en virtud de una Decisión de los ministros responsables de inmigración de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1992. En el año 1994 se decidió ampliar sus actividades con el fin de englobar la obtención de información sobre diferentes aspectos como la inmigración ilegal y las situaciones de

dichas políticas y de los instrumentos adoptados en su ejecución. Se trata del fundamental órgano de impulso político, y en su seno se aprobaron programas y planes de acción que delimitan las líneas de actuación y aseguran la cooperación y coordinación de la actuación institucional e intergubernamental. De especial relevancia fueron el Consejo de Viena, celebrado el 3 de diciembre de 1998, del que surge el Plan de Acción de Viena, y el Consejo Europeo especial de Tampere, celebrado en octubre de 1999, que aprobó el primer programa de trabajo.

B.- Al Consejo de Ministros (CAGRE COREPER II) le corresponde la función legislativa referida a las políticas de cooperación aduanera, terrorismo, evaluación Schengen, protección civil, sistema de información Schengen (SIS; SIRENE/SISNET), cooperación judicial civil, cooperación policial, cooperación penal material, acervo Schengen, multidisciplinar del crimen organizado, EUROPOL, red judicial europea y cooperación en justicia penal.

Todo el trabajo del Consejo está preparado o coordinado por el Comité de Representantes Permanentes formado por miembros permanentes de los Estados miembros que trabajan en Bruselas junto a sus asistentes. El Coreper opera a través de dos formaciones. El Coreper I, compuesto de los representantes permanentes adjuntos, y se ocupa de los asuntos técnicos; el Coreper II, compuesto por los embajadores, se ocupa de los asuntos de carácter político, comercial, económico o institucional. Con vistas a garantizar la coherencia, el Coreper, cuando sea apropiado en base a la información proporcionada por la Comisión y los grupos de trabajo relevantes, incluidos los grupos de alto nivel en las respectivas áreas (CATS, SCIFA, Comité de Derecho Civil), asesorarán regularmente y guiarán en el desarrollo de la dimensión externa del trabajo de la Unión en el área de Justicia e Interior”³⁴⁹.

residencia irregular, la entrada de extranjeros a través de los pasadores de fronteras, la utilización de documentos falsos o falsificados, las medidas adoptadas por las autoridades competentes, en forma de estadísticas con el fin de elaborar regularmente un balance de la situación. El CIREFI tiene asimismo la misión de analizar estas informaciones que se le remiten, extraer las debidas conclusiones y formular eventualmente propuestas, así como fomentar el intercambio de información en materia de repatriación. Integrado por expertos de los Estados miembros, el CIREFI se reúne todos los meses con el apoyo logístico de la Secretaría General del Consejo. En caso de emergencia, el intercambio de información se realiza directamente entre los servicios centrales de los Estados miembros implicados. Anualmente, el CIREFI ha de presentar al Consejo un informe de actividades y otros informes que eventualmente se soliciten. En mayo de 1999 se creó en el marco del CIREFI un sistema de alerta rápida para la transmisión de información relativa a la inmigración clandestina y a las redes de pasadores de fronteras. DÍAZ FERNÁNDEZ, A. M., et al, “Cooperación europea en...”, p.157.

³⁴⁹ DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M. et al, *Ibidem*, p. 181.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la Comisión creó en su seno una nueva Dirección General, “Justicia y Asuntos Interiores”, que, a finales de 2007, se componía de unos efectivos de cerca de 500 personas, 10 veces los de la “*task force JAI*”, vinculada al Secretariado General desde 1999. La Comisión dispone entonces de “*une force de frappe*” que la autoriza a elaborar numerosos proyectos³⁵⁰, lo que limita, de hecho, el derecho de iniciativa de los Estados Miembros, de manera que la mayoría de los textos negociados hoy por el Consejo tienen origen en la Comisión³⁵¹.

C.- En relación a la participación de Comités de Altos Funcionarios, se creó, precisamente en este contexto, el Comité del artículo 36 (CATS)³⁵² sobre asuntos de justicia e interior, un grupo de trabajo del Consejo heredero del Comité del artículo K4 cuya misión era la coordinación de los grupos de trabajo existentes en ese tercer pilar, la preparación de los trabajos del COREPER, así como la elaboración de dictámenes en ese ámbito. En efecto, para el tercer pilar, el Tratado de Amsterdam mantuvo este comité intermedio, que se sitúa entre los grupos técnicos y el COREPER. Compuesto por altos funcionarios, su misión esencial es preparar los trabajos del Consejo, concretamente resolviendo los puntos no reglados por los grupos de trabajo. De hecho, el Tratado favorece la búsqueda de compromiso en el seno de una instancia especializada³⁵³.

Las materias de visados, asilo e inmigración, una vez comunitarizadas, quedaron bajo la responsabilidad del Comité estratégico sobre Inmigración, Fronteras y Asilo (SCIFA) que, a diferencia del CATS, es un grupo de trabajo del primer pilar creado para coordinar los grupos de trabajo existentes y con competencias en todas estas materias. El SCIFA tiene la responsabilidad de desarrollar la política común de asilo e inmigración.

D.- Al lado de los comités, y como órganos preparatorios, se encuentran los grupos de trabajo. En relación con el ELSJ son destacables la *European Police Chiefs Task Force* (EPCTF); en el ámbito de la cooperación policial y del crimen organizado, el *Police Cooperation Group*

³⁵⁰ Casi el 20% de la actividad legislativa de la Comisión es realizada por la Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior.

³⁵¹ BARBE, E., “L’Espace judiciaire...”, p. 25.

³⁵² Esta configuración permanece en el actual artículo 36 del TUE “1. Se creará un Comité de Coordinación compuesto por altos funcionarios. Además de su función de coordinación, dicho comité tendrá como misión: -formular dictámenes dirigidos al Consejo, a petición de éste o por iniciativa propia, -contribuir, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 207 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, a la preparación de los trabajos del Consejo en las materias a que se refiere el artículo 29”.

³⁵³ BARBE, E., “L’Espace judiciaire...”, p.24.

(PCWG), el *Terrorism Working Group* (TWG)³⁵⁴, el *Horizontal Narcotics Group* (HNG/HDG) y el *Europol Working Group*; mientras que en el ámbito de la libre circulación de fronteras, se pueden reseñar el *Working Group for Border Issues* (FRONT), el subgrupo *Working Group for False Documentation* (FAUXDOC), el *Working Group for Illegal Migration* (CIREFI), el *Working Group for Migration and Return* (MIGR), el *Working Group for Visas* (VISA), el *Working Group for Schengen Evaluation* (SCH-EVAL), el *Working Group SIS/Sirene* (SIRIS), con su subgrupo *Schengen Information System-Technology* (SIS-TECH), el *SIS II Committee*, así como el grupo *Schengen Regulations (Schengen Acquis)*.

En relación a la consideración de estos grupos de trabajo en este momento de la evolución del ELSJ “cabe afirmar que la existencia de grupos de trabajo va institucionalizándose, y que la nueva configuración de las instituciones de estos ámbitos es deudora de los trabajos de esos grupos y de los que les precedieron a nivel intergubernamental, sin que ello implicase en ese momento la supranacionalización de este ámbito de políticas”³⁵⁵.

2.2.3.3.- Instrumentos jurídicos del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Las particularidades en el sistema de fuentes diseñado por el Tratado de Amsterdam se producen en el Título VI, en el que se prevé la existencia de la Posición Común, la Decisión Marco, la Decisión y el Convenio. Puede señalarse asimismo, y por referencia a lo dispuesto en el precedente Tratado de Maastricht, la sustitución de la acción común por la Decisión Marco y la Decisión. Además, los convenios pueden en lo sucesivo entrar en vigor previa ratificación de la mitad de los Estados miembros signatarios, lo que se recoge en su artículo 34.2 del siguiente modo. “*El Consejo dispondrá y fomentará, en la forma y según los procedimientos oportunos tal y como se establece en el presente título, la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad:*

³⁵⁴ El grupo de trabajo contraterrorista fue establecido dentro de Europol por un período inicial de seis meses. Los Estados miembros estaban invitados a designar oficiales de enlace de la policía y los servicios de inteligencia especializados en la lucha contra el terrorismo a dicho grupo.

³⁵⁵ BERMEJO CASADO, R., “El proceso de institucionalización...”, op. cit.p.34.

a) *adoptar posiciones comunes que definan el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto,*

b) *adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo;*

c) *adoptar decisiones con cualquier otro fin coherentes con los objetivos del presente título, con exclusión de toda aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.*

Estas decisiones serán obligatorias y no tendrán efecto directo; el Consejo adoptará por mayoría cualificada medidas que permitan aplicar estas decisiones a escala de la Unión;

d) *celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales. Los Estados miembros iniciarán los procedimientos pertinentes en un plazo que deberá fijar el Consejo.*

Salvo que dispongan lo contrario, los convenios, una vez hayan sido adoptados por la mitad de los Estados miembros como mínimo, entrarán en vigor para éstos últimos. Las medidas de aplicación de los convenios se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las Partes Contratantes.”

De acuerdo con el precepto transcrito, el Tratado de Ámsterdam prevé las siguientes categorías de actos normativos en el ámbito del Título VI:

A.- La Posición Común es una figura introducida por el Tratado de Maastricht que define el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto, permitiendo a los Estados Miembros unificar sus políticas de cara al exterior (Conferencias y Organizaciones Intergubernamentales) para llevar a cabo acciones comunes. Corresponde a la presidencia la defensa de la posición de la Unión.

B.- Decisión Marco: este instrumento fue introducido por el Tratado de Amsterdam, y resulta equivalente a las Directivas del primer pilar³⁵⁶. Sustituye a las acciones comunes previstas en el Tratado de Maastricht. Tiene por objeto la aproximación de las disposiciones

³⁵⁶ Con las matizaciones en relación a su efecto directo que exponemos a continuación.

legales y reglamentarias y establecer directrices mínimas a los Estados Miembros. Obligan en cuanto al resultado que debe conseguirse, y dejan a los Estados libertad de elección de la forma y los medios para alcanzarlo. Carecen de efecto directo y su desarrollo posterior es obligación de todos los Estados Miembros, pues su obligatoriedad alcanza a todos ellos.

C.- Decisión: esta figura fue introducida por el Tratado de Amsterdam con un carácter residual respecto de las Decisiones Marco. Persigue la consecución de cualquier otro fin coherente con los objetivos del Título VI TUE con exclusión de la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados Miembros. Carecen igualmente de efecto directo y su fuerza obligatoria se extiende a todos los Estados Miembros. Corresponde al Consejo adoptar, por mayoría cualificada, las medidas que permitan aplicar tales decisiones a escala de la Unión.

D.- Convenio: reconocido ya en el Tratado de Maastricht, ha sido el principal instrumento jurídico del tercer pilar hasta Amsterdam (antiguo art. K3 TUE). Su adopción corresponde a los Estados Miembros según sus respectivas normas constitucionales.

Se estableció un sistema de instrumentos jurídicos que recordaba al sistema comunitario, aunque con importantes correcciones respecto de los elementos supranacionales propios de éste³⁵⁷. En efecto, las principales diferencias entre los instrumentos jurídicos del primer y tercer pilar, se explican desde la distinción entre la supranacionalidad y la intergubernamentalidad. Frente al reglamento, directiva, decisión y recomendación, propias del ámbito comunitarizado, se incluyen las posiciones comunes, las decisiones marco, las decisiones y los convenios, con la esencial diferencia de que ninguno de estos últimos instrumentos aparece dotado de eficacia directa³⁵⁸.

La experiencia en la producción y aplicación de esta normativa lleva a la conclusión de que la más operativa y la más empleada ha sido la Decisión marco, que se ha convertido en un paralelo en el ámbito de la cooperación judicial a la funcionalidad e instrumentalidad de la Directiva en ámbito comunitarizado. Ello ha sido consecuencia, en parte, de los efectos que a

³⁵⁷ ALONSO GARCÍA, R., "El soft law comunitario", *Revista de Administración Pública*, Nº 154, 2001, págs. 63-94, [Consulta: 25.5.2013], [www.upf.edu/constitucional/.../Alonso_GARCIA_Ricardo.pdf].

³⁵⁸ Sobre la posible eficacia de los convenios vid. MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. *Los acuerdos internacionales de la Unión Europea en el tercer pilar*, 1ª Ed. Pamplona: Aranzadi, 2009, págs. 141 y 142.

la Decisión marco atribuyó la Jurisprudencia del TJCE en el asunto *Pupino*³⁵⁹, donde vino a reconocer a la Decisión marco efecto directo en los mismos supuestos para los que ya lo había hecho respecto de las directivas. De otro lado, las diferencias en los instrumentos normativos son un reflejo del diferente grado de cesión de soberanía en uno y otro ámbito. En este sentido, el instrumento más evolucionado es, sin duda, la Decisión marco, y el que implica un menor grado de desarrollo en el proceso de integración, el convenio, en cuanto instrumento clásico del derecho internacional que no es propio o característico de organizaciones supranacionales y cuya aplicación tiene lugar con mayor lentitud, complejidad, y menores facultades de control. La falta de eficiencia, con reiteración y desde diversos sectores, atribuida a la cooperación judicial europea, se debe a la contingencia y variabilidad que caracterizan a la cooperación intergubernamental; la asignación de recursos es variable y no existen instituciones estables ni órganos permanentes, lo cual resta garantías de eficacia y tiñe de incertidumbre el resultado de la cooperación³⁶⁰.

Además, el bloqueo del proceso decisorio en el tercer pilar, debido a la necesidad de unanimidad, unido al riesgo de debilitamiento de standards en nombre de un menor denominador común, condujo a la Comisión a explotar las posibilidades más favorables para la adopción de instrumentos, que ofrecía el primer pilar, lo que la enfrentó sistemáticamente con la gran mayoría de los Estados miembros³⁶¹. La cuestión, por tanto, de la elección de la base jurídica para la adopción de los instrumentos de derecho derivado es antigua y constituye el objeto de una abundante jurisprudencia del TJUE, según la cual, la determinación de la base jurídica de un instrumento se efectúa en razón de su finalidad y contenido.

Además, el Tratado de Amsterdam supuso una arriesgada apuesta por abrir el pilar intergubernamental a la flexibilidad aun sabiendo que sobre él actúan fuerzas centrífugas,

³⁵⁹ STJUE de 16 de junio de 2005, *María Pupino*, C-105/03. Vid sobre esta cuestión, ESTRADA CUADRAS, A., "Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2005", Universitat Pompeu Fabra, *InDret* 2/2006, [Consulta: 20.3.2013],[www.indret.com/pdf/341_es.pdf] y SARMIENTO, D., "Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La Sentencia *Maia Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2005), [Consulta: 20.3.2013], [[www.reei.org/index.php/revista/num10/.../D.Sarmiento\(reei10\).pdf](http://www.reei.org/index.php/revista/num10/.../D.Sarmiento(reei10).pdf)].

³⁶⁰ ACOSTA GALLO, P., "La evolución hacia...", op. cit.

³⁶¹ Como ejemplo de esta jurisprudencia la sentencia C-176/03, *Comisión vs Consejo*, de 13 de septiembre de 2005, en cuanto reconoce por primera vez la competencia del legislador comunitario en materia penal, y la sentencia de 23 de octubre de 2007 cuando afirma que la determinación de la naturaleza y de los niveles de las sanciones penales *ne relève pas* de la competencia comunitaria, afirmación que constituye incontestablemente una inflexión de la jurisprudencia de 2005, ya que en dicha sentencia la Corte había dejado la cuestión abierta. JAULT-SESEKE, J. et LELIEUR, "L'espace judiciaire..." págs. 27-29.

pero también centrípetas destructoras³⁶². La cooperación reforzada³⁶³ en este contexto evitaría el inmovilismo³⁶⁴ y el bloqueo de los procesos de cooperación en un pilar en el que la unanimidad era la regla básica³⁶⁵. Así, con el fin de evitar la repetición de una colaboración intergubernamental exclusiva basada en el modelo de Schengen, el Tratado de Amsterdam prevé en el Título VI la posibilidad de crear una cooperación reforzada en el marco de la UE para los Estados miembros que así lo deseen.

Sintetizando lo anterior, las mayores aportaciones del Tratado de Amsterdam se encuentran en el proceso de comunitarización parcial, la remodelación institucional y jurídico-instrumental, la incorporación del Acervo Schengen y la apertura a la flexibilidad. En definitiva, el Tratado de Amsterdam ha de ser considerado como el referente principal en materia de justicia e interior. Por su extensión temporal, habida cuenta las modificaciones de ligero calado que introdujera el Tratado de Niza y el régimen de derecho transitorio previsto

³⁶² Fuerzas que se pueden describir e identificar del siguiente modo: “En este período las fuerzas que influyen en el ámbito JAI son intensas en ambos sentidos. Por un lado, las novedades introducidas por el Tratado de Amsterdam estableciendo un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, son importantes y establecen la base para una mayor integración de la política JAI en el futuro...Se estrecha la cooperación, y se fomenta la europeización, al tiempo que se aumentan los poderes de las instituciones comunitarias, como el Parlamento y la Comisión.

Por otro lado, sin embargo, la fuerte presencia del principio de subsidiariedad continua mostrando el rechazo, o si más no, la desconfianza que existe a la hora de diseñar una política JAI comunitaria”, ALABAREDA, E., “La política de Justicia y Asuntos Internos en la Unión Europea: ¿hacia una política europea común?”, *Deri Working Papers* 14/2005, [Consulta: 20.3.2013], [www.uam.es/centros/economicas/.../WorkingPapers/DWP14-2005.pd...]. FERNÁNDEZ MARTÍN, J.M., “¿Hacia la Europa de las regiones? El principio de subsidiariedad, la integración europea y el futuro de las entidades subestatales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, núm. 90. Octubre-Diciembre 1995, describe el mismo fenómeno del modo siguiente: “La fuerza centrífuga por un lado, representada por las crecientes demandas de unidades subestatales reclamando mayor grado de competencias e independencia del poder central estatal, y por otro, la fuerza centrípeta ejercida por las instituciones supranacionales desde Bruselas, asumiendo el ejercicio de cada vez más competencias no sólo ya en los ámbitos económicos, sino también sociales y políticos...”

³⁶³ El Tratado de Amsterdam introdujo el concepto de “cooperación reforzada” en el Tratado de la UE para la cooperación judicial en materia penal. La cooperación reforzada permite una colaboración más estrecha entre los países de la Unión que deseen seguir profundizando en la construcción europea, respetando el marco jurídico de la Unión. De este modo, los Estados miembros interesados pueden progresar según ritmos u objetivos diferentes. No obstante, la cooperación reforzada no permite ampliar las competencias previstas por los Tratados ni puede aplicarse a ámbitos que sean competencia exclusiva de la Unión. Además, sólo puede iniciarse como último recurso, en caso de que hay quedado sentado en el seno del Consejo que los objetivos asignados no pueden ser alcanzados por el conjunto de la Unión en un plazo razonable.[Consulta: 20.3.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/enhanced_cooperation_es.htm].

³⁶⁴ Vid. al respecto, DASTIS QUEICEDO, A. y DE AREILZA CARVAJAL, J.M. “Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº1, Nº1, 1997, págs. 9-28.

³⁶⁵ JIMENEZ, J. O. y CASTRO MORAL, L., “La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales.”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 91, págs. 173-194, [Consulta: 29.2.2013], [www.cidob.org/es/cintent/download/24690/.../8_OSCAR+JAIME.pd...].

por el Tratado de Lisboa, lo que significa, en definitiva, que ha sido bajo el imperio del Tratado de Amsterdam que los grandes contenidos se han decidido y, sobre todo, las grandes opciones de política legislativa han sido tomadas³⁶⁶.

2.2.4.- Modificaciones introducidas por el Tratado de Niza

El Tratado de Niza fue adoptado a raíz de la Conferencia Intergubernamental celebrada en Niza los días 7 y 8 de diciembre de 2000, y firmado el 26 de febrero de 2001, habiendo entrado en vigor el 1 de febrero de 2003³⁶⁷. Constituía su finalidad esencial adaptar el funcionamiento de las instituciones europeas a la incorporación de nuevos Estados miembros.

Por lo que se refiere al Título IV del Tratado CE (visados, asilo, inmigración y otras políticas vinculadas a la libre circulación de las personas), los Estados miembros decidieron que la mayoría de estas materias pasaría de la votación por unanimidad al procedimiento de codecisión (art. 251 TCE). En efecto, el Tratado de Niza amplía el procedimiento de codecisión (art. 67, apartado 5):

- A determinadas medidas relativas al asilo y los refugiados, siempre y cuando el Consejo haya adoptado previamente una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias;
- A la cooperación judicial en materia civil, con exclusión de los aspectos relativos al derecho de familia³⁶⁸.

³⁶⁶ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, "Instituciones y derecho...", op. cit., p. 92.

³⁶⁷ DO C 80 de 10.3.2001.

³⁶⁸ El apartado 4º del art. 2 del Tratado de Niza añadió un apartado 5º al art. 67 del TCE, por virtud del cual, desde el momento de su entrada en vigor, se aplicó a "las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia", el mecanismo de la codecisión del art. 251 del TCE, lo cual implicaba una mayor agilidad en la adopción de los actos normativos comunitarios. AGUILAR GRIEDER, H., "La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, Nº1, págs. 308-338, ISSN 1989-4570, [Consulta: 20.3.2013], [e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/.../104-]. De lo que se desprende que el nuevo Tratado no había previsto la aplicación del procedimiento de codecisión a materia o aspecto alguno relativo a la cooperación judicial y policial en materia penal, sino únicamente a los aspectos comunitarizados (asilo y migración) y determinadas materias propias de la cooperación civil (con exclusión del derecho de familia).

No obstante, el paso al procedimiento de codecisión quedó diferido en el tiempo. Una parte de las decisiones en materia de inmigración se tomará en codecisión a partir del 1 de mayo de 2004³⁶⁹.

Las reformas institucionales alcanzaron también a la estructura jurisdiccional. La envergadura de la tarea jurisdiccional, que adquiere proporciones inimaginables con el incremento de las competencias de la Unión Europea, el enquistamiento del principio de subsidiariedad y las sucesivas ampliaciones de su ámbito territorial llaman a importantes modificaciones³⁷⁰.

El propio Tribunal elaboró en marzo de 2000 el documento denominado *Contribución del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia a la Conferencia intergubernamental* en el que expresaba las reformas estimadas prioritarias. Se concretaban en la facultad de que el TJCE y el TPI fueran habilitados para modificar por sí mismos sus respectivos reglamentos, el establecimiento de un sistema de filtrado de los recursos de casación³⁷¹ y la atribución al TPI de la competencia para responder a las cuestiones prejudiciales en las que el interés de la Unión no obligara a reservar tal competencia exclusivamente al Tribunal de Justicia.

La mayoría de tales propuestas, fueron atendidas³⁷². El Tratado de Niza llevó a cabo una reforma de las fuentes internas por las que se regía la Institución jurisdiccional comunitaria³⁷³

³⁶⁹ La reunión de diciembre de 2001 del Consejo Europeo, celebrada en Laeken, ofreció la posibilidad de evaluar los progresos realizados. La Comisión, en su actualización del cuadro de indicadores para el segundo semestre de 2001, concluyó que el balance era positivo en términos globales, pero que no se habían cumplido determinados plazos, en particular en materia de migración y asilo. Subrayó que el “cambio de pilar” no había acelerado el proceso, pero que se habían realizado algunos avances en lo relativo al reconocimiento mutuo, así como en lo referente a la creación de una serie de nuevos organismos de cooperación.

A finales de 2002, la Comisión señaló que, aunque el impulso iniciado en el Consejo Europeo de Laeken continuaba dando sus frutos en algunos ámbitos, no se había logrado recuperar el retraso observado, en particular en materia de asilo y migración, a pesar del hecho de que se habían presentado las propuestas necesarias al Consejo. [Consulta: 20.3.2013],[http://circa.europa.eu/irc/opone/fact_sheets/info/data/polices/freedom/article_7305_es.htm].

³⁷⁰ RUIZ-JARABO COLOMER, D., *La Justicia de la Unión Europea*, op. cit. p. 89.

³⁷¹ Fundamentado, según el Informe del Grupo de Reflexión de enero de 2000 en el altísimo porcentaje de asuntos que son objeto de recurso (30%) unido al también elevadísimo porcentaje de fracaso de éstos en sus expectativas (del 75% al 93%). MARTÍNEZ MARTÍNEZ, E.M., “Futura configuración de la arquitectura jurídico-institucional de la UE a través de las sucesivas reformas del Estatuto del Tribunal de Justicia previstas en el Tratado de Niza”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº3- 2º semestre 2002, [Consulta: 8.4.2012], [e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:929&desID...pdf].

³⁷² No fue acogida la solicitud referida a la modificación reglamentaria por los propios tribunales, aunque sí lo fue la petición subsidiaria relativa a la sustitución de la unanimidad del Consejo por una mayoría

y con él el TPI pasa de ser un mero tribunal agregado al TJUE a quedar configurado por el mismo Tratado, lo que conlleva convertir al TJUE en órgano supremo de la jurisdicción comunitaria. Del mismo modo, se le atribuye la posibilidad de conocer de cuestiones prejudiciales en las materias contempladas en el propio Estatuto³⁷⁴. Esta competencia del TPI se sujeta, no obstante, a distintos controles que responden a una finalidad única: asegurar la coherencia y la unidad en la interpretación y aplicación del derecho comunitario. Por ello, en primer lugar, el propio TPI puede declinar su competencia con remisión del asunto al TJUE, y también el propio TJUE puede acordar la procedencia del reexamen de la sentencia prejudicial a propuesta del primer Abogado General (Art. 225.3º TCE)³⁷⁵. También fue instaurado el sistema de filtrado de recursos de casación a través del apartado 2 del artículo

cualificada, en línea con la finalidad de flexibilización acometida por el Tratado. De este modo, se añadió un último párrafo en el art. 223 del Tratado de la Comunidad Europea para admitir que el Tribunal de Justicia elabore su propio Reglamento de Procedimiento, si bien con la aprobación del Consejo por mayoría cualificada. Idéntica aprobación se pedía para el Reglamento del Tribunal General.

³⁷³ “Tal reforma reside en una reordenación interna del complejo entramado en que dicho sistema consiste, integrado esencialmente hasta ahora, como es sabido, por el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, los protocolos independientes que contienen los Estatutos del TJUE correspondientes a cada una de las Comunidades, la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom, de 24 de octubre de 1988, que regula la composición, competencias y funcionamiento del TPI, y los Reglamentos de Procedimiento del TJUE y del TPI. Véase sobre esta cuestión ARANGÜENA FANEGO, C., “La reforma jurisdiccional operada en virtud del Tratado de Niza” y VIDAL FERNÁNDEZ, B., “La reforma de las instituciones propuestas para el futuro del sistema de justicia europeo” en CALONGE VELÁZQUEZ, A.(Coord.), *La reforma institucional en el Tratado de Niza*, Lex Nova 2004, págs. 145-186 y 187-223 respectivamente.

Pues bien, la reordenación del bloque normativo por el que se rige la Institución jurisdiccional comunitaria consiste, en primer lugar, en una simplificación del mismo, que se logra: de un lado, mediante la unificación del Estatuto del TJCE en un Protocolo (anejo al TUE y a los Tratados constitutivos) nuevo y único, esto es, común para la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica; de otro lado, mediante una derogación de la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom, de 24 de octubre de 1988, sobre composición, competencias y funcionamiento del TPI, cuyos contenidos se integran bien en los propios Tratados, bien en el Estatuto del TJCE.” BACIGALUPO SAGGESE, M. “La reforma del sistema jurisdiccional de la Unión Europea: de Niza al proyecto de Constitución Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 6-1º semestre 2004, [Consulta: 7.4.2012],[espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19141&dsID...pdf].

³⁷⁴ Si bien el Estatuto no ha determinado aún cuáles sean estas materias, por lo que se trata de de una atribución competencial potencial.

³⁷⁵ En efecto, contra las resoluciones dictadas por el TPI en la resolución de una cuestión prejudicial, no cabe recurso de casación ante el TJCE, sino únicamente la señalada posibilidad de reexamen. El propio Tribunal de Justicia ha subrayado que los asuntos prejudiciales “no se prestan a un sistema de instancias porque se correría el riesgo de que diera lugar a una duración inaceptable del procedimiento y porque plantearía el problema del efecto de las sentencias dictadas en primera instancia, así como el de determinar los sujetos legitimados para recurrirlas. Y recalcó que tampoco cabe fragmentar la competencia prejudicial, ni con base en criterios preestablecidos en función de las materias de que se trate o del nivel jerárquico de los órganos jurisdiccionales remitentes, so pena de poner en peligro la coherencia de la jurisprudencia, ni en virtud de un mecanismo flexible de remisión caso por caso del Tribunal de Justicia al Tribunal General, que podría chocar con ciertas concepciones del juez ordinario predeterminado por la ley.” RUIZ-JARABO COLOMER, “La justicia de la...”, op. cit., p. 87.

225 del Tratado de la Comunidad Europea, que autoriza al Consejo, para, por unanimidad y a petición del Tribunal de Justicia, previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, modificar el título IV del Estatuto en orden a perfilar las categorías de asuntos respecto de las que cabe imponer un filtrado de los recursos de casación.

En materia de derechos fundamentales, la Carta de Derechos Fundamentales fue una de las respuestas a las cuestiones suscitadas. En efecto, se plantea primero, la necesidad de declaración y reconocimiento de los derechos humanos y, en segundo lugar, compatibilizar la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal de Estrasburgo.

El preámbulo de la Carta se refiere específicamente a su relación con el ELSJ al señalar que

“Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa la persona en el centro de su actuación”

La Carta de Derechos Fundamentales es un instrumento “*sui generis*” con una eficacia jurídica limitada que obedecía a una necesidad claramente sentida por los Estados Miembros de dotarse de mayor respetabilidad en materia de protección de derechos fundamentales. Se decide su nacimiento en el Consejo Europeo de junio de 1999 en Colonia, paralelamente a la conferencia intergubernamental que dio lugar al Tratado de Niza (diciembre 2000).

En este momento hay una inquietud por ganar en legitimidad política y los jefes de gobierno y de Estado deciden adoptar un método revolucionario, el método de la convención. Se crea un cuerpo en el que participan las instituciones comunitarias a nivel ejecutivo y legislativo y las instituciones nacionales también a nivel legislativo y ejecutivo, con dieciséis miembros del Parlamento Europeo y el Comisario de Derechos Fundamentales. Disponía de un pequeño comité ejecutivo que dirigía los trabajos (*praesidium*). Su cabeza fue R. Herzog. Se trabajó desde la perspectiva de que la Carta fuera jurídicamente vinculante, una Carta Universal, no sólo incluyendo los derechos civiles y políticos, sino también económicos y sociales y también de la tercera generación (por ejemplo el medioambiente). La titularidad de los derechos que se reconocen es universal. Se realiza mediante un método consensuado. El presidente había de decidir si se contaba con suficiente mayoría, no se aprobó por unanimidad. La Carta fue proclamada en el año 2000. No era una declaración, ni jurídicamente vinculante, sino una Carta Proclamada. El Presidente del Parlamento y el

Presidente de la Comisión proclamaron que en el ejercicio de sus funciones se sentían vinculados a la hora de legislar por ese documento, que no era una fuente formal, pero sí una fuente de inspiración del Derecho Comunitario. Los artículos de la Carta son citados de forma expresa en algunas sentencias del TJUE. En efecto, aunque la Carta fue solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, se aplazó la decisión sobre el rango jurídico preciso que se le debía conferir. Como consecuencia, no se incorporó en ninguno de los Tratados y no se atribuyó fuerza jurídica a sus disposiciones de otra forma. No obstante, fue considerada con prontitud como un catálogo de derechos fundamentales dotado de autoridad, puesto que confirmaba los principios generales inherentes al Estado de Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Al pronunciar sus sentencias el Tribunal de Justicia ha deducido con frecuencia una orientación de las disposiciones de la Carta. Como resultado, la Carta adquirió la condición de “Derecho de eficacia atenuada”, es decir, aunque sus disposiciones no fueran directamente aplicables como parte del Derecho de la Unión, eran sin embargo aptas para producir efectos jurídicos, en muchos casos de largo alcance, dentro de la Unión³⁷⁶.

En su contenido es neutra con respecto a la primacía del derecho comunitario, no modifica ninguna competencia de la Comunidad. Está dirigida únicamente a las instituciones europeas y a los Estados Miembros cuando aplican el derecho comunitario. No ofrece soluciones a la cuestión de la posible adhesión al CEDH. Sin embargo, representa un valor añadido respecto del CEDH por su modernidad (incorpora derechos nuevos, como la bioética, el derecho a fundar una familia, en lugar del derecho al matrimonio y también derechos de tercera generación). En concreto, el capítulo VI, lleva por rúbrica *Justicia* y reconoce en los artículos 47 a 50 los derechos a la tutela judicial efectiva y al juez imparcial, a la presunción de inocencia y derechos de la defensa, principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas, y el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito.

Tiene asimismo un valor político importante porque tiene efectos de cristalización, de determinación de aquellos derechos que integran el núcleo duro de los derechos fundamentales de la UE y permite concretizar los principios generales de derecho europeo, que, en tanto fuente formal, el TJUE puede interpretar.

³⁷⁶ Conclusiones de la Abogado General Sra. Sharpston en el Asunto *Radu*, C-396/11, apartado 48, en el que hace referencia al apartado 37 de la sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet* (C-432/05, Rec.p. I-2271) y apartado 335 de la sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat* (C-402/05 P y C-415/05, Rec. p. I-6351).

Existen, sin embargo, tendencias a fortalecer el principio de protección de los derechos fundamentales. En un trabajo pionero de 1999 comisionado por el Parlamento Europeo, Philip Alston y Joseph H. Weiler convocaron a que la Unión se convirtiera en un modelo internacional para una política de derechos fundamentales coherente, vigorosa y orientada al futuro. Políticas de minorías, políticas de migración y políticas generales de no-discriminación deben converger en esta política progresiva de derechos fundamentales, que ha de ser implementada no tanto a través de los tribunales, sino a través de burocracias especializadas y organizaciones no gubernamentales. Esta pretensión jugó primero un papel bastante marginal en los debates; pero éste ciertamente ya no es el caso a partir de la creación de la Agencia de Derechos Fundamentales³⁷⁷. En efecto, en 2007, mediante Reglamento se crea la Agencia de Derechos fundamentales, con sede en Viena y la función de establecer datos coherentes que permitan conocer mejor la situación de los derechos humanos en el ámbito de la UE y también emitir dictámenes a petición de la Comisión³⁷⁸.

Al margen de las anteriores propuestas, el Tratado de Niza refuerza la legitimación del Parlamento Europeo en el sistema jurisdiccional comunitario, facultándolo para interponer el recurso de anulación (art. 230 TCE), y de solicitar dictámenes al TJUE sobre la compatibilidad con las disposiciones del Tratado de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad (art. 300.6 TCE).

Tales atribuciones conferidas al Parlamento³⁷⁹, pueden considerarse, a nuestro juicio, una de las modificaciones más positivas en cuanto a la crítica que pudieran merecer las novedades introducidas por el Tratado de Niza. Fundamentamos tal afirmación en la utilización que el propio Parlamento ha realizado de dicha legitimación. Consideramos uno de los máximos exponentes de estas nuevas funciones la interposición del recurso de anulación en los asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04 por el que el Parlamento Europeo solicitaba que se anulase la Decisión 2004/496/CE del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la

³⁷⁷ *Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales.*, op. cit., p. 71.

³⁷⁸ FONSECA MORILLO, F., Master en Integración Europea, Valladolid, 2008.

³⁷⁹ Vid. al respecto, MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J., "La posición del Parlamento Europeo en el espacio de libertad, seguridad y justicia", en BARBÉ IZUEL et al, *Política exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*, 2007, [Consulta: 20.3.2013],[www.recercat.net/bitstream/.../7%20cap%205.pdf?...], págs. 67-83. Asimismo ALLUE BUIZA, A., "La posición del Parlamento Europeo en la etapa de integración abierta en Niza", en CALONGE VELÁZQUEZ, A., (Coord.), *La reforma institucional en el Tratado de Niza*, Lex Nova Valladolid, 2004, p.99.

celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos y la anulación de la Decisión 2004/535/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombre de los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos³⁸⁰.

Utilizando la vía jurisdiccional, el Parlamento se erigió a través de ella en claro garante y defensor de los derechos fundamentales y ello a pesar de que la doctrina no había vinculado inicialmente a dicho papel la atribución de legitimación activa al Parlamento en la interposición del recurso de anulación, sino más bien como una necesidad derivada de su mayor intervención en el procedimiento legislativo³⁸¹.

³⁸⁰ A raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, los Estados Unidos adoptaron en noviembre del mismo año una normativa en virtud de la cual las compañías aéreas que operen en rutas con destino u origen en Estados Unidos o que atraviesen su territorio están obligadas a facilitar a las autoridades aduaneras estadounidenses un acceso electrónico a los datos contenidos en sus sistemas automatizados de reserva y de control de salidas, designados con los términos "Passenger Name Records". La Comisión, si bien reconocía la legitimidad de los intereses de seguridad que estaban en juego, informó en junio de 2002 a las autoridades estadounidenses de que estas disposiciones podían ser contrarias a la normativa comunitaria y de los Estados miembros en materia de protección de datos y a determinadas disposiciones del Reglamento (CEE) nº 2299/89 del Consejo, de 24 de julio de 1989, por el que se establece un código de conducta para los sistemas informatizados de reservaLas autoridades estadounidenses aplazaron la entrada en vigor de las nuevas disposiciones pero finalmente no renunciaron a imponer sanciones a las compañías aéreas que no se atuvieran a la normativa relativa al acceso electrónico a los datos de los PNR después del 5 de marzo de 2003. En estas circunstancias, la Comisión inició negociaciones con las autoridades estadounidenses que dieron lugar a un documento que contenía compromisos contraídos con el fin de que la Comisión adoptase una decisión que declarase que el nivel de protección de datos era adecuado. La propuesta de Decisión fue sometida a dictamen del Parlamento, que propuso la celebración de un acuerdo internacional adecuado que respetara los derechos fundamentales en relación con determinados aspectos indicados en dicha resolución, reservándose el derecho a pedir al Tribunal de Justicia que comprobase la legalidad del acuerdo internacional proyectado y, en particular, su compatibilidad con el derecho a la intimidad, lo que efectivamente hizo a través del mencionado recurso, en el que el Tribunal de Justicia anuló las Decisiones adoptadas por la Comisión y el Consejo, relativas al carácter adecuado de la protección de datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos, haciendo precisa la celebración del acuerdo internacional en los términos propuestos por el propio Parlamento.

³⁸¹ En este sentido, SOBRIDO PRIETO, quien afirma que la situación procesal del Parlamento Europeo ha ido mejorando a medida que ha ido ganando peso en la elaboración del Derecho comunitario. En SOBRIDO PRIETO, M., "El sistema judicial comunitario y las exigencias de eficacia y uniformidad del derecho comunitario", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, Nº6, 2002, págs. 809-830, [Consulta:10.6.2013],[www.ruc.udc.es/dspace/bistream/2183/2194/1/AD-6-38.pdf].

2.2.5.- El relevante papel de las Agencias de la Comisión en la construcción del Espacio Judicial Europeo.

2.2.5.1.- Consideraciones preliminares.

La creación de organismos comunitarios descentralizados no es algo nuevo, puesto que los primeros organismos³⁸² datan de los años 70. Sin embargo, en la década de los noventa, al hilo de la dinámica de realización del mercado interior, han aparecido una serie de organismos nuevos, dando una nueva dimensión a lo que constituye el modelo comunitario de agencias europeas en la actualidad. Frente a estos organismos, las llamadas agencias de segunda generación constituyen la respuesta a un deseo de descentralización geográfica y a la necesidad de hacer frente a nuevas tareas de naturaleza técnica o científica. La mayoría de ellas inició sus actividades en 1994 o 1995, tras la decisión del Consejo Europeo de Bruselas de 29 de octubre de 1993 que fijó la sede de siete agencias³⁸³, algunas de las cuales ya tenían su reglamento de base aprobado por el Consejo varios años antes.

De este modo las Agencias europeas han pasado a formar parte de una realidad descrita por el Consejo Europeo³⁸⁴ como un modo integrante de la forma de operar en la UE, habiendo delarado que *as in Member States, EU decentralised agencies become an established part of the way the EU operates. In 2011, thirty one decentralised agencies perform a wide range of important tasks, using a significant amount of resources: they contribute to the implementation of important Union policies, thus helping all the institutions, in particular the Commission, to concentrate on core policy-making tasks. Agencies also have a role in supporting the decision-making process by pooling the technical or specialist expertise available at European and national level and thereby help enhance the cooperation between Member States and the EU in important policy areas. Moreover, the spread of agencies beyond Brussels and Luxembourg adds to the visibility of the Union in the different Member States.*

³⁸² Esto es, el Centro Europeo de Desarrollo de la Formación Profesional (CEDEFOP) y la Fundación para la mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo (EUROFOUND) se crearon en 1975.

³⁸³ En la práctica de las negociaciones, la cuestión de la determinación de la sede las agencias ha tenido una singular importancia y aunque el artículo 289 del TCE establece que *“la sede de las Instituciones de la Comunidad será fijada de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros”*, esta base jurídica no ha sido siempre utilizada para la decisión sobre la sede de algún organismo o agencia, cuya ubicación se decidió por el procedimiento previsto por la base jurídica del acto de creación del mismo.

³⁸⁴ *Note from Presidency to Permanent Representatives Committee. Evaluation of European Union Agencies. Brussels, 16 march 2012.*

En este contexto, también se han creado agencias con participación en la realización del ELSJ que pueden clasificarse como organismos descentralizados de carácter sectorial³⁸⁵ a los que resulta aplicable, por tanto, la denominada doctrina *Meroni* que puede ser resumida en el sentido de que la delegación de competencias en agentes externos es admisible únicamente en cuanto no dé lugar a autonomía alguna a su favor, de manera que no pueden verse involucradas en cuestiones o adoptar decisiones que impliquen un poder discrecional. Se trata de determinar los límites a la delegación de competencias a favor de estos entes descentralizados con fundamento en el principio de legitimidad³⁸⁶. En efecto, en las conocidas sentencias *Meroni* del TJCE de 13 de junio de 1958 en las que el Tribunal rechazó la transferencia de poderes soberanos a autoridades subordinadas diferentes de las instituciones de la UE estatuyendo que sólo podían delegarse “poderes ejecutivos” claramente definidos”, cuyo ejercicio tendría que estar siempre sujeto a la supervisión de la Comisión, con las siguientes consecuencias:

- a) La Comisión no puede delegar poderes más amplios que los que ella misma tiene.
- b) Sólo pueden delegarse poderes estrictamente ejecutivos.
- c) No deben delegarse poderes discrecionales.
- d) El ejercicio de poderes delegados no puede excepcionarse de las condiciones a las que deberían estar sujetos si hubieran sido ejercidos por la Comisión en particular la obligación de motivar las decisiones y del control judicial.
- e) Los poderes delegados continúan sujetos a las condiciones establecidas por la Comisión y sujetos a su continua supervisión.
- f) El equilibrio institucional entre instituciones de la UE no puede distorsionarse.

³⁸⁵ Por contraposición a las denominadas agencias ejecutivas, creadas por el Reglamento (CE) nº58/2003 del Consejo (DO L 11 de 16.1.2003), son organizaciones creadas con el fin de realizar determinadas tareas relacionadas con la gestión de uno o más programas comunitarios. Estas agencias se crean para un período de tiempo concreto y deben localizarse en la sede de la Comisión Europea. P.ej. la Agencia Ejecutiva de Competitividad e Innovación (AECI) o la Agencia Ejecutiva de Investigación (REA). [Consulta: 29.1.2013], [www.usc.es >... >Sistema insitucional de la UE-].

³⁸⁶ *The underlying concern of Meroni's prohibition for the Commission to delegate more power than it has itself and of its distinctions between clearly defined excutive powers and discretionary powers seems to be the notion of democratic legitimacy. Law is made by politically elected or at least publicly accountable officials (both the Council and the Commission) and any delegation of rule-making power should be traceable, in the final análisis, to that superior source of legitimacy.* CURTIN, D. and DEHOUSSE, R., “European Union Agency: tipping the balance? en BUSUIOC, M., GROENLLER, M. TRONDAL, J. JORRIT RIJPMMA, *The agency phenomenon in the European Unión, Emergence, institutionalisation and everyday decision.making*, European Policy Reseach, Unit Series, 1ª Ed., Manchester University Press, 2012, p. 200.

Por lo tanto, el TJUE se apoyó en el equilibrio institucional de forma que si se delegaran algunos poderes discrecionales se produciría el desequilibrio institucional. Esa distinción entre poderes discrecionales y poderes ejecutivos claramente definidos la basa el TJUE en la legitimidad democrática en la que debe ser posible buscar en los poderes de cualquier órgano normativos la autoridad de un Parlamento democráticamente elegido³⁸⁷.

Una agencia comunitaria puede definirse como un organismo de Derecho público europeo, distinto de las instituciones comunitarias, que posee una personalidad jurídica propia y que disfruta de una cierta autonomía de organización y financiera. Las agencias comunitarias se crean mediante un acto comunitario de Derecho derivado, con el fin de desempeñar una tarea específica de naturaleza técnica, científica o de gestión, que se especifica en el correspondiente acto fundacional. También han sido objeto de definición por parte de la Comisión Europea como “*regulatory agencies*”, categoría diferenciada de las “*executive agencies*”.

*As required to be actively involved in exercising the executive function by enacting instruments that contribute to regulating a specific sector*³⁸⁸.

Hay actualmente más de una veintena de organismos que responden a esta definición de agencia de la UE, si bien los términos empleados para designar a estos organismos son variados (Centro, Fundación, Agencia, Oficina, Observatorio) y pueden dar lugar a cierta

³⁸⁷ VIRGALA FORURIA, E. “Agencias (y agencias reguladoras) en la Comunidad Europea, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº5, enero-junio 2006, [Consulta: 29.1.2013], [www.ugr.es/redce/REDCE5/articulos/07eduardovirgalaforuria.htm].

³⁸⁸ *This rather enigmatic description, however fails, to accurately cover the wide variety of tasks that have been attributed to agencies. The use of the term ‘regulatory’ is also deceiving as the Meroni doctrine of the Court of Justice of the European Union imposes strict limits to the delegation of Powers to independent bodies, leaving EU agencies rather toothless in comparison to their national counterparts. It means that the EU agencies’ tasks are generally limited to the provision of scientific and technical assistance. In the Meroni cases the CJEU held that the delegation of Powers to independent bodies must be limited to implementing powers clearly defined and entirely supervised by delegating institution on the basis of specific and objective criteria so as not to upset the institutional balance of powers.* BUSUIOC, M., et al, op. cit., “The agency phenomenon...” págs. 84-112. En el mismo sentido, VIRGALA FORURÍA, E., “Agencias (y agencias...)”, coincide con los autores precedentes en la crítica realizada a la definición de la Comisión y clasifica las Agencias comunitarias en: Agencias “ejecutivas”: con tareas puramente de gestión. No tienen poderes decisorios, tomando todas las decisiones relevantes la Comisión y Agencias “con poder de decisión”: tienen capacidad de dictar instrumentos legales vinculantes para terceros o, al menos, considerable influencia en la adopción de la decisión final por la Comisión.”

confusión, sobre todo, teniendo en cuenta que otros organismos que utilizan estas mismas denominaciones no son agencias según esta definición³⁸⁹.

2.2.5.2.- Objetivos

Los objetivos de las agencias individuales son múltiples. Cada agencia es única y cumple una función individual definida en el momento de su creación. Esta función podría modificarse a lo largo de los años, si bien existen varios objetivos generales subyacentes al funcionamiento de las agencias en su conjunto:

- Introducen un grado de descentralización y dispersión de las actividades comunitarias.
- Conceden un perfil más elevado a las tareas que les son asignadas, identificándolas con las propias agencias.
- Algunas responden a la necesidad de desarrollar conocimientos científicos o técnicos en determinados ámbitos bien definidos.
- Otras tienen como función integrar diversos grupos de interés, facilitando así el diálogo a escala europea (entre los interlocutores sociales, por ejemplo) o internacional³⁹⁰.

En lo que respecta a su relación con la Comisión, SZAPIRO³⁹¹ partiendo de la ausencia de una relación de jerarquía entre ellas, enuncia sus objetivos principales que se centran en permitir a la Comisión:

- *Better prepare draft implementing measures and, possibly, legislative proposals (eg. Agencies drawing up opinions/Studies/report).*
- *Better fulfil its role as the “guardian” of Community law (eg. Agencies preparing inspection reports or organising Networks of national regulators)*

³⁸⁹ En algunas ocasiones esto se debe a la propia evolución del organismo, originariamente constituido como una Oficina o bien como un Observatorio, se convierte finalmente en una agencia según las definiciones aportadas sin perder su primigenia denominación.

³⁹⁰ Véase al respecto la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Agencias Europeas-Orientaciones para el futuro”, COM (2008) 135 final, Bruselas, 11.3.2008.

³⁹¹ SZAPIRO, M. “The Framework for European Regulatory Agencies: a balance between accountability and autonomy”, Third ECPR 2005 CONFERENCE (BUDAPEST, 8-11 September 2005) Panel 4 ‘European Regulatory Agencies: A new model of governance?’, [Consulta: 4.3.2012],[www.regulation.uppf.edu/ecpr-05-papers/mszapiro.pdf].

- *Refocus on its core functions (eg. Agencies dealing with highly specialised technical authorization to individual operators).*

Estas agencias de segunda generación, también denominadas “reguladoras”, tienen una considerable responsabilidad relacionando a la Comisión *inter alia* con la finalidad de permitirle un correcto ejercicio de sus propias competencias³⁹².

2.2.5.3.- *Funcionamiento*

Aunque las agencias son muy diferentes, tanto en tamaño como en objetivos, por regla general tienen una estructura básica común y maneras de funcionar similares³⁹³. Las agencias suelen funcionar gracias a una o más redes de socios situadas en el territorio de la Unión. Además, todas ellas tienen ciertas características organizativas comunes:

A.- *Un Consejo de Administración*: cada agencia funciona bajo la autoridad de un Consejo de Administración que fija las pautas generales y adopta los programas de trabajo de la agencia, con arreglo a su misión básica, los recursos disponibles y las prioridades políticas. Sus miembros se fijan en el reglamento por el que se crea la agencia. Los Consejeros de Administración de las agencias incluyen siempre representantes de las administraciones de los Estados miembros y un representante de la Comisión, pudiendo también incluir miembros designados por el Parlamento Europeo o representantes de diferentes lados del sector.

³⁹² Un claro ejemplo de esta realidad se encuentra en el treaty making power del que disfrutaban determinadas agencias, el cual se analizará con mayor precisión dentro del estudio individualizado de estos entes.

³⁹³ Como el número y la diversidad de las agencias reguladoras ha aumentado, la Comisión decidió que un marco común ayudaría a aclarar y a normalizar sus funciones y métodos de trabajo. En 2005, propuso un acuerdo interinstitucional sobre el marco de funcionamiento de las agencias reguladoras europeas. El objetivo consistía en alcanzar un acuerdo sobre las condiciones relativas a la creación, el funcionamiento y el control de las agencias reguladoras con arreglo al primer pilar. Aunque estaban pensadas para las nuevas agencias, estas normas básicas podían también utilizarse para revisar, formal o informalmente, el modo en que trabajaban las agencias existentes. Desgraciadamente, a pesar del apoyo general del Parlamento Europeo, las negociaciones sobre este proyecto de acuerdo quedaron paralizadas en 2006, dado que el Consejo no estaba preparado para prestar la atención necesaria al problema y se plantearon ciertas dudas sobre la utilización de un acuerdo interinstitucional como medio de alcanzar dicho objetivo. No obstante, los problemas que el acuerdo interinstitucional intentaba solucionar subsisten. Todo ello según expone la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Agencias europeas - Orientaciones para el futuro”, COM (2008) 135 final, Bruselas, 11.3.2008.

B.- Un *Director ejecutivo*, que es el representante legal de la agencia. Nombrado por el Consejo de Administración o por el Consejo de Ministros, es responsable de las actividades de la agencia y de la adecuada ejecución de sus programas de trabajo. El reparto de poderes entre el Consejo de Administración y el director ejecutivo se fija en el reglamento por el que se crea la agencia, y puede detallarse en sus normas de procedimiento.

C.- Uno o más *comités técnicos o científicos*, compuestos por expertos especializados en el ámbito pertinente, que pueden también asistir al Consejo de Administración (caso de las comisiones presupuestarias) y al director ejecutivo, elaborando dictámenes sobre cuestiones técnicas que se les planteen, o actuando como enlaces de información.

D.- En la mayoría de los casos, la *auditoría interna* de las agencias la realiza el interventor de la Comisión o, si así se estipula en las normas de procedimiento, un auditor designado por la agencia. En cualquier caso, las agencias están sujetas al control externo del Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas.

2.2.5.4.- *Las agencias europeas relacionadas con el ELSJ.*

Con una incidencia más acusada en el ámbito de la CAJI se han creado dos agencias – Europol y Eurojust- para ayudar, entre otras finalidades, a los Estados miembros de la UE a cooperar en la lucha contra la delincuencia organizada. En este apartado también ha de incluirse la creación de la Escuela Europea de Policía. Europol y Eurojust llevan a cabo tareas muy específicas en el contexto del diálogo, la ayuda mutua, los esfuerzos conjuntos y la cooperación entre los servicios de policía, aduana e inmigración y los departamentos de justicia de los Estados miembros de la UE.

A continuación procederemos al estudio individualizado de estas agencias, creadas y a las que se han asignado funciones específicamente relacionadas con el ELSJ y de aquellas otras en las que, sin hallarse presente esta relación directa, de un modo más tangencial, contribuyen a su realización.

2.2.5.4.1.- Eurojust.

Eurojust, creado por una decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2002³⁹⁴, es el organismo europeo que se encargará de reforzar la cooperación y la coordinación judiciales en Europa, entre los Estados miembros, mediante la adopción de medidas estructurales a escala de la Unión para facilitar la mejor coordinación posible de las investigaciones y las actuaciones judiciales que cubran el territorio de más de un Estado miembro, con pleno respeto de los derechos y libertades fundamentales.

El origen de esta agencia se sitúa en el Consejo Europeo de Tampere³⁹⁵ con la finalidad de intensificar la cooperación en la lucha contra la delincuencia. Este propósito se desprende del punto nº46 de sus Conclusiones al afirmar que “para fortalecer la lucha contra el grave crimen organizado, el Consejo Europeo ha acordado que debería establecerse una unidad compuesta por fiscales, magistrados y oficiales de policía de competencia equivalente designados por cada Estado miembro según su propio sistema legal”. A esta previsión le siguieron la iniciativa presentada por Alemania con vistas a la adopción de una Decisión del Consejo por la que se crea una unidad de “eurojust”³⁹⁶, la iniciativa de la República Portuguesa, de la República Francesa, del Reino de Suecia y del Reino de Bélgica con vistas a la adopción de una Decisión por la se crea Eurojust para reforzar la lucha contra la delincuencia grave organizada³⁹⁷ y la Comunicación de la Comisión sobre la creación de Eurojust³⁹⁸ que expresa el parecer de la Comisión sobre la creación de esta nueva unidad³⁹⁹.

³⁹⁴ Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia.

³⁹⁵ Celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999.

³⁹⁶ DO C 206 de 19.7.2000.

³⁹⁷ DO C 243 de 24.8.2000.

³⁹⁸ COM (2000) 746 final. La Comisión opina que las competencias de Eurojust no deberían limitarse a la lucha contra las formas graves de delincuencia organizada sino extenderse a toda infracción especialmente grave. Además es contraria a la fijación de una lista exhaustiva de competencias, ya que la inserción de una nueva infracción en esta lista supondría, cada vez, una decisión del Consejo.

Teniendo conciencia de la amplitud de competencias de la unidad Eurojust, la Comisión propone algunas prioridades, como la lucha contra la delincuencia organizada y la falsificación del euro. En el ámbito de la cooperación judicial, la Comisión está convencida de que Eurojust debería ir mucho más lejos que la red judicial europea, marcando una etapa cualitativamente superior.

³⁹⁹ Sobre estas iniciativas, con mayor amplitud, vid. TIRADO ROBLES, C., *Eurojust: la coordinación de la cooperación penal en la Unión Europea*, Zaragoza: Cometa, 2002, Monografías del Real Instituto de Estudios Europeos, Nº4, págs. 29-34.

En la Conferencia Intergubernamental que se celebró en Niza en diciembre de 2000 los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron modificar⁴⁰⁰ el artículo 31 del Tratado de la Unión Europea, introduciendo la mención y la descripción de las tareas de Eurojust:

“2. El Consejo fomentará la cooperación mediante Eurojust:

a) capacitando a Eurojust para que contribuya a una adecuada coordinación entre las autoridades nacionales de los Estados miembros encargadas de la persecución del delito;

b) impulsando la colaboración de Eurojust en las investigaciones relativas a asuntos de delincuencia transfronteriza grave, especialmente en casos de delincuencia organizada, teniendo en cuenta en particular los análisis de Europol;

c) favoreciendo una estrecha cooperación de Eurojust con la Red Judicial Europea con objeto, en particular, de facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición.”

Con los anteriores precedentes, en el Consejo Europeo de Laeken, en diciembre de 2001, los Estados miembros decidieron (en el punto nº57 de las Conclusiones del Consejo) que, a la espera de una decisión sobre el lugar en el que se situaría la sede de algunas agencias, Eurojust tendría su sede provisional en La Haya. Por decisión del Consejo Europeo de 2003, se convirtió en su sede definitiva⁴⁰¹.

Sus objetivos principales son:

A.- Fomentar y mejorar la coordinación y cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros. Facilitando, en particular, la prestación de ayuda judicial mutua internacional en las solicitudes y decisiones en materia de cooperación judicial, también en relación con los instrumentos que dan efecto al principio de reconocimiento mutuo⁴⁰², en el mismo ámbito de competencia de Europol.

⁴⁰⁰ ACOSTA GALLO, P., “La evolución hacia...” enlaza esta modificación con la formulación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el reciente Consejo Europeo de Tampere y la consiguiente necesidad de promover una mayor confianza entre las autoridades judiciales europeas, señalando que “Durante la Conferencia Intergubernamental de Niza en 2000, se presentaron dos propuestas en este sentido: la introducción de un Fiscal Europeo para el Fraude en el TCE y la institución de una Unidad de Cooperación Judicial en el TUE. Sólo prosperó esta segunda propuesta, que dio lugar a la creación de Eurojust, la unidad de cooperación judicial de la Unión Europea.”

⁴⁰¹

[Consulta: 10.6.2013],[http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperatio_in_criminal_matters/l33188_es.htm].

⁴⁰² Eurojust también tiene un importante papel supervisando el funcionamiento de la Orden Europea de Detención y Entrega, aunque no se involucre en decisiones concretas que es algo que entra dentro del

B.- Apoyar, de cualquier otro modo, a las autoridades competentes de los Estados miembros para reforzar la eficacia de las investigaciones y actuaciones judiciales, en particular cuando se trate de delincuencia transfronteriza. Ello implicó una dimensión exterior de la Agencia materializada en la posibilidad de celebrar Acuerdos de Cooperación con terceros países⁴⁰³ a la que la nueva redacción del art. 218 TFUE, que analizaremos más adelante, ha puesto fin.

En la actualidad, Eurojust es la primera red permanente de autoridades judiciales en el mundo. Alberga y organiza reuniones entre investigadores y fiscales de los distintos Estados miembros que traten casos individuales y en relación a distintos tipos de criminalidad. Su misión también contribuye a desarrollar una cooperación más estrecha sobre asuntos de justicia penal. Es un interlocutor privilegiado del Consejo, del Parlamento y de la Comisión para ayudarles en su función legislativa en el ELSJ.

En el Informe Anual de Eurojust correspondiente al año 2002, la Unidad identificaba como principales problemas que prevalecen en el ámbito de la cooperación judicial penal:

- 1.- Los frecuentes y excesivos retrasos en la ejecución de las comisiones rogatorias.
- 2.- La falta de coordinación entre las autoridades competentes encargadas de las investigaciones y de las actuaciones judiciales.
- 3.- Los pesados procedimientos de tramitación de las comisiones rogatorias.
- 4.- Problemas derivados del desconocimientos de los diferentes ordenamientos jurídicos que existen en la UE, que siguen procedimientos diferentes para la obtención de pruebas, así como las dificultades para utilizar la información y las pruebas recogidas por las autoridades policiales y judiciales en actuaciones de otros países.
- 5.- Desconocimiento de las actuaciones penales y de las estructuras de la justicia penal en otros Estados miembros.

campo de las relaciones bilaterales entre Estados. No obstante, si Schengen se convierte en el principal mecanismo para el intercambio de información para extradiciones, la posibilidad de Eurojust de hacerse con este papel disminuirá dramáticamente. DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M., et al "Cooperación europea en...", op. cit., p. 168.

⁴⁰³ GUTIÉRREZ ZARZA, A., menciona los Acuerdos de Cooperación celebrados con Islandia (2 de diciembre de 2005), Noruega (28 de abril de 2005), Estados Unidos de América (6 de noviembre de 2006), Suiza (28 de noviembre de 2008) y antigua República Yugoslava de Macedonia (28 de noviembre de 2008), "Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust", en ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad...*, op. cit. págs. 82 y 83. En el informe anual de Eurorust correspondiente a 2001 se menciona como prioridad en materia de relaciones exteriores de la Agencia la negociación de acuerdos de cooperación con el Estado de Israel, Albania, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Serbia, Moldavia, Cabo Verde y Turquía.

6.- Las normas de confidencialidad y divulgación en algunos Estados miembros, que bloquean el intercambio de información, las diferencias procesales en relación con los registros domiciliarios y otros registros

7.- Las diferencias en materia de legislación antiterrorista

8.- Las solicitudes de asistencia judicial no obtienen prioridad cuando los responsables de ejecutarlas tienen competencias sobre otras investigaciones y actuaciones nacionales⁴⁰⁴.

Eurojust tiene un partenariado privilegiado con los Magistrados de Enlace⁴⁰⁵, la Red Europea Judicial y organismos como Europol o la Oficina Europea Antifraude (OLAF). El órgano de dirección es el llamado “Colegio”, compuesto por un representante de cada Estado miembro, normalmente magistrados o fiscales de dilatada experiencia.

Sin perjuicio de sus facultades de colaboración, las funciones de Eurojust son más amplias que las asignadas a la Red Judicial Europea, ya que está capacitada para ayudar en el intercambio de informaciones, transmitir solicitudes de asistencia judicial y apoyar las investigaciones a partir de datos suministrados por Europol.

Las funciones de Eurojust, comprenden, por tanto, la colaboración y la coordinación, fundamentalmente con Europol y la Red Judicial Europea. Estas funciones, necesariamente han de verse modificadas por la creación de la nueva Fiscalía Europea, en cuanto⁴⁰⁶, una de las justificaciones de la creación de Eurojust se centraba en suplir la inexistencia de la figura del Ministerio Fiscal a nivel Europeo. Así, en materia de coordinación, había asumido funciones de coordinación vertical indirecta⁴⁰⁷, con la facultad de solicitar de las autoridades nacionales que llevasen a cabo una investigación. Por otra parte, de manera directa, puede realizar una “coordinación estratégica” coordinando y cooperando en la investigación de casos que hayan nacido por separado en diversos Estados miembros pero mantengan puntos

⁴⁰⁴ El propio informe expresa que paliar algunas de estas dificultades exige la adopción de iniciativas legislativas. Este es un ejemplo de cómo la actividad de Eurojust está en conexión con la actividad legislativa de las instituciones comunitarias. Además, Eurojust ha sido invitada a participar en reuniones de algunos grupos de trabajo del Consejo y elaboró un informe para el Comité del artículo 36. Eurojust ha participado en la elaboración del Libro Verde de la Comisión sobre la Fiscalía Europea y en el proyecto relativo a la elección de jurisdicción en los procesamientos. [Consulta: 203.2013], [eurojust.europa.eu/.../eurojust%20Annual%20Rep...-].

⁴⁰⁵ El artículo 2.7 de la Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI dispone que Eurojust podrá enviar magistrados de enlace en comisión de servicios con arreglo a la presente Decisión.

⁴⁰⁶ GONZÁLEZ VIADA, N., “Cooperación penal en el Tratado de Lisboa y en el Programa de Estocolmo”, [Consulta: 4.3.2012], [www.idpbarcelona.net/docs/actividades/.../cooperacion_penal.pdf].

⁴⁰⁷ En la medida en que se trata de actuaciones que ponen en contacto a las autoridades nacionales competentes que han de aceptar la intervención de la agencia.

de contacto en común, como estar dirigidos a investigar a una misma organización criminal. De esta manera, la labor de Eurojust, incide de manera directa en la cuestión relativa a los conflictos de jurisdicción, ya que también el art. 3 de la Decisión 2002/187/JAI la dota de las facultades siguientes:

- Solicitar a las autoridades competentes de un Estado el inicio de una investigación o enjuiciamiento sobre hechos determinados, lo que tiene relevantes efectos en la evitación de un conflicto negativo de jurisdicción.
- Solicitar a las autoridades competentes la coordinación de sus actuaciones mediante la adopción de un plan de investigación conjunto, en el que las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades de uno de los Estados Miembros no causen perjuicio a las que desarrollan las de otro. Esta coordinación exige un cauce estable y permanente de consultas entre las distintas autoridades competentes, ya sea de modo directo, con la intermediación de Eurojust, los puntos de contacto de la Red Judicial Europea, y, siempre que sea necesario, a través de una reunión de coordinación.
- Solicitar a las autoridades competentes que reconozcan que las autoridades de otros Estados pueden estar en mejor situación para llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento. Se trata de una facultad que propicia la solución del conflicto de jurisdicción positivo, una vez que se han optimizado los resultados de una investigación coordinada. La búsqueda de una única jurisdicción que enjuicie el caso es una solución deseable en la mayor parte de los casos. Sin embargo esta solución no siempre es viable, por lo que, en función de las soluciones que permite la legislación de cada uno de los Estados implicados, la recomendación de Eurojust puede ir dirigida a concentrar el enjuiciamiento en un solo país, o a distribuir el enjuiciamiento de los hechos y personas entre dos o más, evitando la duplicidad.

El Parlamento británico, en su informe sobre cooperación judicial en la Unión Europea de 2003⁴⁰⁸ concluía que, efectivamente, Eurojust tiene un amplio campo por delante en la determinación de cuál es la jurisdicción competente para perseguir ofensas criminales cuando éstas puedan abarcar a dos o más jurisdicciones diferentes. Por esto, las relaciones de Eurojust con las respectivas autoridades nacionales son vitales para su efectividad ya que si los Estados miembros no se acogen al papel coordinador de Eurojust su función asesora de

⁴⁰⁸ *House of Lords. European Union Committee, Judicial Cooperation in EU: The role of Eurojust* (23 Report, HL Report 138), p. 23.

poca utilidad puede ser⁴⁰⁹. Al buen fin de esta colaboración atiende la reforma operada por la Decisión 2009/426/JAI⁴¹⁰, que, en sus artículos 8 y 9 a 9 septies delimita las funciones de las autoridades nacionales distinguiendo entre las competencias conferidas al miembro nacional por su Estado de origen, las competencias ordinarias, las competencias ejercidas de acuerdo con la autoridad nacional competente, las competencias ejercidas en casos urgentes y la participación de los miembros nacionales en los equipos conjuntos de investigación.

En su artículo 12, la Decisión diseña el sistema de coordinación nacional de Eurojust mediante el establecimiento de corresponsales nacionales de Eurojust nombrados por los Estados miembros, estableciendo en los artículos siguientes, un sistema de gestión de casos⁴¹¹.

Y todo ello, por cuanto en la práctica, Eurojust se había mostrado tímida en el uso de tales poderes, de modo que la utilización de los mismos ha venido precedida de un acuerdo entre las autoridades competentes en la correspondiente reunión de coordinación. A pesar de ello, la solicitud de Eurojust sobre asunción de competencia o inhibición a favor de las autoridades de otro Estado, en los sistemas regidos por el principio de legalidad, se ha recibido positivamente⁴¹². Debe tenerse en cuenta que los dictámenes emitidos por Eurojust en relación a estas cuestiones, no tiene carácter vinculante, efecto éste que ha sido objeto de ratificación expresa en la Decisión 2009/426/JAI del Consejo⁴¹³.

⁴⁰⁹ DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M. et al, "Cooperación europea en inteligencia...", p.167

⁴¹⁰ Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, DO L 138 de 4.6.2009

⁴¹¹ Artículos 16 a 16ter de la Decisión 2009/426/JAI.

⁴¹² En el año 2011, de acuerdo con los datos facilitados por la Oficina española ante Eurojust, y España había sido el país más requerido, con 250 expedientes, seguido de Alemania con 211 casos, Italia con 207 y Reino Unido con 196. Sin embargo, estos datos contrastan con los expedientes en los que España figura como país requirente, que ascienden a tan solo 449 casos. La cifra total de casos en el año 2011 ascendió a 1.441. MORÁN MARTINEZ; R.A., *Memoria Anual de la Unidad de Cooperación Internacional*, Año 2011, Fiscalía General del Estado, [Consulta: 21.3.2013],[www.fiscal.es/.../Satellite?...].

⁴¹³ Modifica el artículo 7 de la Decisión 2002/187/JAI otorgándole el siguiente tenor: "2. Cuando dos ó más miembros nacionales no puedan convenir en el modo de resolver un conflicto de jurisdicción en relación con investigaciones o actuaciones judiciales de conformidad con el artículo 6, y en particular el artículo 6, apartado 1, letra c), se solicitará al Colegio que emita un dictamen escrito no vinculante sobre el asunto, siempre y cuando la cuestión no haya podido resolverse de mutuo acuerdo entre las autoridades nacionales competentes interesadas. El dictamen del Colegio se remitirá sin demora a los Estados miembros interesados.

3.No obstante lo dispuesto en los instrumentos adoptados por la Unión Europea sobre la cooperación judicial, toda autoridad competente podrá notificar a Eurojust cualquier denegación o dificultad reiterada relativa a la ejecución de solicitudes y decisiones en materia de cooperación judicial, incluido en relación con los instrumentos que dan efecto al principio de reconocimiento mutuo y solicitar al Colegio un dictamen escrito no vinculante sobre el asunto, siempre y cuando éste no haya podido resolverse de mutuo acuerdo

En el cumplimiento de sus funciones, Eurojust se ha encontrado con un problema recurrente, como es el de la forma de materializar la inhibición a favor de las autoridades de un determinado Estado miembro, cuando existen actuaciones o procedimientos iniciados en el Estado que ha de ceder su jurisdicción. El uso del cauce previsto por el Convenio del Consejo de Europa para la transferencia de procedimientos se ha mostrado como el más adecuado. Sin embargo, son muy pocos los EM que han suscrito el citado Convenio⁴¹⁴.

entre las autoridades nacionales competentes o mediante la participación de los miembros nacionales interesados.”

⁴¹⁴ Uno de los asuntos en los que Eurojust intervino en evitación de un posible conflicto de jurisdicción fue el caso Prestige. Cuando el 19 de noviembre de 2002, el petrolero Prestige, matriculado en las Bahamas y perteneciente a la Sociedad Marc Shipping, de Atenas se hundió cargado de combustible, la contaminación causada afectó a las costas y personas españolas y francesas, por lo que se iniciaron procedimientos de investigación en ambos países. Eurojust fue interpelada para facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias entre las autoridades de ambos países, para lo cual convocó reuniones con las autoridades respectivas, tras lo cual, las investigaciones continuaron por separado. En 2005 Eurojust concluyó que probablemente España se encontrara en mejor situación para asumir el juicio por estos hechos. Para llegar a esta conclusión Eurojust atiende a que las investigaciones españolas se encuentran más avanzadas que las francesas y por ello y teniendo presente el principio *ne bis in idem* y el riesgo de sentencias contradictorias en caso de procedimientos diferentes, se planteó la necesidad de considerar la posibilidad de que las autoridades francesas realizaran una renuncia a efectos procesales, prevista en el artículo 21 del Convenio de Asistencia Jurídica Penal de 1959- denuncia también contenida, ya con posibilidad de traslado directo, en el artículo 6 del Convenio de Asistencia Judicial Penal entre los países miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, en vigor entre ambos países.

Para concretar la adopción de esta decisión, Eurojust toma en consideración que, efectivamente ambos Estados tienen jurisdicción sobre los hechos y en ambos hay personas y entidades perjudicadas, sin embargo, destaca las siguientes consideraciones:

1.- Que además de las actuaciones directamente relacionadas con el delito contra el medio ambiente, España ha abierto diligencias contra el capitán del petrolero como presunto autor de un delito de desobediencia.

2.- Que en la investigación ha habido importantes conexiones internacionales, puesto que además de las investigaciones en Francia y España, se ha requerido asistencia judicial de Estados como Suiza, Rusia y China.

3.- Sólo las autoridades judiciales españolas han podido interrogar al capitán del barco y además tienen a su disposición los restos del buque lo que facilita la elaboración de exámenes e informes periciales pertinentes.

4.- En ambos Estados hay víctimas, sin embargo consta que ocho municipios franceses afectados se han constituido como acusación particular en el procedimiento español. La normativa procesal española permite que se acuerde en la sentencia la indemnización correspondiente a las víctimas francesas.

Con estas consideraciones, Eurojust acordó, con base en el artículo 7.a).ii), requerir a las autoridades francesas y españolas competentes que acepten considerar que las autoridades judiciales españolas están en mejor posición para llevar a su término la totalidad del procedimiento concerniente al naufragio del Prestige. MORÁN MARTÍNEZ, R. y GUAJARDO PÉREZ, I., *Conflictos de jurisdicción y principio non bis in idem en el ámbito europeo*, Centro de Estudios Jurídicos, Fiscalía General del Estado, 2004, [Consulta: 19.9.2011], [www.cej.justicia.es/pdf/Conflictos_de_jurisdiccion.pdf]. Estas apreciaciones acerca de la virtualidad del Convenio contrastan con la información proporcionada por GARCIA MORENO, J.M., GARCÍA MORENO, J.M., “La cooperación judicial penal en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia después del Tratado de Lisboa”, Unión Europea Aranzadi, nº10, 2009, [Consulta: 21.3.2013], [www.elderecho.com/.../Principales-Convenios-Con...]. Dicho autor expone que a fecha 19.5.2011 el Convenio había sido ratificado por veinticinco estados miembros, entre ellos España. LA lista de los Convenios del Consejo de Europa, incluyendo información básica sobre cada uno de ellos (cuadro de

A la vista de las funciones realizadas y las competencias atribuidas a estas agencias, cabe preguntarse en qué medida su actividad puede influir en la independencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, pues considerar, poniendo como ejemplo el caso español y con fundamento en los artículos 273 a 278 de la LOPJ, que las actividades de cooperación jurisdiccional internacional no participan del ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicha pudiera resultar una solución demasiado simplista. Desde este punto de vista, las exigencias contenidas en la doctrina *Meroni* cobran especial relevancia, del mismo modo que estas apreciaciones resultan aplicables al funcionamiento de la justicia en red, los magistrados de enlace y los equipos conjuntos de investigación⁴¹⁵.

2.2.5.4.2.- Europol

Europol, con sede en la ciudad de La Haya, es la organización de la UE que gestiona la información criminal. Su objetivo es mejorar la efectividad y cooperación de las autoridades competentes de los Estados Miembros en la prevención y lucha contra las formas graves de delincuencia organizada internacional.

La creación de una Oficina Europea de Policía se acordó en el tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, y se reguló en el Convenio, basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea⁴¹⁶. Su base jurídica, por tanto, es el Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea

firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor, lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención, resumen de su contenido e informe explicativo) está disponible en la página web de la organización [<http://conventions.coe.int/Default.asp>], En la actualidad, permanece el mismo número de ratificaciones, siendo nueve el número de países que firmaron el Tratado, no procediendo a su ratificación (Bélgica, Azerbaijan, Croacia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Portugal, Eslovenia). Francia y Alemania no han firmado dicho acuerdo.

⁴¹⁵ Vid. al respecto, GAMBINO, S., "Jurisdicción y justicia..." y la incidencia en esta cuestión de la ausencia de una tradición constitucional común en relación al estatuto de jueces y magistrados en la UE.

⁴¹⁶ Art. K.3 TUE: " c) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales. Salvo disposiciones en contrario establecidas en estos convenios, las posibles medidas de aplicación de los mismos se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las Altas Partes contratantes. Tales convenios podrán disponer que el Tribunal de Justicia será competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido."

de Policía (Convenio Europol)⁴¹⁷, al que han de añadirse los tres protocolos que enmiendan esta Convención de Europol⁴¹⁸. El primero de ellos, relativo al blanqueo de dinero; el segundo protocolo amplía el papel de Europol y permite a sus oficiales incorporarse a equipos de investigación conjuntos y llevar investigaciones específicas; el tercer protocolo, enmienda un buen puñado de previsiones de la Convención para incrementar el rango de actividad del contraterrorismo a más de treinta delitos específicos⁴¹⁹.

Tras la entrada en vigor del Convenio, se adoptaron una serie de medidas para permitir la instauración de la Oficina Europea de Policía. Dichas medidas se referían a los derechos y obligaciones de los funcionarios de enlace, a las normas de aplicación para los ficheros, al reglamento interno de la autoridad de control común, al estatuto del personal, a la normativa en materia de protección del secreto, al reglamento financiero, al acuerdo de sede, al protocolo sobre los privilegios e inmunidades y a los acuerdos sobre los privilegios e inmunidades de los funcionarios de enlace. Así, Europol pudo iniciar sus actividades el 1 de julio de 1999, fecha en la que sustituyó a la unidad de drogas Europol (UDE)⁴²⁰.

Añadida a la regulación anterior, en virtud de la Decisión 2005/511/JAI⁴²¹ relativa a la protección del euro contra la falsificación, se designa a Europol como oficina central para la lucha contra la falsificación del euro.

El 18 de abril de 2008, los ministros de Justicia e Interior decidieron que Europol pasase a transformarse del organismo de cooperación intergubernamental inicial, a una de

⁴¹⁷ DO C 316 de 27.11.1996

⁴¹⁸ Tres protocolos modificaron sucesivamente el Convenio Europol: en 2000, 2002 y 2003; los dos primeros entraron en vigor el 29 de marzo y el tercero el 18 de abril de 2007. [Consulta: 21.3.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/other/l33261_es.htm].

⁴¹⁹ DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M. et al, "Cooperación europea en...", págs. 158-165.

⁴²⁰ La UDE se creó mediante la Acción Común 95/73/JAI, de 10 de marzo de 1995, relativa a la Unidad de Drogas de Europol para preparar el establecimiento de la Oficina Europea de Policía. Funcionó de 1995 a 1999. Los Estados miembros le habían encargado como cometidos intercambiar y analizar información sobre determinadas actividades delictivas que afectaran al menos a dos Estados miembros y ayudar a la policía y otros servicios competentes a luchar contra estas actividades. Las actividades delictivas de las que se ocupaba la UDE se ampliaron progresivamente pasando a englobar el tráfico ilícito de drogas, de materias radiactivas y nucleares, la delincuencia en la que participaban organizaciones de inmigración clandestina, la trata de seres humanos, el tráfico ilícito de vehículos y las organizaciones delictivas implicadas en actividades de blanqueo de dinero. Otra de las misiones de la UDE consistía en elaborar un directorio de las competencias, los conocimientos y las técnicas especializados en sus ámbitos de intervención. Dicho directorio se elaboraba y actualizaba sobre la base de las contribuciones de los Estados miembros. Europol asumió su gestión. [Consulta: 21.3.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/other/l14005a_es.htm].

⁴²¹ DO L 185 de 16.7.2005.

las agencias dependientes de la UE. En tanto que organismo intergubernamental, Europol no formaba parte del entramado de instituciones de la UE. Tal previsión se materializó en la Decisión 2009/371/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009⁴²², por la que se crea la Oficina Europea de Policía⁴²³. Este nuevo marco legal permitiría responder de una manera más rápida y eficaz a los cambios de tendencia criminal.

El mandato de Europol consiste en apoyar las tareas de cumplimiento de la ley en la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico de seres humanos, redes de inmigración clandestina, tráfico ilícito de materias radioactivas y nucleares, tráfico ilícito de vehículos, lucha contra la falsificación del euro y el blanqueo de capitales vinculado a las actividades delictivas internacionales en aquellos supuestos en que esté implicada una organización criminal que afecte a dos o más Estados miembros⁴²⁴. Para el cumplimiento de dicha función, con este nuevo marco jurídico, Europol estaba capacitada para celebrar acuerdos en el ámbito de sus competencias con terceros Estados y otros entes, actuando con trascendencia, por tanto, en la dimensión exterior del ELSJ⁴²⁵.

Las relaciones externas de Europol merecen ser objeto de una especial atención, analizándolas, siguiendo a MONAR del siguiente modo⁴²⁶: el artículo 42 del Convenio por el que se crea Europol le habilita para establecer y mantener relaciones con terceros Estados y organizaciones. El procedimiento aplicable para concertar dichos acuerdos fue definido en el

⁴²² DO L 121 de 15.5.2009 que establece su sede en la ciudad de La Haya.

⁴²³ Que, de modo expreso, y en su art. 2.1 otorga personalidad jurídica a la nueva agencia, así como capacidad legal, procesal y contractual.

⁴²⁴ La nueva Decisión ha suprimido esta limitación referente a la existencia de una organización o estructura criminal, si bien mantiene el requisito de afectación de dos o más Estados miembros, y precisa que, en el ejercicio de sus funciones, el personal de Europol carece de poderes ejecutivos respecto los servicios responsables de la aplicación de la ley en los Estados miembros.

⁴²⁵ Así, en el ejercicio de estas funciones, Europol, a lo largo de 2001, firmó una serie de acuerdos. En el mes de octubre, se firmó un acuerdo de cooperación con Eslovenia que permitía el intercambio de personal de las fuerzas de seguridad, así como intercambios de información táctica y estratégica; acuerdos similares se firmaron con Polonia, Hungría y Estonia. El 5 de noviembre, Europol e Interpol firmaron un acuerdo para establecer y mantener intercambios de información táctica, estratégica y técnica, así como coordinar actividades, incluyendo el desarrollo de estándares comunes, planes de acción e investigación científica. El 19 de noviembre, Europol firmó un acuerdo de cooperación con la UE, en materia de drogas para intercambiar información en el que se acuerda que no se transmitirá ningún dato de carácter personal. Al mismo tiempo, se firmó el primer acuerdo entre Europol y Estados Unidos y se estableció la autorización para el inicio de negociaciones con el Principado de Mónaco y la Oficina para el Control de Drogas y Prevención del Crimen de Naciones Unidas. Finalmente, el 13 de diciembre, Europol firmó el acuerdo de cooperación con el Banco Central Europeo para luchar contra los posibles fraudes y falsificaciones de euros.

⁴²⁶ MONAR; "The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs" *European Foreign Affairs Review* 9:395-415, 2004, [Consulta: 15.2.2012], [www.law.ed.ac.uk/.../44_i%20monar-...].

Acto del Consejo de 3 de noviembre de 1998⁴²⁷ que atribuye a Europol un explícito *treaty-making power*⁴²⁸. De acuerdo con el art. 2 del Acto del Consejo, el Consejo decide por unanimidad el país u organismo con el que el acuerdo habrá de ser negociado. En la consiguiente autorización otorgada al Director de Europol el Consejo puede especificar las “condiciones”, lo que, en la práctica, implica el mandato de negociar. En la conclusión de estos acuerdos no se prevé intervención alguna de la Comisión o del Parlamento Europeo. Esta práctica convencional, merece a juicio del autor citado la siguiente crítica:

This type of ‘agency agreement’, which could also be concluded by Eurojust, cannot be regarded as a desirable form of developing external relations in the domain of Title VI TEU: although these agreements may couch upon sensitive issues – such as the forwarding of personal data on EU citizens to third country authorities – they raise serious questions about adequate parliamentary and –because of the limited role of the ECJ under the Europol Convention– judicial control and even transparency and legal certainty as none of these agreements have been published in the EU Official Journal. There is clearly a risk here of a ‘grey zone’ of external relations in the JHA domain emerging which cannot be in the interest of the democratic legitimacy and legal quality of the ‘area of freedom, security and justice’⁴²⁹.

Es de observar, sin embargo, que semejante apreciación, no parece haber tenido acogida legislativa, ya que la precitada Decisión del Consejo de 2009, viene a consagrar la práctica descrita en su artículo 23 disponiendo, a estos efectos, que Europol podrá celebrar acuerdos con terceros Estados y organizaciones internacionales y sus organismos subordinados de derecho público, así como con Interpol. Tales acuerdos podrán referirse al intercambio de información operativa, estratégica y técnica, incluidos los datos personales y la información clasificada, siempre que se transmitan a través de un punto de contacto designado en la propia Decisión. La celebración de tales acuerdos requerirá la aprobación previa del Consejo, tras consultar al consejo de administración y, por lo que se refiere al intercambio de datos personales, una vez recabado el dictamen de la Autoridad común de control, a través del consejo de administración. En contraposición con lo anterior, la Exposición de Motivos de la Decisión aprecia la necesidad de lograr un mayor control de

⁴²⁷ DO C 26/19 de 30.1.1999 por el que se establecen las normas para las relaciones exteriores de Europol con los terceros Estados y los organismos no relacionados con la Unión Europea.

⁴²⁸ Los dictámenes de la Autoridad Central de Control (ACC), sobre los acuerdos de Europol pueden consultarse en el sitio web de la ACC en la dirección <http://europoljsb.ue.eu.int>.

⁴²⁹ MONAR, J., “The EU as an...”, op. cit.

Europol por parte del Parlamento Europeo, a fin de que Europol siga siendo una organización plenamente responsable y transparente, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de salvaguardar la confidencialidad de la información operativa. Este mayor control, habría de incluir el jurisdiccional, de acuerdo con el artículo 35 del TUE⁴³⁰. Estas propuestas de mayor control en la actividad de Europol a través de las instituciones comunitarias se fundamentan también en la naturaleza de las materias sobre las que versan los acuerdos y se muestra, por estas consideraciones, extrapolables a la actividad con dimensión exterior que, en el ámbito del ELSJ pueda desarrollar cualquiera de las Agencias establecidas o de nueva creación.

El mandato de Europol puede ampliarse en el futuro a otras formas graves de delincuencia organizada internacional. Dicha ampliación sólo podrá tener lugar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Europol y previo acuerdo unánime del Consejo Europeo⁴³¹. Ello ocurrió con ocasión de los atentados de 11-S. A raíz de estos atentados, Europol estableció una célula de crisis para ayudar a contrarrestar la amenaza del terrorismo internacional a través de un servicio de veinticuatro horas de intercambio de información, coordinación de inteligencia y producción de informes. A esta preocupación por el terrorismo obedece igualmente la aprobación de la iniciativa belga y sueca de ampliar las competencias de Europol a otras formas de crímenes internacionales como el medioambiental, robo organizado, tráfico ilícito de bienes culturales y piratería⁴³².

Europol no tiene ninguno de los poderes que típicamente corresponden al mandato de las fuerzas nacionales de policía -tales como el derecho de efectuar detenciones, llevar a cabo registros o realizar escuchas. Europol es básicamente una agencia de información, que carece, según el Tratado y su Convenio institutivo de poder para llevar a cabo intervenciones

⁴³⁰ En redacción de la Decisión, anterior al Tratado de Lisboa que ha excluido dicho control en el art. 276 TFUE, si bien dicho precepto no se refiere de modo expreso a la conclusión de acuerdos, sino más genéricamente a las actuaciones operativas. “En el ejercicio de sus atribuciones respecto de las disposiciones de los capítulos 4 y 5 del Título V de la tercera parte relativas al ELSJ, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior”.

⁴³¹ Y también ha tenido lugar a través del art. 4 de la Decisión del Consejo, que extiende la competencia de Europol a los delitos conexos, entendiendo por tales los cometidos con objeto de procurarse los medios para perpetrar otros delitos para los que Europol sea competente, para facilitar o consumar la ejecución de los actos para los que Europol sea competente y los cometidos para conseguir la impunidad de los actos para los que Europol sea competente.

⁴³² Sobre este particular, vid. FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Las agencias europeas de la cooperación policial y judicial”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº10, 1º semestre 2006, [Consulta: 4.3.2012], [espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19805&dsID...pdf].

operativas⁴³³. La disposición por la que se otorga a Europol el derecho a solicitar que los Estados miembros inicien investigaciones penales solo le permite promover una actuación en casos concretos y no le permite obligar a los Estados miembros a hacerlo. Europol no puede realizar investigaciones independientes en los Estados miembros. Lo mismo es aplicable a la participación de agentes de Europol en equipos conjuntos de investigación, que se lleva a cabo en calidad de apoyo, mientras que la adopción de cualquier medida coercitiva sigue siendo responsabilidad exclusiva de las autoridades competentes de los Estados miembros⁴³⁴. Esta circunstancia no ha motivado críticas en términos de eficacia. Al contrario, se observa⁴³⁵ que la cooperación policial funciona en términos generales de un modo más ágil y fructífero que la cooperación judicial debido fundamentalmente a dos razones: el carácter informal de sus métodos de trabajo y la mayor antigüedad, que dota a la cooperación entre las policías del mundo de mayor fluidez y naturalidad. Por el contrario, se enfrenta a la desconfianza para revelar información por su carácter reservado, así como el de los informantes.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo que específicamente se refiere a las competencias de la agencia en materia de terrorismo, se concretan en las siguientes:

A) Abrir ficheros sobre el terrorismo basados en información e inteligencia proporcionada por fuerzas policiales y servicios de inteligencia integrados en una unidad antiterrorista en el Cuartel General de Holanda con oficiales de inteligencia de la UE y con expertos nacionales antiterroristas asignados a Europol.

B) Dentro de Europol, y por un período renovable de seis meses, se configura un equipo de especialistas contraterroristas. A estos oficiales de enlace de la policía, servicios interiores de seguridad y agencias de inteligencia especializadas se les da poder para: recopilar y analizar información e inteligencia y proporcionar análisis estratégicos y operativos; emitir análisis de amenazas incluyendo objetivos, daños, potenciales *modus operandi* y consecuencias para la seguridad y medidas preventivas.

C) Desarrollo de los equipos de investigación conjuntos de oficiales de la Unión y los Estados miembros donde se establezcan unas investigaciones conjuntas en terrorismo que

⁴³³ DÍEZ-PICAZO, L.M., "Hacia una teoría de la coacción en el Derecho de la Unión Europea", ORTEGA ALVAREZ, L. et al., *La seguridad integral europea*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2005, págs 115 y 133.

⁴³⁴ COM de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2010) 776 final.

⁴³⁵ Así lo afirma SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "La criminalidad organizada...", op. cit., p. 305.

estén en diferente forma relacionadas, incluyendo a oficiales de Europol y magistrados de Eurojust para resolver los problemas que puedan surgir en la cooperación legal.

Para el cumplimiento de los anteriores cometidos, Europol colabora con los Estados miembros del siguiente modo:

1.- Facilitando el intercambio de información, de conformidad con la legislación nacional, entre los Estados miembros, básicamente a través de los oficiales de enlace de Europol (ELO). Dichos oficiales están acreditados por los Estados miembros como representantes de sus organismos nacionales encargados de velar por el cumplimiento de la ley.

2.- Llevando a cabo análisis operativos que apoyan las actuaciones de los Estados Miembros.

3.- Elaborando informes estratégicos generales y análisis de los delitos sobre la base de la información suministrada por los Estados miembros, generada por Europol o reunida a partir de otras fuentes.

4.- Comunicando a los servicios competentes de los Estados miembros las informaciones que les afecten e informándoles inmediatamente de los vínculos detectados entre hechos delictivos.

5.- Facilitando las investigaciones en los Estados miembros prestando apoyo analítico a las investigaciones realizadas por los Estados miembros⁴³⁶.

6.- Gestionando recopilaciones informatizadas de información.

7.- Está habilitado, debiendo informar previamente a Eurojust, para solicitar a los Estados miembros que inicien, lleven a cabo o coordinen investigaciones en casos concretos⁴³⁷.

Cada Estado miembro ha de crear o designar una unidad nacional⁴³⁸, encargada de ejercer las funciones anteriormente enumeradas, que será el único órgano de contacto entre

⁴³⁶ Conocidos como los Proyectos operativos de los Estados miembros con el apoyo de Europol (MSOPES).

⁴³⁷ Art. 3 del Convenio basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea por el que se crea una oficina europea de policía (Convenio Europol), hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995.[Consulta: 21.3.2013],[http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ck3oep.t1.html].Vid. también al respecto el Segundo Informe de Actividad de la Autoridad Común de Control de Europol (Noviembre de 2002 -Octubre de 2004), [Consulta: 21.3.2013],[www.agpd.es/.../europol_activity_report_es_1802....-].

⁴³⁸ Las funciones de las unidades nacionales serán: 1. Suministrar por iniciativa propia a Europol las informaciones y datos necesarios para el desempeño de las funciones de este organismo. 2. Responder a las solicitudes de información, de suministro de datos y de asesoramiento formuladas por Europol. 3.

Europol y los servicios nacionales competentes. Dicha unidad enviará a Europol al menos a un agente de contacto (oficiales de enlace)⁴³⁹, encargado de representar sus intereses en el seno de Europol.

Con el fin de cumplir sus funciones, Europol gestiona un sistema de información informatizado. Directamente alimentado por los Estados miembros, el sistema de información es directamente accesible, mediante consulta, a las unidades nacionales, a los oficiales de enlace, al director y a los directores adjuntos, así como a los agentes de Europol debidamente habilitados.

Además de los datos de carácter no personal, también pueden figurar en dicho sistema de información datos de carácter personal. Todo fichero⁴⁴⁰ automatizado de datos de carácter personal ha de ser objeto, por parte de Europol, de una orden de creación sujeta a la aprobación del Consejo de Administración. Los datos de carácter personal extraídos del sistema de información sólo pueden ser transmitidos o utilizados por los servicios competentes de los Estados miembros para prevenir y luchar contra la delincuencia que incumbe a Europol, y contra las demás formas graves de delincuencia. Todo aquel que desee acceder a los datos que le conciernan, almacenados en Europol, podrá formular gratuitamente una solicitud en cualquier Estado miembro de su elección a la autoridad nacional competente, que seguidamente se dirigirá a Europol e informará al solicitante de que Europol le responderá directamente. Toda persona tiene derecho a solicitar que Europol rectifique o suprima los datos erróneos que le conciernan.

Una autoridad de control común independiente estará encargada de supervisar la actividad de Europol con el fin de garantizar que el almacenamiento, el tratamiento y la

Mantener al día sus informaciones y datos.4. Aprovechar las informaciones y los datos de interés para los servicios competentes y transmitirlos a los mismos con arreglo a las disposiciones del Derecho nacional.5. Remitir a Europol las solicitudes de asesoramiento, información, datos y análisis.6. Transmitir a Europol las informaciones para su almacenamiento en los sistemas informatizados de recogida de datos y 7. Velar por la legalidad de cada operación de intercambio de información con Europol. Art. 4 del Convenio Europol. Vid. ut supra.

⁴³⁹ La Decisión 2003/170/JAI del Consejo, de 27-2-2003 relativa al uso conjunto de los funcionarios de enlace destinados en el extranjero por parte de los servicios policiales de los Estados miembros (DO L 67, de 12.3.2003) deroga a la anterior Acción Común 96/602/JAI por la que se define un marco de orientación común para las iniciativas de los Estados miembros sobre funcionarios de enlace (DO L 268, de 19.10.1996) y responde a la finalidad de otorgar a Europol la oportunidad de utilizar los funcionarios de enlace de los Estados miembros destinados en terceros países y a la vez fomentar el intercambio de información a través de los mismos. Los funcionarios de enlace pueden adscribirse a terceros países y organizaciones internacionales con el fin de contribuir a prevenir o investigar delitos. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "La criminalidad organizada...", op. cit. p. 315.

⁴⁴⁰ Los ficheros se crean con fines de análisis, entendiéndose por análisis el ordenamiento, tratamiento o utilización de datos para facilitar la investigación criminal.

utilización de los datos de que disponen los servicios de Europol no perjudiquen a los derechos de las personas. En orden a la posible responsabilidad de la Agencia en concepto de indemnización a particulares por los daños y perjuicios causado por aquellos datos que adolezcan de errores de hecho o de derecho, almacenados o tratados en Europol, la víctima sólo podrá ejercitar la acción de indemnización por daños y perjuicios contra el Estado miembro donde se haya producido el hecho dañoso, único legitimado pasivamente en el ejercicio de dicha acción, y también único responsable, ya que, en este específico supuesto, no se prevé cualquier otra acción⁴⁴¹.

Siguiendo la estructura general de las Agencias comunitarias, los órganos de Europol son⁴⁴²: en primer lugar, el Consejo de Administración, compuesto por un representante de cada Estado miembro y un representante de la Comisión. El grupo de tres Estados Miembros que hayan preparado conjuntamente el programa del Consejo para dieciocho meses seleccionará dentro del grupo a su presidente y vicepresidente. En segundo lugar, el Director, nombrado por el Consejo, para un período de cuatro años, renovable una sola vez.

En orden al futuro de la agencia, DÍAZ FERNÁNDEZ A.M.⁴⁴³ señala que algunas pautas a seguir se aportan en la respuesta dada por el gobierno británico al informe *Judicial Cooperation in EU: The role of Eurojust*⁴⁴⁴:

- Mejorar su marco legal: si Europol debe añadir valor real a las operaciones de los Estados miembros necesita un mandato mucho más firme pero con una base legal flexible. Esto permitirá a este organismo mantenerse centrado en las verdaderas amenazas y adaptarse a las nuevas.
- Priorizar sus actividades: debe centrarse en aquello que permita la creación y sostenimiento de un área de libertad, seguridad y justicia que refleje las prioridades de los ministros de Justicia e Interior.
- Mejorar la gestión y supervisión de Europol: dotar de flexibilidad organizacional e innovación para adaptarse a los cambios y a la ampliación. Potenciando el papel del

⁴⁴¹ Artículo 52 de la Decisión del Consejo 2009/371/JAI.

⁴⁴² Artículos 36 y 37 de la Decisión 2009/371 JAI, del Consejo, de 6 de abril de 2009.

⁴⁴³ “Cooperación europea en ...”, págs. 163 y 164.

⁴⁴⁴ *Judicial Cooperation in the EU: the role of Eurojust, Report with evidence*, 23rd Report of sesión 2003-04, 21.7.2004, [www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/.../138.pdf],[Consulta. 12.4.2015].

*Management Board*⁴⁴⁵. La supervisión se puede mejorar con unos informes más claros y comprensivos de actividades y resultados.

- Mejorar el intercambio de inteligencia a través de un mayor compromiso, actividad más proactiva con respecto a las necesidades de los Estados miembros. Para ello las unidades de enlace deben continuar siendo las unidades adecuadas⁴⁴⁶.

A ello han de añadirse las consideraciones contenidas en el informe del Coordinador Antiterrorista de 19 de noviembre de 2008, en el que se alerta de los problemas para intercambiar información que sufre Europol esencialmente por el rechazo de las autoridades nacionales para suministrar información de investigaciones en curso, y por el posible solapamiento con otras agencias con funciones policiales y de inteligencia. Tales obstáculos pretenden remediarse a través de la nueva Decisión del Consejo, que, en su artículo 22 prevé las relaciones de la Agencia con terceros Estados y organizaciones⁴⁴⁷. La Comisión Europea, sin embargo, ha centrado las cuestiones relativas al futuro del Agencia en el control Parlamentario y la posibilidad de atribuir a Europol funciones coercitivas⁴⁴⁸. Las actividades de Europol, en cuanto instrumento de cooperación, no se encuentran sujetas al Tribunal de

⁴⁴⁵ Vid. al respecto VOS, E., "Independence, accountability and transparency of European Regulatory agencies", en GERARDIN, D., MUNOZ, R. and PETIT, N., *Regulation through Agencies in Europe: a new paradigm of European Governance*, Cheltenham, ELGAN, E, 2005, págs. 120-137., BUSUIOC, M., "Accountability, Control & Independence: the Case of European Agencies", *European Law Journal*, Vol. 15, Nº5, September 2009, pp. 599-615, y Nota de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 16 de marzo de 2012, 7727/12.

⁴⁴⁶ Vid. también al respecto el Segundo Informe de Actividad de la Autoridad Común de Control de Europol (Noviembre de 2002-Octubre de 2004), [Consulta: 21.3.2013], [www.agpd.es/.../europol_activity_report_es_1802....].

423 En efecto, el Capítulo IV de la Decisión lleva por rúbrica "Relaciones con otras partes", dedicando el artículo 22 a las relaciones con las instituciones, agencias y organismos de la Comunidad y de la Unión, y el artículo 23 a las relaciones con terceros Estados y organizaciones. Dispone el primero de los preceptos que "1. En la medida en que ello sea útil para el ejercicio de sus funciones, Europol podrá establecer y mantener relaciones de cooperación con las instituciones, las agencias y los organismos creados por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el Tratado de la Unión Europea, o en virtud de éstos, en particular:

a) Eurojust

b) la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)

c) la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión (Frontex)

e) el Banco central Europeo

f) el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT).

⁴⁴⁸ Estas cuestiones son abordadas en la COM (2010) 776 final. En el control parlamentario interviene el Parlamento Europeo y también los Parlamentos nacionales. LA segunda cuestión aparece zanjada en sentido negativo en el precitado documento a la vista del contenido del art. 88 TFUE. Este precepto, en su párrafo tercero, dispone expresamente que la aplicación de medidas coercitivas corresponderá exclusivamente a las autoridades nacionales competentes. Vid. igualmente el documento 525/15 EUROPOL 13 donde se da cuenta del Programa de Trabajo 2015 indicando que será un año de transición.

Luxemburgués, mientras que todas las controversias entre los Estados miembros, derivadas de la interpretación o aplicación del Convenio Europol o cualesquiera otras normas que configuren el estatuto de la agencia, se someterían al Alto Tribunal, con excepción del Reino Unido⁴⁴⁹.

2.2.5.4.3.- Escuela Europea de Policía

La Escuela Europea de Policía (CEPOL) fue creada mediante Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 2000⁴⁵⁰, posteriormente modificada por la Decisión 2004/566/CEE del Consejo, de 26 de julio de 2004⁴⁵¹ que la dotaría de personalidad jurídica, y la Decisión 2004/567/CEE del Consejo, de 26 de julio de 2004⁴⁵² relativa a la creación de una Secretaría permanente y fijación de su sede en la ciudad de Bramshill (UK).

En su reunión de Tampere, el Consejo Europeo había acordado crear una red de institutos nacionales de formación policial, que podría, a largo plazo, dar lugar a la creación de una institución permanente. La Decisión del Consejo por la que se instituye la CEPOL da curso a esta decisión. El objeto es reforzar la cooperación entre las escuelas nacionales de policía, con el fin de estimular un enfoque común de los problemas más importantes en el ámbito de la lucha contra la delincuencia, su prevención y el mantenimiento del orden.

La CEPOL adopta la forma de una red constituida por los institutos nacionales de formación de altos responsables de los servicios de policía⁴⁵³. Cuenta con un Secretariado

⁴⁴⁹ ARROYO ROMERO, F.J., *La influencia de Europol en la comunitarización de la policía europea*, 1ª Ed., Madrid: Akal, 2005, p.16. Todo ello con exclusión de las actuaciones operativas. A juicio de DÍEZ PICAZO, L.M., "Hacia una teoría...", p. 134, al no permitírsele conocer del uso de la coacción, se le priva en gran medida de la posibilidad de garantizar el respeto a los derechos fundamentales en los ámbitos de la cooperación policial y de políticas relacionadas con la libre circulación de personas, que sería el gran problema planteado en dichos ámbitos.

⁴⁵⁰ DO L 336 de 30.12.2000.

⁴⁵¹ DO L 251 de 27.7.2004.

⁴⁵² DO L 251 de 27.7.2004.

⁴⁵³ En el ordenamiento español, la Orden INT/2103/2005, de 1 de julio, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los servicios centrales y periféricos de la Dirección General de Policía regula esta cuestión en el Artículo 1.4, integrando en la Subdirección General Operativa a la Unidad de Coordinación Internacional, "con la misión de gestionar y coordinar los asuntos relacionados con los grupos de trabajo en que participa la Dirección General de la Policía en el ámbito de la Unión Europea y otras instituciones internacionales, así como aquellos aspectos relacionados con las misiones de apoyo a terceros países y órganos supranacionales, y las cuestiones relativas a los agregados, enlaces y demás funcionarios policiales que prestan servicio en el extranjero". Y en el artículo 10.4, dentro de la División de Formación y Perfeccionamiento, prevé la existencia del Centro de Actualización y Especialización con la finalidad de planificar y dirigir las actividades docentes orientadas a la formación permanente para la actualización y

permanente y está dirigida por un Consejo de administración, constituido por los directores de los institutos nacionales de formación. Cada delegación nacional (constituida por uno o más directores de institutos nacionales de formación) dispone de una voz en el consejo de administración. Asimismo, representantes de la Secretaría General del Consejo, la Comisión y Europol participan en el Consejo de administración como observadores sin derecho de voto. En caso necesario los miembros del Consejo de administración pueden hacerse acompañar por otras personas competentes. Sus decisiones se adoptan por unanimidad y se transmiten al Consejo de la Unión Europea, que toma nota y las asume. El consejo de administración decide por unanimidad. Establece el programa anual de formación y puede adoptar programas e iniciativas suplementarios.

Las actividades de la CEPOL se concentran en primer lugar en los altos funcionarios de policía, que podrán beneficiarse de sesiones de formación basadas en normas comunes. Se diseñan además formaciones especializadas para los policías de nivel intermedio y los de a pie, para los propios formadores y para los policías que desempeñan un papel en la lucha contra la delincuencia organizada o en la gestión no militar de crisis en terceros países. Las autoridades policiales de los países candidatos a la adhesión pueden también beneficiarse de cursos especializados. Por otra parte, la Decisión establece intercambios de personal y una difusión de las mejores prácticas, así como la creación de una red electrónica con el objeto de servir de apoyo a las otras tareas de la CEPOL.

Durante su funcionamiento, CEPOL ya ha cosechado varios éxitos. Ha construido su propia red⁴⁵⁴, ha desarrollado la cooperación y está operando de modo profesional. CEPOL lleva a cabo proyectos especializados⁴⁵⁵, y gestiona una red electrónica de vanguardia tecnológica de apoyo a las comunicaciones y el aprendizaje. La escuela ha adoptado su propia estrategia⁴⁵⁶, en la que se prevé un mecanismo de medición de resultados a través de indicadores denominado *“Balanced Scorecard System”*⁴⁵⁷.

especialización de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, así como las de carácter internacional y las de la Escuela Europea de Policía, funcionando como Oficina Central Nacional de la misma.

⁴⁵⁴ Con la que opera desde 2001.

⁴⁵⁵ Como el programa de intercambio y el proyecto Euromed Police que han permitido desarrollar los instrumentos de cooperación aptos para reforzar los vínculos entre las organizaciones de policía y de seguridad entre los Estados Miembros y sus *partenaires* de la Política de Vecindad Sur de la Unión Europea. [Consulta: 11.4.2013], [<http://www.frencheuromed-police3.eu/>].

⁴⁵⁶ El proceso se inició en 2009, durante la Presidencia Sueca. La estrategia fue finalmente adoptada en septiembre de 2010.

⁴⁵⁷ Este sistema fue originariamente diseñado por los Drs. Kaplan (Harvard Business School) y Norton a principios de la década de los noventa y se expone en KAPLAN, R.S. and NORTON, D.P., “Using the Balanced

La Agencia se ha fijado unas metas y objetivos estratégicos para el período 2010-2014 que incluyen:

1.- Que la red CEPOL funcione como una plataforma europea de educación en la aplicación de la ley al más elevado nivel de excelencia internacional.

2.- Que la CEPOL se convierta en una base europea de conocimientos sobre la aplicación de la ley.

3.- Que las relaciones exteriores se consideren la piedra angular de la asociación y se enfoquen como tales.

4.- Que la CEPOL sea dirigida y gestionada como una agencia innovadora de la UE de alto nivel⁴⁵⁸.

2.2.5.4.4.- Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías.

El Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías (en adelante OEDT) fue creado en 1993, con sede en Lisboa en virtud del Reglamento del Consejo 302/93 de 8 de febrero de 1993⁴⁵⁹, modificado por el Reglamento del Consejo 3294/94 de 22 de diciembre de 1994⁴⁶⁰, y posteriormente por el Reglamento del Consejo 2220/2000 de 28 de septiembre de 2000⁴⁶¹.

La misión del OEDT estriba en reunir y difundir información objetiva, fiable y comparable sobre el fenómeno de la droga y las toxicomanías en Europa. Su objetivo principal⁴⁶² reside en contribuir a facilitar a la Comunidad y a sus Estados miembros una visión de conjunto del fenómeno de la droga y la toxicomanía en el momento en que éstos, en los ámbitos de sus respectivas competencias (y entre ellas, las que tienen relación con el ámbito de justicia, como se verá posteriormente), tomen medidas o definan acciones. Se trata, en definitiva de dotarse de instrumentos para permitir la comparabilidad y compatibilidad de las fuentes y métodos de información sobre la droga. El Observatorio dispone de red

Scorecard as a Strategic Management System”, *Harvard Business Review*, July-August 2007, [Consulta: 7.5.2’13], [www.hbrreprints.org].

⁴⁵⁸ “Pensamiento cualitativo. Educación cualitativa”, Escuela Europea de Policía (CEPOL), [Consulta: 11.4.2013], [bookshop.europa.eu/.../QR3210530ESN_002.pdf?...] .

⁴⁵⁹ DOCE L 36 de 12.2.1993.

⁴⁶⁰ DOCE L 341 de 30.12.1994.

⁴⁶¹ DOCE L 253 de 7.10.2000.

⁴⁶² OLESTI RAYO, A., “La Unión Europea y la reducción de la oferta ilícita de drogas”. [Consulta: 23.6.2011], [www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_011_113.pdf].

informatizada denominada Red Europea de Información sobre Drogas y Toxicomanías (REITOX), que constituye la infraestructura para la recogida y el intercambio de información y de documentación, tanto de los Estados miembros como de organismos internacionales. El OEDT ha presentado informes sobre la situación de la droga en la Unión Europea⁴⁶³ y ha desarrollado indicadores claves que son comunes a los Estados miembros a los efectos de facilitar la recogida de datos en los propios Estados miembros; se trata de indicadores epidemiológicos⁴⁶⁴ del uso de las drogas y de sus consecuencias en la salud.

Para ello, el OEDT trabaja en asociación con países no miembros de la UE y con las organizaciones internacionales que se ocupan del problema; el PNUCID (Programa de las Naciones Unidas para el Control Internacional de la Droga), la OMS, el Grupo Pompidou del Consejo de Europa y la OMA (Organización Mundial de Aduanas), Interpol y Europol.

Entre los grupos destinatarios del Observatorio se cuentan responsables políticos que utilizan esta información para contribuir a formular estrategias coherentes en relación con las drogas en el ámbito nacional y comunitario. La información se dirige también a profesionales e investigadores que trabajan en el campo de las drogas, y con carácter más amplio, a los medios de comunicación europeos y al público en general⁴⁶⁵.

⁴⁶³ El principal objetivo de estos informes es contribuir a orientar las políticas en este ámbito tanto en el plano nacional como regional. *Informe anual sobre el problema de la drogodependencia en la Unión Europea, 2001*, Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2001, 63 págs. [Consulta: 11.4.2013], [www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_37276_ES_ar01_es.pdf]. El *Informe anual de 2012* está disponible en www.emcdda.europa.eu/events/2012/annual-report.

⁴⁶⁴ Los llamados cinco indicadores epidemiológicos clave, son los siguientes:

- 1.- La extensión y las pautas del uso de drogas en la población (estudios de los hogares de la población de 15 a 64 años de edad).
- 2.- La prevalencia y las pautas del problema del uso de drogas (estimaciones estadísticas de la prevalencia y la incidencia en la población de 15 a 64 años de edad).
- 3.- La demanda de tratamiento de los usuarios de drogas (estadísticas de sistemas de información basados en casos anónimos sobre el número y el perfil de los clientes que iniciaban el tratamiento en un centro de tratamiento de toxicomanías).
- 4.- Muertes relacionadas con las drogas y mortalidad de los usuarios de drogas (estadísticas de los registros de mortalidad y registros especiales de la población general sobre muertes inducidas por las drogas; estudios de la mortalidad por todas las causas entre cohortes de usuarios de drogas).
- 5.- Enfermedades infecciosas relacionadas con las drogas (tasas de prevalencia e incidencia del VIH y de la hepatitis B y C entre los usuarios de drogas que se inyectan). "La práctica de la epidemiología del uso indebido de drogas", Boletín de estupeficientes, Vol. LV, núms. 1 y 2, 2003, Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, Viena, p.69, [Consulta: 15.5.2013], [books.google.es/books?isbn=9213480911].

⁴⁶⁵ [Consulta: 23.6.2011], [http://europa.eu/agencies/community_agencies/emcdda/index_es.htm].

2.2.5.4.5.- Agencia Europea de los Derechos Fundamentales

La Agencia de los Derechos Fundamentales, creada en 2007, en virtud del Reglamento del Consejo 168/2007 de 15 de febrero de 2007⁴⁶⁶ encuentra su origen al tiempo que sucede al Observatorio Europeo del Racismo y la xenofobia, creado en 1997 por el Reglamento 1035/97⁴⁶⁷, que fijó su sede en la ciudad de Viena.

El principal cometido de esta agencia consiste en proporcionar a la Unión Europea y a sus Estados miembros información y datos objetivos, fiables y comparables a nivel europeo sobre los fenómenos del racismo, la xenofobia y el antisemitismo, con el fin de promover medidas o actuaciones contra el racismo y la xenofobia⁴⁶⁸. Sobre la base de los datos recogidos, la agencia estudia la amplitud y la evolución de los fenómenos y analiza sus causas, consecuencias y efectos. Otra de sus tareas consiste en elaborar estrategias de lucha contra el racismo y la xenofobia, entre las que se encuentran las de tipo jurídico, y en sacar a la luz y difundir los ejemplos de buena integración de los inmigrantes y de las minorías étnicas y religiosas⁴⁶⁹.

Constituyen, pues, sus cometidos principales⁴⁷⁰:

- a) Recoger, analizar y divulgar datos objetivos y fiables.
- b) Desarrollar nuevos métodos para mejorar la comparabilidad y fiabilidad de los datos a escala europea.
- c) Fomentar la investigación sobre los derechos fundamentales.

⁴⁶⁶ DO L 53/2 de 22.2.2007, y ello, a pesar de que, a través de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 8 de mayo de 2001: El papel de la Unión Europea en el fomento de los derechos humanos y la democratización en terceros países [COM (2001) 252 final, no publicada en el Diario Oficial] la Comisión ya se planteaba la posibilidad de la creación de una Agencia de derechos fundamentales, posibilidad sugerida en las conclusiones del Consejo Europeo de junio de 1999, cuestión a la que responde en sentido negativo en ese momento, alegando, en esencia, ser suficiente la información y asesoramiento aportados por el propio Observatorio. [Consulta: 28.1.2013],[europa.eu >... > Derechos humanos].

⁴⁶⁷ DO L 151 de 10.6.1997.

⁴⁶⁸ El artículo 4 del Reglamento 168/2007 realiza una enumeración de los que denomina “cometidos” de esta Agencia.

⁴⁶⁹ En un comunicado de Amnistía Internacional, el Sr. Dick Oosting, director de la Oficina de la UE de Amnistía Internacional consideraba que la creación de la Agencia era un paso en la dirección correcta pero también una oportunidad perdida, al haberla desconectado en su labor de áreas clave esenciales, entre las que citaba la lucha antiterrorista, las entregas extraordinarias de presos, los abusos policiales, la vigilancia exhaustiva de los derechos de asilo y de migración o trata de seres humanos, Extraído de [Consulta: 4.3.2012],[www.canalsolidario.org/...agencia-europea-de-derechos-humanos/85...].

⁴⁷⁰ Vid. también, sobre su organización y funciones, “La Agencia Europea de Derechos Fundamentales”, [Consulta: 4.3.2012], [www.portalcorporativo.lexnova.es/revista_In/Revista48/24_AExamen.pdf].

d) Elaborar y publicar conclusiones y dictámenes sobre temas concretos, por iniciativa propia o petición de las instituciones de la UE

e) Realizar o fomentar investigaciones y trabajos científicos, estudios preparatorios y de viabilidad.

f) Publicar un informe anual sobre las cuestiones relativas a los derechos fundamentales e informes temáticos basados en sus análisis, investigaciones y encuestas.

g) Fomentar el diálogo con la sociedad civil⁴⁷¹ para sensibilizar al público sobre los derechos fundamentales desarrollando una estrategia de comunicación⁴⁷².

En sentido negativo, la Agencia no admite quejas individuales de los particulares, no es un organismo para la supervisión de los derechos fundamentales en los países de la UE entendida como una vigilancia preordenada a sancionar a un Estado miembro en caso de una violación seria de los derechos fundamentales⁴⁷³; no trata la legalidad de los actos de la UE o de si algún Estado miembro ha incumplido una obligación legal conforme al Tratado. La Agencia no puede examinar denuncias individuales ni elaborar normas⁴⁷⁴.

El elemento fundamental de las actividades de la agencia lo constituye la Red Europea de Información del Racismo y la Xenofobia (RAXEN), cuya tarea fundamental consiste en recoger datos e información tanto a nivel nacional como europeo. Dicha misión la llevarán a cabo veinticinco grupos de contacto nacionales, empleados por la agencia para reunir, coordinar y difundir información nacional y europea en estrecha colaboración con el observatorio, si bien en la Agencia participan los veintisiete Estados miembros de la UE, y

⁴⁷¹ Mediante el establecimiento de una “Plataforma de los derechos fundamentales”, compuesta por organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos, organizaciones sindicales y empresariales, organizaciones sociales y profesionales pertinentes, iglesias, organizaciones religiosas, filosóficas y no confesionales, universidades y otros expertos cualificados de órganos y organizaciones europeas e internacionales.

⁴⁷² El artículo 4 del Reglamento de creación de la Agencia recoge estos cometidos.

⁴⁷³ El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2011, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE prevé la posibilidad de animar a los organismos comunitarios, entre ellos la Agencia de Derechos Fundamentales, a establecer “listas de control de admisibilidad” de las denuncias formuladas por los ciudadanos sobre violación de derechos fundamentales y a crear instrumentos de ayuda de los ciudadanos en la interposición de estas denuncias, así como de las quejas que pudieran formular frente a supuestos de mala administración. Dicha recomendación se justifica en la precedente experiencia positiva del Defensor del Pueblo Europeo, que creó una guía interactiva en su sitio web a través de la cual pudo dar respuesta al 80% de las consultas recibidas en 2011 a través de este instrumento.[Consulta: 7.5.2013], [ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/.../annual_report_2010_es.pdf].

⁴⁷⁴ SANJUAN GARCÍA, P., “La Agencia Europea de Derechos Fundamentales”, *Lex Nova La Revista*, Enero/Marzo 2007, [Consulta: 11.4.2013], [portalcorporativo.lexnova.es/revista_In/Revista48/24_AExamen.pdf].

pueden también participar en calidad de observadores y en grado variable, los países candidatos a la adhesión⁴⁷⁵.

2.2.5.4.6.- Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información

Con origen en el Reglamento 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004⁴⁷⁶, por el que se establece la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA). La misión de ENISA, cuya sede quedó fijada en la ciudad griega de Héraklion, es ayudar a la Comunidad a obtener unos niveles particularmente altos de seguridad de las redes y de la información. La Agencia ha de contribuir por lo tanto al desarrollo de una cultura de seguridad de las Redes y de la información en beneficio de los ciudadanos, los consumidores, las empresas y las organizaciones del sector público de la Unión Europea, contribuyendo así al correcto funcionamiento del mercado interior.

La Agencia tiene igualmente como función ayudar a la Comisión, a los Estados miembros y a la comunidad empresarial a cumplir los requisitos de seguridad de las redes y de la información, incluida la legislación comunitaria presente y futura. ENISA funciona esencialmente como un Centro de asesoramiento técnico y proporciona asistencia a los Estados miembros así como a las instituciones de la UE sobre las cuestiones vinculadas a la seguridad de las redes y de la información.

Con el fin de garantizar la realización de sus objetivos, las tareas de la Agencia consisten principalmente en:

- Acopio y análisis de datos relativos a aspectos vinculados a la seguridad y a los riesgos emergentes.

⁴⁷⁵ Teniendo por tales a Turquía, Croacia y Antigua República Yugoslava de Macedonia.

⁴⁷⁶ DO L 077 de 13.3.2004. Este Reglamento preveía inicialmente una *sunset clause* limitando la operatividad de la Agencia al período 14.3.2004 a 13.3.2009. Este extremo fue modificado por el Reglamento (CE) nº 1007/2008, de 1.11.2008, DO L 293 de 31.10.2008, que amplió dicho plazo hasta el 13.3.2012. Sobre el significado de esta cláusula, SCHOLTEN, M., "Independent, hence unaccountable? The Need for a Broader Debate on Accountability of the Executive", *Review of European Administrative Law*; Vol. 4, NR 1, 5-44, Paris Legal Publishers, 2011, [Consulta: 7.5.2013],[www.montesquieu-institute.eu/.../europeaward_sch...]. El 29 de mayo de 2013 el Parlamento Europeo decidió prolongar el mandato de ENISA por un período de siete años desde la publicación de este acuerdo. [Consulta: 7.5.2013],[www.europa.eu/.../political-agreement-renewed-ma...].

- Cooperación con los distintos protagonistas creando asociaciones entre el sector público y el sector privado con empresas que ejercen sus actividades en la UE o a nivel mundial.

- Sensibilizar a los usuarios en la problemática de la seguridad de las redes y de la información y promover métodos de evaluación de riesgos y mejores prácticas con el fin de encontrar soluciones interoperativas de gestión de los riesgos.

- Seguimiento del desarrollo de las normas sobre productos y servicios en la sociedad de la información y en las redes⁴⁷⁷.

La evolución de ENISA la ha vinculado estrechamente a la relación entre la seguridad de las redes y la protección de datos personales lo que conecta de un modo más intenso la actividad de esta Agencia con el ELSJ. Ello se pone especialmente de manifiesto en su informe de noviembre de 2011 *To log or not to log? Risks and benefits of emerging life-logging applications*⁴⁷⁸. El informe expresamente recoge que *Enisa undertook the task of developing a scenario identifying the risks, threats and vulnerabilities particularly regarding privacy and trust issues of a set of technologies grouped around the trend known as 'Life-logging'. This was done under the broader remit of ENISA's role in assessing new emerging technologies*⁴⁷⁹.

2.2.5.4.7.- Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores (FRONTEX).

La propuesta del Reglamento de creación de la Agencia, respondió a la invitación del Consejo Europeo de Salónica en sus conclusiones de 16 y 17 de octubre de 2003. Se tuvieron en cuenta las experiencias de cooperación entre Estados miembros en el marco de un órgano común, correspondiendo a la Agencia coordinar la cooperación operativa.

La Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa entre Estados miembros en el ámbito de las fronteras exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea fue creada por el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo de 26 de noviembre de 2004⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) nº 460/2004 por el que se crea ENISA.

⁴⁷⁸ [Consulta: 28.5.2013], [www.enisa.europa.eu/.../to-log-or-not-to-log-...].

⁴⁷⁹ El informe completo se encuentra disponible en [<https://www.ccn-cert.cni.es/index.php?option=com...task...>], [Consulta: 11.4.2013].

⁴⁸⁰ DO L 349 de 25.11.2004.

Posteriormente, ha sido enmendado en dos ocasiones. Primeramente, por el Reglamento CE 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras⁴⁸¹. En segundo lugar, por el Reglamento 1168/2011 de 25 de octubre de 2011 que modifica el Reglamento(CE) nº 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea⁴⁸².

La creación de esta Agencia responde a la necesidad de mejorar la gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea⁴⁸³. Aunque los Estados miembros son responsables del control y la vigilancia de las fronteras exteriores⁴⁸⁴, la Agencia facilita la aplicación de las medidas comunitarias, actuales y futuras, relativas a la gestión de estas fronteras⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ DO L 199 de 31.7.2007. Este mecanismo estaba destinado a permitir a la Agencia una rápida respuesta en los supuestos de súbita afluencia de migraciones irregulares.

⁴⁸² Modificación precipitada por los acontecimientos ocurridos en la denominada “primavera árabe”.

⁴⁸³ Vid también al respecto, BERMEJO CASADO, R. “El proceso de institucionalización de la cooperación en la gestión operativa de las fronteras externas de la UE. La creación de Frontex”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 91, pp. 29-62,[Consulta: 16.3.2012], [www.cidob.org/.../es_espacio_de_libertad_seguridad_y_justicia_de_...].

⁴⁸⁴ A estos efectos, se entiende por fronteras exteriores de los Estados miembros las fronteras terrestres y marítimas de estos últimos así como sus aeropuertos y puertos marítimos, a los cuales se aplican las disposiciones del Derecho comunitario relativas al cruce de personas por las fronteras exteriores. [europa.eu > EUROPA > Síntesis de la legislación de la UE],[Consulta: 11.4.2013]. Puede adoptarse, en otro contexto que el propio del análisis de Frontex, un concepto más amplio de fronteras exteriores de la Unión, de corte funcionalista, que distingue entre fronteras demográficas y sociales, económicas, político-diplomáticas, de seguridad y defensa y culturales. Siguiendo un criterio migratorio, se pueden apreciar cuatro fronteras: con el Magreb, y en menor medida pero con una tendencia creciente, países del África Subsahariana; la frontera con los países de la Comunidad de Estados Independientes; la frontera con América Latina y, finalmente la frontera con Oriente Medio, el subcontinente indio y el este asiático. CALDUCH CERVERA, R., Introducción en *Las Fronteras Exteriores de la Unión Europea*, Monografías del CESEDEN 104(Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional), febrero 2008, págs. 12 y 15,[Consulta: 11.4.2013],[www.bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/.../grupo.cmd?...].

⁴⁸⁵ En general, todas las relativas al cruce del Espacio Schengen y el Sistema de visados. En concreto, el Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), los posteriores actos modificativos: Reglamento (CE) nº296/2008, Reglamento (CE) 81/2009, Reglamento (CE) nº810/2009 y Reglamento (CE) nº 265/2010; y los actos conexos: Decisión del Consejo 2010/252/UE, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la gestión de la Cooperación Operativa de las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea y el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de septiembre de 2009, sobre el funcionamiento de las disposiciones relativas al sellado de los documentos de viaje de los nacionales de terceros países de conformidad con los artículos 10 y 11 del Reglamento (CE) nº562/2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de

La política comunitaria en el ámbito de las fronteras exteriores de la Unión tiene por objeto establecer una gestión integrada que permita garantizar un nivel elevado y uniforme de control de las personas y de vigilancia como condición previa a la creación del ELSJ. El artículo 62, apartado 2, letra a) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea permite adoptar medidas en las que se establezcan las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles en las fronteras exteriores. Por otra parte, el artículo 66 del mismo Tratado prevé que el Consejo adopte medidas con vistas a la cooperación entre los servicios competentes de las administraciones de los Estados miembros, así como entre estos servicios y la Comisión.

Dado que los Estados miembros son competentes para aplicar, en el ámbito operativo, estas normas comunes, la política comunitaria se beneficiará claramente de una mayor coordinación de sus actividades en materia de control y vigilancia de las fronteras exteriores⁴⁸⁶.

En una Comunicación de 7 de mayo de 2002 titulada “Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea”⁴⁸⁷, la Comisión preconizaba la creación de un “órgano común de expertos en fronteras exteriores” encargado de la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros. El plan para la gestión de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea aprobado por el Consejo el 13 de junio de 2002, ratificó la creación de un Órgano común de expertos en fronteras exteriores⁴⁸⁸ a efectos de la gestión integrada de las fronteras exteriores. Órgano que, sin embargo, presentaba ciertas limitaciones estructurales respecto a la coordinación de la cooperación operativa.

personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) [COM(2009) 489 final] y Reglamento (CE) nº1931/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se establecen normas relativas al tráfico fronterizo menor en las fronteras terrestres exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican las disposiciones del Convenio de Schengen.

⁴⁸⁶ En efecto, el marco normativo de la Agencia resalta el hecho de que dicho instrumento institucional no asume la competencia soberana de los estados en materia de control de fronteras, sino que actúa como nexo coordinador entre éstos, como un mecanismo institucional de la UE fundamentado en el principio *burden-sharing* o de solidaridad entre Estados. HERNÁNDEZ I SAGRERA, “FRONTEX: ¿Proyección a nivel europeo de la visión de España sobre el control de fronteras?”, en BARBÉ, E. *España en Europa 2004-2008*, Monografías del Observatorio de Política Exterior Europea, núm. 4, Febrero 2008, Barcelona: Institut Universitari d’Estudis Europeus, págs. 1 y 2.

⁴⁸⁷ COM (2002) 233 final.

⁴⁸⁸ A modo de un cuerpo europeo de guardias de frontera, idea que posteriormente se menciona en el Programa de La Haya. [Consulta: 11.4.2013], [circa.europa.eu/irc/opone/fact_sheets/info/.../article_7307_es.htm].

FRONTEX, por tanto, coordina la cooperación operativa entre Estados miembros en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores; ayuda a los Estados miembros en la formación de los guardias fronterizos nacionales, incluido el establecimiento de normas comunes de formación; lleva a cabo el análisis de riesgos, hace un seguimiento de la evolución en materia de investigación relacionada con el control y la vigilancia de las fronteras exteriores; asiste a los Estados miembros en circunstancias que requieren un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores; y proporciona a los Estados miembros el apoyo necesario para organizar operaciones conjuntas de retorno⁴⁸⁹. Las funciones de FRONTEX tienen un fuerte componente de inteligencia y buscan aportar un valor añadido a los sistemas nacionales de gestión de fronteras garantizando la libertad y seguridad de los ciudadanos⁴⁹⁰.

Sin perjuicio de las competencias de la Agencia, los Estados miembros pueden proseguir la cooperación establecida a nivel operativo con otros Estados miembros y/o países terceros en las fronteras exteriores, cuando esta cooperación complete la acción de la Agencia. Los Estados miembros informarán a la Agencia de las actividades realizadas en el marco de esta cooperación al margen de la Agencia.

FRONTEX está muy vinculada con otras agencias de la UE responsables de la seguridad de las fronteras exteriores, tales como Europol, CEPOL y OLAF. Su objetivo principal es fortalecer la seguridad fronteriza garantizando la coordinación de las acciones de los Estados miembros en la ejecución de medidas comunitarias relativas a la gestión de las fronteras exteriores⁴⁹¹.

En opinión de RIJPM⁴⁹², referida a la aplicación de *Rapid Borders Intervention Teams (RABIT)*⁴⁹³, *although the agency keeps a centralised record of the availability of national equipment, member states have been reluctant to deliver the means they have pledged, or have put restrictive conditions on their use, particularly also because of the nuclear legal Framework in which they would be deployed. In addition, vessels and aircrafts used in Joint operations always remain under the tactical command and control of the member state of the*

⁴⁸⁹ Funciones que se atribuyen a la Agencia en el artículo 2 del Reglamento por el que se dispone su creación.

⁴⁹⁰ Informe de la Secretaría General a Frontex, "Informe general de Frontex del año 2005". DOC 1043/06, de 13 de junio de 2006.

⁴⁹¹ [Consulta: 10.1.2010], [www.europa.eu...].

⁴⁹² EUI European Law Course, Reading materials, July 2013, Florence.

⁴⁹³ Rapid Borders Intervention Teams. Mecanismo puesto en marcha únicamente en la frontera Grecia-Turquía en octubre de 2010.

*flag, specially where these take place outside EU territory, such as on the high sea or third country territorial Waters*⁴⁹⁴.

En contraposición a este juicio crítico, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo⁴⁹⁵, *Primer Informe anual sobre la aplicación de la Estrategia de Seguridad Interior de la UE* pone de relieve algunos de los logros de la Agencia. En concreto, desde el despliegue de la Operación Hera en 2006, Frontex ha conseguido cerrar la ruta de migración irregular desde África Occidental hasta las Islas Canarias. Con posterioridad, las actuaciones operativas de Frontex se han centrado en la contención de los flujos migratorios irregulares en la frontera Grecia-Turquía⁴⁹⁶.

Como consecuencia de los acontecimientos de la Primavera árabe⁴⁹⁷, las facultades de la Agencia, a través de la señalada modificación reglamentaria, se han ampliado, superando la mera coordinación. Lo que inicialmente fue una Agencia gestionada desde los Estados miembros que ofrecía recursos humanos y materiales para el control de fronteras va adquiriendo autonomía propia en materias tan sensibles como la interceptación de embarcaciones, la colaboración en la aplicación de la Directiva de retorno y la instauración tras esta última reforma de las operaciones de intervención rápida⁴⁹⁸. Ello ha hecho preciso reforzar las garantías en la actuación de la Agencia en materia de incidencia de su actuación en ámbitos que puedan afectar a los derechos fundamentales, específicamente en materia de protección de datos personales, lo que se lleva a cabo en la última reforma reglamentaria.

⁴⁹⁴ RIJPM, J., Hybrid agencification in the Area of Freedom, Security and Justice and its inherent tensions: the case of Frontex, "The agency phenomenon...", op. cit., p. 96

⁴⁹⁵ COM (2011) 790 final, Bruselas, 25.11.2011.

⁴⁹⁶ Según los datos ofrecidos por el Informe de Anual de Riesgos de 2011, elaborado por la propia Agencia, en las fronteras griegas con Turquía (tierra y mar) se registró un aumento del 45% de detenciones entre los años 2009 y 2010.

⁴⁹⁷ El Análisis de Riesgos de la Agencia 2012 detecta como principales focos de migración irregular Túnez y Libia y, en segundo lugar, se mantiene la frontera griega, con migrantes procedentes de los Balcanes Orientales. Este último Análisis de Riesgos de la Agencia se puede consultar en http://frontex.europa.eu/assets/Attachment_Features/AnnualRisk_Analysis_2012.pdf, [Consulta: 12.4.2013].

⁴⁹⁸ MAZKIARAN, M., AIERBE, P.M., S.O.S. RACISMO, *Informe Anual 2012 sobre el racismo en el Estado Español*, San Sebastián: Tercera Prensa-Higugarren Prentsa S.L., 2012.

**CAPÍTULO III.- EL MARCO JURÍDICO ACTUAL EN
DERECHO PRIMARIO: EL TRATADO DE LISBOA
(2009)**

El Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, incide de forma sustancial en la materia de cooperación judicial y policial para la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en cuanto suprime la estructura de pilares, con las consecuencias inherentes en materia de fuentes, procedimiento decisorio, legislativo, legitimidad institucional y facultades de control del TJUE.

Con carácter general, ha de manifestarse que el Tratado de Lisboa no es un texto consolidado que sustituya en su integridad a los Tratados europeos, sino que se limita, como en anteriores reformas (Maastricht, Amsterdam y Niza), a incorporar las novedades y modificaciones introducidas en aquéllos y sus protocolos. RUIZ-JARABO COLOMER, advierte a este respecto, si bien en relación con la estructura judicial europea, que

“Hay que evitar los riesgos que entrañan las reformas parciales, las que se superponen a lo ya construido sin respetar los pilares fundamentales y careciendo de un proyecto estructurado que, sin perder lo conseguido, realce las edificaciones levantadas para dar cobijo adecuado a cuantos buscan en la justicia, en el amparo del derecho, la poesía de la luz que antes ofrecían las catedrales góticas a la reflexión teológica...”⁴⁹⁹.

El resultado son dos Tratados con el mismo valor jurídico⁵⁰⁰. Al respecto, “debe tenerse presente que el nuevo Tratado no afecta al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEE/ Euratom), que permanecerá en vigor junto con éste, si bien el Protocolo por el que se modifica el Tratado Euratom varía algunas de sus disposiciones para hacerlas compatibles con el nuevo texto”⁵⁰¹.

En cuanto al Tratado de la CECA, expiró el 23 de julio de 2002, ya que el propio instrumento preveía su término a los cincuenta años, reconduciéndose entonces el ámbito cubierto por el Tratado CECA al previsto con carácter general en el Tratado de la Comunidad Europea. Esta Comunidad asumió desde esa fecha los derechos y obligaciones derivados de los acuerdos internacionales celebrados por la CECA, negociándose las modificaciones pertinentes con los Estados afectados⁵⁰².

⁴⁹⁹ RUIZ-JARABO COLOMER, D., *La justicia de la Unión Europea*, Pamplona: Civitas, 2011, p. 76.

⁵⁰⁰ ALONSO GARCÍA, R., “Prólogo en...”, op. cit., p.46.

⁵⁰¹ DE FARAMIÑAN GILBERT, J.M., “El Tratado de Lisboa...”, op. cit., p.3.

⁵⁰² MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “Instituciones y Derecho...”, op. cit., p. 33.

El Tratado de Lisboa, recoge gran parte de las aportaciones incluidas en el Tratado Constitucional de 29 de octubre de 2004. Pero también incorpora otras modificaciones, impulsadas en gran medida por la obsesión de algunos Estados miembros de eliminar la dimensión constitucional del Tratado de 2004, queriendo que la nueva reforma apareciera como una reforma de bajo perfil para justificar su aprobación parlamentaria, y no por vía de referéndum. Ello explica que se haya optado por un texto que introduce enmiendas en los actuales Tratados, abandonándose la opción de crear un nuevo Tratado consolidado que sustituyera los textos en vigor. Es decir, se procede a la descomposición del texto único de 2004, al rechazarse la misma idea de aprobar un texto de naturaleza constitucional⁵⁰³.

El Tratado consta de cuatro partes que no se formulan expresamente como tales. La primera de ellas, dedicada a las “modificaciones del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”; la segunda, a las “disposiciones finales” del Tratado de Lisboa”; la tercera, a los “protocolos” anejos; y la cuarta y última a la “Tabla de correspondencias a que se refiere el artículo 5 del Tratado de Lisboa”. A ello debe añadirse las numerosas Declaraciones que figuran en el Acta final de la Conferencia Intergubernamental y que no forman parte integrante, a diferencia de los Protocolos, del Tratado, aunque pueden ser utilizadas por los tribunales como criterio interpretativo⁵⁰⁴.

Específicamente al ELSJ se refiere el Título V del TFUE, que lleva por rúbrica “Espacio de libertad, seguridad y justicia”. Se divide en cinco capítulos: Disposiciones Generales, Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, Cooperación judicial en materia civil, Cooperación judicial en materia penal y Cooperación policial.

⁵⁰³ ESTEVE GARCÍA, F., “El Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes comunitario y su influencia en los ordenamientos estatales, en MATIA PORTILLA, J. (Dir.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Granada: Comares, 2009, págs. 123-161 A juicio de la autora, la persistencia de dos Tratados evidencia que siguen existiendo dos modelos de actuación bien diferentes, el modelo de integración en el TFUE y el modelo de cooperación que rige la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) incluido en el Tratado de Reforma) y ello seguirá siendo fuente de problemas de delimitación de actos.

⁵⁰⁴ ALONSO GARCÍA, R., “Prólogo en...”, op. cit., p.40.

3.1.- Principales innovaciones aportadas por el Tratado de Lisboa en la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Tratándose ya, de una necesidad vivamente sentida, se consagra, que la Unión Europea es una organización internacional con personalidad jurídica propia⁵⁰⁵, lo que no dejará de tener repercusiones en el desarrollo de la vertiente exterior del Espacio Judicial Europeo⁵⁰⁶. Es una consecuencia lógica derivada de la entrega de las competencias de la Comunidad Europea a la Unión tras la fusión de las dos comunidades, a fin de que pueda funcionar de forma autónoma. Gracias a esta dotación de personalidad jurídica, la Unión puede ejercer sus obligaciones y derechos propios en el límite de las competencias otorgadas por los Estados⁵⁰⁷.

El Tratado de Lisboa al suprimir la estructura en pilares creada por el Tratado de Maastricht, integra las competencias y establece un único procedimiento de toma de decisión, si bien las cuestiones de política exterior y defensa siguen reguladas por procedimientos específicos.

Interpillarización es y seguirá siendo un tema sensible porque el sistema de pilares es el resultado de un compromiso ambiguo entre dos visiones de la integración europea que son antitéticas en el largo plazo: de un lado, un proceso de construcción política en torno a una Comunidad supranacional, en el otro lado, una batalla para mantener o renovar unidades nacionales a través de la constitución de una Europa de los Estados⁵⁰⁸.

El nuevo Tratado distingue, en efecto, tres tipos de competencias:

A.- Competencias exclusivas de la Unión Europea en ámbitos sobre los que sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados Miembros necesitarán hallarse previamente facultados por la Unión, o bien únicamente podrán aplicar los actos comunitarios (art. 2.1 TUE). Se trata de una lista cerrada, enumerada en el artículo 3 del TFUE que incluye las siguientes materias:

⁵⁰⁵ Artículo 47 del TUE *“La Unión tiene personalidad jurídica.”*

⁵⁰⁶ Consecuencias que habrían de manifestarse en dos ámbitos fundamentales. El primero se refiere a la actuación de la Unión en las organizaciones internacionales, señaladamente las Naciones Unidas. El segundo hace alusión a la concertación de tratados internacionales.

⁵⁰⁷ GARCÍA MORENO, J.M., *“La asistencia penal...”*, op. cit..

⁵⁰⁸ Apud DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M., et al, *“Cooperación europea en...”*, op. cit., p. 96.

- 1.- La unión aduanera (arts. 30-32 TFUE).
- 2.- Normas sobre competencia “leal” entre empresas (arts. 101-9 TFUE).
- 3.- Política de gestión y conservación de recursos pesqueros (art. 38 TFUE).
- 4.- Política monetaria (arts. 127-132 TFUE).

5.- La celebración de acuerdos internacionales cuando lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo sea necesario para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien la posibilidad esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas (arts. 216-9 TFUE).

B.- Competencias compartidas con los Estados Miembros: en ellas, la Unión y los Estados Miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. Los Estados Miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla (art. 2.2 TUE). Entre ellas:

- 1.- Política social en ciertos aspectos definidos en el Tratado (arts. 151-161 TFUE).
- 2.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (arts. 67-89 TFUE).

El Tratado de Lisboa, como el precursor Tratado Constitucional, incluye nuevas competencias en esta categoría: energía (art. 194 TFUE), salud pública (art. 168 TFUE) y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y otras que ya tenía con anterioridad: mercado interior (arts. 26-7 TFUE), agricultura y pesca (salvo en los aspectos exclusivos), política de cohesión (arts 174-8 TFUE), protección de los consumidores (art. 169 TFUE), investigación y desarrollo (arts. 179-190 TFUE), medio ambiente (arts. 191-3 TFUE), transportes (arts. 90-100 TFUE), energía (art. 196 TFUE), los aspectos comunes de seguridad de la política de salud pública (art. 168 TFUE) y la cooperación al desarrollo y ayuda humanitaria (arts. 208-214 TFUE).

Las competencias compartidas se aplican a una serie de ámbitos principales a los que el artículo 4 del TFUE hace referencia, y que abarcan el mercado interior y toda una serie de políticas comunes vinculadas al mismo. Pero también se ha incluido como ámbito principal el ELSJ, permitiendo incluir plenamente las materias relativas a los controles en las fronteras, asilo, inmigración y cooperación judicial y policial en materia tanto civil como penal. Sin embargo, “en todos estos ámbitos no será nada fácil determinar cuándo la competencia

externa debe ser ejercida de forma exclusiva por la Unión y cuándo debe ser ejercida de forma compartida por los Estados, manteniéndose un alto nivel de ambigüedad”⁵⁰⁹.

C.- Competencias de apoyo. Por otra parte, existen ciertos ámbitos en los cuales la Unión Europea podrá llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados Miembros para tener en cuenta el aspecto europeo de los mismos. En relación a ellos, según el tenor literal del artículo 2.5 del TFUE queda expresamente excluida la armonización de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros. Tales ámbitos de actuación, correspondientes a las competencias de apoyo, se enumeran en el artículo 6 del TFUE: la protección y mejora de la salud humana, la industria, la cultura, el turismo, la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte; la protección civil y la cooperación administrativa.

D.- Competencias en materia PESD. Por último, en cuanto a la PESD, se rige según normas muy específicas que le confieren un carácter intergubernamental pronunciado. Parece que con el Tratado de Lisboa la atribución de competencias exteriores no ha ganado en claridad. El TJUE podría contribuir a ello, pero no ha sido dotado de los instrumentos adecuados, especialmente en lo que se refiere a competencias PESD, lo que entra en relación con el principio de coherencia, en cuanto depende de la claridad en el reparto de competencias y de la fuerza normativa de los mecanismos de cooperación⁵¹⁰.

En relación al precedente reparto y clasificación de competencias, como se ha dicho⁵¹¹, se guían en su delimitación y ejercicio por una tríada de principios que rigen las relaciones entre competencias europeas y estatales: atribución, subsidiariedad y proporcionalidad⁵¹². A ellos se refiere el art. 5 TUE distinguiendo en efecto, entre la delimitación de competencias, dirigida por el principio de atribución, y el ejercicio de tales competencias, inspirado por los principios de subsidiariedad⁵¹³ y proporcionalidad⁵¹⁴. Esta diferenciación expresa en el

⁵⁰⁹ ESTEVE GARCÍA, F. “El Tratado de Lisboa...”, p. 137.

⁵¹⁰ HILLION, C., “Cohérence et action extérieure de l’Union Européenne”, EUI Working Papers Law 2012/14.

⁵¹¹ Vid. punto 2.1, sobre la introducción de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de Maastricht.

⁵¹² MANGAS MARTÍN, A. “La distribución de competencias...”, p.11.

⁵¹³ Sobre la evolución del principio de subsidiariedad y el concepto formulado en el Tratado de Lisboa, cfr. BLAKE, T., “The principle of subsidiarity in Lisbon Treaty”, en BRUUN, N; LÖRCHER; SCHÖMANN, *The Lisbon Treaty and Social Europe*, 1ª Ed. Oregon: Oxford and Protald, 2012. Asimismo y en relación específica con el

Tratado obedece al hecho de que el principio de atribución sigue siendo el fundamento de toda competencia europea y, a juicio de MANGAS MARTIN⁵¹⁵, porque el orden competencial ha sido formulado desde la perspectiva de la salvaguardia de los intereses de los Estados miembros. Este argumento puede encontrar apoyo en la mención expresa que realiza el art. 5 del Tratado a los entes locales y regionales como entes de control del principio de subsidiariedad⁵¹⁶. En todo caso, estas consideraciones no deben llevarnos a entender el término “atribución” como sinónimo de delegación técnica, debido a que ello sometería la autoridad pública europea a las Constituciones de los Estados miembros y significaría el fin de la autonomía del derecho de la Unión⁵¹⁷. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, expresa que se espera que la subsidiariedad defienda ámbitos de actuación estatal frente a los delirios de grandeza de los propiamente comunitarios⁵¹⁸.

La subsidiariedad viene a legitimar el ejercicio de las competencias no exclusivas cuando existe alguna duda acerca de la pertinencia de una actuación comunitaria que también pudiera haber sido cubierta por una acción estatal. La proporcionalidad actúa como moduladora de ese mismo ejercicio. A juicio de BLAKE⁵¹⁹, a partir de Lisboa, esta acción del

ejercicio de competencias de armonización mínima, MAPELLI MARCHENA, C., *El modelo penal de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2014, págs. 239 y ss.

⁵¹⁴ ARANDA ALVAREZ, E., señala que el principio de subsidiariedad es un principio para la aplicación del modelo de competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros, sin embargo, la doctrina se encuentra dividida, en orden a si este principio es un criterio que rige el ejercicio de las competencias compartidas, o una fórmula de atribución de competencias. Ello pudiera relacionarse también con el hecho de que el principio de subsidiariedad permite una interpretación política y otra jurisdiccional, es un principio jurídico-político. “La alerta temprana en el procedimiento legislativo de la UE. Una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española”, *REDCE* Nº 44 enero/abril 2013, pp.111-112. A nuestro juicio esta división de opiniones pudiera deberse más que a la doble naturaleza del principio de subsidiariedad, a una defectuosa delimitación entre la noción y funciones del principio de subsidiariedad y el de atribución de competencias.

⁵¹⁵ Ibidem.

⁵¹⁶ Ello es puesto de relieve por CARMONA CONTRERAS, A.A. al afirmar que “La alusión a los entes periféricos no resulta en absoluto irrelevante, pudiendo considerarse como la expresión de una cierta voluntad por recuperar uno de los sentidos primigenios de este principio: frenar el (por lo demás irrefrenable) proceso de expansión competencial a favor de la Unión que, desde una perspectiva interna, no sólo desapodera a los Estados sino también, allí donde rige el principio de descentralización política, a los sujetos jurídicos que actúan en su seno. No obstante, teniendo en cuenta la aplicación y el entendimiento que de dicho principio han llevado a cabo tanto las instituciones políticas responsables (esencialmente la Comisión), como los tribunales comunitarios, el potencial efecto territorial esperable de la mención de los niveles infraestatales resulta más que limitado”, en “La incidencia del Tratado de Lisboa en la organización territorial de los Estados miembros de la Unión Europea: especial referencia al caso español”, *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, págs. 45 y 6.

⁵¹⁷ Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos técnicos y doctrinales, p.52.

⁵¹⁸ Aunque la autora concluye que la subsidiariedad seguirá siendo una norma fetiche al tiempo que fantasma. En RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “Subsidiariedad, nuevos intérpretes, nuevas interpretaciones”, en *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, op. cit., pp. 53-63.

⁵¹⁹ BLAKE, T., “The principle of Subsidiarity...”.

principio de proporcionalidad se produce ya, con independencia de la naturaleza de la competencia promovida por la Unión.

En palabras de ARANDA ALVAREZ⁵²⁰, el principio de subsidiariedad garantiza que la Unión sólo interviene en una materia si los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros mientras que el principio de proporcionalidad asegura que el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Es decir, si el primero trata de aclarar quién tiene la competencia, el segundo da un paso más e intenta verificar hasta dónde debe llegar la intensidad de la regulación cuando la competencia es de la Unión. En teoría esta es una delimitación fácil de ver, pero no lo es tanto en la práctica y este es uno de los motivos por los que, a juicio del autor precedentemente citado, ambos principios se tratan de manera conjunta en uno de los Protocolos del Tratado de Lisboa.

En lo que se refiere al control jurisdiccional de la observancia de este principio, el TJUE ha reconocido su competencia para realizar esta labor desde un primer momento⁵²¹, la cual, sin embargo, fue puesta en duda por el Tribunal Constitucional Federal Alemán⁵²². Con estos precedentes, RUIZ-JARABO COLOMER afirma que no parece seguro que un principio como el de subsidiariedad se preste a un análisis jurídico promenorizado sino que lo previsible es que el TJUE reconozca a las instituciones un amplio margen de apreciación y que sólo se declare la infracción cuando se compruebe una violación manifiesta del principio.

Algunos autores también ponen de relieve que no obstante la doble naturaleza político-jurídica del principio de subsidiariedad, predomina en él de manera significativa su carácter político, lo que necesariamente ha de repercutir en las modalidades de control que se establezcan sobre él, debiendo ser este control de naturaleza esencialmente política y realizarse antes de la entrada en vigor del acto en cuestión⁵²³. La solución ha sido la

⁵²⁰ “La alerta temprana...”, op. cit., págs.. 107 y 108.

⁵²¹ Ibidem, p. 110.

⁵²² En sentencias de 12 de octubre de 1993 y de 6 de julio de 2010 el Tribunal Constitucional Federal Alemán se declaró competente para controlar si las normas adoptadas en virtud del Tratado por las Instituciones de la Unión sobrepasan los límites de los derechos soberanos que se les han transferido conforme a la Constitución alemana. RUIZ-JARABO COLOMER, D., *La Justicia de la Unión Europea*, Navarra: Thomson Reuters, 2011, p.51.

⁵²³ Esta idea es el fundamento de la intervención y control en este ámbito del sistema de “alerta temprana” que analizaremos seguidamente según lo expresa PUEYO LOSA, J.M “El Tribunal de Justicia y el futuro constitucional de la Unión Europea”, [Consulta: 11.12.2013], [www.aladi.org/nsfaladi/reuniones.nsf/.../\$FILE/Pueyo.doc]. En el mismo sentido, ARANDA ALVAREZ, E., “La alerta temprana...” p. 107 afirma que en el Derecho de la Unión, la alerta temprana aparece vinculada al principio de subsidiariedad.

instauración de un doble control de la adecuación de los actos legislativos al principio de subsidiariedad, un control político *ex ante*, y un control jurisdiccional *ex post*.

En el Tratado de Lisboa, el principio de subsidiariedad es objeto de previsión expresa y específica en relación al ELSJ en el art. 69 TFUE. Dispone este precepto que en relación a las iniciativas legislativas presentadas en este ámbito, los Parlamentos nacionales velarán porque se respete el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁵²⁴. Esta norma se hace eco de algunas opiniones ya expresadas por los parlamentos nacionales, curiosamente en materia antiterrorista.

Desde el punto de vista de los efectos en la interpretación de la subsidiariedad, resulta llamativa la sugerencia contenida en una opinión del Consejo Federal austriaco sobre los intentos de regulación de la materia antiterrorista. Considera dicho Consejo que: “el Derecho penal es una cuestión de competencia nacional, independientemente del objetivo o de la forma legal de cualquier propuesta legislativa europea. Por lo tanto, la legislación europea en este ámbito sólo debería ser elaborada excepcionalmente. Las propuestas para actuaciones legalmente relevantes concernientes al Derecho penal requieren, desde esta perspectiva, una definición sustantiva, cualitativa y cuantitativa, explicando por qué un acto legislativo europeo debería ser adoptado y por qué la legislación propuesta está de acuerdo con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. En el mismo sentido, el Senado belga pedía a la Comisión que mostrase, de una manera más apropiada, por qué las regulaciones nacionales no eran adecuadas para reaccionar a las amenazas terroristas⁵²⁵.

Los artículos 69 y 70 del TFUE y el artículo 7.2 del Protocolo 2 atribuyen a los Parlamentos nacionales la supervisión de la observancia del principio de subsidiariedad, mediante el denominado *sistema de alerta temprana*⁵²⁶, y la intervención en los mecanismos

⁵²⁴ Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, DO C 310/207, 16.12.2004.

⁵²⁵ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “Subsidiariedad, nuevos intérpretes...”, *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, p. 58

⁵²⁶ ALONSO GARCIA, R., “Prólogo en...” p. 53 “...en el contexto del sistema de “alerta temprana” (early warning system), los Parlamentos nacionales pueden elevar un dictamen motivado sobre la conformidad con dicho principio de los proyectos de actos legislativos, obligando a su reexamen si es respaldado por un tercio de los votos a ellos atribuidos (disponiendo el Protocolo que “cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos, repartidos en función del sistema parlamentario nacional”, y que “en un sistema parlamentario nacional bicameral, cada una de las dos cámaras dispondrá de un voto”); además, en el supuesto de que los dictámenes parlamentarios representen la mayoría simple de dichos votos, la Comisión, de mantener su

de evaluación de la aplicación por las autoridades de los Estados miembros de las políticas comprendidas en el ELSJ, lo que incluye la evaluación de las actividades de Eurojust y el control político de Europol. El Protocolo 2 reduce de un tercio a un cuarto el número de votos totales necesarios para que la propuesta de acto legislativo deba volver a examinarse.

En el mismo sentido, puede concebirse el mecanismo de alerta temprana como un instrumento de participación territorial atribuido a los entes territoriales con la finalidad de salvaguardar el principio de subsidiariedad⁵²⁷. Las atribuciones otorgadas por el Tratado de Lisboa a los parlamentos nacionales son objeto de crítica por DE FARAMIÑÁN GILBERT⁵²⁸ por considerar que se trata de una batería de refuerzo a los Parlamentos nacionales que resultaba innecesaria explicitar de este modo, pues en la propia naturaleza y contenido del Tratado se cubren estas funciones que, por otra parte, se ven reforzadas en los Protocolos. Se ha afirmado que ha sido el peaje necesario que los Países Bajos exigieron para no someter a *referéndum* el nuevo Tratado como consecuencia de la mala experiencia con el frustrado Tratado Constitucional⁵²⁹. A juicio del autor anteriormente citado, sin embargo, toda esta táctica encierra un “tufillo de presiones nacionalistas que refuerzan a la Unión Europea para que en su singladura escore hacia las costas intergubernamentales lejos de las escolleras de la integración. Se trata de una mala tendencia, sumamente peligrosa, en la medida en que no sea denunciada, pues como en el cuento de Andersen habrá que decir, quizás con la

propuesta tras haberla reexaminado, deberá a su vez justificarla mediante un dictamen motivado (el cual, junto con los de los Parlamentos nacionales, será remitido al Parlamento Europeo y al Consejo, que deberán apreciar, antes de la primera lectura, la cuestión de la subsidiariedad: si el Parlamento, por mayoría de los miembros que lo componen, o el Consejo, por mayoría del 55% de los Estados miembros, deciden apoyar la objeción de los Parlamentos nacionales, el procedimiento legislativo no proseguirá). Mayor poder aún se atribuye a los Parlamentos nacionales en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil (y se trata de una novedad que introduce Lisboa respecto de la Constitución europea), en el que pueden, por sí mismos y a título individual, bloquear propuestas de decisión en orden a determinar los aspectos del derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos legislativos adoptados mediante el procedimiento “ordinario” (abandonando así el procedimiento especial) (cfr. Artículo 81.3 del TFUE).

⁵²⁷ CARMONA CONTRERAS, C., “La incidencia del Tratado de Lisboa...”, *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, págs. 46-7. “sistema de alerta temprana (*early warning system*), esto es, el neófito mecanismo de control político, de índole preventiva ejercido en sede nacional por los Parlamentos internos. Al carácter absolutamente novedoso que acompaña a la puesta en escena de actores noveles, las Asambleas legislativas nacionales, en el ejercicio de tareas fiscalizadoras orientadas a verificar el cumplimiento de tal principio en la fase inicial del procedimiento legislativo, se añade la circunstancia, igualmente inédita, de la intervención ‘cuando proceda’ de las asambleas territoriales dotadas de poder legislativo. La norma comunitaria, por lo tanto, abre una posible vía de participación regional, cuya efectiva verificación en la práctica vuelve a depender directamente de la voluntad de cada ordenamiento nacional.

⁵²⁸ “El Tratado de Lisboa...”, p. 12

⁵²⁹ Al respecto, GONZÁLEZ CANO, M.I., “Espacio judicial europeo y cooperación judicial penal: notas sobre su configuración en la Constitución Europea”, *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho*, Extra 3, 2005 (Ejemplar dedicado a: Estudios Jurídicos sobre la Constitución Europea), págs. 267-272.

ingenuidad de un niño, que “el Rey está desnudo” o mejor dicho “que lo están desnudando”⁵³⁰.

Pero las referidas atribuciones otorgadas a los parlamentos nacionales pueden, añadimos, igualmente interpretarse como un método de control del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad en la actuación de las instituciones comunitarias que serviría de contención a la incesante actuación expansiva europea. Se trata, en definitiva, de legitimar dichas funciones por el fin que las guía en cada caso en que se ejerzan, cualidad predicable tanto de la actuación comunitaria como del control nacional. Pero cabe la pregunta final de si efectivamente era preciso dicho control a nivel estatal y fuera de los propios controles comunitarios, que es, en definitiva y según nuestra particular interpretación, la opción criticada por DE FARAMIÑÁN.

A modo de respuesta a los referentes anteriores, en lo que concierne al ELSJ, parece que el principio de subsidiariedad viene a exigir que la actuación comunitaria, sea ésta legislativa o de otra índole, cumpla como presupuesto de legitimación, con dos requisitos. En primer lugar, la existencia de un valor añadido en dicha intervención, en la medida en que tiende a la consecución de objetivos más allá de las posibilidades de actuación de los Estados miembros. En segundo lugar, que dicha finalidad y justificación sea objeto de especial motivación en un doble sentido: primeramente, en que la superación de tales limitaciones estatales inspire teleológicamente la actuación comunitaria y, en segundo lugar, cumpliendo criterios de transparencia, dando a conocer las razones que la justifican⁵³¹.

⁵³⁰ En sentido inverso, otros autores patrocinan el sistema de alerta temprana con fundamento en el incremento de legitimación democrática aportado por la intervención de los Parlamentos Nacionales. Entre ellos, ALVAREZ CONDE, E. y LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A., “Los Parlamentos Nacionales y la Unión Europea: el mecanismo de alerta temprana”, *Revista de Derecho Político*, núm. 65, 2006, págs. 149-188, si bien los autores se refieren a las facultades introducidas en el Proyecto de Constitución Europea, no específicamente a las aportaciones del Tratado de Lisboa.

⁵³¹ Debe tenerse presente que la observancia del principio de subsidiariedad es susceptible de control judicial lo que el TJUE ya ha efectuado al resolver en los asuntos C-233/94 *Germany v European Parliament and Council* [1996] ECR I-5755, [46-47], [55] en el que aborda la cuestión desde el aspecto procedimental y en el asunto C-84/94 *United Kingdom v Council*, desde una perspectiva de derecho sustantivo. A juicio de CRAIG, en estos supuestos, las escasas exigencias formuladas por el Tribunal en relación a la justificación de la actuación de la Comisión dejaron vacío de contenido el artículo 5 del TCE. A juicio del autor, el Protocolo al Tratado de Lisboa sobre el Principio de Subsidiariedad contribuye a reforzar este principio en la medida en que obliga a la Comisión a realizar una consulta en profundidad antes de iniciar una propuesta legislativa. Esta propuesta ha de incluir una evaluación de impacto financiero e indicadores cuantitativos. Estos requisitos son revisables por el TJUE con fundamento en el artículo 263 del TFUE. CRAIG, P., *Institutions, Power and Institutional Balance* (January 31, 2011), *THE EVOLUTION OF EU LAW*, p.21, CRAIG, P. & DE BURCA, G., Oxford University Press, 2011; Oxford Legal Studies Research Paper Nº 48/2001, [Consulta: 28.5.2013], [<http://ssrn.com/abstract=1912016>].

Para JACQUÉ, el sistema de control de los Parlamentos Nacionales no merece una crítica unánime porque la situación de cada país es muy diferente⁵³². Unos Parlamentos Nacionales efectivamente tienen una posición muy activa de control. Este mecanismo además, necesita del diálogo entre los Parlamentos Nacionales y también de una reacción rápida, porque el plazo para actuar es breve. No tiene mucho sentido tratar de fortalecer la posición de los pequeños Estados miembros por esta sola condición, ya que no se vota a favor o en contra de una determinada propuesta por el hecho de ser un Estado Miembro grande o pequeño, sino en razón del interés directo del Estado en relación con la materia sobre la que recae la propuesta legislativa. De otro lado, los pequeños Estados Miembros no pueden bloquear una determinada propuesta, ya que no tienen derecho de veto y tampoco de iniciativa legislativa, pues no alcanzan el porcentaje de población exigido para ejercer la iniciativa legislativa. A este respecto, el artículo 293 del TFUE⁵³³ obedece a la intención de fortalecer la posición de la Comisión, no de los pequeños Estados Miembros⁵³⁴.

Para MANGAS MARTÍN⁵³⁵, basta examinar el ejercicio del derecho de propuesta que hacen los parlamentos nacionales para colegir que, transcurrido un período inicial de estreno, pasaría desapercibido entre la conocida desgana de la inmensa mayoría de los parlamentarios europeos. Ni está demostrado que sea más beneficioso ni más práctico. Cuando la Comisión ha ofrecido al PE, como lo hizo el Presidente Delors en 1985, que elija varias líneas de actuación a las que la Comisión daría cobertura jurídica mediante su derecho de propuesta, esa responsabilidad no ha sido asumida. Hacer un proyecto legislativo exige mucha reflexión,

⁵³² JACQUÉ, J.P., 'The European Commission: Status Quo or Declining Status? Firenze, July, 2012.

⁵³³ Artículo 293 del TFUE "1. Cuando, en virtud de los Tratados, el Consejo se pronuncie a propuesta de la Comisión, únicamente podrá modificar la propuesta por unanimidad, salvo en los casos contemplados en los apartados 10 y 13 del artículo 294, en los artículos 310, 312 y 314 y en el párrafo segundo del artículo 315. 2. En tanto que el Consejo no se haya pronunciado, la Comisión podrá modificar su propuesta mientras duren los procedimientos que conduzcan a la adopción de un acto de la Unión."

⁵³⁴ Estos argumentos se han visto reforzados por la experiencia práctica, en la medida en que, transcurridos dos años y medio desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el sistema de alerta temprana había sido utilizado en una sola ocasión. Aunque haya de exigirse cautela en la formulación de conclusiones generales a partir de este resultado, en un análisis más general, autores como DE WILDE, P., "Why the Early Warning Mechanism does not Alleviate the Democratic Deficit", Observatory of Parliaments after de Lisbon Treaty, Online Paper Nº 6/2012, [Consulta: 14.4.2013], [www.opal-europe.org/index.php?...8...], sostiene que el sistema de alerta temprana, como mecanismo que tiende a involucrar a los Parlamentos Nacionales en los asuntos comunitarios no es un instrumento apto para aliviar el denunciado déficit democrático de la Unión y además crea inseguridad acerca de las funciones e instrumentos de control comunitarios. Por ello deben mantenerse como principales cometidos de los Parlamentos Nacionales el control de sus propios gobiernos y la comunicación con sus propios ciudadanos. Este tipo de controles, habría de reservarse a los órganos jurisdiccionales.

⁵³⁵ MANGAS MARTÍN, A., "Aspectos jurídico institucionales de la Unión Europea", *Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, op. cit. p. 167.

ciertos estudios técnicos, una adecuada infraestructura e independencia para reconocer y proteger los intereses generales de la Comunidad. Requiere, pues, tal complejidad, que los Parlamentos nacionales raramente han utilizado el derecho de propuesta legislativa y siempre su actividad depende de la presentación de los proyectos de leyes que elaboran las Administraciones nacionales. Lo que sucede de hecho en los Estados, es la norma en el sistema comunitario. De acuerdo, por tanto, con esta opinión, es escasa la influencia y operatividad que cabe esperar del sistema de alerta temprano, instaurado por el Tratado de Lisboa⁵³⁶.

Estas opiniones formuladas al inicio de la entrada en vigor del nuevo Tratado parecen irse confirmando en la práctica y así lo deduce ARANDA ALVAREZ⁵³⁷ de la experiencia española en los tres años siguientes a la entrada en vigor del Tratado. El autor hace balance de ella afirmando que en los casos tramitados hasta la fecha, la alerta temprana nada aporta para un control parlamentario nacional de la acción política en la Unión del gobierno. Muy al contrario, lo que han demostrado los dictámenes elaborados es que las Cortes Generales se han convertido en un cauce más para reenviar la posición del ejecutivo a las instituciones europeas y que la tan ansiada centralización del Parlamento Europeo tiene ahora nuevas instituciones que pueden paralizar su función legislativa.

Con el Tratado de Lisboa, algunos autores vienen a añadir un nuevo principio a los tradicionales señalados, se trata del principio de coherencia. En efecto, la relación entre la preservación del acervo comunitario y el principio de atribución, de un lado, y la exigencia de coherencia, de otro, era una relación de sumisión de ésta última a la primera. Pero la entrada en vigor del Tratado de Lisboa modifica la naturaleza de la relación evocada en el artículo 7 del TFUE, en el sentido de un reequilibrio entre la lógica de la competencia y la lógica de la coherencia. No solamente porque la norma del antiguo artículo 47 del TUE ha sido sensiblemente modificada y la efectividad de las reglas de reparto de competencias parece debilitada, sino también, y sobre todo, en virtud de la elevación de la exigencia de coherencia al rango de principio que además es justiciable.

⁵³⁶ MANGAS MARTÍN, A. "Aspectos jurídico institucionales...", p. 167.

⁵³⁷ "La alerta temprana..." págs.141 y 142. Un ejemplo de puesta en marcha del mecanismo de alerta temprana en el Parlamento Español referido al ELSJ es el Dictamen 4/2012 sobre una iniciativa de Directiva sobre el embargo preventivo y decomiso de los productos de la delincuencia en la UE aunque a juicio del autor se refería a la observancia del principio de proporcionalidad y no de subsidiariedad.

Reseña además HILLION las declaraciones del TJUE con relación a este principio de coherencia, especialmente en lo que respecta a la acción exterior de la UE, afirmando que, con carácter previo al Tratado de Lisboa la Corte se ha apoyado en el argumento de la coherencia para sostener una posición favorable a la reafirmación de las competencias de la Unión. En otras ocasiones ha limitado el ejercicio de los Estados Miembros en relación a sus propias competencias de acuerdo con el principio de cooperación leal. El principio de coherencia también ha sido empleado por el TJUE para ampliar los efectos de la doctrina AETR o para proteger el ejercicio de las competencias de la UE de las interferencias nacionales. Y finalmente, en ocasiones, el TJUE hace prevalecer la regla de distribución horizontal de competencias enunciada en el antiguo artículo 47 del TUE sobre las consecuencias relativas a la coherencia. Además, en lo que respecta a la acción exterior de la UE, el TJUE ha puesto de relieve la relación entre el principio de coherencia y el de cooperación leal. La Corte, no solamente ha afirmado el deber de los Estados miembros de respetar sus obligaciones comunitarias cuando ejercen sus propias competencias, sino que ha formulado obligaciones de naturaleza procedimental a las que los Estados se deben ajustar cuando ejercen sus propias competencias en virtud del principio de cooperación leal, y en orden a asegurar la coherencia y la unidad de acción de la representación internacional de la Unión.

En efecto, el principio de lealtad, o de cooperación leal, en términos de la Jurisprudencia del TJUE puede promover la unidad o proteger la diversidad. Sirve de base a doctrinas con poderosos efectos unificadores en el ámbito de la cooperación judicial y de la implementación doméstica del derecho de la Unión.

De la configuración de las materias incluidas en el ELSJ como competencias compartidas, el mecanismo de alerta temprana, diseñado como instrumento de salvaguarda de los principios informadores de la distribución competencial entre la Unión y los Estados miembros, y este nuevo entendimiento del principio de coherencia institucional puede extraerse como consecuencia una mayor legitimidad de la Unión en su actuación en el ámbito del ELSJ, lo que contribuye a afirmar un cambio cualitativo en el tratamiento de estas políticas, en la medida en que adquieren relevancia y dinámica propias y dejan de considerarse corolario o consecuencia de otras políticas⁵³⁸. Ello es acorde con el objetivo cuya

⁵³⁸ RODRÍGUEZ J.M. Y SORROZA BLANCO, A., *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y la próxima Presidencia Española de 2010. Parte 2ª: el Programa de Estocolmo- más derechos, más seguridad, más*

proclamación se iniciara en el Tratado de Amsterdam, sobre la adquisición de una legitimidad propia y no derivada de otros objetivos y encuentra apoyo en el art.3TUE cuando se refiere al ELSJ como objetivo comunitario.

3.2- Procedimiento legislativo en el Tratado de Lisboa

En la línea iniciada por el Tratado de Niza, el Tratado de Lisboa prevé la aplicación del método legislativo ordinario. Es decir la utilización de la mayoría cualificada en el Consejo y la codecisión con el Parlamento en la mayoría de las cuestiones de Justicia e Interior (arts. 289 y 294 TFUE)⁵³⁹. Como es sabido, el procedimiento legislativo ordinario implica que los actos legislativos son adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión. A la finalidad de control jurídico y mejora de la legitimidad de las políticas de la Unión responde, en principio, el incremento de la participación del Parlamento Europeo en el proceso legislativo. De este modo, el anteriormente conocido como procedimiento de codecisión, se ha convertido formal y materialmente en el procedimiento legislativo ordinario de la Unión, exigiendo un mayor equilibrio de poderes entre el Consejo y el Parlamento⁵⁴⁰.

El artículo 289 del TFUE sólo hace referencia a dos tipos de procedimientos legislativos⁵⁴¹: el procedimiento legislativo ordinario y los procedimientos legislativos especiales. Los procedimientos legislativos especiales sustituyen a los antiguos procedimientos de consulta, de cooperación y de dictamen conforme. A diferencia del procedimiento legislativo ordinario, el TFUE no proporciona una descripción concreta de los

Europa en el mundo, ARI Nº 173/2009, [Consulta: 26.11.2013],[www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/Imprimir?...es/...]

⁵³⁹ Anterior artículo 251 del TCE que también regulaba el denominado procedimiento de codecisión, y tras Lisboa, procedimiento legislativo ordinario.

⁵⁴⁰ M. SÁNCHEZ (Dir.), "Procedimientos legislativos", en *Derecho de la Unión Europea*, Barcelona: Huygens, 2010, 323págs. [Consulta: 26.11.2013],[books.google.es/books?isbn=8493760617],p.122.

⁵⁴¹ Artículo 289 del TFUE. "1. El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión. Este procedimiento se define en el art. 294.2. En los casos específicos previstos por los Tratados, la adopción de un reglamento, una directiva o una decisión, bien por el Parlamento Europeo, con la participación del Consejo, bien por el Consejo, con la participación del Parlamento Europeo, constituirá un procedimiento legislativo especial. 3 Los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo constituirán actos legislativos. 4. En los casos específicos previstos por los Tratados, los actos legislativos podrán ser adoptados por iniciativa de un grupo de Estados miembros o del Parlamento Europeo, por recomendación del Banco Central Europeo o a petición del Tribunal de Justicia o del Banco Europeo de Inversiones."

procedimientos legislativos especiales. Por tanto, sus modalidades se definen caso por caso en el articulado de los Tratados que prevén su aplicación⁵⁴² y que, en lo que respecta al ELSJ, se acogen al siguiente esquema:

A.- Sigue siendo precisa la unanimidad del Consejo y la mera consulta al Parlamento:

- Para establecer disposiciones relativas a los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado (art. 77.3 en relación con el art. 77.1.a) TFUE) y ello con la finalidad de *“garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores”*).
- Derecho de familia con implicaciones transfronterizas (art. 81.3 TFUE). En este supuesto, el Consejo *podrá*, a propuesta de la Comisión, adoptar una Decisión que tendrá por objeto determinar los aspectos del derecho de familia que se consideran de repercusión transfronteriza, y, portanto, pueden ser materia de este procedimiento legislativo especial. En este caso, se prevé un control específico por los Parlamentos nacionales. La propuesta de la Comisión, ha de ser preceptivamente comunicada a los Parlamentos nacionales, y si alguno de ellos notificase su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no podrá ser adoptada. En realidad, este precepto, parece hacer referencia a cuestiones de derecho de familia que no rebasen el ámbito meramente civil, sin implicar cuestiones como aquellas en que los procesos de familia (nulidad, separación o divorcio) derivan de supuestos constitutivos de delitos de violencia de género, o bien en los casos de sustracción internacional de menores.
- La cooperación policial operativa (art. 87.3 TFUE) y la fijación de las condiciones y límites en que las fuerzas policiales y las autoridades judiciales en materia penal pueden actuar en el territorio de otro Estado miembro, en contacto y de acuerdo con las autoridades de dicho Estado (art. 89 TFUE).

⁵⁴²[Consulta: 13.2.2012],[http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbo_treaty/ai0016_es.htm].

B.- Por otra parte, se requiere únicamente la consulta al Parlamento sin unanimidad del Consejo:

- Para la adopción, a propuesta de la Comisión, de medidas de emergencia en caso de afluencia masiva y repentina de nacionales de terceros países (art. 78.3 TFUE).
- Para las medidas de cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros, así como entre dichos servicios y la Comisión, a propuesta, en este supuesto, de la Comisión o de iniciativa de una cuarta parte de los Estados miembros (art. 74 TFUE en relación con el art. 76).

C.- Finalmente, se precisa la aprobación del Parlamento y la unanimidad del Consejo para las cuestiones de mayor relevancia a nivel de cooperación judicial en materia penal, como son:

- La ampliación del ámbito de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros desde el punto de vista procesal (art. 82.2d TFUE). Dicho precepto se refiere a la posibilidad de establecer normas mínimas mediante una directiva adoptada con arreglo al procedimiento legislativo ordinario cuando su objeto sea la admisibilidad mutua de pruebas, los derechos de las personas durante el proceso penal o los derechos de las víctimas de los delitos. Cuando su objeto verse “sobre otros elementos específicos del procedimiento penal”, igualmente será precisa la unanimidad del Consejo, previa aprobación del Parlamento. Cómo deba interpretarse la expresión “sobre otros elementos específicos del procedimiento penal” entendemos que, en principio, ha de realizarse de manera extensiva, en el sentido de que no quepa excluir a priori, aspecto alguno procesal penal, de la posibilidad de armonización, si bien, exigiendo la unanimidad.
- La ampliación del ámbito de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros desde el punto de vista sustantivo (art. 83.1 TFUE) En materia de definición de delitos y de las penas y medidas con que se sancionan, el artículo 83 realiza una enumeración con carácter de *numerus clausus* por lo que la inclusión de cualesquiera otros, exigirá la unanimidad del Consejo.

- La creación de la Fiscalía europea (art.86.1 TFUE)⁵⁴³

Existen además, otras particularidades del procedimiento legislativo, inspiradas en criterios de seguridad jurídica, que previstas con carácter general, resultan también aplicables en el ámbito del ELSJ. Se trata de la prohibición de actos legislativos atípicos contenida en el artículo 296 del TFUE⁵⁴⁴, la introducción de la regulación expresa de la delegación normativa del artículo 290 del TFUE y la previsión de las formas de participación democrática a través de la iniciativa legislativa popular del artículo 11 del TUE⁵⁴⁵.

En lo que se refiere específicamente a la regulación de la delegación normativa, tal como se efectúa en el Tratado de Lisboa, la doctrina no es pacífica en el sentido de que haya de contribuir a la seguridad jurídica, en cuanto difumina la atribución de funciones a las distintas instituciones, especialmente en lo que concierne a la delimitación de la función legislativa y ejecutiva. Así, dispone el artículo 290 del TFUE *“1. Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo.”* Y el artículo 291 del TFUE *“1. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión. 2. Cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en los artículos 24 y 26 del Tratado de la Unión europea, al Consejo.”*

⁵⁴³ Sobre esta ordenación del procedimiento legislativo vid. MAPELLI MARCHENA, C., *“El modelo penal ...”*, p.166.

⁵⁴⁴ LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *“Instituciones y Derecho...”*, págs. 108, 354 y 355. De manera sorprendente, el mismo autor considera que los términos de la redacción del artículo 296 del TFUE puede dar lugar al florecimiento de tales actos, lo que se tratará, no ya desde el punto de vista del procedimiento de adopción, sino en el estudio de las fuentes del derecho. El precepto así interpretado es del siguiente tenor literal *“Cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad.*

Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos en los Tratados.

Cuando se les presente un proyecto de acto legislativo, el Parlamento Europeo y el Consejo se abstendrán de adoptar actos no previstos por el procedimiento legislativo aplicable en el ámbito de que se trate.”

⁵⁴⁵ El desarrollo de esta institución de democracia participativa se remite a un futuro Reglamento. A priori, no se excluye materia alguna de esta iniciativa, si bien podría efectuarse a través de la norma de desarrollo. Al respecto. BIGLINO CAMPOS, P. *“Tratado de Lisboa y pluralidad de ciudadanía”*, *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Op. cit. p. 7 donde además, la autora pone de relieve la ausencia de instituciones de democracia directa previstas en el Tratado de Lisboa.

Por tanto, el segundo de los preceptos atribuye al Consejo competencias ejecutivas, y el primero atribuye a la Comisión la facultad de dictar actos no legislativos en virtud de delegación. Los actos delegados de la Comisión pueden dictarse con la finalidad de completar o modificar los actos legislativos y la delimitación de la facultad de dictar actos no legislativos con dicha finalidad de complemento respecto de las facultades ejecutivas no es clara⁵⁴⁶.

Para la mejor comprensión de esta situación y de los poderes concedidos por el Tratado a las instituciones comunitarias en la elaboración y ejecución de actos legislativos seguiremos a JACQUÉ⁵⁴⁷. Como premisa, distingue el autor cuatro principios que rigen el poder de implementación. Ha de partirse por ello, en orden al poder de implementación⁵⁴⁸, de cuatro principios:

1.- La implementación es un poder que corresponde únicamente a los Estados Miembros.

2.- Sólo ha de acudir a la implementación a nivel comunitario cuando sea preciso en razón de una necesidad de uniformidad, o debido a riesgos de distorsión.

3.- En el supuesto de implementación a nivel comunitario, el poder ejecutivo para realizar este cometido corresponde a la Comisión.

4.- El control corresponde a los Estados miembros a través de la comitología⁵⁴⁹, sin intervención, por ello, del Parlamento Europeo⁵⁵⁰ o del Consejo⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ ALONSO GARCÍA, R., "Prólogo en ...", págs. 56 y 57.

⁵⁴⁷ JACQUÉ, J.P., 'The European Commission: Status Quo or Declining status?', Firenze, July 2012. El autor concluye que el Tratado de Lisboa se salda con una victoria del Consejo a un cierto precio.

⁵⁴⁸ Adoptando una interpretación extensiva del término implementación que comprende a las propias medidas de puesta en funcionamiento, medidas ejecutivas, y el control o supervisión de la implementación de la normativa comunitaria por los Estados miembros.

⁵⁴⁹ Sobre el concepto de comitología vid. nota 16. Se ha sostenido que las diferentes variantes del procedimiento de comitología reflejan la habilidad de los Estados Miembros para imponer un cierto grado de control que mejor se adapte a sus propios intereses. *This view has been challenged by sociological institutionalists and constructivists. They contend that decision-making within Comitology is best viewed as a form of deliberative supranationalism*, CRAIG, P., "Institution, power and...".

⁵⁵⁰ Sobre la posición del Parlamento en relación a los actos delegados y la comitología, cfr. CHRISTIANSEN, T. & DOBBELS, M., "Comitology and delegated acts after Lisbon: How the European Parliament lost the implementation game", *European Integration online Papers (EIoP)*, Vol. 16, Article 13, [Consulta: 15.4.2013], <http://eiop.or.at/eiop/texte/2012-013a.htm>].

⁵⁵¹ Ello no obstante, *the EP and the Council had to clarify in a regulation the exact procedures for the Member States' control of the Commission's executive powers. Regulation 182/2011 entered into force on 1 March 2011 and specifies two procedures: 'advisory' and 'examination'. In both cases, committees formed by representatives of Member States and chaired by the Commission are in charge of scrutinising the proposed implementing acts*, STRATULAT, C. & MOLINO, E., "Implementing Lisbon: what's new in comitology?", European Policy Centre, Policy Brief, April 2011, [Consulta: 15.4.2013], [www.epc.eu/.../pub_1258_implementing_lisbon...]. CRAIG, P., "Institution, power and..." pone

Nos encontramos pues, con una situación inicial en la que determinadas medidas son adoptadas por el Consejo con la posibilidad de delegar en la Comisión. Esta posibilidad se convierte, sin embargo, en práctica común a través de la comitología, con el control final del Consejo. Las medidas de implementación se aplican entonces a los elementos no esenciales del acto legislativo, que incluyen la posibilidad de modificar el acto mismo. Se trata de un sistema muy eficiente porque ocasiona muy pocos conflictos con el Consejo y la discusión acerca de la titularidad del poder ejecutivo en orden a la implementación es de carácter ideológico, ya que carece de consecuencias prácticas. En el procedimiento de codecisión, el Parlamento entra en el juego y aspira a hacerlo en paridad de condiciones con el Consejo. En cualquier caso, tiene el poder de decidir el contenido de la delegación de los poderes de implementación a la Comisión, pero también intenta obtener el control del contenido de las propias medidas. Surge a partir de esta postura del Parlamento Europeo una oposición desde el Consejo, debido a la visión federalista del poder ejecutivo de este último⁵⁵².

Señalado lo anterior, la postura crítica anteriormente expuesta⁵⁵³, sólo puede admitirse, si se parte de la premisa de que el fin de integración, de existencia incontrovertida, pasa por la asunción del presupuesto de división de poderes tal como, en líneas generales, se ha organizado en los Estados miembros. Efectivamente, si este es el fin, la regulación analizada no contribuye a su consecución. Esta postura no es compartida por MANGAS MARTÍN, quien afirma que:

“La analogía con los sistemas estatales de división de poderes es casi imposible. Es cierto que el viejo principio de la división de poderes tiene plasmaciones constitucionales muy diversas y que se ha exagerado una división rigurosa. Frente a la división de los tres poderes clásicos del Estado, hay siete instituciones de las cuales al menos cuatro participan y concurren en el ejercicio de los poderes. En efecto, cualitativamente no se puede hacer una comparación entre la división de poderes, bastante precisa en las Constituciones democráticas, y la distribución y participación

de relieve que en el Asunto *Tedeschi*, Case 5/77 Carlo Tedeschi v Denkavit Commerciale Srl [1977] ECR 1555 y el asunto *Koster*, Case 25/70 Einfuhr-und Vorrasstelle fur Getreide und Futtermittel v Koster, Berodt & Co [1970] 2 ECR 1161, el TJUE sostuvo la legalidad de los procedimientos reguladores de la comitología.

⁵⁵² JACQUÉ, J.P., “The European Commission...”. Vemos cómo el autor pone en relación la regulación del procedimiento legislativo en el derecho comunitario, analizado desde la perspectiva de los poderes conferidos en dicho procedimiento a las instituciones comunitarias y el funcionamiento de estas instituciones, adentrándose en las posibles tensiones de poder en las relaciones interinstitucionales.

⁵⁵³ Vid. ut supra.

de varias instituciones en una misma función en la Unión europea. Hay, como han señalado algunos autores, una separación funcional, pero no una separación orgánica que permitiera identificar una Institución con una forma determinada de poder⁵⁵⁴.

Lo que se acaba de exponer es obvio en la situación actual, pero si se examina desde la perspectiva teleológica del fin al que han de tender las reformas institucionales cabe plantearse si además de la separación funcional, ha de pretenderse una separación orgánica⁵⁵⁵. Mientras esto no se produzca, y no exista una plasmación concreta del principio de división de poderes a nivel orgánico, será esencial el principio de equilibrio institucional⁵⁵⁶ en los términos en que lo formula la precitada autora⁵⁵⁷ y la elusión de puntos de vista excesivamente mimetistas respecto de la plasmación del principio de separación de poderes efectuados en sede nacional. Ello porque el sistema político comunitario tiene carácter policéntrico y horizontal, apuntalado por el principio de equilibrio institucional, que sirve para estabilizar las líneas de responsabilidad establecidas por los Tratados, así como para cumplir con las reglas procedimentales, sin que, no obstante, se ejerza presión sobre las relaciones inter-institucionales en alguna dirección específica⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *"Instituciones y Derecho..."*, p.171. La autora alude a opiniones manifestadas por LENAERTS, K.

⁵⁵⁵ GIL IBÁÑEZ, A., "Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: hacia un modelo más claro y transparente", Grupo de Reflexión "La Convención sobre el futuro de Europa", Madrid, 8.7.2002,[Consulta: 15.4.2013],[www.realinstitutoelcano.org/.../Jerarquía%20normativa_Alberto%20...].

⁵⁵⁶ El origen del concepto de equilibrio institucional se sitúa en el discurso republicano de los S. XV y XVI. *The concept of institutional balance has a rich history. It was a central element in the republican conception of democratic ordering, embodying the ideal that the form of political ordering should encapsulate a balance between different interests, which represented different sections within civil society. This balance was perceived as necessary to ensure that decision-making served the public good rather than narrow sectional self-interest.* CRAIG, PAUL P., "Institutions, Power and..."

⁵⁵⁷ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, considera el principio de equilibrio institucional como una piedra clave de la Unión, que reside en el ejercicio por cada Institución de las competencias que le han sido atribuidas por los Tratados en las modalidades y condiciones previstas por los mismos (art. 13.2 TUE): las Instituciones gozan de poderes determinados que ejercen autónomamente; poderes protegidos, a su vez, frente a invasiones de otras Instituciones u órganos. Concluye que, en definitiva, el equilibrio institucional es interdependiente y multipolar; es el equilibrio establecido por la voluntad de los Estados, que evoluciona con los logros de la integración misma y es tan dinámico como el proceso mismo, y al surgir sus raíces de las reglas de los Tratados es controlado y protegido por el propio Tribunal de Justicia. Por ello, esa dialéctica o tensión entre las Instituciones ha sido considerado como un signo de vitalidad y fuente de progreso. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *"Instituciones y Derecho..."*, págs. 172-174. También sobre la noción de equilibrio institucional, JACQUÉ, J.P., "The principle of institutional balance", *Common Market Law Review* 41: 383-391, Netherlands: Kluwer Law International, 2004.

⁵⁵⁸ *Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales.* Op. cit. p. 53. Acerca de la influencia del equilibrio institucional específicamente en el proceso de codecisión: NAPEL, S. & WIDGREN, M., "The Inter-Institutional Distribution of Power in EU Codecision", CESifo WP nº 1347,

La garantía del equilibrio institucional cobra especial importancia en los conflictos interinstitucionales que han ocupado cada vez más al Tribunal de Justicia⁵⁵⁹. Los conflictos institucionales carecen de una vía procesal específica, por lo que se sustancian fundamentalmente sobre la base de los recursos de anulación y por omisión. A este respecto son especialmente significativos los conflictos relativos a la base jurídica de los actos comunitarios. En efecto, en un sistema de competencias de atribución la elección del fundamento jurídico de los actos tiene importantes consecuencias jurídicas, ya que dicha elección determina el órgano u órganos competentes y las modalidades de adopción del acto por el Consejo, así como la necesidad y las modalidades de intervención del Parlamento Europeo⁵⁶⁰.

Señalado lo anterior, ¿cuál es la posición del Tratado de Lisboa al respecto, más allá de lo dispuesto en relación a la delegación legislativa, únicamente deducida desde la regulación del proceso decisorio? La respuesta a esta cuestión se encuentra en la distribución de funciones realizada en los artículos 14 y siguientes del TUE. En virtud de los mismos se determina que el Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa (arts. 14 y 16 TUE). La Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Por otra parte, los actos legislativos de la Unión sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa (art.17 TFUE) y el Consejo Europeo, convertido por vez primera en Institución de la Unión, no ejercerá función legislativa alguna (art. 15 TUE).

december 2004, [Consulta: 15.4.2013], [www.cesifo-group.de/.../ifo_applications.switche...]. Se sostiene la hipótesis según la cual *The EU has –constitutionally speaking- moved towards a bicameral model which is balanced in the sense that the intergovernmental chamber, CM, and the directly elected chamber, EP, have equal influence on decisions.*

⁵⁵⁹ A título de ejemplo C-384/93 *Alpine Investesments* [1995] ECR I-1141, C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-4921, C-184/99 *Rudy Grzelczyk v Centre Public D'Aide Sociale d'Ottignes-Louvain-la-Neuve (CPAS)* [2001] ECR I-6193, [31], C-138/79 *Roquette Frères v Council* [1980] ECR 3333; C-139/79 *Maizena v Council* [1980] ECR 3393, C-22/96 *European Parliament v Council (Telephonic Networks)* [1998] ECR I-3231, C-42/97 *European Parliament v Council (Linguistic Diversity)* [1999] ECR I-869, C-302/87 *Parliament v Council (Comitology)* [1988] ECR 5616, C-70/88 *Parliament v Council (Chernobyl)* [1990] ECR I-2041, C-187/93 *Parliament v Council (Transfer of Waste)* [1994] ECR I-2857 y C-294/83 *Parti Ecologiste'Les Verts'v Parliament* [1986] ECR 1339, [23]. El TJUE ha utilizado como argumento resolutorio el principio de equilibrio institucional, normamente en los supuestos en que el Parlamento Europeo ha accionado para defender sus competencias dentro del procedimiento legislativo o para cuestionar el procedimiento legislativo elegido para la adopción de un determinado acto legislativo. Por su parte, el TJUE ha utilizado el principio de equilibrio institucional para "anticiparse" y actuar como catalisis dirigida a la posterior reforma de los Tratados. CRAIG PAUL P., "Institutions, power and...", p. 32.

⁵⁶⁰ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., "El Tribunal de Justicia...", op. cit. p. 397.

La introducción del procedimiento de codecisión y la práctica interinstitucional han transformado, sin embargo el papel de la Comisión desde el ejercicio de una iniciativa legislativa autónoma⁵⁶¹ a una de carácter reactivo⁵⁶². La debilitación del papel de la Comisión dentro del procedimiento de codecisión ha causado también impacto en el grado de ambición de sus propuestas legislativas, de manera que la Comisión ha comenzado a tener en cuenta las posiciones de los colegisladores desde el inicio de la formulación de la propuesta, intentando evitar la oposición que pudiera surgir durante la tramitación. De hecho, el poder de iniciativa de la Comisión ha sido significativamente erosionado de manera conjunta por el Consejo Europeo y el Consejo, en la medida en que cuando esta institución ejerce la facultad prevista en el Tratado, de invitar a la Comisión a adoptar una determinada propuesta legislativa, sus resoluciones son consideradas como “mandatos informales” para la Comisión⁵⁶³.

Pero, ¿cómo afectan específicamente a la construcción del ELSJ todas estas cuestiones previstas en el Tratado de Lisboa? Las principales innovaciones se realizan, en el TFUE, al generalizar, como se ha visto, el procedimiento ordinario regulado en los artículos 289 y 294 del TFUE al que se remiten la integridad de las disposiciones del Capítulo IV del Título V, relativo a la cooperación judicial en materia penal.

La denominada desaparición de los tres pilares, a través de las características señaladas (extensión del procedimiento de codecisión, refuerzo del papel del Parlamento y generalización de la mayoría cualificada en el Consejo en detrimento de la unanimidad), permite afirmar que el Tratado de Lisboa aboga por una progresiva separación orgánica, además de la ya recogida funcional. En contraposición, el artículo 289.4º del TFUE otorga iniciativa para la adopción de actos legislativos a “*un grupo de Estados miembros o del Parlamento Europeo, por recomendación del Banco Central Europeo o a petición del Tribunal de Justicia o del Banco Europeo de Inversiones*”. En los casos específicos previstos por los

⁵⁶¹ Permitían predicar el carácter autónomo de la iniciativa legislativa de la Comisión, tal y como se regulaba en el TCE las siguientes circunstancias: “*The Commission had the right of legislative initiative; it could alter a measure before the Council acted; its measures could only be amended by unanimity in the Council; it devised overall legislative agenda; and it had a plétora of other executive, administrative, and judicial functions. The message was that, while the Council had to consent to proposed legislation, it was not easy for it to alter the Commission’s proposal*”. CRAIG, P., “Institutions, power and...”.

⁵⁶² UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “La iniciativa normativa en el procedimiento legislativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa”, *Indret*, vol. 3, Barcelona, 2010, [Consulta: 15.4.2013], [www.indret.com/pdf/743_es.pdf].

⁵⁶³ JACQUÉ, J.P., “The European Commission...” El propio autor pone de relieve que el Programa de Estocolmo constituye un claro ejemplo de esta afirmación.

Tratados y el artículo 76 del TFUE atribuye iniciativa legislativa compartida a la Comisión y a una cuarta parte de los Estados miembros para la adopción de actos legislativos en materia de cooperación policial y judicial penal, así como para la adopción de medidas tendentes a garantizar la cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros en estas mismas materias.

Como particularidad del proceso decisorio en el ámbito que nos ocupa, se ha introducido el mecanismo denominado “frenacelerador”⁵⁶⁴ en relación a tres cuestiones específicas del ELSJ:

a) Establecimiento de normas mínimas para la aproximación de la legislación penal adjetiva y sustantiva de los Estados miembros. (Arts. 82.3 y 83.3 TFUE).

b) Reglamentos aprobados para crear una Fiscalía Europea con el objeto de combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión (Art. 86.1 TFUE).

c) Medidas relativas a la cooperación operativa entre autoridades policiales (Art. 87.3 TFUE).

El mecanismo, en esencia consiste, en el primero de los supuestos enunciados *ut supra*: cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva para el establecimiento de normas mínimas afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo. Mientras que en los supuestos b) y c) en ausencia de unanimidad del Consejo, un grupo de al menos nueve Estados miembros podrá solicitar que el proyecto de reglamento o de medidas se remita al Consejo Europeo.

A partir de aquí, el mecanismo es idéntico para los tres supuestos “...*Previo deliberación, y en caso de alcanzarse un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo para su adopción. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren*

⁵⁶⁴ Se trata de un mecanismo que integra cláusulas institucionales. Estas cláusulas son de tres tipos: de freno, de acelerador y de pasarela y responden a la finalidad común de ofrecer mecanismos para flexibilizar la rigidez procesal del procedimiento ordinario de decisión, facilitando la construcción europea en los ámbitos “sensibles” si los Estados miembros lo desean. [Consulta: 15.4.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0019_es.htm].

establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de medidas de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refiere el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada”⁵⁶⁵.

A tenor de lo expuesto, cabe cuestionarse la aplicabilidad al ELSJ de las cláusulas pasarela específicas previstas en el Tratado de Lisboa, sin perjuicio de la posible injerencia de la cláusula pasarela general a los efectos de una revisión del Tratado. Toda vez que, como se ha señalado, se ha generalizado la aplicación de procedimiento legislativo ordinario en este ámbito y la mayoría cualificada del Consejo.

En efecto, el Tratado de Lisboa ha introducido cláusulas pasarela para poder aplicar el procedimiento legislativo ordinario a ámbitos en los que los Tratados habían previsto un procedimiento legislativo especial. Además, estas cláusulas permiten aplicar la votación por mayoría cualificada a actos que deben ser adoptados por unanimidad. Existen dos tipos de cláusulas pasarela:

A.- La cláusula pasarela general, regulada en el art. 48 TUE que hace referencia a los procedimientos de revisión de los Tratados, consagrando el precedente sistema de celebración de Conferencia Intergubernamental (CIG) y formación de la correspondiente Convención. Dicho precepto configura la cláusula como un segundo procedimiento de revisión simplificado que permite la adopción de un acto según modalidades distintas a las previstas por los Tratados constitutivos, sin implicar una modificación formal de los Tratados⁵⁶⁶. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES aludía a la cláusula pasarela general, regulada en el artículo 42 del TUE⁵⁶⁷ como una posibilidad de comunitarización de disposiciones del tercer pilar⁵⁶⁸ en el sistema anterior a Lisboa.

⁵⁶⁵ Regulación que se reproduce en los artículos 82.3, 83.3, 86.1 y 87.3 del TFUE.

⁵⁶⁶ Artículo 48.7 del TUE “7.Cuando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o el título V del presente Tratado dispongan que el Consejo se pronuncie por unanimidad en un ámbito o en un caso determinado, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que autorice al Consejo a pronunciarse por mayoría cualificada en dicho ámbito o en dicho caso.

Cuando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponga que el Consejo adopte actos legislativos con arreglo a un procedimiento legislativo especial, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que autorice a adoptar dichos actos con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.”

⁵⁶⁷ E inicialmente en el art. 67 TCE.

⁵⁶⁸ Esta posibilidad nunca se llevó a cabo a pesar de que el autor expone “ El propio TUE prevé desde su redacción originaria un mecanismo de comunitarización de las disposiciones del tercer pilar (pasarela) sin

B.- Las cláusulas pasarela específicas para determinadas políticas europeas. Estas cláusulas poseen algunas particularidades procesales respecto a la cláusula pasarela general. A modo de ejemplo, los parlamentos nacionales en general no disponen del derecho de oposición que les reconoce la cláusula general. En otros casos, puede autorizarse la aplicación de determinadas cláusulas específicas por una decisión del Consejo, y no del Consejo Europeo como es el caso de la cláusula general. Por tanto, las modalidades de aplicación de las cláusulas específicas difieren en función del caso y están descritas en los artículos de los Tratados que prevén su aplicación⁵⁶⁹.

Finalmente, a un propósito de fortalecimiento de la cooperación policial responde la nueva redacción del artículo 87.1 del TFUE cuando establece que *“La Unión desarrollará una cooperación policial en la que participen todas las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidos los servicios de policía, los servicios de aduanas y otros servicios con funciones coercitivas especializados en la prevención y en la detección e investigación de infracciones penales.”* A estos efectos el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a la

“ a) recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente.

b) el apoyo a la formación de personal, así como la cooperación para el intercambio de personal, los equipos y la investigación científica policial;

necesidad de reformar los tratados constitutivos, la denominada ‘pasarela’ del artículo 42 del TUE... pero hasta el momento no se ha hecho uso de ella. Y a la vista del requisito de la unanimidad y de la postura sostenida por algunos Estados – y no sólo por el que casi siempre se tiene en mente al tratar estas cuestiones-, no parece que se vaya a poder hacer en un futuro cercano.” *“La posición del Parlamento Europeo en el Espacio de libertad, seguridad y justicia”, págs.163-172, [Consulta: 18.2.2013],[www.iuee.eu/pdf-publicacio/1QnibpVLFSq0anTucFVMG.PDF].* En el mismo sentido, ARANGÜENA FANEGO, C. y FONSECA MORILLO, F., interpretan la cláusula pasarela general del Art. 42 TUE en el sistema precedente a Lisboa como una posibilidad de comunitarización “imbricada en la búsqueda de un objetivo común transpilares”, en *“Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, CALONGE VELÁZQUEZ, A. y MARTÍN DE LA GUARDIA, R., Políticas comunitarias. Bases Jurídicas, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 149 y 150.*

⁵⁶⁹ Existen seis cláusulas pasarela específicas aplicables: en el marco financiero plurianual (art. 312 TFUE), en la PESC (art. 31 TUE), a la cooperación judicial en materia de Derecho de familia (art. 81 TFUE, única en la que los parlamentos nacionales conservan un derecho de oposición), a las cooperaciones reforzadas en ámbitos regulados por unanimidad o por un procedimiento legislativo especial (art. 333 TFUE), en materia social (art. 153 TFUE) y en materia de medio ambiente (art. 192 TFUE). Ninguna de ellas, por tanto, con repercusión en el ámbito que nos ocupa.

*c) las técnicas comunes de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada*⁵⁷⁰, con lo que esta fluidez supone un importante impulso político para la cooperación.

Asimismo este precepto prevé la posibilidad de utilizar el mecanismo del frenacelerador, lo que, junto a la exigencia de unanimidad del Consejo prevista en el artículo 89 y la exclusión de la obligatoriedad de la jurisdicción del Tribunal de Justicia suponen importantes particularidades relativas a la cooperación policial, que aparece regulada bajo la misma rúbrica en el Capítulo V del Título V TFUE (arts. 87 a 89).

Cabe concluir, portanto, que el Tratado de Lisboa introduce novedades esenciales en la regulación del proceso decisorio: poner fin a la generalidad de la unanimidad del Consejo en la adopción de actos legislativos en el ámbito del tercer pilar, y atender a una mayor legitimidad democrática mediante el refuerzo de la intervención del Parlamento con la generalización del procedimiento legislativo ordinario. Estas modificaciones habrían, necesariamente de traducirse, en una mayor agilidad en la tramitación y adopción de tales actos. Es cuestionable, aunque deseable, que hayan de tener reflejo inmediato en una menor reticencia de la expansión legislativa en cuestiones objeto de armonización penal y procesal penal.

3.3- Estructura institucional en el Tratado de Lisboa

Uno de los motivos que han dado lugar a la expresión según la cual el Tratado de Lisboa ha supuesto la desaparición de los tres clásicos pilares y en lo que a la construcción del ELSJ se refiere, es sin duda la reforma institucional. Con inspiración reciente en la fallida Constitución Europea, remota en el principio de separación de poderes, y respeto al principio de equilibrio institucional, intenta clarificar las funciones que competen a cada una de las instituciones que contempla, lo que también resulta aplicable al ELSJ⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Artículo 87.2 del TFUE.

⁵⁷¹ Organización institucional que puede responder a tres modelos de democracia europea: el paradigma funcionalista confía la democracia al control difuso de la opinión pública sobre una red de “agencias de gestión funcional” y sobre la presencia de intereses; en la dinámica de la democracia corporativa se privilegia, en sustancia, la transparencia frente a la participación. El paradigma federalista, desarrollado de modo incompleto y “por imitación” pone el acento, de un lado, en las capacidades “dinámicas” advertidas

En el ámbito institucional, las cuestiones debatidas en la CIG de julio de 2007 fueron: la redefinición de la composición del Parlamento Europeo, institucionalización del Consejo Europeo, reorganización de la Comisión, reforzamiento del papel de su Presidente y creación de un Alto Representante de la Unión Europea para Política exterior y Seguridad Común⁵⁷².

La estructura institucional diseñada por el nuevo Tratado conecta, por tanto, con la finalidad de superar el denunciado déficit democrático⁵⁷³. A este respecto, y enlazando el concepto con el de ciudadanía europea, señala BIGLINO⁵⁷⁴ que hay que reconocer, ante todo, que el pueblo no “pesa” en la Unión de la misma manera que lo hace en los Estados miembros. No es sólo porque, como hemos visto, no se les reconoce la creación de la propia Unión, sino que este poder se atribuye a los Estados. Es también porque, a pesar de que los ciudadanos sean titulares de un amplio haz de derechos políticos, no orientan, en realidad, la dirección política de la Unión⁵⁷⁵.

en las experiencias del “federalismo” y, de otro, en la centralidad de la relación Parlamento-Consejo en los procesos de decisión entendida como un prelude de la estructura federal en sentido propio). Finalmente, el paradigma intergubernamental confía, como ya se ha dicho, a los Estados miembros la tarea de “mediar” la democracia e introducirla en el proceso político europeo, a través de estructuras constitucionales. RIDOLA, P., “La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea. Entre democracia representativa y democracia participativa”, (traducción de SÁNCHEZ BARRILAO, J.F.), *ReDCE*, nº3, Enero-Junio 2005, 21-41, [Consulta: 17.4.2013], [www.ugr.es/redce/ReDCE3/02paoloridola.htm].

⁵⁷² CECCHERINI, E., “La nueva estructura institucional de la Unión Europea” en *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, págs.17-31.

⁵⁷³ La expresión “déficit democrático” fue acuñada por el europediputado conservador británico Bill Newton Dunn (1988), que la utilizó por primera vez en un documento de debate de 1986 titulado: *Why the public should be worried by the EEC’s democratic deficit*. Sin embargo, el uso de la expresión se generalizó en los años 90, coincidiendo con el desplome del “consenso permisivo” y el surgimiento de oposición popular a la ratificación del Tratado de Maastricht. Desde entonces la expresión es ampliamente utilizada tanto por grupos de interés, partidos políticos y ciudadanos, como en ámbitos académicos y periodísticos. VARELA PEDREIRA, D., *Gobierno de la Unión Europea*, 1ª Ed. La Coruña: Netbiblo, 2007, p.178. SOTELO, J. y SIERRA, J., hablan de la “operatividad del consenso permisivo” en “El Déficit Informativo como parte del Déficit Democrático en la Unión Europea”, *Revista de Comunicación* (7), 2008. Señalan los autores que a partir de mediados de los años 80 del siglo XX, comienzan a producirse significativas profundizaciones en el proyecto, cuyo alcance se irá extendiendo progresivamente a la vida cotidiana de los ciudadanos. Es entonces cuando las autoridades europeas comienzan a percibir el peligroso “divorcio” entre élites y ciudadanía.

⁵⁷⁴ BIGLINO CAMPOS, P. “Tratado de Lisboa y pluralidad de ciudadanía”, en *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, págs.1-16.

⁵⁷⁵ Es por ello que a juicio de RIDOLA en la valoración de las soluciones adoptadas por el Tratado (se refiere el autor al Tratado Constitucional) resulta adecuado liberarse de la ilusión metodológica de configurar el “parlamentarismo” de la UE conforme a los modelos experimentados en la historia del parlamentarismo en los ordenamientos estatales y ser conscientes de que se plantea un modelo completamente peculiar de *checks and balances*. RIDOLA, P., “La parlamentarización en...”, pto 5.

Es posible, en principio enlazar esta carencia con el déficit democrático de la Unión⁵⁷⁶. Según esta visión, la raíz del problema no estaría en el estatuto jurídico de los ciudadanos, que es bastante similar al que poseen en los Estados miembros, sino que residiría en la propia estructura política de la Unión, y ello porque, la noción de ciudadanía elaborada en la construcción de los actuales Estados democráticos sirve como punto de partida para entender cuál es la posición de los ciudadanos en el seno de la Unión⁵⁷⁷. En este sentido, el TJUE ha afirmado que *when the Court describes Union citizenship as the 'fundamental status' of nationals it is not making a political statement. It refers to Union citizenship as a legal concept which goes hand in hand with specific Rights for Union citizens. Principal among them is the right to enter and live in another Member State*⁵⁷⁸.

Así, la jurisprudencia del TJUE⁵⁷⁹ ha desarrollado el potencial del concepto de ciudadanía europea mediante la inclusión del derecho de residencia de ciudadanos

⁵⁷⁶ BARÓN GOIRIENA DE GANDARIAS, A., "El problema del déficit democrático y su resolución parlamentaria en el seno de la Unión Europea", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, [Consulta: 16.4.2013],[reri.difusionjuridica.es/index.php/RERI/article/download/10/10]. "Uno de los principales problemas de los que adolece la Unión es el déficit democrático, que puede interpretarse como una pérdida de rumbo de las instituciones europeas, acrecentando la brecha existente entre la clase política europea y la ciudadanía".

⁵⁷⁷ La unión entre ciudadanía y nación en sus orígenes revolucionarios y su evolución de forma conjunta, será decisiva a la hora de entender el origen y desarrollo del concepto de ciudadanía europea, al exigir como *conditio sine qua non* para la posesión y disfrute de la misma, el ser nacional de un Estado miembro. La unión entre la nación política y ciudadanía arraigó en las mentes de ideólogos y constructores europeos y, hoy día, los criterios para disfrutar de la ciudadanía europea siguen siendo de índole política, SERRANO POSTIGO, P., "La Unión Europea como unión de ciudadanos", Universidad Nacional de Educación a Distancia, CPA Estudios /WR 5/2003, Para la autora, aunque en los inicios del proceso de integración los acuerdos económicos colmaron las aspiraciones de los Estados miembros, la identidad colectiva, la superación de las diferencias nacionales para la puesta en común de un proyecto político es lo que alentó a los gobiernos de las actuales democracias representativas europeas en el período postbélico de la segunda Guerra Mundial.

⁵⁷⁸ C-524/06 *Huber*, p.19.

⁵⁷⁹ Acerca del concepto de ciudadano comunitario en la jurisprudencia del TJUE véanse las siguientes sentencias que han revelado el considerable potencial del concepto de ciudadanía europea: C-85/96 *Martínez Sala* [1998] ECR I-2691; Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] ECR I-7637; Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] ECR I-6191; Case C-378/97 *Wysenbeek* [1999] ECR I-6207; Case C-135/99 *Elsen* [2000] ECR I-10409; Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I- 6193; Case 413/99 *Baumbast and R* [2002] ECR I-7091; C-138/02 *Collins* [2004] ECR I-2703; Case C-148/02 *Axello* [2003] ECR I-11613; C-200/02 *Chen/Zhu* [2004] ECR I-9925, C-224/02 *Pusa* [2004] ECR I- 5763; C-456/02 *Trojani* [2004] ECR I 7573; C-209/03 *Bidar* [2005] ECR -2119; C-403/03 *Schempp* [2005] ECR I- 6421; C-96/04 *Standesamt Niebüll* [2006] ECR I- 3561; C-258/04 *Ioanidis* [2005] ECR I-8275; C-406/04 *De Cuyper* [2006] ECR I-6947; C-520/04 *Turpeinen* [2006] ECR I-10685; C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] ECR I-10451; C-76/05 *Schwarz* [2007] ECR I-6849; C-152/05 *EC/Germany* [2008] ECR I-36; C-318/05 *EC/Germany* [2007] ECR I- 6957; Joined cases C-11 & C-12/06 *Morgan & Bucher* [2007] ECR I 9161; C-50/06 *EC/Netherlands* [2007] ECR I-4383; C-353/06 *Grunkin & Paul* [2008] ECR I-7639; C-398/06 *EC/Netherlands* [2008] ECR I-56; C-499/06 *Nerkowska* [2008] ECR I- 3993; C-524/06 *Huber* [2008] ECR I 9705; C-33/07 *Jipa* [2008] ECR I-5157; C-158/07 *Förster* [2008] ECR I – 9029; joined cases C-22 & C-23/08 *Vatsouras & Koupatantze* [2009] ECR I-4585; C-103/08 *Gottwald* [2009] ECR I-9117; C-135/08 *Rottmann* [2010] ECR I-1449; C-127/08 *Metock et al* [2008] ECR I-6241; C- 310/08 *Ibrahim* [2010] ECR I_1065; C-

económicamente inactivos⁵⁸⁰. Este concepto de ciudadano europeo, con un carácter general, no vinculado al ejercicio de actividad económica alguna, fue introducido por el Tratado de Maastricht y permanece en el actual artículo 21 del TFUE.⁵⁸¹ A pesar de todas las críticas formuladas por los Estados miembros, motivadas por las posibles consecuencias económicas de liberalizar la migración y extender la libertad de residencia a los ciudadanos no activos económicamente⁵⁸², la Directiva 2004/38/EC sobre la libertad de los ciudadanos de la UE y de sus familias a desplazarse y residir libremente dentro del territorio de los Estados miembros, acogió la jurisprudencia de la Corte al respecto⁵⁸³.

Por ello, concluye BIGLINO⁵⁸⁴, no conviene extrapolar la noción de ciudadanía elaborada a nivel nacional, sin tomar las debidas precauciones, porque se corre el riesgo de concluir, de

480/08 *Teixeira* [2010] ECR I- 1107; C-335/08 *Pignataro* [2009] ECR I-50; C-34/09 *Ruiz Zambrano*, 8-3-2011; C-162/09 *Lassal* 7-10-2010; C-145/09 *Tsakouridis*, 23-11-2010; C-208/09 *Saya-Wittgenstein* 22-12-2010; C-391/09 *Rimeric-Vardyn & Wardyn*, 12-5-2011; C-434/09 *McCarthy*, 5-5-2011; C-325/09 *Dias*, 21-7-2011; Joined Cases C-424/10 & C-425/10 *Ziolkowski et al.* 21.12.2011. Pending: C-75/11 *EC/Austria*; C-83/11 *Rahman et al*; C-147/11 y C-148/11 *Czop et al*; C-197/11 & C-203/11, *Libert et al.* Y en las siguientes sentencias el TJUE afirma el efecto directo de derecho de ciudadanía: *Baumbast*, confirmando los pronunciamientos en *Trojani*; C-408/03, *EC/Belgium* [2006] ECR I-267; C-50/06 *EC/Netherlands*; C-398/06 *EC/ Netherlands*. La cuestión se dejó abierta en *Martínez Sala, Wijsenbeek*; C-357/98 *Yiandom* [2000] ECR I-9265; C-192/99 *Kaur* [2001] ECR I-1237. SYRPIS, P. (Ed.), *The Judiciary, the Legislature and the EU internal market*. 1st ed., Cambridge University Press, 2012.

⁵⁸⁰ Al principio sólo se reconocía este derecho de residencia comunitario a los agentes del mercado porque se entendía ligado a las cuatro libertades de circulación, como medio para la consecución del mercado común, pero posteriormente se puso también en relación con el principio de no discriminación. Esta fue una forma incipiente de ciudadanía europea.

⁵⁸¹ En efecto dicho precepto se refiere a la ciudadanía europea en relación a la libre residencia y circulación y el artículo precedente recoge los derechos incluidos en el concepto de ciudadanía europea en los siguientes términos: *Artículo 20 del TFUE. "1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos."*

⁵⁸² Las decisiones de la Corte se habían referido esencialmente a estudiantes y a personas en busca de empleo.

⁵⁸³ WOLLWENSCHÄGER, F., "Completing the internal..." pp. 302-330 Señala el autor que, mediante la codificación de la Jurisprudencia del TFUE a través de la Directiva citada, el poder legislativo europeo ha facilitado a los ciudadanos el ejercicio efectivo de sus derechos de cara a los Estados miembros.

⁵⁸⁴ BIGLINO, P., "Transperencia y ciudadanía..." p.16.

manera demasiado precipitada, que la Unión carece de la legitimidad democrática que ha de justificar la existencia de cualquier poder público. A la hora de evaluar la posición de los ciudadanos en el ámbito europeo es preciso tener en cuenta, antes que nada, que la propia noción de ciudadanía que utilizamos en el ámbito interno está cambiando como consecuencia del creciente pluralismo territorial. Pero además, no hay que olvidar que la distribución de los poderes de la Unión puede ser distinta de la establecida en los Estados miembros, pero puede ser igual de eficaz a la hora de garantizar, no sólo la libertad, sino también la participación de los ciudadanos.

Con carácter previo al Tratado de Lisboa, y en relación a la intervención del Parlamento en materia de asuntos de Justicia e Interior, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES había señalado que una de las principales señas de identidad que han caracterizado desde sus inicios el proceso de integración europea ha sido el progresivo refuerzo del elemento democrático de las Comunidades Europeas⁵⁸⁵. Así, las sucesivas reformas de los Tratados constitutivos han ido incrementando de manera sustancial los poderes del Parlamento Europeo hasta llegar en la actualidad a una situación que hace muy difícil seguir sosteniendo sin mayor precisión la existencia de un “déficit democrático” dentro de las Comunidades Europeas. En el fondo, salvando las lógicas diferencias, el Parlamento Europeo goza de prerrogativas legislativas (codecisión con el Consejo), de control al ejecutivo comunitario (sobre todo, a la Comisión) y de elaboración del presupuesto (conjuntamente con el Consejo) muy semejantes a las existentes en cualquier Estado democrático occidental. Aunque estas afirmaciones resultan posteriormente matizadas en lo que respecta al ELSJ, manifestando que el PE efectivamente, tiene atribuidos menos poderes de los que realmente debería tener encomendados a la luz del principio democrático aunque resulten también bastante más intensos de lo que en ocasiones se cree.

Señalado lo anterior, en relación al diseño institucional efectuado por el Tratado de Lisboa con carácter general⁵⁸⁶, pasamos a considerar las novedades instauradas por el Tratado de Lisboa en relación a cada institución en particular y en la medida en que tienen incidencia en el proceso de desarrollo del ELSJ⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La posición del Parlamento...”, p. 1.

⁵⁸⁶ Centrado en su relación con el principio democrático y el concepto de ciudadanía.

⁵⁸⁷ Como es sabido, el art. 13 del TUE reconoce como Instituciones de la Unión al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas

El papel central del Consejo Europeo, al que el nuevo Tratado dota de carácter institucional, se recoge en el artículo 68 del TFUE *“El Consejo Europeo definirá las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia.”* Esta labor de dirección política, en el ámbito del ELSJ, ha de ponerse en relación, necesariamente con la elaboración de los Programas Quinquenales de Trabajo y la Presidencia Rotatoria del Consejo⁵⁸⁸. Del mismo modo, el Consejo Europeo prefigura los intereses y los objetivos estratégicos de la Unión en relación con la acción exterior de la misma⁵⁸⁹. La inclusión del Consejo Europeo entre las instituciones ha producido también una modificación de las competencias del Tribunal de Justicia, al establecer que este órgano jurisdiccional será competente para verificar la legitimidad de los actos adoptados por el Consejo Europeo, destinados a producir efectos en relación con terceros, y a sancionar las eventuales omisiones del mismo como consecuencia de los recursos por parte de los Estados miembros y de las demás instituciones de la Unión Europea⁵⁹⁰.

En lo que respecta al Consejo de la Unión Europea, el nuevo Tratado se ocupa de su papel, composición y modo de funcionamiento en el art. 16 del TUE y en los arts. 237 y 243T del FUE. En estos preceptos se modifica el proceso de decisión en el propio Consejo, desde un sistema de ponderación de votos⁵⁹¹ a un sistema de doble mayoría⁵⁹². La finalidad de dicha reforma es simplificar el sistema para mejorar la eficacia⁵⁹³. En lo que al ELSJ se refiere, el objetivo a conseguir consiste en poner fin, superando, las experiencias previas en las que la dificultad para lograr la mayoría requerida en el Consejo ha llevado a acuerdos suavizados.

⁵⁸⁸ Su incidencia en este aspecto se analiza en el Cap. VI dedicado a la cuarta Presidencia Española del Consejo.

⁵⁸⁹ Artículo 22.1 del TUE *“Basándose en los principios y objetivos enumerados en el artículo 21, el Consejo Europeo determinará los intereses y objetivos estratégicos de la Unión.”* En efecto, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad toma parte en sus trabajos.

⁵⁹⁰ CECCHERINI, E., *“La nueva estructura...”*, p. 21. Conclusiones que estimamos aplicables a los actos adoptados por el Consejo Europeo en el ámbito del ELSJ y que reúnan los referidos requisitos.

⁵⁹¹ En el que cada Estado miembro disponía, en función de su peso demográfico, de un determinado número de votos. Cita.

⁵⁹² La doble mayoría se alcanza al reagrupar al menos el 55% de los Estados miembros que representan al menos al 65% de la población de la UE. Cuando el Consejo no decide sobre una propuesta de la Comisión, la mayoría cualificada debe entonces alcanzar al menos el 72% de los Estados miembros que representen como mínimo el 65% de la población. Este sistema atribuye, por tanto, un voto a cada Estado miembro, teniendo en cuenta su peso demográfico.

⁵⁹³ [Consulta: 27.11.2013],[europa.eu ... El Tratado de Lisboa: instrucciones de uso].

Por lo demás, sus funciones en relación al ELSJ y en general, siguen siendo las mismas⁵⁹⁴, si bien el nuevo Tratado precisa y aclara su modo de funcionamiento.

En el caso de la Comisión Europea, parece que con el nuevo Tratado también ha reforzado su papel. Por un lado, porque a juicio de SORROZA BLANCO y MOLINA se fortalece su derecho de iniciativa y, por otro, porque tendrá la capacidad de iniciar procesos a los Estados Miembros por incumplimiento de la normativa comunitaria. Esta última facultad es un reflejo en los poderes de la Comisión de la plena operatividad que el Tratado otorga a las competencias del Tribunal de la Unión en el ámbito del extinto tercer pilar, como consecuencia de la supresión de la cláusula contenida en el anterior artículo 35.2 del TUE⁵⁹⁵. Sin embargo, en opinión de UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA⁵⁹⁶ con el Tratado de Lisboa se refuerza “el carácter supranacional de la iniciativa normativa, aunque no, el papel de la Comisión en la misma”. En lo que específicamente se refiere a la esfera de cooperación judicial y policial en materia penal la Comisión comparte el poder de propuesta con la cuarta parte de los Estados miembros (art. 76 TFUE), mientras que en el sistema pre-Lisboa la iniciativa correspondía a la Comisión o a cualquier Estado miembro (art. 34.1 TUE).

La posibilidad otorgada a la Comisión, de iniciar ante el Tribunal de la Unión, procedimientos que tengan por objeto determinar el posible incumplimiento imputable a los Estados miembros, de sus obligaciones en materia de cooperación judicial penal y la exigencia de la correspondiente responsabilidad, puede erigirse en un elemento fundamental para superar las ya mencionadas carencias en la aplicación nacional de estas políticas. No obstante, la jurisdicción del Tribunal de Justicia y los poderes de la Comisión en la iniciación de procesos de infracción a los Estados Miembros no tendrán virtualidad sino hasta transcurridos cinco años desde la entrada en vigor del Tratado⁵⁹⁷.

Además de los señalados, la Comisión tiene un importante papel en la implementación de las medidas legislativas y el control de la que a su vez realizan los Estados Miembros, y ello por cuanto, como ya se ha señalado, el método intergubernamental resulta inadecuado a estos efectos por ineficiente. La lentitud del proceso de ratificación de los instrumentos propiamente intergubernamentales, de la que resultan expresivos ejemplos los procesos de

⁵⁹⁴ A saber, comparte con el Parlamento Europeo las funciones legislativas y presupuestarias, y ejerce también funciones de definición y coordinación de las políticas.

⁵⁹⁵ SORROZA BLANCO, A. y MOLINA, I., “La Presidencia Española...”

⁵⁹⁶ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “La iniciativa normativa en el procedimiento legislativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa”, *InDret*, N°3, 2010, págs. 9 y 10.

⁵⁹⁷ Como se verá al analizar las disposiciones de derecho transitorio del Tratado de Lisboa.

firma y ratificación de los Convenios adoptados en materia de cooperación penal en el ámbito del Consejo de Europa ratifican esta reflexión y revelan otro inconveniente: la falta de agilidad lastra a esta normativa de un carácter reactivo en detrimento de la necesaria vertiente preventiva, cuando de criminalidad se está hablando. Por ello el correcto ejercicio de las facultades de implementación por parte de la Comisión es uno de los retos presentes para esta institución.

Siguendo con el análisis institucional, el Tratado de Lisboa, en el art. 19 del TUE distingue entre la denominación de “Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, que comprende a la institución en su conjunto⁵⁹⁸, y “Tribunal de Justicia” reservada al originario Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Además, se ha sustituido la denominación del Tribunal de Primera Instancia por el de Tribunal General, por estimar aquélla inadecuada a sus funciones, habida cuenta de que, junto a las de primera instancia, se le atribuyen otras competencias de apelación o de casación respecto de las resoluciones dictadas por los tribunales especializados en litigios de menor importancia o de alcance más limitado y específico⁵⁹⁹. Sí constituye una novedad de carácter orgánico la creación, a través del art. 255 TFUE, de un comité independiente para dictaminar sobre la idoneidad de los candidatos al ejercicio de las funciones de juez o de abogado general.

En lo que se refiere a las novedades introducidas por el Tratado de Lisboa en los procedimientos cuyo conocimiento se atribuye a la competencia del TJ, siguiendo a RUIZ-JARABO y COLOMER⁶⁰⁰, reseñamos las siguientes:

A) Cuestión prejudicial:

.- Art. 267 del TFUE. Atribuye competencia al TJ para interpretar los Tratados y controlar la validez y la interpretación de los actos de las Instituciones, los órganos o los organismos de la Unión. Esta nueva fórmula permite al TJ interpretar con carácter prejudicial la CDFUE a la que el art. 6 del TUE otorga el mismo valor jurídico que los Tratados.

⁵⁹⁸ Tribunal de Justicia, Tribunal General y los tribunales especializados.

⁵⁹⁹ Las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en el Tribunal de Justicia son de escaso calado, permaneciendo inalterados su composición, la calidad de los miembros y la duración del mandato. Del mismo modo, el art. 251 del TFUE prevé que el Tribunal de Justicia actúe en salas, en gran sala o en pleno, reproduciendo las previsiones del Tratado de Niza. No se trata de una negligencia, sino que obedece al sentimiento de que ya el Tratado de Niza había incorporado cambios sustanciales incorporados con la actividad jurisdiccional. RUIZ-JARABO COLOMER, D., “La Justicia de la Unión...”, págs.109, 110, 115, 116. Y 119

⁶⁰⁰ Ibidem, págs. 121-131.

En el mismo precepto, introduce un párrafo cuarto destinado a las cuestiones prejudiciales remitidas en relación con una persona privada de libertad, en las que el TJ habrá de pronunciarse “con la mayor brevedad⁶⁰¹”. El propio TJ a través de nota de prensa⁶⁰², ha aportado indicaciones prácticas respecto al procedimiento prejudicial de urgencia, aplicable únicamente a las remisiones relativas al ELSJ. En dicho documento se determina que la decisión de aplicar el procedimiento de urgencia corresponde al propio TJ y aunque tal decisión se adopta únicamente sobre la base de una petición motivada del órgano nacional remitente, con carácter excepcional, el TJ puede decidir de oficio tramitar una petición de decisión prejudicial mediante el procedimiento de urgencia, lo que se justifica en que la decisión prejudicial de urgencia, al simplificar las fases del procedimiento conlleva mayores exigencias para las partes del procedimiento, los Estados miembros, y particularmente, para el propio Tribunal, como él mismo se encarga de apuntar en la mencionada nota de prensa exponiendo seguidamente las circunstancias que justifican su planteamiento. Como presupuesto general, debe solicitarse únicamente en circunstancias en las que sea “absolutamente necesario” que el Tribunal se pronuncie sobre la remisión prejudicial en el menor plazo posible. Ahora bien, no es posible enumerar estas circunstancias, pero a título ejemplificativo, en el caso de una persona privada de libertad, lo sería cuando la respuesta a la cuestión planteada sea determinante para la apreciación de la situación jurídica de esta persona. Por ello, la decisión de remisión debe exponer las circunstancias de derecho que acrediten la urgencia, los riesgos en que se incurre si la remisión sigue el procedimiento prejudicial ordinario y el punto de vista del órgano remitente sobre la respuesta que haya de darse a la cuestión planteada⁶⁰³.

- Elimina las cuestiones prejudiciales “a distinta velocidad” a través de la supresión del requisito de declaración específica de los Estados miembros en el sentido de aceptar la jurisdicción del Tribunal para conocer de la cuestión prejudicial sobre actuaciones de policía,

⁶⁰¹ En este supuesto, el TJ se pronuncia a través del procedimiento de urgencia en materias propias del antiguo tercer pilar y del procedimiento acelerado en las restantes. No obstante, en el ámbito del Título V del Tratado, relativo al ELSJ, la posibilidad de solicitar la aplicación del procedimiento de urgencia se añade a la posibilidad de interesar el procedimiento acelerado en las condiciones previstas en los artículos 23bis del Protocolo (nº3) sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y 104ter del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

⁶⁰² DOUE nºC297, de 5.12.2009. Esta nota, a juicio de GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “La cuestión prejudicial comunitaria: negativa del juez nacional a plantearla ante el TJUE”, en MARTÍN OSTOS, M., (Coord.), “El derecho procesal en el espacio...”, op. cit. p. 301, tiene por objeto suministrar a los jueces nacionales una serie de indicaciones prácticas para evitar las dificultades que puedan surgir en la aplicación del art. 267TFUE.

⁶⁰³ Sobre esta cuestión, vid. PARDO IRANZO, V., *Sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

encaminadas a mantener el orden público, visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

B) Recurso de anulación:

El artículo 8 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad faculta expresamente a los Estados miembros para presentar un recurso de anulación frente a un acto legislativo por violación del principio de subsidiariedad.

C) Recurso de incumplimiento:

El art. 260 del TFUE prevé que cuando la Comisión presente un recurso ante el TJUE por considerar que un Estado miembro ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, podrá, si lo considera oportuno, solicitar al TJ la imposición del pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva. La práctica habitual es que en un mismo recurso, la Comisión denuncie el incumplimiento por falta de transposición de la norma y el dimanante de falta de comunicación de las medidas de adaptación. La diferencia con el sistema anterior radica en que la sanción se concreta ya en la primera sentencia que declara la infracción.

La posición institucional del TJ tras el nuevo Tratado, en el señalado proceso de comunitarización, puede por tanto, impactar en la aceleración de la implementación de las medidas JAI acordadas en Bruselas. Un aspecto que ha sido tradicionalmente problemático, y cuyo principal instrumento se encuentra en la potestad de la Comisión de llevar al Tribunal de Justicia de la UE a aquellos países que no cumplan con sus obligaciones.

Asimismo, la extensión de la jurisdicción de este Tribunal a la interpretación y revisión de la validez de la legislación aprobada en el ámbito de justicia e interior⁶⁰⁴, tendrá como efecto, no sólo aumentar el control jurídico de estas medidas, sino también mejorar la legitimidad de las políticas de la Unión en esta área. Por el contrario, el art. 276 del TFUE excluye su jurisdicción para pronunciarse sobre la validez o la proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de los Estados miembros. Acerca de la amplitud de esta cláusula de exención de jurisdicción cabe plantearse diferentes cuestiones. En primer lugar, si dicha exención se refiere exclusivamente a las actuaciones operativas destinadas a surtir efectos en el territorio de los Estados Miembros, por lo que es posible el pronunciamiento del Tribunal cuando una determinada actuación operativa en materia

⁶⁰⁴ Aun manteniendo importantes límites como la actuación operativa.

relativa al ELSJ haya de producir sus efectos en relación a terceros Estados. En segundo lugar, la cláusula de exención no resultaría de aplicación en aquellos supuestos en que estuviera en juego la protección de derechos garantizados a través de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

En esta línea se pronuncia JORRIT⁶⁰⁵ al analizar la posible revisión jurisdiccional de las actuaciones llevadas a cabo por las agencias europeas, y en concreto las desarrolladas por Frontex. El artículo 263 del TFUE permite al TJ revisar la legalidad de las medidas adoptadas por los órganos u organismos de la Unión con vistas a producir efectos legales únicamente en relación a terceros países. Esta previsión no parece tener una mayor trascendencia en relación a las agencias del ELSJ, por tratarse de una extensión de la jurisdicción del TJUE pensada en controlar la actuación de las agencias dotadas de un poder decisorio propio como la Agencia de Seguridad Aérea o la Agencia de Armonización del mercado interior. Además, añadimos, la exclusión de jurisdicción contenida en el art. 276 del TFUE se refiere literalmente a actuaciones que tienen su origen en los Estados miembros, no resultando procedente una interpretación extensiva de dicho precepto, aun admitiendo que, en la práctica, la delimitación no resulta siempre tan sencilla.

En relación a la segunda cuestión, la posible afectación de derechos fundamentales como consecuencia de la actuación de la agencia europea, en caso de actuación errónea de los agentes de fronteras nacionales, sería muy cuestionable la atribución de responsabilidad a la agencia comunitaria con base en dicha actuación aludiendo a una posible responsabilidad extracontractual. Pero la cuestión variaría de modo sustancial si dicha actuación de los operadores nacionales conllevase una vulneración de derechos fundamentales. Poniendo como ejemplo la actuación de los guardias costeros italianos que repatriaron barcos a Libia con infracción del principio de no devolución (*prohibition of refoulement*), la cláusula de extensión de jurisdicción incluida en el artículo 263 del TFUE podría quizá ser utilizada en orden a la revisión jurisdiccional por el TJ de dicha actuación aun cuando se tratase de actuaciones operativas. La cláusula de exclusión de jurisdicción no es aplicable a las actuaciones operativas relativas a la gestión de fronteras externas en aplicación de la doctrina según la cual, cuando la normativa nacional entra dentro del ámbito comunitario, dichas normas han de resultar compatibles con el derecho de la Unión, y más en concreto, con los derechos fundamentales, como obligación derivada del derecho comunitario. Incluso puede adoptarse una postura más cauta con el mismo resultado práctico. Se puede afirmar que la

⁶⁰⁵ JORRIT, R., "Hybrid agentification in...". op. cit.

jurisdicción del TJUE se extiende a todos los supuestos en que existan indicios de una violación seria, persistente de los derechos fundamentales que ponga de relieve un problema de naturaleza sistemática en la protección de los mismos⁶⁰⁶.

Relacionada con esta cuestión, cabe preguntarse cómo afecta la declaración contenida en el art. 6 del TUE en relación a la jurisdicción del TJ en materia de derechos fundamentales. Este precepto representa una “codificación” del régimen jurídico preexistente. Por decirlo de otra manera, dan forma a una voluntad política de que las reglas que pretenden recoger y garantizar tengan más visibilidad. No representa un cambio profundo de clase alguna⁶⁰⁷. Se puede afirmar que, mediante el reconocimiento en el ámbito de la Unión de los derechos fundamentales, a la tradicional función de mero límite para la adopción de actos comunitarios, en el supuesto de una violación de tales derechos, se añade ahora una función de relevancia positiva, esto es, de institucionalización de un espacio común de libertad, seguridad y justicia, capaz de guiar a las instituciones de la Unión en el desempeño de las competencias que les han sido otorgadas. De tal forma, si hasta ahora los derechos fundamentales han desarrollado una función, que se podría definir instrumental a la necesidad de avanzar en la construcción del mercado común europeo, su inserción en los Tratados desvela una vocación nueva, capaz de asegurar mayor vitalidad y realce a conceptos igualmente esenciales en el proceso de construcción europea, como el concepto de ciudadanía de la Unión o el significado de la “confianza mutua entre los Estados en un espacio común de libertad, de seguridad y de justicia”⁶⁰⁸.

En definitiva, el art. 6 del TUE no es motivo para ampliar las competencias del TJ ni siquiera por vía prejudicial en la medida en que la propia CDFUE prevé que sus disposiciones están dirigidas a las Instituciones, los órganos y los organismos de la Unión, así como a los

⁶⁰⁶ Opinión de JORRIT basada en Asunto C- 260/89, *ERT* [1989] y Conclusiones del Abogado general AG Poiares Maduro en Asunto C- 380/05, *Centro Europa 7* [2008] ECR I-349, de 12 de septiembre de 07, párr. 22.

⁶⁰⁷ Conclusiones de la Abogado General Sra. Sharpston en el Asunto *Radu*.

⁶⁰⁸ GAMBINO, S., “Jurisdicción y Justicia...”, p.20. Para el autor, la posibilidad de adhesión a la CEDH y la incorporación de la CDFUE no tiene efectos tan inocuos, habiendo suscitado en la doctrina el debate acerca de la posibilidad de instauración de un procedimiento especial de protección de estos derechos ante el TJUE como disyuntiva a una posibilidad de apertura de la legitimación ante dicho órgano de los particulares con el mismo objeto. En el mismo sentido, BALDUZZI, R., “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: un esempio di consitutional drafting?”, en *Studi in onore di F. Cuocolo*, Milán, 2004 para quien “Un catálogo de derechos, frente a la ausencia de un orden jurisdiccional claro, caracterizado por una tensión permanente (no resuelta a través de los canales democráticos, sino diferida al, así llamado, diálogo entre los Tribunales) entre competencia estatal y competencia comunitaria, y con incertidumbres en torno al sistema de fuentes y de los procedimientos de formación de las mismas, solo puede dar lugar a una desproporción mayor entre la implicación político-democrática en el nivel europeo y el rol de la jurisprudencia comunitaria”. Citado por el anterior, *Ibidem*, p.24.

Estados miembros, “únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión. Por tanto, concluye RUIZ-JARABO y COLOMER, “no hay riesgo de que el TJ se erija en el máximo intérprete de los derechos fundamentales en áreas ajenas a la normativa de la Unión”⁶⁰⁹.

Ello no obstante, ha de tenerse en cuenta que la acción comunitaria es más prominente en estas materias (acción en materia de datos personales, medidas antiterroristas, medidas en materia de política migratoria y protección de fronteras). Igualmente se observa una línea de jurisprudencia que reinterpreta las posiciones jurídicas individuales desde la perspectiva de los derechos fundamentales⁶¹⁰. Como señala DE BURCA, al tratar sobre la decisión de la Corte en el asunto *Kadi*, *ultimately and perhaps surprisingly, it was the European Court of Human Rights which displayed greatest deference to the UN Security Council and an unwillingness to question Security Council measures by reference to European human rights norms, while the European Court of Justice robustly refused to implement any Security Council measures – even those adopted under Chapter VII – which did not comply with EU standards of rights- protection. The Court of Human Rights adopted what I have termed a strong constitutionalist approach to the International legal order, subordinating the ECHR to the exigencies of the UN collective security system, while the ECJ adopted a strongly pluralist approach, treating the UN system and the EU system as separate and parallel regimes, without any privileged status being accorded to UN Charter obligations or UNSC measures within EC law*⁶¹¹.

Las previsiones contenidas en el Tratado de Lisboa sobre la posición institucional del TJUE se han visto completadas en el nuevo Reglamento de Funcionamiento del TJ de 29 de septiembre de 2012⁶¹². En dicho texto se identifica como uno de los motivos de la reforma, el hecho de que el Reglamento de Procedimiento de 1991, vigente a la fecha, continúa reflejando la preponderancia inicialmente atribuida a los recursos directos, mientras que, de hecho, la mayoría de los recursos de este tipo son en la actualidad competencia del Tribunal General, y el principal grupo de asuntos, en términos cuantitativos, de entre los que se someten al TJ son las cuestiones prejudiciales presentadas por los tribunales de los Estados

⁶⁰⁹ “La Justicia de la ...”, op. cit., pág. 124.

⁶¹⁰ También se puede afirmar la existencia de señales de que el TJUE tiene la intención de usar los derechos fundamentales para promover la unidad federal, especialmente en la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2002, *Carpenter* (C-60/00, Rec.2002, p. I-06279), apdos 41 y ss. DE BURCA, G., *The European Court of Justice and the International Legal Order after kadi*, p.52, [Consulta: 9.10.2012],[www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1321313].

⁶¹¹ *Ibidem*.

⁶¹² DOUE de 29 de septiembre de 2012, con entrada en vigor el 1 de noviembre de 2012.

miembros. Es preciso tener en cuenta esta realidad y, por consiguiente, adaptar la estructura y el contenido del Reglamento de Procedimiento del TJ a la evolución de los litigios que conoce. Y esta adaptación no se ha traducido en una modificación esencial de las características esenciales del procedimiento en lo que se refiere a su objeto, finalidad o incluso legitimación, sino a la previsión de la salvaguarda del anonimato de las partes del proceso nacional y de un contenido mínimo en la petición nacional. En efecto, en el Comunicado de prensa nº122/12 del propio Tribunal, se pone de relieve que frente al constante incremento del número de asuntos que le son sometidos, con un claro predominio de las cuestiones prejudiciales⁶¹³, el TJ ha modificado sus reglas de procedimiento para adaptarse mejor a las especificidades de estos asuntos, al tiempo que refuerza su capacidad para resolver en un plazo razonable⁶¹⁴ la totalidad de los asuntos de los que conoce flexibilizando los requisitos exigidos para que el Tribunal resuelva mediante auto motivado, en particular en el caso de que la respuesta a una cuestión planteada con carácter prejudicial por un tribunal nacional no suscite ninguna duda razonable, pudiendo también decidir sobre la no necesidad de celebración de vista tras la lectura de los escritos de alegaciones⁶¹⁵.

Estas medidas fueron adoptadas unas semanas después de la aprobación de las modificaciones del Protocolo sobre el Estatuto del TJUE por las que se crea la función de Vicepresidente del Tribunal y se aumenta a quince el número de miembros de la Gran Sala, siguiendo la misma línea que la decisión del TJ de crear, a partir de octubre de 2012, una nueva Sala de cinco Jueces y una nueva Sala de tres Jueces. A juicio del Tribunal, tales medidas constituyen el medio más seguro para permitirle continuar cumpliendo su misión de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

⁶¹³ En el propio comunicado el Tribunal precisa que en el año 2011, de un total de 688 nuevos asuntos, 423 eran cuestiones prejudiciales. Las cuestiones prejudiciales representan, pues, más del 60% de los asuntos de que conoce el TJ.

⁶¹⁴ Según el documento, a pesar de este incremento, el TJ ha conseguido reducir significativamente el período medio de tramitación de los asuntos. Así, por ejemplo, en 2011 el período medio de tramitación de las cuestiones prejudiciales ha sido de 16,4 meses, mientras que en 2003 era de 25 meses. 1975 los recursos prejudiciales tenían una duración media de seis meses, pasando a tener una duración media de dieciocho meses en 1988. GARCÍA-VALDECASAS y FERNÁNDEZ, R., "El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas", en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, p. 404

⁶¹⁵ En este sentido apuntaba ya RODRÍGUEZ-IGLESIAS, G.C., "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, p. 402.

Finalmente, en cuanto materia relacionada con el marco institucional único⁶¹⁶ analizaremos las previsiones del Tratado en materia de cooperaciones reforzadas. La nueva redacción dada al artículo 20 del TUE⁶¹⁷ favorece la posibilidad de establecer cooperaciones reforzadas⁶¹⁸ en materias de cooperación policial y judicial penal, estableciendo cambios relacionados principalmente con el procedimiento de iniciación de una cooperación reforzada, así como con la toma de decisiones en el marco de dicha cooperación, del mismo modo que las favorece el mecanismo frenacelerador, si bien las contempla como último recurso, de necesidad surgida por la última ampliación. Este favorecimiento, también pone en cuestión la afirmación de que la cooperación reforzada encontraba parte de su justificación en el inmovilismo derivado de la regla de unanimidad, suprimida en el Tratado, pero posiblemente se justifique en el valor aportado en materia de cooperación policial y judicial por algunas experiencias previas, como el Tratado de Prüm⁶¹⁹.

⁶¹⁶ En sentido estricto, el “marco institucional único”, era el corolario de la arquitectura introducida por el art. 3 del Tratado de Maastricht. Su objetivo era garantizar la coherencia y continuidad de las acciones que debían llevarse a cabo para lograr los objetivos de la UE. Este concepto implicaba que las instituciones de la unión y de la Comunidad fuesen las mismas y participasen en el proceso decisorio de los distintos pilares de la Unión Europea. [Consulta: 28.11.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/single_institutional_framework.es.htm].

⁶¹⁷ Artículo 20 del TUE “1. Los Estados miembros que deseen instaurar entre sí una cooperación reforzada en el marco de las competencias no exclusivas de la Unión podrán hacer uso de las instituciones de ésta y ejercer dichas competencias aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados, dentro de los límites y con arreglo a las modalidades contempladas en el presente artículo y en los artículos 326 a 334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”

⁶¹⁸ Reguladas en la Sexta Parte, Título III, Artículos 326-334 del TFUE, Cfr. URREA CORRES, M., “La cooperación reforzada en la Unión Europea: concepto, naturaleza y régimen jurídico”. Tesis Doctoral. Universidad de La Rioja (2002).

⁶¹⁹ Como señalan JAIME-JIMÉNEZ, O. y CASTRO MORAL, L., “se aprobó en 2005 el Tratado de Prüm, por el que se estrechaba la cooperación en materia de intercambio de información sobre terrorismo, criminalidad transfronteriza e inmigración ilegal, entre siete países signatarios, al margen de las instituciones de la UE. La crítica no se hizo esperar, al temerse que este acuerdo pudiera socavar los esfuerzos de la Comisión por avanzar mediante un proceso armonizado y uniforme. El éxito en el funcionamiento de este Tratado ha impulsado su ampliación al resto de los países, y en febrero de 2007 se acordó su incorporación a la estructura normativa de la UE. Su implementación efectiva implicó que a partir de 2011 todos los miembros de la UE pudieran tener acceso automatizado huellas de ADN, digitales y registro de vehículos...” en “La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales” *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 91, págs. 173-194, [Consulta: 2.3.2012], [www.cidob.org/es/content/download/24690/.../8_OSCAR+JAIME.pdf...]. En el mismo sentido, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La posición del Parlamento Europeo en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en BARBÉ, E. y HERRANZ, A., *Política Exterior y Parlamento Europeo: Hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*, Instituto Univeritario de Estudios Europeos, Universidad Autónoma de Barcelona, 1ª Ed. Barcelona: Oficina del Parlamento Europeo en Barcelona, 2007, p.69 “ Se trata de un tratado internacional entre Alemania, Francia, España, Austria y los tres Estados del Benelux para la profundización en la cooperación transfronteriza con el objetivo de combatir el terrorismo, la criminalidad y la inmigración ilegal entre esos Estados. Pretende, pues, profundizar en la consecución de objetivos propios del ELSJ ya previstos en los tratados constitutivos, pero bajo un marco jurídico e institucional ajeno al comunitario. En concreto, su objetivo fundamental es lograr un intercambio más eficiente de información entre los Estados

LIÑÁN NOGUERAS, recoge los aspectos positivos y negativos de las cooperaciones reforzadas desde una perspectiva teórica, afirmando que desde su aprobación no ha sido utilizado este mecanismo en el ámbito de la cooperación penal⁶²⁰, al que considera un exponente de flexibilidad, junto con el régimen transitorio previsto en el Tratado. Afirma el autor que cabe, pues, ver aspectos positivos en esos regímenes específicos y en la cooperación reforzada en general, puesto que significa que no caben vetos ante una revisión o una nueva iniciativa normativa cuando hay una amplia y decidida voluntad en los restantes Estados miembros de seguir avanzando. Por otra parte, se observan aspectos negativos. Se rompe la unidad de objetivos. El acervo comunitario se hará difuso. La situación jurídica de cada Estado miembro será atípica, de modo que los estatutos jurídicos de los Estados miembros y de sus pueblos serán diferentes entre sí: los derechos y obligaciones serán variables, de contornos irregulares y a discreción⁶²¹.

Si las cooperaciones reforzadas en materia penal no se han llevado a cabo en los términos procedimentales previstos en el Tratado de Amsterdam y posteriormente en el Tratado de Niza, lo cierto es que han existido cooperaciones de perfil muy similar a las señaladas, las que constituyeron el acervo Schengen y el Tratado de Prüm. Las conclusiones a las que cabe llegar desde su experiencia práctica suponen considerarlas como valiosos instrumentos de avance que, si bien en un primer momento pudieran haber sido fuente de particularismos, lo cierto es que al haberse integrado en el derecho de la Unión ambos Tratados, no han supuesto perjuicio alguno a la deseada uniformidad jurídica y han procurado importantes avances en la consecución de la supresión de fronteras y los objetivos de seguridad y lucha contra la delincuencia⁶²².

afectados para combatir la criminalidad en un espacio sin fronteras interiores. Tal intercambio de información prevé, por ejemplo, elementos tan sensibles como el acceso *on line* a datos de ADN, huellas digitales o matrículas de vehículos, a la par que llegado el caso podría conllevar por ejemplo la prohibición de viaje en casos de acontecimientos deportivos o manifestaciones políticas como las reuniones G-8." No obstante, las opiniones sobre este Tratado han sido controvertidas, como reflejan DE HOYOS SANCHO, M., "Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea", ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad...*, op. cit., p.155 y SANZ HERMIDA, A.M., "Cooperación internacional en la transmisión de informaciones procedentes de muestras de ADN *versus* protección de datos personales en el espacio europeo de justicia penal: el difícil equilibrio entre la seguridad y el derecho a la intimidad", SENÉS MOTILLA, C., *Presente y Futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2010, p. 537.

⁶²⁰ Sí lo ha sido en el ámbito de la cooperación judicial civil. A título de ejemplo, en el Reglamento (UE) 1259/10 del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

⁶²¹ LIÑÁN NOGUERAS, J., "Instituciones y Derecho...", p.64.

⁶²² Acerca del significado del Tratado de Prüm y su parcial incorporación al marco jurídico de la UE, vid. MARTÍNEZ PÉREZ, F. y POZA CISNEROS, M., "El principio de disponibilidad, antecesentes penales y Convenio de Prüm", en CARMONA RUANO... et al, págs. 417-481.

La crítica realizada, sin embargo, sería plenamente predicable respecto de las cláusulas *opting-in* y *opting-out*⁶²³, en cuanto sí suponen regímenes no ya particularizados sino privilegiados y la diferencia entre unos y otros está precisamente en la mayor o menor adherencia a los principios y finalidades que inspiran la Unión. Por ello, las experiencias previas descritas justifican plenamente la apertura a la cooperación reforzada de la que se hace eco el Tratado de Lisboa, permitiendo así además, que ello se realice dentro de los plenos cauces institucionales⁶²⁴.

3.4.- Instrumentos jurídicos del ELSJ en el Tratado de Lisboa: un nuevo sistema de fuentes.

El artículo 288 del TFUE, bajo la rúbrica “*Actos jurídicos de la Unión*” dispone: “*Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.*”

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.”

⁶²³ El Reino Unido, Irlanda y Dinamarca disfrutaban de un régimen derogatorio que engloba todas las medidas aprobadas en el marco del ELSJ y se encuentra regulado en los Protocolos del Tratado de Lisboa, que se ocupan, de determinadas disposiciones relativas a Dinamarca (nº 16), sobre Dinamarca (nº17), sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 26 del TFUE al Reino Unido y a Irlanda (nº20), sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del ELSJ (nº21) y finalmente, sobre la posición de Dinamarca (nº22). Así pues, estos tres países pueden abstenerse de participar en los procedimientos legislativos en este campo. En tal caso, las medidas adoptadas no son vinculantes para ellos. Además, el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca pueden acogerse a dos tipos de cláusulas derogatorias: A) una cláusula *opt-in* que permite a cada uno de estos países participar, en casos concretos, en el procedimiento de adopción de una medida o en la aplicación de una medida ya aprobada. Cuando esto es así, dichas medidas son vinculantes para ellos en la misma medida que para los otros Estados miembros. B) una cláusula *opt-out* que les permite abstenerse de aplicar una medida en cualquier momento. [Consulta: 17.4.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0022_es.htm].

⁶²⁴ Sobre esta cuestión, con mayor amplitud, vid. URREA CORRES, M., *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Madrid: Colex, 2002, págs. 261-297.

Como se puede apreciar, el precepto reproduce el contenido del artículo 249 del TCE, permaneciendo inalterado el concepto y características de los actos jurídicos que contempla. La novedad, en materia de fuentes del derecho en lo que al ELSJ se refiere, consiste en la aplicación de tales actos jurídicos y la supresión de los anteriormente regulados,⁶²⁵ todo ello de acuerdo con el régimen transitorio establecido en el Título VII del Protocolo nº36. Resulta especialmente relevante la aplicabilidad del reglamento, por su eficacia directa y obligatoriedad. Supone un instrumento de mayor aptitud para lograr la implementación en los Estados miembros de la normativa comunitaria, una de las principales críticas que, como ya se ha advertido, ha recibido el proceso de creación de este Espacio.

El artículo 288 del TFUE está encuadrado sistemáticamente dentro de la Sección Primera (*“Actos jurídicos de la Unión”*), del Capítulo II (*“Actos jurídicos de la Unión, procedimientos de adopción y otras disposiciones”*), del Título I (*“Disposiciones institucionales”*), de la Sexta Parte (*“Disposiciones institucionales y financieras”*). Esta posición sistemática, y el contenido del articulado, permiten afirmar que los artículos 288 a 292 del TFUE, integrantes de la Sección primera resultan, todos ellos, aplicables al ámbito del ELSJ.

El artículo 289 del TFUE disciplina que los actos jurídicos vinculantes recogidos en el artículo 288 del TFUE podrán adoptarse mediante el procedimiento legislativo ordinario o mediante el procedimiento legislativo especial. Estos actos, reciben la denominación de *“actos legislativos”* y se refieren, como hemos visto, únicamente a los actos jurídicos vinculantes recogidos en el artículo 288 del TFUE.

A continuación, el Tratado de Lisboa regula una particularidad en cuanto a la iniciativa legislativa, ya vista al analizar el principio de equilibrio institucional, pues el apartado cuarto del artículo 289 del TFUE atribuye iniciativa legislativa *“en los casos específicos previstos por los Tratados”* a un grupo de Estados miembros, al Parlamento Europeo, al Banco Central Europeo mediante recomendación, al Tribunal de Justicia o al Banco Europeo de Inversiones mediante petición. La adopción de recomendaciones se reserva al Consejo, a la Comisión y al Banco Central Europeo en el artículo 292 del TFUE.

⁶²⁵ Posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios.

Además de la clasificación de los actos jurídicos contenida en el artículo 288 del TFUE, entre actos jurídicos vinculantes y no vinculantes, los artículos 290 y 291 del TFUE permiten diferenciar otras categorías de actos jurídicos: los actos jurídicos delegados y los actos jurídicos de ejecución.

Los actos jurídicos delegados, son, en todo caso, actos jurídicos no legislativos de alcance general, cuya adopción corresponde a la Comisión y tienen por objeto completar o modificar elementos no esenciales del acto legislativo. Mientras que los actos jurídicos de ejecución tienen por objeto establecer condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicos vinculantes. La competencia para dictar los actos de ejecución corresponde a la Comisión o, *“en casos específicos debidamente justificados”*, al Consejo. Cuando concurra el presupuesto que los legitima, la necesidad de establecer condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, las competencias de ejecución serán conferidas por los Estados miembros a la Comisión o al Consejo, según el caso.

El artículo 296 del TFUE (antiguo artículo 253 del TCE), da lugar a otra clasificación. Distingue entre actos jurídicos típicos, que vendrían constituidos por los contemplados en el artículo 288 del TFUE y actos jurídicos atípicos que son aquellos actos jurídicos, distintos de los anteriores, de efectos jurídicos indeterminados, con origen institucional y enmarcados en los ámbitos de competencia de la Unión. Entre ellos, y sin carácter exhaustivo, cabe citar los programas, las resoluciones y las comunicaciones.

Siguiendo a ARROYO ROMERO⁶²⁶, pueden definirse y clasificarse los actos jurídicos atípicos como una serie de actos en materias para las cuales los Tratados atribuyen competencias a instituciones comunitarias, sin que haya una previsión específica sobre su forma de ejercicio y sin que éstos puedan tener un encaje directo en las categorías jurídicas preestablecidas. Es el caso de:

a) Los Reglamentos internos, que son aquellos reglamentos en virtud de los cuales las instituciones comunitarias autorregulan su funcionamiento y desarrollo, como sucede, por ejemplo, con el Reglamento interno del Consejo, del Parlamento y de la Comisión.

⁶²⁶ ARROYO ROMERO, F.J., *El impacto de la legislación de la Unión Europea en el proceso penal español*, Madrid: Dykinson, 2004.

b) Las Directivas, Recomendaciones y Dictámenes de carácter interinstitucional. Esto es, aquéllas que lejos de tener un alcance comunitario generalizado para los Estados miembros tienen en su nacimiento y aplicación el límite de dichas instituciones.

c) Aquellas Decisiones sin destinatarios concretos (por ejemplo, aquellas cuya misión consiste en crear un Comité determinado).

d) Resoluciones, deliberaciones, conclusiones, declaraciones y comunicaciones, son la última categoría de estos actos, con la peculiaridad de que, en general, contienen acuerdos de principio sobre materias en las que los Estados miembros aún no están preparados para obligarse. Estos actos serán los antecedentes de actos típicos vinculantes en las materias que regulen, ya sean reglamentos, directivas, etc.

Dispone el artículo 296 del TFUE, reproduciendo el contenido del antiguo artículo 253 del TCE *“Cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad. Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los Tratados. Cuando se les presente un proyecto de acto legislativo, el Parlamento Europeo y el Consejo se abstendrán de adoptar actos no previstos por el procedimiento legislativo aplicables al ámbito de que se trate”*.

Este precepto, viene a consagrar una suerte de “principio de legalidad” en la determinación del procedimiento y del acto jurídico aplicable. El párrafo primero ha de interpretarse en el sentido de que aun no previéndose el tipo de acto jurídico, éste ha de ser un acto típico. De otro modo no tendría sentido la referencia posterior al procedimiento aplicable, pues ningún procedimiento se regula como aplicable a un acto jurídico atípico. Esta afirmación parece corroborada por el último párrafo del precepto en cuanto proscribiera la adopción de actos jurídicos que no observen el procedimiento legislativo aplicable. La cuestión es si tal proscripción ha de entenderse referida únicamente a los supuestos de presentación de un proyecto de acto legislativo, es decir, de ejercicio de la iniciativa legislativa, y, si no fuere de este modo, es decir, en ausencia de proyecto legislativo, en qué supuestos de hecho podrían producirse estos actos jurídicos atípicos.

Respecto del contenido del párrafo segundo, más que a la diferenciación entre actos jurídicos típicos y atípicos, parece aludir a la necesidad de observancia de la iniciativa legislativa en cada caso, sin desconocer por ello, que la praxis revela que los actos jurídicos

atípicos se producen en muchas ocasiones por la actuación de la Comisión en virtud de propuesta o recomendación del Consejo.

¿Cuáles son las razones de la existencia de los actos jurídicos atípicos? Se exponen por LIÑÁN NOGUERAS las siguientes:

“Tan curiosa situación, y en ocasiones sospechosa creatividad institucional, debe explicarse, en mi opinión, por varias razones. A veces, los Tratados han previsto la competencia pero sin precisar el tipo de acto correspondiente a su ejercicio; en otras ocasiones se trata de actuaciones de las Instituciones en ámbitos sobre los que pesa una cierta debilidad en la determinación de la competencia pero que no excluye ciertas posibilidades de actuación institucional y en las que, por diversas razones, se prefiere eludir los actos típicos; o, por último, hay ocasiones en que en actos internos (reglamentos internos de las Instituciones) se prevé la adopción de ciertas regulaciones no contempladas en las categorías generales”⁶²⁷.

Resulta indudable, en términos jurídicos de legalidad y de seguridad, la prevalencia de los actos jurídicos típicos sobre los atípicos. La cuestión que se plantea, y con especial relevancia en el ámbito del ELSJ, por la importancia que en él han desarrollado los programas de medidas (Tampere, La Haya y Estocolmo), es si la finalidad de los actos jurídicos atípicos en los términos que los originan, tal y como se han expuesto, puede ser cumplida de forma igualmente eficaz por un acto jurídico típico, en cuyo caso el acto jurídico atípico resultaría efectivamente proscrito.

Otros autores abordan la cuestión desde la perspectiva del sistema de fuentes diseñado por el Tratado de Lisboa y su vinculación al precedente constitucional. En este sentido, BALAGUER CALLEJÓN⁶²⁸, parece abogar por una asimilación en el diseño comunitario de fuentes con el concepto de ley nacional manifiestando que hay, sin embargo, un ámbito en el que las cuestiones formales tienen gran importancia y, por ese motivo, la reforma incorporada al Tratado de Lisboa no puede ser considerada como irrelevante sino que debe ser objeto de una atención especialmente crítica. Se trata de la configuración de las fuentes del derecho de la Unión. El Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007 decidió que se abandonaran las denominaciones “ley” y “ley marco”, al conservarse las de “reglamento”, “directiva” y “decisión” actuales. Al adoptar esa decisión no se tuvo en cuenta

⁶²⁷ LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “Instituciones y Derecho...”, p. 355.

⁶²⁸ “La incidencia del Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes de la Unión Europea y su influencia en los ordenamientos estatales”, *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, op, cit. p. 67.

la contradicción que supondría que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea entrara en vigor, con las reservas de ley contenidas en ella, y no existieran normas legales en el sistema de fuentes de la Unión.

Por ello, afirma este autor que el abandono de la denominación “ley” no resulta coherente con la Carta de Derechos Fundamentales, que establece reservas de ley para desarrollar y para limitar los Derechos. Se ha intentado resolver esa incoherencia diferenciando entre “actos legislativos” y “actos no legislativos”. Sin embargo, esta diferenciación supone un retroceso respecto del Tratado Constitucional porque se ha realizado manteniendo los tipos normativos anteriores: reglamento y directiva. Siendo las cuestiones formales tan importantes en la configuración del sistema de fuentes, la denominación de los tipos normativos es también importante.

Este punto de vista es compartido por RUIZ TARRÍAS⁶²⁹ para quien, formalmente el Parlamento Europeo conserva la posición preeminente en la enumeración de las instituciones de la Unión Europea que le otorgaba el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, e incluso comparte con el Consejo el ejercicio de la “función legislativa” y de la “función presupuestaria”. El “principio parlamentario” sufre, no obstante, cierto menoscabo como consecuencia de la desaparición de las “leyes” y “leyes marco” que éste preveía, quedando reducidas las normas resultantes de la utilización del “procedimiento legislativo ordinario”, según el Tratado de Lisboa a la adopción de un reglamento, una directiva o una decisión.

La modificación operada en el Tratado de Lisboa en materia de sistema de fuentes, por lo que al ELSJ se refiere, es sustancial, al unificar dicho sistema con el existente en el ámbito comunitarizado. Pero, fundamentalmente, al introducir una norma con eficacia directa y obligatoriedad en la totalidad de su contenido sin previa transposición normativa. Esto supone un paso cualitativo en términos de eficacia en la aplicación de políticas, al suprimir la necesidad actual de intervención normativa de los Estados miembros, todo ello, en el bien entendido sentido de que tales actos normativos se mantienen en la configuración y efectos preexistentes, dado que no existe modificación normativa que indique lo contrario. No

⁶²⁹ “Las tradiciones constitucionales comunes en el ordenamiento europeo. Su valor jurídico en el Tratado de Lisboa”, en *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, op. cit., págs. 95-111. Se refiere la autora también a otra novedad en el sistema de fuentes introducida por el Tratado de Lisboa, ya que “en materia de derechos fundamentales la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea introducirá una diferencia cualitativa, consistente en la positivación de las ‘tradiciones constitucionales comunes’ en materia de derechos fundamentales, que se incorporarán al ordenamiento jurídico de la Unión Europea como ‘principios generales’.

obstante ello, quizá hubiera sido deseable la configuración de un sistema de fuentes más completo y clarificador incluyendo las categorías de actos no legislativos.

Finalmente, analizaremos en este apartado, otra de las novedades introducidas por el Tratado que inciden en el sistema de fuentes comunitario y tampoco son objeto de inclusión en la enumeración de fuentes contenida en el citado precepto: se trata de los acuerdos celebrados con terceros Estados y organizaciones internacionales. En efecto, el Tratado de Lisboa, no incluye en la enumeración del sistema de fuentes tales normas, las cuales indudablemente forman parte de su ordenamiento jurídico, dándoles una nueva base jurídica y modificando su sistema de adopción, innovaciones todas ellas que resultan de aplicación en el ámbito del ELSJ.

El Tratado de Lisboa dedica a estas cuestiones el artículo 218 del TFUE, incluido en el Título V, bajo la rúbrica “Acuerdos Internacionales”. Se refiere, en esencia, a la regulación del procedimiento de aprobación de acuerdos internacionales, en el que se pueden distinguir las ulteriores fases con intervención de las siguientes instituciones:

1.- Fase de iniciativa: la iniciativa viene atribuida a la Comisión en virtud de su función de representación, que la ejercerá presentando recomendaciones al Consejo, con la excepción de aquellos acuerdos que se refieran de manera exclusiva “o principal” a la PESD, en cuyo caso corresponderá a la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Esta previsión puede afectar al ELSJ en los denominados “acuerdos interpilares”, ya que, fundamentalmente en materia de seguridad, en ocasiones puede resultar difícil trazar la línea divisoria entre la afectación a la PESD o el ELSJ. Serán los servicios competentes, de acuerdo con los procedimientos de comitología en consulta con los expertos nacionales, quienes elaboren dichas recomendaciones sobre la oportunidad de iniciar negociaciones.

2.- Fase de negociación: el Consejo puede dictar directrices al negociador y designar un comité especial, al que deberá consultarse durante las negociaciones. Ello no obstante, la negociación corresponde a la Comisión, cuya vinculación al proceso depende, igualmente, de la materia que constituya su objeto. Si el acuerdo se aplica a un ámbito donde la UE tiene una competencia exclusiva, la Comisión negocia solamente el acuerdo, pero los expertos nacionales están estrechamente ligados a los trabajos de la Comisión en el marco de comités especiales según las normas establecidas por el procedimiento de comitología. Si el acuerdo

se aplica a un ámbito de competencia compartida⁶³⁰, la negociación es realizada conjuntamente por la Comisión y los expertos nacionales.

3.- Fase decisoria o de conclusión: corresponde al Consejo la adopción de la decisión por la que se autorice la firma del acuerdo por la Comisión, pudiendo, igualmente, autorizar su aplicación provisional antes de la entrada en vigor⁶³¹.

Previa a dicha decisión, se hace precisa la intervención del Parlamento Europeo a través del trámite de su aprobación o consulta. El artículo 218.6.a) v) del TFUE prescribe la aprobación parlamentaria para aquellos acuerdos que se refieran a ámbitos a los que se aplique el procedimiento legislativo ordinario, y, por tanto, y entre ellos, el ELSJ. Por lo que se refiere a los acuerdos mixtos, la adopción se acompaña de un procedimiento de ratificación del acuerdo en cada uno de los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales.

A tenor de lo dispuesto en los artículos 218.8 y 10 del TFUE, el Consejo se pronunciará por mayoría cualificada, salvo que el acuerdo verse sobre materias en las que se requiera la unanimidad para la adopción de un acto de la Unión, y el Parlamento será informado de forma cumplida e inmediata en todas las fases del procedimiento. El artículo 218 del TFUE prevé en su último párrafo el control jurisdiccional de los acuerdos internacionales. Con carácter potestativo, un Estado miembro, el Parlamento europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia, que puede versar sobre la observancia del procedimiento descrito, o sobre cuestiones de fondo⁶³². Si el Tribunal emitiera dictamen negativo de validez, el acuerdo no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados⁶³³. La conformidad material y formal de estos acuerdos internacionales con los Tratados podrá comprobarse mediante la consulta previa a la estipulación definitiva del acuerdo a través de la vía prevista en el art. 218. Pero también, tras dicha estipulación, a través del recurso de anulación, la cuestión prejudicial de validez y la excepción de ilegalidad.

⁶³⁰ Cual es el caso del ELSJ y además, en este supuesto recibe el nombre de “acuerdo mixto”.

⁶³¹ [Consulta:

15.2.2012], [http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14532_es.htm].

⁶³² es decir, sobre la conformidad del acuerdo proyectado con el Derecho primario europeo.

⁶³³ Artículo 263 del TFUE “*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.*”

Las conclusiones que cabe extraer de esta regulación, de modo comparativo con la situación anterior son muy positivas por la simplificación en un único procedimiento⁶³⁴ y la mayor intervención del Parlamento, que refuerza el principio democrático y legitima la actuación exterior de la UE.

En relación a la regulación contenida en los artículos 24 y 38 del TUE, base jurídica para la celebración de Acuerdos internacionales en redacción previa al Tratado de Lisboa, el procedimiento se caracterizaba por el desplazamiento de las instituciones comunitarias a favor de la Presidencia y del Consejo de la Unión. La Comisión y el Parlamento se convierten en “espectadores embelesados por el humo de los barcos perdidos ya en su travesía”⁶³⁵, lo que resulta especialmente criticable en el ámbito del tercer pilar, ya que el Consejo decidía a propuesta de la Presidencia, sobre la celebración de los acuerdos. La Comisión sólo actuaba a iniciativa del Consejo y su función se limitaba a asistir a la Presidencia. La intervención del Parlamento Europeo y el control jurisdiccional desaparecían⁶³⁶.

La nueva base jurídica otorgada por el Tratado de Lisboa a la celebración de Acuerdos internacionales, tiene además importantes consecuencias prácticas ya que supone⁶³⁷, (i) que las disposiciones de los acuerdos podrían ver reconocida eficacia directa; (ii) que resultaría indudable que un Estado miembro debería indemnizar a los particulares que resulten perjudicados a consecuencia de una violación suficientemente caracterizada de esos acuerdos que haya cometido; (iii) y que los órganos internos de los Estados miembros deberían interpretar su Derecho de conformidad con los acuerdos celebrados por la UE en relación con estos temas.

Se plantean otras dos cuestiones relacionadas con la nueva forma de celebración de acuerdos internacionales regulada en el artículo 218 del TFUE:

- Si implica la asunción de responsabilidad por parte de la UE.
- Si supone, de algún modo una atribución competencial.

⁶³⁴ Modificación que ya había sido propuesta por los grupos Grupos de Trabajo III y VII dirigidos por los Vicepresidentes de la Convención y que resulta congruente con la fusión de los tres pilares y con el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Unión.

⁶³⁵ JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Los acuerdos internacionales de la UE y el test democrático de la Declaración de Laeken: la encrucijada convencional y las expectativas de los ciudadanos”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº9- 2º semestre 2005, [Consulta: 15.2.2012],[e-espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19793&dsID=Ac...].

⁶³⁶ JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Ibidem*.

⁶³⁷ MARTINEZ CAPDEVILA, C., *Los acuerdos internacionales de la Unión Europea en el tercer pilar*, Navarra: Thomson Civitas, 2009, p. 154.

Respecto de la primera de ellas, podría dudarse de que la UE vaya a estar dispuesta a asumir la responsabilidad internacional derivada de eventuales violaciones, que no tendrán como autores materiales a sus instituciones, sino a sus Estados miembros, sujetos dotados de una personalidad jurídico-internacional propia, que les permitiría afrontar su responsabilidad internacional⁶³⁸. Añadiendo también, que a los Estados, la celebración de Tratados por parte de la UE les atribuye una posición negociadora más fuerte de la que tendrían si actuaran a título individual. Así, la conclusión por la UE de acuerdos en ámbitos en los que los Estados miembros ya tenían suscritos tratados bilaterales con el mismo país con el que luego se compromete la Unión permite comprobar cómo ésta ha obtenido de esos terceros concesiones que los Estados rara vez consiguieron para sí en sus relaciones bilaterales. Al llegar a estas conclusiones, se está descartando la posibilidad de que la conducta contraventora del Tratado sea imputable a las propias instituciones comunitarias, o bien, admitiendo, *a sensu contrario*, la responsabilidad comunitaria en estos supuestos.

En relación a la segunda cuestión, la UE resultante del Tratado de Lisboa no tiene reconocida expresamente una competencia convencional, ya que ni en el Título del TFUE dedicado al ELSJ, ni en ningún otro lugar de dicho Tratado o del TUE se afirma que la Unión podrá celebrar acuerdos internacionales en todo el ámbito de aplicación de dicho Título V o, al menos, en las materias relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal. Tal competencia convencional sólo se reconoce expresamente con respecto a los acuerdos de readmisión⁶³⁹.

Por ello, a falta de una competencia expresamente atribuida, la Unión sólo podrá celebrar acuerdos internacionales en el ámbito de la cooperación policial y judicial penal⁶⁴⁰, cuando la celebración del acuerdo *“bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”*⁶⁴¹.

⁶³⁸ Ibidem, p. 163.

⁶³⁹ Ibid, p. 75.

⁶⁴⁰ Al igual que en cualquier otro ámbito en el que tenga competencia, pero no de alcance exclusivo.

⁶⁴¹ Artículo 216 del Tratado de Lisboa. Un ejemplo de este supuesto lo constituye el proceso de negociación del *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, conocido como Acuerdo ACTA., COM (2011) 380 final, Brussels, 24.6.2011.

La que se acaba de exponer, no es, sin embargo, la conclusión a la que llega ROBLES CARRILLO⁶⁴², si bien, no expresamente deducida de la regulación introducida por el Tratado de Lisboa. La aplicación de la doctrina de las competencias implícitas conduce a la afirmación de una nueva competencia material (la acción exterior en el ámbito material de que se trate) y de una nueva competencia instrumental (el recurso al acuerdo internacional como instrumento jurídico para su regulación), deducidas ambas de las disposiciones del Tratado que establecen la competencia material interna. Esta interpretación permite diferenciar la utilización de la doctrina de las competencias implícitas en el ámbito exterior y en el ámbito interno, en la medida en que, en este último caso, el reconocimiento de la competencia material no implica necesariamente la concesión de una nueva competencia instrumental⁶⁴³.

Resulta, sin embargo, también extrapolable a esta regulación, la crítica que JIMÉNEZ GARCÍA⁶⁴⁴ efectuaba con respecto a los arts. I-33 a I-39 de la fallida Constitución para Europa. Es llamativo que no se haga referencia dentro la enumeración de los instrumentos jurídicos, al poder y naturaleza normativa de los Tratados, ni se precise sobre técnicas de recepción e integración ni sobre su relación jurídica, en términos de jerarquía o de competencia, con el resto de la normativa comunitaria, hasta tal punto que ni siquiera se hace referencia a su publicación. Se opta, simplemente, por la regulación del procedimiento y por la opción del término Acuerdo, ya que se reserva el término Tratado para referirse a los Tratados constitutivos de la Unión, esto es, al derecho originario. Ello es doblemente criticable, a juicio de este autor, no sólo porque traiciona los propósitos de simplificación, transparencia y seguridad jurídica proclamados en Laeken, sino porque además, desde el momento en que se excluyen, al menos formalmente, de la categoría de actos legislativos, son apartados incomprensiblemente del importante procedimiento de “alerta rápida o temprana”, lo que, sin embargo, no impide, como ya se ha señalado, que queden sujetos al principio de subsidiariedad y proporcionalidad, máxime, tras la supresión de la cláusula constitucional contenida en el antiguo artículo 24.5 del TUE⁶⁴⁵.

⁶⁴² “La articulación jurídica del sistema de competencias en la Unión Europea: el Proyecto de Tratado Constitucional de la Convención Europea”, *RGDE*, nº4, [Consulta: 28.5.2013], [<http://www.iustel.com/revistas>].

⁶⁴³ Y esta puede ser una de las explicaciones al hecho de que la doctrina de las competencias implícitas haya logrado una aplicación y desarrollo superior en el ámbito de las relaciones exteriores de la UE.

⁶⁴⁴ “Los acuerdos internacionales de la UE y el test democrático de la Declaración de Laeken: la encrucijada convencional y las expectativas de los ciudadanos”, [Consulta: 15.2.2012], [[e-espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19793&dsID=Ac...](http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19793&dsID=Ac...)].

⁶⁴⁵ Dicha cláusula era del siguiente tenor “Ningún acuerdo será vinculante para un Estado miembro cuyo representante en el Consejo declare que tiene que ajustarse a las exigencias de su propio procedimiento

En lo que se refiere a la utilidad y aplicabilidad de este instrumento jurídico en el ámbito del desarrollo del ELSJ, en parte viene condicionado por las apreciaciones ya expuestas. Es decir, si se traduce en la atribución de una nueva competencia convencional en esta materia, y por el hecho de que el marco de su celebración sigue siendo en desarrollo del expuesto en la estrategia sobre la dimensión exterior del ELSJ formulada en 2005.

De otro lado, nada se dice acerca de los acuerdos interinstitucionales o incluso, entre Estados miembros, más allá de las cooperaciones reforzadas, como los acuerdos de asistencia judicial en materia penal. Y si en relación a los acuerdos internacionales, su ámbito de aplicación y funcionalidad está relativamente claro, no sucede lo mismo con este tipo de acuerdos.

A nuestro juicio, la modificación del sistema de fuentes en el ámbito del ELSJ aboga por la ampliación de los actos legislativos propios del derecho derivado. Las cuestiones relativas a la armonización en materia penal y procesal, han de quedar reservadas al derecho derivado, pudiendo ser objeto de acuerdo las cuestiones operativas y aquellas otras que pretendan integrar a Estados miembros y terceros, siguiendo la experiencia de Schengen. Clarificar esta cuestión sería de interés para evitar las denunciadas duplicidades. Así, no obstante admitir las aportaciones incorporadas por el Convenio de Asistencia judicial en materia penal de 2000, en materia de equipos conjuntos de investigación, viene a reproducir la anterior regulación contenida en la precedente Decisión del Consejo.

Esta cuestión es analizada por CARRERA HERNÁNDEZ⁶⁴⁶, señalando que el único instrumento adecuado para la armonización en materia penal y procesal, con carácter previo al Tratado de Lisboa, era la decisión marco, como acto legislativo previsto específicamente a tal fin. En un análisis comparativo de la decisión marco y el convenio, atribuye a éste último las ventajas de la flexibilidad en cuanto al contenido, la aplicabilidad directa y la primacía sobre el derecho derivado. En contrapartida, se encuentra la lentitud y dificultad, en ocasiones, de su entrada en vigor.

Entendemos que, tras la nueva configuración del sistema de fuentes efectuada por el Tratado de Lisboa, tales ventajas son asumidas por el Reglamento, máxime cuando el Consejo

constitucional; los restantes miembros del Consejo podrán acordar que el acuerdo se aplique provisionalmente”.

⁶⁴⁶ “Requiem por las Decisiones Marco: a propósito de la orden de detención europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 14, 2007, [Consulta: 22.2.2012], [www.reei.org/.../requiem-decisiones-marco-proposito-orden-detencio...].

puede actuar a través de mayoría cualificada, persistiendo su facultad de optar por uno u otro instrumento. Por ello, ratificamos, que, en lo que al ELSJ respecta, el ámbito propio de los convenios, se encuentra en el desarrollo de su dimensión exterior y las cooperaciones reforzadas.

3.5.- Creaciones del Tratado de Lisboa a nivel orgánico

El Tratado de Lisboa, viene a plasmar, a nivel orgánico, la creación de nuevos entes, previstos para el desarrollo de funciones específicas, relacionadas directamente con la cooperación policial y judicial en materia penal. Se trata de creaciones *ex novo* que, responden a finalidades ya formuladas. Nos referimos, a la futura Fiscalía Europea, la figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y el Servicio Europeo de Acción Exterior y el Comité Operativo de Seguridad Interior.

3.5.1.- El Ministerio Público Europeo

El Tratado de Lisboa introduce por primera vez en el Derecho primario, previsiones específicas relativas al nuevo Ministerio Público Europeo. Esta nueva regulación se encuentra contenida en el art. 86 del Tratado, disponiendo dicho precepto en su apartado primero, que la efectiva creación de la Fiscalía se realizará mediante Reglamento del Consejo tramitado con arreglo a un procedimiento especial que requerirá la unanimidad y la aprobación del Parlamento. Se determina que esta creación se podrá realizar *“a partir de Eurojust”*, expresión interpretada por la propia Comisión en el sentido de *“crear las sinergias óptimas entre esta nueva oficina y el Eurojust renovado”*⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Protección mejorada de los intereses financieros de la Unión: Creación de la Fiscalía Europea y reforma de Eurojust. COM (2013) 532 final, Bruselas, 17.7.2013. Ha de señalarse, sin embargo, que ya la doctrina, con anterioridad, (a título de ejemplo, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *“La criminalidad organizada...”*, p. 281 quien recoge manifestaciones en este sentido realizadas por ZARAGOZA AGUADO, J.A. en 2002), había calificado a Eurojust como el origen de la nueva Fiscalía Europea. No se trata, por tanto de una cuestión sorprendente o novedosa, esta fórmula empleada por el nuevo Tratado

Remarca la doctrina⁶⁴⁸ que, en efecto, esta nueva creación orgánica no se establece con carácter imperativo, sino que el propio Tratado expresa que *“El Consejo podrá crear”* este nuevo órgano. No obstante, son motivos de eficacia y coherencia institucional los que indican que la creación de una nueva fiscalía a nivel europeo, se presenta como la mejor de las opciones, afirmaciones que no pueden aislarse del cometido del nuevo órgano, indicado también en el art. 86 del TFUE como *“combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión”* y que la doctrina ha recogido con la expresión *“delitos contra el euro”*, delimitación inicial que obedece a la aspiración de obtener un mayor consenso de los Estados Miembros desde un primer momento⁶⁴⁹.

El concepto de *“intereses financieros de la Unión”* es objeto de interpretación auténtica a través del art. 2 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea⁶⁵⁰, al definir estos intereses como *“todos los ingresos, gastos y activos abarcados por o adquiridos mediante o debido al presupuesto de la UE y a los presupuestos de las instituciones, órganos, organismos y agencias establecidas con arreglo a los Tratados, así como a los presupuestos gestionados y supervisados por los mismos.”*

Existen diversas explicaciones acerca de los motivos a los que obedece esta primera atribución de funciones a la nueva Fiscalía. Una primera justificación se aporta desde un nivel institucional en el sentido de que los procedimientos actuales, tanto a escala nacional como a nivel de la Unión no logran atajar debidamente el problema del fraude contra los intereses financieros de la Unión⁶⁵¹ a pesar de que tanto el art. 325 del TFUE como el TJUE⁶⁵² han establecido claramente esta obligación de la Unión.

En segundo lugar, se argumenta que es el propio ciudadano europeo el que espera que la Unión reaccione contra el fraude fiscal en la medida en que son aún muy numerosos los delincuentes que consiguen escapar de la acción de la administración fiscal nacional, del mismo modo que estos ciudadanos tienen la expectativa de que la Unión proteja

⁶⁴⁸ ESPINA RAMOS, J.A., *“Hacia una Fiscalía Europea?”*, ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2010, págs.101-119.

⁶⁴⁹ Como señala en sus conclusiones el Grupo de Expertos sobre la Fiscalía Europea reunido en Madrid durante la última Presidencia Española del Consejo (29 de junio- 1 de julio de 2009), [Consulta: 17.4.2013],[www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata...].

⁶⁵⁰ COM (2013) 534 final, Bruselas, 17.7.2013.

⁶⁵¹ COM (2013) 532 final, p.3. También son objeto de definición en el art. 2 .Dicha norma incluye en el concepto *“Todos los ingresos y gastos cubiertos por, adquiridos a través de, o adeudados a:*
a) *el presupuesto de la Unión*
b) *los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos creados en virtud de los Tratados, u otros presupuestos gestionados y controlados por ellos.”*

⁶⁵² 21 de septiembre de 1989, Asunto 68/88, Comisión contra Grecia, Rec. [1989], p. 2965.

escrupulosamente los recursos puestos a su disposición. Esta exigencia ciudadana, impone también a la Unión la obligación de luchar con eficacia contra el fraude a sus intereses financieros al tiempo que expresa el contexto en el que se propone la creación de un MPE en el que la competencia supranacional y especializada por razón de la materia permitiría la persecución penal de las infracciones dirigidas contra la Unión⁶⁵³.

Un tercer argumento, aportado por SIEBER⁶⁵⁴ alude a los objetivos del Derecho penal europeo, en la medida en que, tras la persecución de la delincuencia transnacional, este Derecho tiene un segundo objetivo específico y diferenciado que consiste en la protección de instituciones y valores europeos lo que tiene relieve en la implementación de la Fiscalía Europea a través de la configuración de su posición y tareas, diseñadas en función de estos objetivos y de los delitos correspondientes. A ello se añade el necesario respecto del principio de subsidiariedad que en este ámbito exige otorgar solo competencias limitadas a las nuevas instituciones supranacionales destinadas a la persecución penal, limitación que del mismo modo puede contribuir a superar la resistencia política que existe contra la creación de este órgano. Sin embargo, en opinión de este autor, del análisis comparado del art.325 del TFUE y su antecesor, art. 280 TCE, no puede deducirse sin objeciones la competencia de la Unión de establecer una protección penal europea homogénea de los intereses financieros, pero sí de “crear derecho de manera directa⁶⁵⁵”, empleando no sólo la Directiva, sino pudiendo acudir también al Reglamento.

Finalmente, puede aludirse a la propia evolución y características actuales de la criminalidad organizada transnacional. SAVONA⁶⁵⁶ sostiene que la relación entre las crecientes oportunidades ofrecidas por la globalización de los mercados y el riesgo de una decreciente aplicación de la ley debido a los límites de la jurisdicción, obliga al crimen a organizarse cada vez más. En este marco, pueden identificarse dos procesos. De un lado, los grupos de criminalidad organizada se mueven hacia los delitos económicos, abandonando el crimen violento. De otro lado, la criminalidad se presenta cada vez como menos individual y más corporativa. Ello implica que algunas organizaciones se conviertan en entidades

⁶⁵³ JAULT SESEKE, F. et LELIUR, J., “L’espace judiciaire...”, p.3.

⁶⁵⁴ “El futuro del Derecho penal...”, op. cit. págs.160 y 202.

⁶⁵⁵ Ibidem, p. 215.

⁶⁵⁶ SAVONA, E.U., Tendencias y causas de la criminalidad organizada transfronteriza en Europa, en CULLEN, P. y JUND, S., (Edit), *Criminal Justice Cooperation in the European Union after Tampere*. Köln: Series of Publications by the Academy of European Law in Trier, 2002, págs. 37-48, Vol. 33.

financieras que actúan de manera simultánea en los mercados legítimos e ilegítimos. La lucha contra el fraude al presupuesto comunitario⁶⁵⁷ va en esa dirección.

Estas características de la criminalidad organizada transnacional no son realmente tan novedosas, puesto que ya fueron puestas de relieve por la Comisión en su Annual report (1996)⁶⁵⁸, documento en el que se afirma que este tipo de organizaciones no encuentra obstáculo alguno a la realización de sus actividades delictivas en la existencia de fronteras. Organizan operaciones carrusel⁶⁵⁹, montan operaciones financieras y obtienen múltiples ventajas cubriendo sus huellas a través de negocios honorables. Blanquean sus beneficios a través de sociedades ficticias con las que utilizan las redes bancarias a través de diversos países dentro y fuera de la Comunidad. La utilización de estos métodos proporciona a este tipo de organizaciones criminales una serie de ventajas que se tornan en obstáculos que convierten en casi imposible la labor del inspector o del juez nacional. En esta realidad puede apoyarse la necesidad de crear estructuras supranacionales con legitimidad para actuar, en diversos grados, en toda la Unión⁶⁶⁰.

La idea de asegurar la protección de los intereses financieros comunitarios a través de normas penales ha existido desde hace ya tiempo, tomando forma concreta, por primera vez, a través de una propuesta de Acuerdo realizada por la Comisión en 1976, reanudándose este tema de debate a principios de los años noventa, con la firma del Tratado de Maastricht, si

⁶⁵⁷ Como advierte la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, COM (2012) 363 final, Bruselas, 11.7.2012, el “presupuesto” que se menciona en otros lugares del Tratado como en el art. 310.1.2º del TFUE, cubre todos los fondos gestionados por o en nombre de la Unión.

⁶⁵⁸ DOCE C 339 de 10.11.1997.

⁶⁵⁹ En las operaciones carrusel existe una empresa de primer nivel (empresa A) que adquiere mercancías en otro país (país X) de la Unión Europea. Esto es una adquisición intraomunitaria (AI) en la que se auto repercute la cuota del IVA y se la deduce. Al transmitir la mercancía en el mercado interior repercute el Impuesto dando derecho a su deducción al comprador, pero no ingresa y desaparece en un breve espacio de tiempo. Esta empresa se caracteriza por estar administrada por personas o testaferros insolventes, y no tener apenas estructura empresarial. Se la denomina Messing trader o “trucha”. Exactamente la cuota que repercute esta trucha es lo que deja de recaudar la Hacienda Pública. CAMARERO GARCÍA, J., “El fraude carrusel en el Impuesto sobre el Valor Añadido. Modalidades y propuestas para erradicarlo”. Agencia Estatal de Administración Tributaria. Cuadernos de Formación. Vol. 11/2010, [Consulta: 17.4.2013], [www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/.../11.../27_10.pdf].

⁶⁶⁰ Así lo hace ALVES COSTA, J.A., “La creación de la Fiscalía Europea”, en ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, op. cit, págs.85-98.

bien, y finalmente, fue el Acuerdo para la Protección de los Intereses Financieros de 1995⁶⁶¹ el que se convirtió en el primer instrumento vinculante en expresar esta idea⁶⁶².

Del mismo modo, no resulta novedoso el interés en la creación de un MPE pues con carácter previo al Tratado de Lisboa, la Comisión ya había realizado algunas propuestas en este sentido⁶⁶³. Las cuestiones relativas a la implantación de la futura Fiscalía Europea, fueron objeto de estudio en el Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo⁶⁶⁴. Este documento, a su vez, tenía en cuenta las consideraciones contenidas en el Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea⁶⁶⁵.

El actual art. 86 del TFUE contiene algunas previsiones a este respecto ya que prevé un procedimiento legislativo especial para crear la Fiscalía Europea, que requiere la unanimidad del Consejo, la aprobación del Parlamento Europeo y la consulta a los parlamentos nacionales⁶⁶⁶. En el supuesto de no alcanzar la unanimidad en el Consejo sobre la propuesta inicial de la Comisión, se permite que un grupo de al menos nueve Estados miembros remitan la propuesta al Consejo Europeo, que llegará a un acuerdo sobre el texto o bien, una vez hayan transcurrido cuatro meses, se considerará concedida la autorización. Este procedimiento es distinto de la cooperación reforzada "ordinaria" ya que no precisa de ninguna autorización formal del Consejo. Ello no obsta a la aplicación de las disposiciones relativas a las cooperaciones reforzadas ordinarias (arts. 326 a 334 del TFUE) pero en todo

⁶⁶¹ Conocido como el Acuerdo PIF.

⁶⁶² INGHELRAM, J.F.H., *Legal and institutional aspects of the European Anti-fraud Office (OLAF), An analysis with a look forward to a European Public Prosecutor's Office*, Groningen: European Law Publishing, 2011, p. 238.

⁶⁶³ Estas propuestas son objeto de análisis por RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Aprendiendo del pasado en el proceso de creación de la Fiscalía Europea", *Revista General del Derecho Europeo*, nº31 (2013), si bien el autor atribuye algunas de estas iniciativas al propio Parlamento Europeo (sic) y también se estudian detalladamente por PÉREZ MARÍN, M.A., "La lucha contra...", op. cit, págs. 148-191.

⁶⁶⁴ COM (2001) 715 final.

⁶⁶⁵ A partir de una iniciativa emanada de la Comisión Europea, un grupo de expertos trabajó en el Corpus Iuris durante los años 1995-1996, bajo la dirección de M. Delmas-Marty, en los campos del derecho penal y del derecho procesal penal. El estudio tuvo como finalidad elaborar un cierto número de principios rectores en materia de protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea en el marco de un espacio judicial europeo. Con mayor amplitud sobre esta iniciativa, DELMAS-MARTY y VERVAELE, J.A.E., *La mise en oeuvre du Corpus Iuris dans les Etats Membres*, 4, RLS, Ed. Lutesentia, Antwerp-Groningen-Oxford, 2000 y DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. (Drs.), "La armonización en el derecho procesal...", op. cit.

⁶⁶⁶ De conformidad con los protocolos nº1 y nº2 del Tratado de Lisboa.

caso, para que se pueda adoptar la propuesta, todos los Estados miembros participantes han de estar de acuerdo por unanimidad⁶⁶⁷.

El art. 86 del TFUE adopta además previsiones a más largo plazo en su cuarto apartado, ya que estas atribuciones iniciales de la Fiscalía Europea, pueden verse posteriormente ampliadas mediante Decisión del Consejo Europeo. Las nuevas atribuciones se refieren a la “*lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza*”, lo que necesariamente ha de ponerse en contacto con las figuras delictivas referidas en el art. 83.2 del mismo texto legal que enumera precisamente los ámbitos delictivos de especial gravedad con repercusión transfronteriza. Según dicho precepto, estos ámbitos delictivos son : el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Esta previsión del Tratado, no obstante referirse a un momento posterior a la creación y desarrollo de la actividad de la futura Fiscalía Europea, no puede, sin embargo, dejar de orientar sus primeros pasos.

Por todo ello, el Reglamento de creación del MPE, en esencia, ha de dar respuesta a las siguientes cuestiones:

- 1.- Principios que han de regir su estructura y actividad.
 - 2.- Determinación de los casos en que un asunto ha de someterse obligatoriamente al Fiscal Europeo y quién ha de hacerlo.
 - 3.- Organización interna y posible exclusividad de las funciones asignadas o bien el mantenimiento de misiones nacionales compartidas.
 - 4.- Medidas de investigación que el Fiscal Europeo estará facultado para realizar y qué legislación ha de resultar aplicable.
 - 5.- Valor que cabe asignar a las medidas de investigación realizadas por el Fiscal Europeo de manera tendente a superar el obstáculo que supone la diversidad de normas sobre admisibilidad de pruebas, cuestión que conecta con la posible licitud en la obtención de la prueba.
 - 6.- Autoridad encargada del control de los actos realizados por el Fiscal Europeo.
- fundamentales a los largo del proceso. Posición del imputado y especial atención a la salvaguarda del principio *ne bis in idem*.

⁶⁶⁷ Así se expresa en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Protección mejorada de los intereses financieros de la Unión: Creación de la Fiscalía Europea y reforma de Eurojust. COM (2013) 532 final, Bruselas, 17.7.2013, p. 10.

8.- Relación entre el Fiscal Europeo, OLAF, Europol y Eurojust.

La propuesta de la Comisión, materializada en el proyecto de Reglamento sobre la creación de la Fiscalía Europea⁶⁶⁸ pretende dar solución a estas cuestiones, pudiendo sintetizarse del siguiente modo:

1.- La *naturaleza jurídica* del MPE no es la de una institución de la UE, sino la de una autoridad comunitaria⁶⁶⁹, un nuevo órgano de la Unión, con estructura descentralizada, dotado de personalidad jurídica y carácter independiente, que vendría conformada por el Fiscal General Europeo y los Fiscales Delegados Europeos (FDE), éstos últimos integrados en la estructura jurisdiccional nacional de los Estados miembros. Este tipo de organización descentralizada pretende aportar una mayor flexibilidad en la actuación. La propuesta de Reglamento no opta por la exclusividad de funciones de los FDE en una fórmula que establece la autoridad exclusiva del Fiscal Europeo al incoar las investigaciones y los procedimientos penales que se les asignen, al tiempo que los permite ejercer sus funciones como fiscales nacionales. En caso de conflicto entre ambas tareas, los FDE deberán ponerlo en conocimiento del Fiscal Europeo, quien tras efectuar consulta a las autoridades nacionales, realizará al FDE las indicaciones oportunas, concediendo en todo caso prioridad a las funciones relativas a la Fiscalía Europea.

La naturaleza del nuevo órgano se deduce también de sus atribuciones. Una primera aproximación a las funciones de la Fiscalía Europea se realiza en el apartado 2 del art. 86 del TFUE al atribuirle competencia para descubrir a los autores y los cómplices, incoar el procedimiento penal y solicitar la apertura del juicio oral. El art. 18 del proyecto de Reglamento se ocupa también de esta cuestión, delimitando las funciones del FDE, a quien corresponde la dirección de la investigación, adoptando las medidas de investigación oportunas de forma personal o bien a través de las autoridades policiales y judiciales competentes del Estado miembro en que se encuentre, a quienes realizará las instrucciones oportunas. Cuando una medida de investigación deba ejecutarse en un Estado miembro distinto de aquél en el que se inició la investigación, a diferencia del Libro Verde, que preveía esta situación determinando que el FDE podría ser autorizado por el Fiscal Europeo para actuar en el territorio de otro Estado miembro en cooperación con el FDE de dicho Estado, el proyecto de Reglamento prevé simplemente que en estos casos transfronterizos el FDE del

⁶⁶⁸ COM (2013) 534 final, Bruselas 17.7.2013.

⁶⁶⁹ GÓMEZ COLOMER, J.L., "La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude. (El Proyecto 'Corpus Iuris')", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 2000, págs. 139 y ss.

Estado en que se inició la investigación mantendrá estrechas consultas con el FDE del Estado de ejecución. En relación a estos casos transfronterizos, se otorgan facultades al Fiscal Europeo para agrupar a varios FDE, reasignar el caso o autorizar al FDE inicialmente asignado para recabar información o adoptar medidas concretas en su nombre. En todo caso, el art. 7 del proyecto de Reglamento prevé que el Reglamento interno de la Fiscalía ha de incluir normas generales sobre la asignación de casos.

La posición estatutaria del Fiscal Europeo, los FDE y el personal de la Fiscalía viene determinado en el art. 54 del Proyecto. Este precepto determina la aplicabilidad del estatuto de los funcionarios de la UE⁶⁷⁰ y del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la UE.

2.- Los *principios* jurídicos fundamentales que han de regir las actividades de la Fiscalía Europea son objeto de enumeración en el proyecto de Reglamento. Se mencionan como tales la actuación conforme a la CDFUE, la proporcionalidad, la legislación nacional aplicable a la ejecución del Reglamento, la neutralidad procesal, la legalidad, la diligencia de las investigaciones y el deber de los Estados miembros de asistir en las investigaciones y la incoación de procedimientos penales por parte de la Fiscalía Europea. Además, la Fiscalía ha de llevar a cabo sus investigaciones con imparcialidad, guiado por la búsqueda de la verdad material realizando las actuaciones pertinentes en sentido inculpatario y exculpatario. En el ejercicio de sus funciones actúa con exclusividad y diligencia, evitando la producción de dilaciones indebidas.

3.- Las *competencias* concretas de la Fiscalía se remiten a la regulación que se establezca mediante Directiva de las conductas que se va a considerar integran la noción de “delitos contra el euro”, en concreto, a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal⁶⁷¹. Esta norma alude a los comportamientos constitutivos de exacciones ilegales, fraudes de subvenciones y de IVA, blanqueo de capitales tal como se define en el art.1, apartado 2 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁶⁷² y corrupción de funcionarios.

La competencia de la Fiscalía Europea se extiende a la investigación de comportamientos diversos de los expresados, siempre que se den los requisitos que relaciona

⁶⁷⁰ Contenido en el Reglamento N°31 (CEE) 11(CEE) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DO P de 14.6.1962, p.1385) con sus numerosas modificaciones, que pueden consultarse en [eur-lex.europa.eu/LexUriSrv/site/.../01962R0031-20060701-es.pdf].

⁶⁷¹ COM (2012) 363 final, Bruselas, 11.7.2012.

⁶⁷² DO L 309 de 25.11.2005, p.15.

el art. 13 del Proyecto de Reglamento, bajo la rúbrica de “competencias accesorias”. Se trata de aquellos otros delitos unidos por una relación inextricable con los atribuidos inicialmente a la Fiscalía Europea, siempre que éstos últimos tengan carácter preponderante, se basen en hechos idénticos y la incoación de procedimientos penales de manera conjunta resulte beneficiosa para la buena administración de justicia. En caso de duda sobre la atribución de competencias accesorias a la Fiscalía Europea o a las jurisdicciones nacionales la cuestión se resolverá mediante la consulta entre estas autoridades, pudiendo recabar auxilio de Eurojust. En caso de desacuerdo, decidirá la autoridad nacional sin posibilidad de posterior control jurisdiccional.

La competencia internacional de la Fiscalía Europea se rige por los tradicionales criterios de territorialidad y nacionalidad y ha de notarse que estas normas se refieren a la competencia para “la investigación e incoación de procedimientos penales”, sin extensión a otro tipo de actuaciones o fases procesales.

4.- En orden al *poder de disposición sobre el proceso* del MPE. El FDE puede iniciar actuaciones de oficio o bien a instancia de las autoridades, tanto nacionales como europeas, las cuales estarán obligadas a poner en conocimiento del MPE los hechos que puedan ser constitutivos de un delito contra los intereses financieros de la comunidad⁶⁷³. Dado que el derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a la tutela de los intereses comunitarios a través del derecho penal y la Comisión no dispone de competencias para realizar investigaciones judiciales, la inserción de una figura procesal a la que se atribuye esta función de investigación y formulación de acusación respecto de tales intereses supone una protección añadida innegable. Si bien VERVAELE, tras exponer gráficamente el asunto de las “fresas españolas”⁶⁷⁴ concluye que “la política criminal y las políticas de archivo de casos sin perseguirlos, pueden por consiguiente, en ciertos casos, considerarse igualmente

⁶⁷³ Sobre la organización del diálogo entre el fiscal europeo y las autoridades nacionales competentes Crf. DELMAS-MARTY y VERVAELE, J.A.E., *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Iuris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, 1ª Ed. Madrid: Dykinson, 2004.

⁶⁷⁴ Señala el autor que las autoridades francesas han estado regularmente sometidas, en el curso de la década de 1980, a las acciones de los campesinos descontentos que atacaban los camiones transportadores de fresas españolas, que incluso se quemaban. La policía francesa entabló procesos verbales y registró un cierto número de acciones que hubieran supuesto una persecución efectiva. Esta decisión suscitó la insatisfacción y la cólera de los productores españoles de fresas, de los transportistas, de los compradores y de la Comisión Europea. A pesar de las protestas de la Comisión Europea, Francia continuó archivando los casos sin perseguirlos. La Comisión entabló un proceso contra Francia ante la Corte de Justicia Europea. La Corte de Justicia Europea juzgó que Francia había violado el Tratado, a saber la libre circulación de bienes y la lealtad comunitaria, al haber archivado de forma sistemática los casos. VERVAELE, J.A.E. “De Eurojust a la Fiscalía Europea en el Espacio Judicial Europeo. ¿El inicio de un derecho procesal penal europeo? págs. 133-171, [Consulta: 3.3.2012], [www.poderjudicial.es/stfls/cgpi/.../Eurojust%20%doc_1.0.0.pdf].

determinadas por las exigencias comunitarias y por la protección de los bienes jurídicos comunitarios” aludiendo a las reticencias mostradas por el Consejo de Ministros de atraer hacia la órbita penal la sanción de determinados comportamientos, frente a ciertos intentos de la propia Comisión.

Pero como ya indicara el análisis crítico del Libro Verde⁶⁷⁵, las escasas excepciones contempladas respecto del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, unida a la obligación de cualquier autoridad de denunciar, podría sobrecargar innecesariamente el trabajo del MPE. Por ello, resulta preciso realizar un filtro en el sentido de excluir de tal obligación aquellos asuntos afectados *ab initio* por el principio de insignificancia y aquellos que impliquen a los intereses comunitarios de manera tangencial o indirecta⁶⁷⁶. A lo que añadimos que, para evitar discrecionalidades contrarias al precitado principio de legalidad, podría resultar oportuno fijar un límite cuantitativo⁶⁷⁷, así como verificar con carácter previo a la comunicación al MPE, por motivos de eficiencia, que exista un componente principal de transnacionalidad que justifique la intervención del MPE en detrimento del Ministerio Público nacional, puesto que la protección de un bien jurídico netamente comunitario no conlleva *per se* tal condición⁶⁷⁸. Compartimos, sin embargo, con el estudio analizado, que razones de celeridad y eficacia aconsejan extender a todas las autoridades nacionales administrativas la obligación de poner los hechos presuntamente delictivos en conocimiento del MPE sin restringirlo a las autoridades que ponen fin a la vía administrativa nacional⁶⁷⁹.

Partiendo del derecho de los ciudadanos a un alto nivel de protección en los intereses financieros de la Comunidad, el Libro Verde atribuía a todos los ciudadanos el derecho a poner en conocimiento del Fiscal Europeo los hechos presuntamente delictivos de su competencia. Esta fuente de investigación no se recoge de modo expreso en el actual

⁶⁷⁵ Análisis crítico del Libro Verde llevado a cabo por el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg, abril 2002, [Consulta: 3.3.2012], [ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk.../gp_mplanck_de_es.pdf].

⁶⁷⁷ En la propuesta de Directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, COM (2012) 363 final, se ha señalado una regla *de minimis* en torno a los perjuicios inferiores a o ventajas de menos 10.000E siempre que no concurren circunstancias graves.

⁶⁷⁸ A modo de ejemplo, la defraudación del presupuesto y de subvenciones comunitarias se encuentran tipificados en el Código Penal español. No parece que por la sola afectación de un bien jurídico comunitario su persecución haya de corresponder al MPE en detrimento de la actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales.

⁶⁷⁹ Se trata de determinar legalmente en todo caso los asuntos en los que deba intervenir el MPE, compartiendo el criterio expresado por MONTERO AROCA de que desde una cierta perspectiva “el principio de oportunidad significaría el reconocimiento de la incapacidad del legislador penal para llegar a perfeccionar el Derecho penal”, “El Derecho Procesal...”, op. cit. págs.133 y 134.

proyecto de Reglamento. Sí se enumeran explícitamente, las causas de archivo y de transacción. Las primeras se dividen en imperativas (fallecimiento, ausencia de carácter delictivo de los hechos, amnistía o inmunidad, prescripción del delito, *ne bis in ídem*) y facultativas (regla *de minimis*, falta de pruebas). Se regula con carácter novedoso la institución de la transacción, en la que previa satisfacción de una multa a tanto alzado, se produce el archivo del procedimiento. La admisibilidad de tal forma de finalización del proceso ha de ponerse muy en relación con el bien jurídico protegido, de naturaleza eminentemente económica. Ello no obstante, el proyecto de reglamento lo admite de un modo general sin establecer excepciones en atención a la naturaleza del delito perseguido, la condición del autor o la concurrencia de circunstancias graves, que a título de ejemplo, sí excepcionan la aplicación de la regla *de minimis*.

En el desarrollo de la actividad investigadora, el FDE actúa con las mismas facultades de intervención otorgadas a los fiscales nacionales, en lo que concierne a la incoación de procesos penales y su enjuiciamiento. Una vez que el FDE considere concluida la investigación, si no procediere el archivo, se plantean dos opciones, remitir una imputación formal con proposición de prueba al Fiscal Europeo para que valore la oportunidad del archivo o la presentación del caso a la autoridad judicial nacional, o bien el Fiscal Europeo puede presentar por sí mismo el caso (proyecto de imputación y lista de pruebas) al órgano jurisdiccional nacional. Es también al Fiscal Europeo a quien se atribuye la facultad de elegir la jurisdicción del proceso y la de determinar el concreto órgano jurisdiccional competente, lo que a nuestro juicio afecta al derecho al juez natural. En nuestra opinión, los criterios de determinación de la jurisdicción nacional competente no deberían incluir facultades discrecionales que permitiesen elección alguna, sino que los fueros territoriales deberían tener carácter imperativo. Ello sin perjuicio de cierta flexibilidad mediante el establecimiento de fueros alternativos en aras de una mayor eficacia en el ejercicio de la acción penal y por exigencias del principio de legalidad y del ya invocado derecho al juez natural, especialmente exigible en el desarrollo de un auténtico proceso penal. Otra posibilidad, ya contemplada en las anteriores propuestas de la Comisión, consistiría en establecer algún mecanismo de control de la decisión efectuada por el Fiscal Europeo. En principio habría de atribuirse al propio juez nacional pero ello supondría el riesgo de conflictos negativos de jurisdicción y el añadido de atribuir el control a un órgano no especializado. Otra opción sería centralizar el control en un órgano comunitario, en aras a superar estos posibles escollos.

4.- Las *diligencias instructoras y actividades de prueba* que puede llevar a cabo el MPE en averiguación de los hechos se relacionan en el art. 26 del proyecto en una prolija lista que no se incluye con el carácter de *numerus clausus*⁶⁸⁰, ya que además de las enumeradas, el Fiscal Europeo puede ordenar o solicitar otras medidas de investigación distintas, siempre que “se encuentren disponibles” con arreglo a la legislación del Estado miembro en que se ejecute la medida. En definitiva, el Fiscal Europeo puede realizar cualquiera de las medidas de investigación incluidas en el art. 26 del proyecto de reglamento, en el territorio de cualquiera de los Estados miembros, y añadidas a las anteriores, puede realizar cualquier otra medida que permita la legislación del Estado miembro en que se vaya a ejecutar.

5.- Una de las cuestiones menos discutidas parece el *control jurisdiccional de la actuación del MPE*. Ya en el Libro Verde se exponía claramente la posición comunitaria en el sentido de que “El fiscal, en el propio proceso, debería actuar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, con el fin de defender los intereses financieros de las Comunidades. La Comisión considera fundamental que la función decisoria permanezca a escala nacional. No procede de ninguna manera crear una instancia jurisdiccional comunitaria que juzgue sobre el fondo”.

Así, en el listado de medidas de investigación y prueba se encuentran algunas de carácter netamente policial. Todas estas medidas se someten a autorización judicial previa, pero en algunos casos a la de la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución y en otros, del Estado miembro de la investigación. El proyecto de reglamento no expresa el criterio de distinción. Se trata de una incógnita porque no se distingue entre medidas que afecten o no a derechos fundamentales, ni de carácter policial o judicial. En todo caso, la autorización judicial se otorga por escrito en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

Tratándose de medidas de investigación privativas de libertad (detención y prisión provisional) el Fiscal Europeo puede solicitar de la autoridad nacional competente su adopción. En este caso, por tanto, la autoridad nacional ha de ser judicial y además es la competente para adoptar la medida, a instancia del Fiscal Europeo.

De otro lado, cuando en la actividad del MPE resulte de aplicación la normativa nacional, se excluye la posibilidad de plantear por este motivo la cuestión prejudicial regulada en el art. 267 del TFUE, ya que estas disposiciones no se integran por ello en el Derecho de la Unión. El art. 36 del proyecto de Reglamento precisa que, en el desempeño de sus funciones, la Fiscalía Europea será considerada como una autoridad nacional a efectos control jurisdiccional.

⁶⁸⁰ El Libro Verde se remitía en esta materia a “todas las previstas en las legislaciones nacionales”.

6.- En materia de *derechos fundamentales*, además del principio general de actuación conforme a la CDFUE y el respeto a la CEDH, la propuesta de la Comisión no se remite ya a la normativa nacional por entender que los derechos básicos que se atribuyen a una persona aparecen expresamente recogidos en las legislaciones de los Estados miembros, sino que la remisión se efectúa ahora a las nuevas Directivas adoptadas en materia de derechos del sospechoso, que como resulta obvio, son también de aplicación a la actividad del MPE.

7.- En el desempeño de las funciones reglamentariamente asignadas, el MPE entra en *relación con otros órganos de la Unión, así como con terceros países y organizaciones internacionales*. Precisamente por la naturaleza de sus funciones estas relaciones se prevén más intensas con Eurojust y la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). Por ello se ha puesto en marcha un nuevo Reglamento destinado a regular la actividad de estos dos órganos, precisando sus cometidos en relación con las competencias atribuidas a la Fiscalía Europea y determinando los principios que han de regir su relación.

Las relaciones entre el Fiscal Europeo y Eurojust han de basarse en la distribución de competencias asignadas a cada uno de ellos en el marco de una relación de colaboración, asistencia recíproca e intercambio de información. De esta forma, mientras la competencia del Fiscal Europeo se ciñe a la protección de los intereses financieros de la Comunidad, el ámbito de actuación de Eurojust es mucho más amplio y comprende materias que exceden del ELSJ. En materia financiera, Eurojust conservará su competencia pero será prioritaria la asignada al Fiscal Europeo. La exigencia de colaboración es especialmente exigible en el supuesto de los asuntos mixtos⁶⁸¹. En las cuestiones operativas y en casos complejos de naturaleza transfronteriza, la Fiscalía Europea podrá asociar a Eurojust a sus actividades. La Fiscalía Europea adoptará el mismo sistema de gestión de casos utilizado por la agencia comunitaria y tendrá acceso al mismo⁶⁸².

En relación a Europol, se ha de establecer también una obligación de información que tiene carácter recíproco. Se había señalado ya la obligación de información que corresponde a las autoridades comunitarias respecto de los hechos atribuidos a la competencia del Fiscal Europeo.

Por lo que respecta a la Red Judicial Europea, no se establece una obligación de asistencia, ya que la red especializada de Fiscales Delegados Europeos ha de contar con los

⁶⁸¹ Aquellos que por razón de la materia, sobrepasan los intereses financieros, entre los que se citan como ejemplo el contrabando de drogas y cigarrillos que afecten a recursos propios de las Comunidades.

⁶⁸² El funcionamiento se expone por ARANGÜENA FANEGO, C., "Perspectivas de la e-Justicia en Europa", SENÉS MOTILLA, C., *Presente y futuro de la e-Justicia...*, op. cit., págs. 58 y 59.

medios precisos para la realización de sus propias competencias. Esto no excluye que el funcionamiento de ambas redes se realice aprovechando sinergias y estableciendo un diálogo permanente entre la Fiscalía y los puntos de contacto.

Mayor calado tiene, sin embargo, la creación del nuevo órgano en las funciones desempeñadas por OLAF, y ello porque como señala ESPINA RAMOS, “La línea que se puede trazar entre el fraude administrativo y el penal es muy difusa. Se investigan infracciones administrativas pero que pueden derivar en fraudes de carácter penal. La corrupción es siempre penal y en muchas otras irregularidades contra la hacienda pública comunitaria se utilizan como instrumento para su comisión la falsificación de documentos, la malversación de fondos públicos, es decir, conductas que acaban muchas veces en los tribunales de los Estados miembros, dado que la OLAF lo que hace es una investigación preliminar, unas diligencias preliminares y cuando ve, cuando detecta que efectivamente hay elementos de infracción penal, las trasmite a las autoridades judiciales de los Estados miembros para que prosigan la investigación”⁶⁸³.

El Libro Verde sostenía que la decisión de las futuras funciones de OLAF dependería en gran parte de los resultados de la evaluación sobre la aplicación de los Reglamentos nº 1073/99 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude⁶⁸⁴ y 1074/99 del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude⁶⁸⁵. Se propone como una de las soluciones a la posible concurrencia de funciones de investigación otorgar total independencia a una parte de la oficina, poniendo fin respecto de ella a la dualidad funcional⁶⁸⁶. En todo caso, OLAF está vinculada por la obligación de información al Fiscal Europeo y sus informes habrían de resultar admisibles como prueba en el proceso penal.

En el estudio crítico al Libro Verde se proponía, de manera supeditada a los resultados de la evaluación realizada por la Comisión, la actuación de OLAF como “unidad de apoyo” al Fiscal Europeo para las investigaciones sobre el terreno. En el ejercicio de tales competencias, OLAF podría actuar en una posición de subordinación respecto del Fiscal Europeo de modo similar a la relación entre la policía y fiscalía en los ordenamientos continentales.

⁶⁸³ ESPINA RAMOS, J.A. y VICENTE CARBAJOSA, I. *La futura Fiscalía Europea*, [Consulta: 4.6.2013], [www.cej.justicia.es > Inicio > Publicaciones > Publicaciones] p.49.

⁶⁸⁴ DO L 136 de 31.5.1999.

⁶⁸⁵ DO L 136 de 31.5.1999.

⁶⁸⁶ Servicio de la Comisión que goza de independencia en cuanto a la función de investigación.

En el ámbito de las relaciones entre el Fiscal Europeo y las agencias de la Comisión la propuesta de Reglamento no incluye sin embargo mención a la incidencia que pudiera tener el nuevo MPE en las funciones y actividad del COSI, estimándose por tanto nula, y que las relaciones con entes policiales y operativos ha de producirse únicamente a través de Europol e Interpol.

Las relaciones de la Fiscalía Europea con terceros países y organizaciones internacionales puede producirse a través de diversas vías. La Fiscalía puede establecer puntos de contacto con terceros países con el fin de facilitar la cooperación y de acuerdo con el art. 218 del TFUE, la Comisión puede presentar al Consejo propuestas para la negociación de acuerdos de cooperación entre la Fiscalía Europea y terceros países, si bien el propio Reglamento limita el objeto de estos acuerdos de cooperación a la asistencia jurídica en materia penal y la extradición en los casos que competan a la Fiscalía.

En conclusión, el denominado “paquete de medidas” propuestas por la Comisión en el verano de 2013 permite afirmar que la creación de la nueva Fiscalía se ha puesto ya en marcha a través de la iniciativa de este órgano. Ello no obstante y negado el carácter novedoso de tal iniciativa en cuanto tal, es preciso que la opción reconocida por el Tratado al Consejo tenga una acogida favorable que haga prosperar la acción ya iniciada por la Comisión Europea.

3.5.2.- La figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores

Con el carácter de autoridad y previsible incidencia en el deseable desarrollo de la dimensión exterior del ELSJ aparece la figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores⁶⁸⁷. El artículo 21 del TUE, ubicado sistemáticamente en el Título V, que tiene por objeto las disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión y disposiciones específicas relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común, le atribuye la función de asistencia del Consejo y la Comisión en orden a garantizar la coherencia entre los distintos ámbitos de la acción exterior y entre éstos y sus demás políticas.

⁶⁸⁷ Nombrado por el Consejo por mayoría cualificada, con la aprobación del Presidente de la Comisión, quien podrá poner fin a su mandato por el mismo procedimiento.

El Alto Representante está en la cúspide de un servicio europeo para las relaciones exteriores, constituido por funcionarios de la Secretaría General del Consejo y de la Comisión, y con personal diplomático de los Estados miembros. Esta atribución ha sido interpretada como el germen o el nacimiento de un cuerpo diplomático europeo desde las propias instancias comunitarias⁶⁸⁸.

Ello plantea la cuestión de las posibles funciones que dicha estructura puede realizar en aras a la construcción del ELSJ⁶⁸⁹. En primer lugar, los artículos 328.3, 329.2 y 331.2 del TFUE prevén la intervención del Alto Representante en relación a las cooperaciones reforzadas que pudieran establecerse en materia de cooperación policial y judicial en materia penal. Prescriben los citados preceptos que el Alto Representante ha de informar de forma periódica al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la evolución de las cooperaciones reforzadas. En segundo lugar, y en este supuesto, cuando la cooperación reforzada se inscriba en el marco de la política exterior y de seguridad común, las solicitudes de los Estados miembros que deseen establecer entre sí una cooperación reforzada será transmitida al Alto Representante de la Unión para que éste dictamine acerca de la coherencia de la cooperación reforzada prevista con la política exterior y de Seguridad común de la Unión, siendo en este caso la Comisión quien dictaminará su coherencia con las demás políticas de la Unión⁶⁹⁰.

Finalmente, el artículo 331.2 del TFUE prevé la necesidad de notificación al Alto Representante por parte de los Estados Miembros, de su voluntad de participar en una cooperación reforzada preexistente en materia PESD. En cuyo caso, la confirmación de dicha participación por el Consejo, requerirá la previa consulta de la Alta Representante, quien

⁶⁸⁸ En la página web oficial del SEAE, http://eeas.europa.eu/background/organisation/index_es.htm, se hace referencia al SEAE como cuerpo diplomático de la UE.

⁶⁸⁹ Las funciones del Alto Representante se detallan en el artículo 27 del TUE “ 1. El Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, que presidirá el Consejo de Asuntos Exteriores, contribuirá con sus propuestas a elaborar la política exterior y de seguridad común y se encargará de ejecutar las decisiones adoptadas por el Consejo Europeo y el Consejo.

2. El Alto Representante representará a la Unión en las materias concernientes a la política exterior y de seguridad común. Dirigirá el diálogo político con terceros en nombre de la Unión y expresará la posición de la Unión en las organizaciones internacionales y en las conferencias internacionales.

3. En el ejercicio de su mandato, el Alto Representante se apoyará en un servicio europeo de acción exterior. Este servicio trabajará en colaboración con los servicios diplomáticos nacionales. La organización y el funcionamiento del servicio europeo de acción exterior se establecerán mediante decisión del Consejo, que se pronunciará a propuesta del Alto Representante, previa consulta al Parlamento Europeo y previa aprobación de la Comisión.”

⁶⁹⁰ En lo que a nosotros concierne, las relacionadas con el ELSJ.

estará facultada, al evacuar dicho trámite, para proponer al Consejo la adopción de medidas transitorias⁶⁹¹.

En un espectro más amplio que el propio de la cooperación analizada, podría preverse que el Alto Representante contribuyera a dar a la Unión una voz única⁶⁹² a nivel de foros internacionales⁶⁹³, esencialmente en el seno de Naciones Unidas, cuyas Resoluciones, como es sabido, son asumidas por el ordenamiento comunitario como principios inspiradores de su propia normativa en numerosos supuestos. Así, a título meramente ejemplificativo, en materia de antiterrorismo, y también en cuestiones relativas a la protección de la infancia en orden a la construcción de un modelo europeo de justicia juvenil.

Con carácter previo al Tratado de Lisboa, ante las organizaciones internacionales podría decirse que la UE es a *multilayered International actor*⁶⁹⁴. Es decir, para cada conferencia internacional, o bien se acuerda en el Consejo de la UE una acción conjunta, o bien se llega a una posición común a través de la negociación. Si un Estado miembro no pertenece a una organización internacional, tiene derecho a ser informado en las áreas de interés común.

En esta línea, el actual artículo 34 del TUE dispone “*Los Estados miembros coordinarán su acción en las organizaciones internacionales y con ocasión de las conferencias*

⁶⁹¹ Al respecto, “En su primera comparecencia ante la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, el 2 de diciembre de 2009, Catherine Ashton afirmaba que se disponía a garantizar una mayor consistencia entre los diferentes aspectos de la PESC y otras áreas políticas a fin de que la UE se convierta en un actor global más competente, coherente y estratégico, la meta del Tratado de Lisboa.” GUADALIX ESTEBAN, M., “Los inicios del ...”, p. 55.

⁶⁹² Este concepto de “voz única” se ha repetido en diversos foros asociado al Alto Representante. Su significado preciso se explica por MONTOBIBIO, M., “Consideraciones sobre el multilateralismo efectivo y la gobernanza global como conceptos guía de la Estrategia Global Europea”, *European Global Strategy Project*, EGS 1/2013, 19.3.2013, [Consulta: 26.2.2014],[www.realinstitutoelcano.org/.../EGSMadrid-Montobbio-gobernanza-gob...], p.3 como autoridad en términos jurídicos para hablar en nombre de la Unión y dar cohesión a su mensaje y posicionamiento, determinado porque sus Estados miembros compartan preferencias y valores; así como por la autonomía que diferencia a la UE de sus Estados miembros y permite configurarla como un actor internacional en sí mismo. E influencia determinada por el impacto empírico (de lo que hace) y cognitivo (de lo que es) de un actor, lo que determina como criterios fundamentales para su análisis los de reconocimiento, seguimiento y eficacia.

⁶⁹³ “La creación del SEAE supone a todas luces un fortalecimiento del proceso de integración. Ahora ya no cabrá preguntarse aquello que popularizó de modo apócrifo Kissinger cuando preguntó ¿A quién tengo que llamar en la UE?, ya que la respuesta es clara: en Asuntos Exteriores al alto representante, que asume las dimensiones exteriores de la Comisión y del Consejo para hablar con una sola voz, que no será otra que la de los funcionarios pertenecientes al SEAE.” PRIEGO, A. El Servicio Europeo de Acción Exterior: ¿una revolución para el proceso de integración y para la diplomacia?, ARI 95/2011, [Consulta: 6.2.2012],[www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano/contenido?...].

⁶⁹⁴ En este sentido, SANAHUJA, J.A., “Regiones en construcción, interregionalismo en revisión. La Unión Europea y el apoyo al regionalismo y la integración latinoamericana”, en SANAHUJA et al, *¿Sirve el diálogo político entre la Unión Europea y América Latina?*, Fundación Carolina, Documento de Trabajo nº15, [Consulta: 20.4.2013], [www.academia.edu/.../_Sirve_el_dialogo_politico_entre_la_Union_E...].

internacionales. Los Estados miembros defenderán en esos foros las posiciones de la Unión. El Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad organizará dicha coordinación.

En las organizaciones internacionales y en las conferencias internacionales en las que no participen todos los Estados miembros, aquellos que no participen defenderán las posiciones de la Unión.

2. Los Estados miembros que también son miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se concertarán entre sí y tendrán cabalmente informados a los demás Estados miembros y al Alto Representante. Los Estados miembros que son miembros del Consejo de Seguridad defenderán, en el desempeño de sus funciones, las posiciones e intereses de la Unión, sin perjuicio de las responsabilidades que les incumban en virtud de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Cuando la Unión haya definido una posición sobre un tema incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los Estados miembros que sean miembros de éste pedirán que se invite al Alto Representante a presentar la posición de la Unión.”

El procedimiento de los Estados miembros en las negociaciones con las Naciones Unidas es el siguiente: cuando la UE ha definido su punto de vista sobre un tema que forma parte del orden del día del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, los Estados miembros que participan en este momento (siempre serán un mínimo de dos), solicitarán la presencia del Alto Representante para que defienda la posición de la UE. Mientras que el Presidente del Consejo, por su parte, representará a la UE en las sesiones públicas del Consejo de Seguridad⁶⁹⁵.

3.6.- Armonización versus reconocimiento mutuo, ¿un debate superado?

Tal como sintetiza CALDERÓN CUADRADO⁶⁹⁶, del principio de reconocimiento mutuo se ha dicho que constituye a la vez un valor histórico, un principio jurídico fundamental y la

⁶⁹⁵ GUADALIX ESTEBAN, M., “Los inicios del ...”, p. 34. A juicio de la autora, esta previsión del art. 34 es prácticamente imposible que llegue a realizarse porque supondría una enorme pérdida de soberanía no solo para Francia y para el Reino Unido, sino también para la UE en su conjunto. Se ha sugerido que estos dos países deberían reducir su presencia en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a una que representara a la UE.

⁶⁹⁶ “¿Hacia una europeización del proceso?”, en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), “El derecho procesal en ...”, págs. 132 y 134.

sede política de un modelo de sociedad humanista que Europa está construyendo. Consecuencia de este principio se produce un desplazamiento que consiste en reubicar al mercado único para dar paso y preferencia a la persona no como agente económico, o no solo.

El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales fue formulado originariamente en el Programa de Tampere⁶⁹⁷ y constituye la piedra angular de la construcción del ELSJ en lo que a cooperación judicial se refiere. Supone la efectiva eliminación de fronteras en la circulación de resoluciones judiciales en el ámbito territorial de la Unión con la consiguiente supresión del tradicional procedimiento de extradición y la intervención de las autoridades gubernativas.

La implantación efectiva de este principio dio lugar a determinadas reticencias en algunos sectores doctrinales en cuanto podía suponer la extensión del derecho penal más represivo de algunos Estados miembros, en detrimento de determinadas garantías del justiciable, especialmente en materia procesal. Se suscitaba entonces la cuestión de si el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales exigía la previa armonización o aproximación de las legislaciones penales y procesales de los Estados miembros.

Los objetivos de la aproximación normativa penal se pueden enumerar como:

1.- Objetivo político. El hecho de decidir aproximar los códigos penales en algunas materias constituye sin duda un objetivo político. Se trata, para la UE, de afirmar, de cara al resto de la comunidad internacional, que determinado comportamiento es, hasta tal punto inaceptable, que debe ser objeto de sanciones penales⁶⁹⁸.

2.- Favorecer la cooperación judicial. Cuestión en relación con la supresión de la doble incriminación.

3.- Evitar los Estados santuarios". En un espacio prácticamente sin control de fronteras, las importantes divergencias entre las legislaciones penales nacionales pueden tener un impacto criminológico difícilmente aceptable⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ En concreto, en la Conclusión VI *Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales* de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999. [Consulta: 9.5.2013], [www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/.../00200-r1.es9.htm].

⁶⁹⁸ En alusión a los principios de intervención mínima y *ultima ratio* sancionadora que inspiran el derecho penal.

⁶⁹⁹ BARBE, E., "L'espace judiciaire...", págs. 144 y 5.

La experiencia posterior a Tampere ha despejado esta cuestión, pues las Decisiones marco adoptadas, cuyo paradigma es la Decisión marco sobre la Orden Europea de Detención y Entrega⁷⁰⁰, han demostrado que el proceso de aproximación y armonización legislativa no se ha considerado como un “prius cronológico”, sino que tal armonización ha corrido paralela al proceso de aplicación del principio de reconocimiento mutuo como mecanismo de auxilio para su implementación. Una posible explicación de este fenómeno es el hecho de que, en todo caso, no existe ni la base legal, ni la voluntad política, para establecer una política criminal común en el sentido de un acuerdo sobre los comportamientos a sancionar, los medios necesarios a poner en marcha, el grado de severidad con que sancionarlos, los métodos de reinserción a aplicar... En el estado actual de la construcción europea, la armonización no es posible inmediatamente, pero el espacio judicial común será seguramente construido de manera más rápida si se asienta sobre la aplicación de principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales. La UE está, por consiguiente, obligada a responder al desafío de poner en marcha un marco legislativo que obliga a los Estados miembros a prestarse asistencia y a reconocer las decisiones adoptadas en un Estado miembro sin imponer una aproximación restrictiva ni standards de protección más débiles, sino al contrario, permitiendo a cada sistema, a cada forma o elección de sociedad coexistir, cohabitar⁷⁰¹. Si bien, este no es en modo alguno un argumento indiscutido. Así, por ejemplo, para TAMARIT SUMALLA⁷⁰², la existencia de una política criminal europea no puede ser hoy ya puesta en duda en razón de que desde principios del siglo XXI, las instituciones de la Unión han desarrollado una importante actividad normativa en materia penal, que puede ser vista como expresión de una política criminal común relativa a un ámbito cada vez más amplio de problemas respecto a los cuales hay un consenso por parte de los Estados en torno a la necesidad de intervención de los órganos comunitarios.

En este sentido, FONSECA MORILLO, con respecto al principio básico de reconocimiento mutuo, argumenta que el mismo

⁷⁰⁰ Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, DO L 190, de 18.7.2002. Sobre este instrumento, vid. ARANGÜENA FARNEGO, C. (Coord.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la Orden Europea de Detención y Entrega*, Ed. Lex Nova, Instituto de Estudios Europeos, Valladolid: Lex Nova, 2006 y PÉREZ CEBADERA, M.A., *La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, entre abundante literatura.

⁷⁰¹ JAULT-SESEKE, F. et LELIEUR, J., “L’Espace judiciaire...” pp. 99-105.

⁷⁰² “La política europea sobre las víctimas de los delitos”, en DE HOYOS SANCHO, M. *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs.31-48.

“no puede entenderse en abstracto si no se complementa con el de la confianza mutua. En efecto, el pacto original de Amsterdam, no modificado en sus grandes líneas por Lisboa fue el del reconocimiento mutuo frente al principio clásico de la armonización. Para que ello siga siendo el principio de base, tiene que traducirse en un acabado completo del programa de reconocimiento mutuo adoptado en noviembre de 2000 sin que la supresión de principio del exequatur o de la extradición se convierta en un conjunto de “matrioskas” rusas en las que casi siempre terminan por aparecer “medidas intermedias”. Una vez más, una “implementación” lo más uniforme posible forma parte del pacto original “confianza mutua” versus “derecho uniforme”⁷⁰³.

Los artículos 29 y 31 del TUE, en redacción anterior al Tratado de Lisboa, recogían la necesidad de aproximación legislativa en materia penal, pero no asumían de modo expreso este principio. Señalaba el artículo 29 del TUE que el objetivo de ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un ELSJ habría de lograrse mediante *“la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31”*. Disponiendo el artículo 31 del TUE que *“1. La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá, entre otras:*

a) la facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros, también, en relación con las causas y la ejecución de resoluciones;

b) la facilitación de la extradición entre Estados miembros;

c) la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación;

d) la prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;

e) la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas.”

⁷⁰³ “Prólogo”, en op. cit., p. XIV. Como pone de relieve la Abogada General Sra. Shrapston en las Conclusiones del Aunto *Radu*, C-396/11, apartado 38, ha de añadirse que partiendo de que el alto grado de confianza mutua entre los Estados miembros descansa en el respeto por cada uno de los Estados miembros tanto de los derechos reconocidos en el Convenio como de los derechos fundamentales que forman parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Con efecto a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, actualmente es preciso añadir la Carta, en el supuesto de que antes no jugara ya un papel.

Estos preceptos fueron objeto de interpretación por el TJUE en la Sentencia recaída en el Asunto C-176/03 que tenía por objeto el recurso de anulación interpuesto por la Comisión Europea contra el Consejo relativa a la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre protección del medio ambiente a través del derecho penal. En las Conclusiones formuladas por el Abogado General, Sr. RUIZ-JARABO, se argumentaba que el artículo 29 del TUE diseña una acción coordinada para prevenir y luchar contra la delincuencia a través de tres cauces. Los dos primeros se orquestan en la cooperación policial y judicial, mientras que el último aspira a la aproximación normativa mediante la adopción progresiva de medidas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los delitos que el artículo 31 e) del TUE especifica. No hay, por tanto, concluye el Sr. RUIZ-JARABO, una “competencia universal” de la Unión Europea para armonizar los derechos criminales de los Estados miembros, sino una atribución limitada a determinadas figuras delictivas de alcance transnacional.

El tercer pilar pergeña una asistencia operativa de los servicios policiales y judiciales. Sin embargo, la aproximación normativa, que trasciende a la idea de colaboración e implica un paso de mayor profundidad hacia la integración, queda reducida a aquellos elementos que, por su “internacionalización”, merecen una respuesta uniforme. La meta de esta labor de aproximación radica en facilitar una reacción sancionadora “eficaz, proporcionada y disuasoria” frente a las contravenciones graves de la política comunitaria. Para garantizar la actividad de la UE, puede constreñir a los Estados Miembros a que así lo hagan, pero a juicio del Abogado General, la Comunidad no se encuentra habilitada para ir más allá. Una vez que la armonización comunitaria ha introducido tipos uniformes, los ordenamientos nacionales han de sancionar esas conductas prohibidas, ya que el legislador nacional es quien conoce de primera mano las singularidades jurídicas y sociológicas de su sistema de convivencia. Este esquema asigna a la Comunidad la facultad de definir con exactitud el bien jurídico protegido y la índole del reproche, asumiendo los Estados Miembros la elaboración de la norma sancionadora, bien individualmente, bien de forma coordinada a través de la cooperación intergubernamental regulada en el tercer pilar del Tratado UE.

El TJ afirmó que, en principio, la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal⁷⁰⁴. Sin embargo esta constatación no es óbice

⁷⁰⁴ Corroborando la aseveración con la cita de las sentencias de 11 de noviembre de 1981, *Casati*, 203/80, Rec. P. 2595, apartado 27, y de 16 de junio de 1998, *Lemmens*, C-226/97, Rec. P. I-3711, apartado 19.

para que el legislador comunitario adopte medidas necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente⁷⁰⁵.

Este pronunciamiento dio lugar a la Comunicación de la Comisión COM (2005) 583 final, sobre las implicaciones de la Sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2005. En ella, la Comisión establece de modo expreso que la decisión del Tribunal trasciende al asunto a él sometido para convertirse en una declaración de principio sobre una cuestión que había resultado controvertida, y que afecta a la distribución de materias entre el primer y el tercer pilar, y el derecho de iniciativa legislativa de la Comisión en cuanto ha de elegirse la correcta base jurídica. Pretende por ello evitar posibles anulaciones futuras por este motivo y trazar una línea de actuación en el futuro. Al analizar el alcance del pronunciamiento de la Corte, la Comisión infiere de esta sentencia que el Derecho penal no constituye una política comunitaria. La acción de la Comunidad no puede fundarse en una competencia implícita ligada a una base jurídica específica. Por ello, la adopción de medidas penales apropiadas a nivel comunitario, no es posible sino de forma sectorial, y solamente bajo la condición de que sea establecida por la necesidad de luchar contra las infracciones graves a la realización de objetivos comunitarios, de manera que tienda a garantizar la plena efectividad de una política comunitaria o el buen funcionamiento de una libertad.

Desde el punto de vista material, el razonamiento de la Corte se aplica a todas las políticas comunitarias y libertades en las que existen normas constrictoras a las que las sanciones penales deben ir asociadas para garantizar su efectividad. La Corte no hace una distinción en cuanto a la naturaleza de las medidas penales. Su razonamiento es funcional. En todo caso, el fundamento de la facultad del legislador comunitario para prever medidas penales es la necesidad de hacer respetar la normativa comunitaria. Esta necesidad ha de determinarse caso por caso, y corresponde su apreciación a la Comisión en cuanto titular del derecho de iniciativa legislativa a través de sus propuestas. Del mismo modo resulta de la decisión de la Corte, que, incluso las materias incluidas en el Título VI no resultan de la competencia comunitaria cuando se trate de aspectos de derecho penal y de derecho

⁷⁰⁵ Esta jurisprudencia y su reinterpretación a la luz del nuevo Tratado se realiza también por JIMENO BULNES, M. "Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal", en ARANGÜENA FANEGO, C.(Dr.), *Espacio europeo de libertad...* op. cit. págs. 52-61.

procesal penal que precisen un tratamiento horizontal, referido normalmente a sus reglas generales.

En efecto, en el período 1995-2003 habían existido discrepancias entre la Comisión y el Consejo en relación al ejercicio de la iniciativa legislativa en materia de aplicación de la ley penal. El Consejo había rechazado algunas iniciativas de la Comisión. Como señala VERVAELE⁷⁰⁶ la decisión del TJUE trasciende sin embargo, el debate institucional y nos obliga a intervenir en la discusión acerca de la posición de la ley penal en el proceso de integración europea. En lugar de enfocarlo en la protección a nivel nacional de los valores ínsitos en el sistema legal penal, es el tiempo de centrarse en la Agenda Europea de los valores penales. Sólo de este modo podremos dar consistencia a la confianza recíproca entre los Estados Miembros y los órganos encargados de la aplicación del derecho comunitario, conservando la confianza de los ciudadanos europeos en la justicia penal europea. El objeto de este debate no es tanto si queremos un derecho penal europeo, sino más bien, qué es lo que queremos como tal y bajo qué condiciones.

En el Tratado de Lisboa, el artículo 31 del TUE ha sido sustituido por los artículos 82 y 83 del TFUE. Dispone el primero de ellos: *“La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos relacionados en el apartado 2 y en el artículo 83.*

El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a:

- a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas;*
- b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;*
- c) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia;*
- d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones.*

⁷⁰⁶ VERVAELE, J.A.E., Harmonisation of criminal law between first and third pillar of the EU: The European Community and the harmonisation of the criminal enforcement of community policy: ignoti nulla cupido?, en BASIOUNI, C., MILITELLO, V. and SATGER, H., *European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives*. Milan: CEDAM, 2008, págs. 31-60.

En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Estas normas se referirán a:

- a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros ;*
- b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal;*
- c) los derechos de las víctimas de los delitos;*

d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas.”

Y el artículo 83 del TFUE establece: *“1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.*

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una

política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76.”⁷⁰⁷

Conforme a esta regulación, ¿qué modificaciones introducen estos preceptos a la luz de la jurisprudencia expuesta?

En primer lugar, suponen una línea de continuidad con las propuestas formuladas en el Programa de Tampere⁷⁰⁸ en lo concerniente a la primacía del principio de reconocimiento mutuo respecto de la aproximación legislativa, a la que considera como parte integrante y favorecedora del mismo, como un instrumento al servicio de la eficaz implantación del principio de reconocimiento mutuo. En cuanto tal, descarta su prioridad cronológica, lo que no podía ser de otro modo, visto el contenido y naturaleza de los instrumentos procesales y penales adoptados en aplicación de este principio.

Además, no se confiere un valor especial o diferenciado a los conceptos de aproximación, armonización o establecimiento de normas mínimas. Éstos han de considerarse como sinónimos y en su puro sentido etimológico y gramatical, en cuanto hacen referencia a la supresión de particularismos nacionales que resulten incompatibles con los actos normativos comunitarios, sin introducir peculiaridad alguna en relación al mecanismo de realización o a sus posibles efectos jurídicos, a salvo que, la aproximación o armonización se realizará a través del establecimiento de normas mínimas, que se producirían exclusivamente en materia de derecho penal material, pues el precepto citado se refiere a las normas mínimas en exclusiva para la definición de los delitos y las penas, a diferencia de la armonización de legislaciones nacionales, que puede versar sobre aspectos penales, pero también procesales⁷⁰⁹. Por último, en términos de difícil interpretación, habla de la

⁷⁰⁷ Este precepto prevé la iniciativa legislativa de la Comisión y de una cuarta parte de los Estados miembros.

⁷⁰⁸ A juicio de JIMÉNEZ-VILLAREJO, F., “Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias. Comentarios a la Ley 1/2008, de 4 de diciembre”, el Tratado de Lisboa “va mucho más allá” y “constitucionaliza” el principio de reconocimiento mutuo, al declararlo de modo explícito en un Tratado ratificado por todos los Estados miembros como la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal, ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad...*, op. cit. p.314.

⁷⁰⁹ Para un análisis de las diferencias en el empleo de los términos “armonización” y “aproximación” de legislaciones, vid. CALDERÓN CUADRADO, M.P., “Contra la armonización positiva –y procesal– en la Unión Europea”, en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. (Drs.), *La armonización del derecho procesal tras el Tratado de Lisboa*, Aranzadi, Cizur Menor 2012, págs. 126 y ss.

aproximación legislativa como un instrumento al servicio de la eficacia de políticas, con el presupuesto de que éstas tengan por objeto un ámbito que ya haya sido objeto de armonización. Es decir parece concebir la armonización como presupuesto de la aproximación y con este fin, en una expresión no exenta de cierto matiz utilitarista.

La principal innovación en este aspecto es la opción por la directiva como fuente de derecho derivado aplicable a la armonización legislativa y al establecimiento de normas mínimas, frente a la Decisión marco. Si bien, es sabido que la jurisprudencia progresiva el Tribunal de la Unión había asimilado en gran parte su eficacia jurídica.

Esta uniformidad en la fuente es la que permite descartar una mayor diferencia de contenido en los conceptos señalados, y afirmar una cierta admisión de la previa necesidad de homogeneización del derecho nacional. De otro modo, hubiera podido optarse por el reglamento, lo que enlaza ya con la expresada renuencia de los Estados miembros a desprenderse de aspectos de su soberanía y con la necesaria madurez y eficacia del propio ELSJ. De manera que el propio Tratado de Lisboa, asimila el sistema de fuentes en el ámbito del ELSJ a las materias comunitarizadas. Pero en el ámbito del ELSJ opta por una de ellas, renunciando a la aplicación de aquella que tiene efecto directo en las legislaciones nacionales, y ello aun cuando la doctrina y las propias instituciones comunitarias se muestran unánimes en el sentido de expresar que las dificultades de transposición e incluso los retrasos e incumplimientos al respecto constituyen uno de los principales hándicaps del ELSJ. La opción, por tanto, por esta fuente, ha de entenderse como una aspiración supeditada a la eficacia en la armonización, a la voluntad de compromiso de los Estados miembros. ¿Significa ello, la voluntad o necesidad de construir un proceso penal y un código penal paralelo a nivel europeo?

A este respecto, JIMENO BULNES⁷¹⁰, habla de la existencia de dos tipos de proceso europeo. Uno de ellos “externo”, constituido por los procesos contemplados en el TFUE y un

⁷¹⁰ *Un proceso europeo para el siglo XXI*, 1ª Edición, Pamplona: Aranzadi, 2011. “Por el contrario, la perspectiva legislativa y judicial dista de ser homogénea, por cuanto se advierten instrumentos procesales de gran éxito y eficacia frente a otros que han observado inicialmente un rotundo fracaso obligando a la Unión Europea a modificar la estrategia y, en suma, a las instituciones europeas su hoja de ruta al respecto. No obstante, se observa un avance más equilibrado en los últimos tiempos que hace más compatible la convivencia entre el inicial principio de reconocimiento mutuo y la del más reciente principio de aproximación legislativa. En esta evolución desde luego ha de considerarse fundamental el apoyo prestado por parte del Tratado de Lisboa a partir de reformas legislativas emprendidas en materia de cooperación judicial penal en la línea más arriba comentada. Finalmente, también se presenta en este ámbito un importante dilema como ya advertían los clásicos entre justicia y prevención, o ahora, en terminología

segundo, al que denomina “interno” o “doméstico” constituido por la normativa comunitaria que incide en los procesos penales internos, respecto de los que reproduce las cuestiones que ya se planteaban desde el Programa de Tampere y que hacían referencia a sus principios y base jurídica, la posibilidad de medidas alternativas de cooperación judicial y aproximación (insiste Jimeno Bulnes en el sentido de que el concepto de armonización ha sido sustituido por el de aproximación, a pesar de que no parece reflejarse dicha evolución en el tenor literal del Tratado de Lisboa) y, finalmente, la interacción entre los valores de “justicia” y “seguridad”.

MARTÍN DIZ, aboga igualmente por la construcción de un proceso penal y un cuerpo penal comunitario, justificado en el carácter global del fenómeno de la delincuencia transfronteriza, que hace precisa una respuesta de la misma naturaleza, así como en la ineficacia demostrada de la respuesta a nivel nacional, lo que daría cumplimiento a los presupuestos exigidos por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁷¹¹. Ello implicaría también modificaciones a nivel institucional, debiendo crearse un Tribunal o Corte Penal de la Unión Europea, como órgano adjunto al actual Tribunal de Justicia de la Unión, merced a la posibilidad que contempla el artículo 225 A del Tratado de Lisboa, en cuanto permite la creación de Tribunales especializados, en este caso con competencia exclusiva para el enjuiciamiento en primera instancia de los delitos penales comunitarios. Para garantizar los derechos procesales fundamentales, se prevería una segunda instancia en la cual pudiera

moderna, justicia versus seguridad; precisamente mantener el equilibrio en esta frágil balanza constituye el reto más importante en el marco procesal penal europeo y nacional.”, págs. 18-23 y 91-92.

⁷¹¹ Afirma MARTÍN DIZ que comparte totalmente con SCHUNEMANN las tres ideas fundamentales sobre las cuales a su juicio descansaría la cimentación de una justicia penal comunitaria:

A.- En un espacio geográfico-criminal unitario, como es la Unión Europea, la tarea básica del derecho penal también tiene que ser llevada a cabo en todo ese espacio, y es que respecto al fenómeno de la delincuencia organizada transfronteriza y nuestros planteamientos anteriores encajan perfectamente como mecanismo para su combate legal el planteamiento del autor en cuanto a que ‘a la europeización y modernización en lo relativo a comportamiento delictivo en la UE debe responderse, por tanto, con una modernización y, en su caso, europeización, del instrumento jurídico apropiado y destinado a la protección de bienes jurídicos’.

B.- En el espacio de libertad, seguridad y justicia prometido y pretendido para Europa también se necesita, en concordancia con una tradición liberal acorde con los principios del Estado de Derecho, de una protección de aquel ciudadano que haya caído en sospecha de forma inocente, y en concreto frente a las intromisiones y consecuencias de un procedimiento penal. En palabras del autor de referencia “el ciudadano y sus bienes jurídicos deben ser protegidos mediante una administración de justicia penal, pero también frente a los peligros de una administración de justicia gestionada de forma desconsiderada.”

C.- La proyección del principio de legalidad determina que los actos normativos que regulen un eventual derecho penal comunitario deben poder acreditar una legitimación democrática directa mediante la correspondiente ley parlamentaria.” “La conveniencia de procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea”, en BUJOSA VADELL, L. (Coord.) *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, op. cit., págs. 63-64, 68-9.

interponerse ante el Tribunal General recurso de casación limitado a las cuestiones de derecho, o cuando la decisión relativa a la creación de la Sala así lo contemple, recurso de apelación referente también a las cuestiones de hecho.

A nuestro modo de ver, este planteamiento choca con uno de los postulados esenciales de la justicia comunitaria desde su origen, cual es el de que cualquier órgano jurisdiccional que actúe en el territorio nacional, es el órgano ordinariamente llamado a aplicar el derecho comunitario, y, apartándose del mismo, peca de renuncia a tal originalidad, por mucho que incluya algo de utópico, en favor de inercia al sistema nacional. FIGUERUELO BURRIEZA⁷¹², lo concibe, sin embargo, como el elemento de cierre del sistema de justicia penal comunitario, abogando igualmente por la creación de un proceso penal común en cuanto evitaría o reduciría a mínimos los conflictos de jurisdicción, la homogeneización de los sistemas internos reforzaría el principio de igualdad y de seguridad jurídica y, porque, ante la investigación y enjuiciamiento de un delito en cualquiera de los Estados miembros estarían previamente reconocidas las garantías básicas de forma idéntica en todos los países integrantes de la entidad supranacional.

Esta misma posición es compartida por RODRÍGUEZ GARCÍA⁷¹³, quien matiza que cuando se habla de la necesidad de desarrollar un proceso penal europeo, no se está planteando su codificación general, esto es, para resolver cualquier tipo de litigios, sino su articulación sectorial para perseguir y castigar determinados eurocrímenes o eurodelitos y hacer frente a la protección efectiva de un elenco reducido de bienes jurídicos de carácter comunitario, haciendo suya la teoría de ROXIN⁷¹⁴ al respecto.

⁷¹² “Proceso penal europeo y garantías jurisdiccionales de los derechos en la Europa Unida”, en BUJOSA BADELL, L. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, op. cit. págs. 93-9 “ De este modo y a la hora de pensar en el diseño orgánico que cerrase el sistema de justicia penal comunitario las opiniones se dividen entre quienes apuestan por atribuir dicha función al actual Tribunal de Justicia de la Unión, aunque se aconseja la creación de una sala específica integrada en el propio Tribunal de Justicia, y quienes se manifiestan por la creación de un Tribunal especializado adjunto al Tribunal General que ejercería como órgano de primera instancia para determinadas materias específicas. Esta segunda posibilidad está más de acuerdo con el respeto al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso y al principio de la necesaria doble instancia en materia penal que de forma reiterada mantiene la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

⁷¹³ Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensiones transfronterizas”, en BUJOSA BADELL, L., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, op, cit. p. 284.

⁷¹⁴ “es mejor, por lo menos en las próximas décadas, mantener la libre competencia de los ordenamientos penales nacionales. De todos modos, como se ha dicho, esto se caracteriza mediante una dosis cada vez mayor de colectividad. Y donde no están justificadas diferencias por circunstancias culturales o sociales, representan al menos un amplio campo de experimentación que al final da paso a las mejores soluciones.

Finalmente, en la situación actual de consolidación del ELSJ, y frente a las deficiencias o dificultades detectadas, FONSECA MORILLO propone las siguientes actuaciones, definidas como “elementos que debieran figurar como ‘marcadores’ aceptados por todos los actores”⁷¹⁵:

A.- La noción de evaluación de las políticas de cooperación judicial deberá convertirse en un instrumento técnico y de transparencia fundamental para fortalecer la voluntad política. Los ejercicios de *peer evaluation*⁷¹⁶ efectuados, por ejemplo, en el marco de la aplicación de la euroorden se han revelado un excelente factor de creación de sinergia técnica y política entre administraciones y responsables políticos nacionales. Cuánto más lo sería si la Comisión consiguiera convertirse en el vector de una *política horizontal de evaluación* puesta de manera transparente y objetiva en la mesa del legislador de la Unión. El Tratado de Lisboa establece que pueden adoptarse medidas para que los Estados Miembros, en cooperación con la Comisión, emprendan una evaluación objetiva e imparcial de la ejecución de las políticas en este ámbito. En especial para promover la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo con obligación de información al Parlamento Europeo y a los Parlamentos Nacionales, del resultado de la evaluación. Con dicho fin, el Consejo insta a la Comisión a presentar una o varias propuestas en virtud del artículo 70 del TFUE⁷¹⁷ relativas a la evaluación de las políticas con arreglo al Título V TFUE que habrán de incluir, en su caso, un mecanismo basado en el sistema de evaluación por homólogos. Esta actividad ha de tener un carácter periódico y facilitar la comprensión de los sistemas nacionales para determinar las

En una frase: el crecimiento evolutivo conjunto del Derecho penal europeo es preferible a la obstrucción centralista de una codificación unitaria. La elaboración e interpretación científica de un Código Penal europeo me parece por ello más bien una tarea de las generaciones más remotas. Aún no será el tema de un futuro inmediato. *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, 2008, págs. 395-396.

⁷¹⁵ “Prólogo”, op. cit. p.XIV.

⁷¹⁶ Las *Peer Reviews* (evaluaciones por homólogos, por iguales, o por pares) son ejercicios de evaluación de la situación o de las prácticas de un país en un área concreta. Se trata de discusiones entre iguales, a partir generalmente de un Cuestionario de autoevaluación, y no de auditorías de un cuerpo superior. El objetivo de este ejercicio es ayudar al país sometido a revisión a mejorar su formulación, en este caso estadística, a adoptar mejores prácticas y a cumplir con los principios y normas establecidos. Extraído de *Peer Reviews del Sistema Estadístico Europeo (SEE)* realizadas en el marco de la implantación del Código de buenas prácticas de la estadística europea, [Consulta: 13.3.2012], [\[www.ine.es/ine/codigobp/peer_reviews_del_see.pdf\]](http://www.ine.es/ine/codigobp/peer_reviews_del_see.pdf).

⁷¹⁷ En efecto, dispone el artículo 70 del TFUE “Sin perjuicio de los artículos 258, 259 y 260, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas que establezcan los procedimientos que seguirían los Estados miembros para efectuar, en colaboración con la Comisión, una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación, por las autoridades de los Estados miembros, de las políticas de la Unión contempladas en el presente título, en particular con objeto de favorecer la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Se informará al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales del contenido y los resultados de esta evaluación.”

prácticas idóneas y los obstáculos a la cooperación. El Consejo tendrá una función directiva en este proceso.

Esta cuestión no resulta sin embargo novedosa. Ya en el marco del programa de acción contra la criminalidad organizada de 1997, el 5 de diciembre de 1997, fue adoptada una acción común “por la que se instituye un mecanismo de evaluación de la aplicación y puesta en marcha a nivel nacional de los acuerdos internacionales en materia de lucha contra la criminalidad organizada”⁷¹⁸. El Consejo se inspiró en un mecanismo adoptado por el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), fundado en el principio de evaluación por los pares. La metodología es la siguiente: el GMD (Grupo de Trabajo Multidisciplinar sobre la delincuencia organizada), encargado de la evaluación, decide el tema a evaluar. Se redacta un cuestionario al que el EM evaluado ha de contestar antes de recibir la visita de un grupo europeo de expertos, dirigido por el secretariado general del Consejo, quienes se ponen en contacto con los miembros intervinientes del EM evaluado. Posteriormente el grupo de expertos, redacta un informe que es discutido en el Consejo, y publicado si el EM interesado da su consentimiento. Este mecanismo sí había funcionado a la perfección ya que se ha constatado que los EM han modificado su legislación en diversas ocasiones a continuación del informe de expertos, y en ocasiones, con carácter previo, con el fin de evitar un informe desfavorable.

B.- La consideración de la *formación de jueces como elemento central* y, probablemente, elemento de originalidad del programa de Estocolmo. A diferencia de los criterios anteriormente expuestos, a juicio de FONSECA MORILLO, la solución no pasa por crear nuevos instrumentos burocráticos, sino de implicar a los poderes judiciales nacionales en la importancia de la aplicación del Derecho de la Unión en este ámbito. En concreto, si el espacio sin fronteras es el ámbito de las empresas y de los ciudadanos europeos, también debe serlo en el ámbito de la actuación de nuestras autoridades judiciales.

⁷¹⁸ DOCE L 344 de 15.12.1997.

**CAPÍTULO IV.- CONCRECIÓN DEL ESPACIO
JUDICIAL EUROPEO A TRAVÉS DE LOS
PROGRAMAS DE TRABAJO QUINQUENALES: DE
TAMPERE A ESTOCOLMO**

La denominación de Programas de Trabajo quinquenales encuadra tres documentos elaborados por el Consejo en el ejercicio de la competencia conferida por el actual artículo 68 del TFUE. De acuerdo con dicho precepto, corresponde al Consejo la definición de las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El instrumento jurídico elegido por el Consejo para el desarrollo de dicha función de diseño estratégico, elaboración de agenda política, y fijación de prioridades legislativas ha sido, por tanto, un acto jurídico de los denominados atípicos, práctica iniciada con el Programa adoptado en el Consejo Europeo de Tampere⁷¹⁹, coincidiendo con la fase de consolidación del ELSJ y a la que han dotado de continuidad los posteriores Programas de La Haya⁷²⁰ y Estocolmo⁷²¹. Los cuales, en dicha consideración, serán objeto de análisis.

Estos Programas pueden también ser calificados como la “hoja de ruta” que permite desgranar y programar las acciones a adoptar en el ámbito del ELSJ para cumplir con los objetivos de los Tratados. Siguiendo a FONSECA MORILLO y ARANGÜENA FANEGO, C.⁷²² pueden sintetizarse las materias en las que se han desarrollado las acciones previstas por los Programas de Trabajo en la construcción del acervo comunitario del siguiente modo:

- 1.- Política común en materia de asilo e inmigración: establecimiento de un partenariado con los países de origen y tránsito inspirado en el principio de codesarrollo, sistema europeo común de asilo (SECA), principio de trato correcto a los nacionales de terceros países y mejora de la gestión de los flujos migratorios.
- 2.- Espacio de Justicia: facilitar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos en un espacio sin fronteras y principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.
- 3.- Lucha contra la criminalidad a escala europea: acciones de prevención y cooperación legislativa y operativa y definición de comportamientos sancionables por su conculcación de intereses y valores netamente comunitarios.
- 4.- Acciones colaterales pero íntimamente vinculadas a las anteriores: política de visados y espacio Schengen y ciudadanía de la Unión.

⁷¹⁹ Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere se pueden consultar en la página www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

⁷²⁰ Publicado en DOUE C 53 de 3 de marzo de 2005.

⁷²¹ Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva proteja al ciudadano, DO C 115 de 4.5.2010.

⁷²² FONSECA MORILLO, F. y ARANGÜENA FANEGO, C. “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en MARTÍN DE LA GUARDIA, R. y CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Coords.) *Políticas Comunitarias. Bases Jurídicas*, Tirant lo Blanch: Valencia 2013, págs. 151-153.

Esta enumeración de categorías generales, incluye efectivamente las materias que son objeto de tratamiento con carácter reiterado en los sucesivos Programas de Trabajo. En lo que se refiere a su ubicación concreta en una u otra categoría, la lucha contra la droga, a nuestro juicio se encuadra dentro de la lucha contra la criminalidad organizada, en lugar de considerarse como una acción colateral. Uno de los motivos para ello es que el blanqueo de dinero, citado expresamente en el tercer grupo de políticas, ha sido inicialmente regulado y tratado a nivel comunitario como vinculado exclusivamente al tráfico de drogas. Del mismo modo, el establecimiento de un sistema común de visados, podría incluirse en la materia de inmigración.

4.1- El programa de Tampere: 1999-2004:

La Cumbre Europea extraordinaria de Tampere, con la participación de los Jefes de Estado y de Gobierno tuvo lugar, a iniciativa española, los días 15 y 16 de octubre de 1999 y constituía su objeto, la elaboración de un programa de actuación para el ELSJ. El paso previo a dicha cumbre fue el Consejo Europeo de Cardiff (15 y 16 de junio de 1998) en cuyo seno se solicita la elaboración de un plan de acción para el ELSJ. Con este precedente, en julio de 1998 la Comisión Europea publicó una comunicación sobre el ELSJ que precisaba sus fundamentos, límites y objetivos prioritarios. En efecto, a través de la Comunicación de 14 de julio de 1998⁷²³ la Comisión expresaba la finalidad de este documento señalando que:

This Communications, by which the Commission wished to present its approach, is an initial contribution to a dialogue which will have to get under way in the months ahead. It will be stepped up at a later stage, in particular when it comes to identifying in detail the priority actions which will put flesh on this initial outline.

Sobre estas premisas, a través de las cuales se iba gestando la futura forma de actuación comunitaria en la definición de acciones y objetivos preordenados a la construcción del ELSJ, orígenes de la programación plurianual, la Comisión aporta un concepto del ELSJ distinguiendo en sus diferentes áreas de justicia, libertad y seguridad, de manera que en el área de justicia *“the ambition is to give citizens a common sense of justice throughout the*

⁷²³ COM (98) 459 final.

Union”, fijando ya algunas líneas de actuación al afirmar que “*it must be borne in mind that one of the features of cooperation in the area of justice and home affairs is that it is based on operational arrangements as much as on legislative instruments;*”⁷²⁴ y delimitando lo que, en el ámbito de la cooperación judicial penal constituían las conductas delictivas objeto de la actuación comunitaria *The declared objective is to prevent and combat crime at the appropriate level, ‘organised or otherwise, in particular terrorism, trafficking in persons and offences against children, illicit arms trafficking*”⁷²⁵, *corruption and fraud*. Vemos y nos parece reseñable que, en esencia, la enumeración de conductas delictivas objeto de atención comunitaria, se mantiene desde este primer programa quinquenal hasta la actualidad. Esta conclusión es extraíble desde un análisis comparado de la precedente enumeración y el listado de conductas delictivas que pueden ser objeto de armonización penal ex artículo 83.1 segundo párrafo del TFUE, a saber: terrorismo, trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada.

En Tampere, los jefes de Estado o de Gobierno, colocaron en primera línea de entre sus prioridades “un mejor acceso a la justicia en Europa”⁷²⁶. Como base de las anteriores actuaciones, ya un año antes, el Consejo Europeo de Viena⁷²⁷ había tenido lugar con la finalidad de aprobar un plan de acción para la consecución de la libre circulación de personas y la definición de una estrategia global relativa a los fenómenos migratorios y la política de asilo y de acogida a los refugiados. Los Jefes de Estado y de Gobierno juzgaron positiva la creación en el seno del Consejo del grupo de alto nivel sobre el asilo y la inmigración,

⁷²⁴ Esta afirmación está llena de realismo y el tiempo le ha otorgado plena razón.

⁷²⁵ En lo que concierne a la preocupación por el tráfico ilícito de armas puede explicarse, siguiendo a SÁNCHEZ DEL RÍO, I., “La criminalidad organizada...”, op. cit. p. 52, del siguiente modo: el fin de la “Guerra fría” tuvo como consecuencia la formación de grandes *stocks* no suficientemente controlados, lo que se traduce en el robo y subsiguiente tráfico ilegal de millones de armas. Por otra parte los continuos conflictos bélicos que han sacudido la Europa del Este durante la historia más reciente, la han convertido primero en foco receptor de armas y, finalizado el conflicto, punto de partida hacia países occidentales como Austria, Alemania y Holanda. En estos países, la demanda procede de la necesidad de armarse por parte de los mismos grupos criminales para la comisión de delitos y para afrontar conflictos con otros grupos. También los grupos terroristas aparecen como demandantes de este tipo de productos.

⁷²⁶ Para BARBE, Tampere aborda materias o aspectos sin mayor conexión, desde el auxilio judicial a la indemnización a las víctimas de la criminalidad, y que las opciones de Tampere fueron ejecutadas de manera aceptable, por lo que el acceso a la justicia no figura como prioridad en el Programa de La Haya. BARBE, E. “L’espace judiciaire...”, p.83.

⁷²⁷ Celebrado los días 11 y 12 diciembre de 1998. Las conclusiones de la Presidencia pueden consultarse en [www.europarl.europa.eu/summits/wie1_es.htm], [Consulta: 26.4.2013]. Cfr. PÉREZ BUSTAMANTE, R., *Los Consejos Europeos 1998-2001. Edición y estudio preliminar*, 1ª Ed. Madrid: DYKINSON, 2005, Universidad Rey Juan Carlos, [Consulta: 26.4.2013], [books.google.es/books?isbn=849772688X].

GANAM. El plan de acción del Consejo y la Comisión estableció una lista concreta de los objetivos que debían alcanzarse a medio plazo (dos años) y a más largo plazo (cinco años), así como la lista de medidas que debían adoptarse a estos efectos. Además de su apoyo a la elaboración del plan de acción, el Consejo Europeo de Viena, hizo hincapié en la creación de un espacio judicial europeo, la mejora de la cooperación entre las administraciones judiciales y policiales y el refuerzo de Europol. Finalmente, el Consejo Europeo de Colonia⁷²⁸, solicitó la elaboración de la Carta de Derechos Humanos para los ciudadanos.

La Cumbre de Tampere se convocó, por tanto, con el exclusivo objeto de la construcción de un ELSJ, respecto del cual se fijaron los siguientes objetivos:

- a) Aprobación de políticas y objetivos específicos.
- b) Creación de un marcador para hacer el seguimiento de los avances realizados en su aplicación.
- c) Adopción de un programa de trabajo quinquenal (1999-2004).
- d) Elaboración por la Comisión de un plan de acción.

Su resultado tangible se plasmó en la elaboración del primer Programa de Trabajo quinquenal y en el origen de una línea fundamental de actuación comunitaria con solución de continuidad hasta la actualidad. A continuación pasamos a exponer y analizar el contenido de este primer Programa de Trabajo como exponente fundamental de la orientación político-jurídica de la Unión en la consecución del ELSJ.

4.1.1.- Primer Programa de Trabajo y su contenido.

El Programa de Trabajo de Tampere se plasma en el documento “Hacia una Unión de Libertad, Seguridad y Justicia: los hitos de Tampere”⁷²⁹ que comprende cuatro grandes capítulos: Libertad, Seguridad, Justicia y Acción Exterior.

⁷²⁸ Celebrado los días 3 y 4 de junio de 1999. Las conclusiones de la Presidencia pueden consultarse en [Consulta: 26.4.2013],[www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/.../es/ec/kolnes.htm].

⁷²⁹ Documento disponible en [www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/.../00200-r1.es9.htm], [Consulta: 10.6.2013].

En el primero de ellos se trata de la política de asilo y migración común de la Unión. Su idea central es la libre circulación de personas, incluidos los nacionales de terceros países. Se inspira en la colaboración con los países de origen mediante un enfoque global e integrado y en el principio de trato justo a los nacionales de terceros Estados. Pretende la instauración de un sistema europeo común de asilo basado en la Convención de Ginebra de 1951 con una primera fase que determinaría el Estado responsable de la solicitud de asilo y las normas mínimas para la acogida. En la gestión de flujos migratorios, trata de aspectos positivos como la información, visados, acogida y residencia, y de los aspectos securitarios como la lucha contra la inmigración ilegal, control de fronteras exteriores y acuerdos de readmisión.

Son, por tanto, los principios inspiradores de la política migratoria, tal como se conciben en el Tratado de Amsterdam y se reflejan en el Programa:

A.- El enfoque comprensivo sobre la gestión de los flujos migratorios, a fin de lograr un equilibrio entre la admisión por motivos humanitarios y económicos.

B.- Tratamiento justo para los nacionales de terceros Estados, que signifique, en la medida de lo posible un régimen de derechos y obligaciones comparable al de los nacionales del Estado miembro receptor.

C.- Incluir, como elemento clave, la colaboración con los países de procedencia con vistas a una política de co-desarrollo.

Como primer paso para la creación de una política comunitaria de migración, la Comisión Europea presentó en noviembre de 2000 una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo a fin de iniciar el debate con las instituciones europeas, los Estados miembros y la sociedad civil⁷³⁰. La Comisión recomendaba que el enfoque común de la gestión de los flujos migratorios tomara en consideración los siguientes aspectos: el desarrollo económico y demográfico de la región, la capacidad de recepción de cada Estado miembro, así como sus vínculos históricos y culturales con los países de procedencia, el impacto de la política de migración en los países de procedencia⁷³¹ y la necesidad de desarrollar políticas de integración específicas, basadas en el trato justo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Unión, la prevención de la exclusión social, el racismo y la xenofobia y el respeto a la diversidad.

⁷³⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política común de asilo, por la que se introduce un método abierto de coordinación. (COM/2000/0757 final).

⁷³¹ Con especial incidencia en el denominado fenómeno de “fuga de cerebros”.

A ello siguió, en julio de 2001, otra Comunicación⁷³² que proponía la adopción de un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de migración, a fin de promover el intercambio de información entre los Estados miembros sobre la ejecución de dicha política común. El procedimiento supone el alcanzar un acuerdo sobre una serie de objetivos u orientaciones comunes que los Estados miembros deben, a continuación, incorporar a sus planes nacionales, los cuales han de ser revisados con regularidad.

Estas medidas en materia de política migratoria se acompañaron del establecimiento de un marco jurídico penal común que tenía por objeto combatir la ayuda a la inmigración ilegal y venía constituido por la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, la circulación y a la estancia irregulares⁷³³ y, como complemento de la anterior, la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002⁷³⁴, orientada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares mediante el establecimiento de normas mínimas para las sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia.

El capítulo segundo, Espacio de Seguridad, versa sobre la lucha contra la delincuencia y su objeto principal es la prevención mediante el incremento de la cooperación a través de equipos conjuntos de investigación, la unidad operativa europea de jefes de policía, la academia europea de policía, el fortalecimiento de Europol (creada en 1995), la creación de Eurojust como unidad integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia similar y la acción especial contra el blanqueo de capitales⁷³⁵. Asimismo, el Consejo Europeo acordó en marzo de 2004 que el COREPER tuviera un papel mucho más importante en la coordinación de los pilares en la lucha contraterrorista. Se establece la figura

⁷³² Se trata, en efecto, de recoger en un marco coherente los progresos actuales, que sólo pueden considerarse como los primeros pasos, y las posibles futuras iniciativas en el ámbito de la UE. A tal fin, identificar los elementos fundamentales de tal política (parte II) y resumir, de una manera estructurada, qué medidas y formas futuras de cooperación pueden conducir al desarrollo adecuado de una lucha común eficaz contra la inmigración ilegal (parte III), COM (2001) 387 final. Extraído de [www.extranjeros.meys.es/.../ComunicacionesConsejosEuropeos/.../7_com...].

⁷³³ DO L 328 de 5.12.2002.

⁷³⁴ DO L 328 de 5.12.2002.

⁷³⁵ “Además, Tampere comporta un mayor uso de los instrumentos legales del tercer pilar y Acciones conjuntas más ambiciosas como, por ejemplo, la Acción Conjunta en intercambio de Información sobre Asesoramiento de Riesgos y el Control de Nuevas Drogas Sintéticas. Pero también se introducen importantes novedades en el aspecto estructural. Así en este Consejo se llama al ‘establecimiento de una Fuerza Operativa Europea de Jefes de Policía con objeto de intercambiar, en cooperación con Europol, experiencia, mejores prácticas e información sobre las actuales tendencias de la delincuencia transfronteriza, así como contribuir a la planificación de acciones operativas.” DÍAZ FERNÁNDEZ. A.M. et al, “Cooperación en inteligencia...”, p. 95.

del coordinador contraterrorista cuya misión será trabajar en el marco de la Secretaría de l Consejo en combatir el terrorismo y, con el debido respeto a las responsabilidades de la Comisión, mantener una panorámica de todos los instrumentos disponibles de la Unión con vistas a informar regularmente al Consejo y el seguimiento de sus decisiones⁷³⁶.

El capítulo dedicado al “Espacio Europeo de Justicia” pretende un mejor acceso a la justicia y proclama el principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal; en materia penal, la finalidad es la supresión de la extradición como procedimiento formal entre Estados Miembros en caso de personas condenadas por sentencia firme e incorporación de procedimientos acelerados.

En el último capítulo, el objetivo se centra en la dimensión exterior para la creación del ELSJ, favoreciendo la dinámica regional a través de la coherencia de políticas con los países limítrofes. Así, y a título de ejemplo, tras los Acuerdos de Cooperación de finales de los años 70, vieron la luz los Acuerdos Euromediterráneos⁷³⁷, que en su mayoría entrarían en vigor a partir del año 2000. Estos acuerdos tienen como objetivo establecer una cooperación política, económica y social, siendo su gran reto la creación progresiva de una zona de libre comercio en el Mediterráneo. Si bien en la fecha en que empezaron a redactarse los Acuerdos Euromediterráneos, el ELSJ no había hecho más que iniciar su andadura, en todos ellos se contempla cierta colaboración en los Asuntos de Justicia e Interior: *ad exemplum*, una cooperación en materia de lucha contra el blanqueo de dinero y el tráfico de drogas (excepto en el caso de Jordania), la lucha contra la delincuencia organizada en el caso de Argelia, la situación e integración de los trabajadores migrantes o la lucha contra la inmigración irregular (excepto en el caso de Marruecos y Túnez). Asimismo los Acuerdos de Asociación con Argelia y Egipto recogen también algunas disposiciones concretas relativas a la justicia y los asuntos de interior. En la actualidad estos Acuerdos se han visto revitalizados gracias a la Política

⁷³⁶ Consejo de la Unión. Nota de prensa “El Consejo Europeo se centra en la lucha contra el terrorismo”, PRES/04/81 (2004), *Ibidem*, p.121

⁷³⁷ Decisión 2006/356/CE, Decisión 2005/690/CE, Decisión 2004/635/CE, Decisión 2002/357/CE, Decisión 2000/384/CE, Decisión 2000/204/CE, relativas a la celebración del Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y, por otra, la República Libanesa, la República Argelina Democrática y Popular, la República Árabe de Egipto, el Reino Hachemí de Jordania, el Estado de Israel, el Reino de Marruecos y la República de Túnez.

Europea de Vecindad, en cuyo contexto emergen los Asuntos de Justicia e Interior como un elemento crucial de la misma⁷³⁸.

Los Acuerdos Euromediterráneos de Asociación⁷³⁹ se mostraron como un marco adecuado para establecer un diálogo político norte-sur y constituir la base de una futura cooperación económica, social y cultural fundamentada en los principios de reciprocidad, solidaridad y desarrollo promoviendo la cooperación intrarregional de los países mediterráneos como factor de paz, de estabilidad y de desarrollo económico y social⁷⁴⁰.

4.1.2.- Tampere y el principio de reconocimiento mutuo

El principal logro teórico de la cumbre de Tampere se señala de forma unánime, como la proclamación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Dicho principio, había tenido su origen en la propia génesis del mercado único, con el objetivo de salvar las claras diferencias existentes en los sistemas legales nacionales en materias directamente relacionadas con la libertad de circulación de mercancías, carente de una adecuada armonización⁷⁴¹.

Así, el 15 de enero de 2001 ve la luz el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal⁷⁴² tal como había sido proclamado en las conclusiones de la cumbre de Tampere⁷⁴³:

⁷³⁸ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. "La dimensión mediterránea del Espacio de libertad, seguridad y justicia. Del Proceso de Barcelona a la Unión Europea por el Mediterráneo", *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº19, 2010, [Consulta: 20.2.2012], [www.reei.org/index.php/revista/num19/articulos].

⁷³⁹ Con fundamento en el artículo 310 TCE: "La Comunidad podrá celebrar con uno o varios Estados o con organizaciones internacionales acuerdos que establezcan una asociación que entrañe derechos recíprocos, acciones comunes y procedimientos particulares."

⁷⁴⁰ [Consulta: 26.4.2013], [europa.eu > ... > Síntesis de la legislación de la UE > Relaciones exteriores].

⁷⁴¹ "Concretamente, en el ámbito de la cooperación judicial civil, dicho principio inspiró el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y, posteriormente, el Reglamento 44/2001 que exige tan sólo la presentación de un simple formulario y el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, regulado en el Reglamento 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, JIMÉNEZ-VILAREJO, F. "Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias", en *El proceso penal europeo: garantías procesales*, op. cit. p.182.

⁷⁴² DO C 012 de 15.1.2001.

⁷⁴³ Vid al respecto DEL POZO PÉREZ, M. "La entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional", en BUJOSA VADELL, L., (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, op. cit. p.218.

Conclusión 33; Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales: por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a las Sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales. Conclusión 35: en materia penal, el Consejo Europeo insta a los Estados miembros a que ratifiquen con celeridad los convenios de extradición de la UE de 1995 y 1996. Considera que el procedimiento formal de extradición debe suprimirse entre los Estados miembros en el caso de las personas condenadas por Sentencia firme que eluden a la justicia, y sustituirse por el mero traslado de dichas personas, de conformidad con el art. 6 del TUE. También deben considerarse procedimientos acelerados de extradición, respetando el principio de juicio justo. El Consejo Europeo invita a la Comisión a que formule propuestas en este sentido, a la luz del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen. Conclusión 36: el principio de reconocimiento mutuo debe aplicarse también a los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad; las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los Tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa que se aplique en ellos.

El principio de reconocimiento mutuo, descansa, a su vez, o tiene como presupuesto preciso, el de confianza mutua, de manera que el principio básico e indiscutible sobre el cual gravita toda la construcción normativa y político-gubernamental es la confianza mutua entre los Estados miembros, por cuanto implica un respeto recíproco y mutuo entre los Estados que integran la Unión Europea a sus correspondientes sistemas penales y procesales internos, sin perder las peculiaridades de cada uno de ellos y las diferentes estructuras normativas y organizativas, pero al tiempo que requiere de una coordinación general para hacer frente a las posibles amenazas penales de conjunto (caso de delincuencia organizada transfronteriza grave)⁷⁴⁴. Sin principio de confianza el de reconocimiento de resoluciones judiciales penales firmes es una especie de “ruleta rusa”⁷⁴⁵ a la que se juega forzado por el terrorismo internacional y sus dolorosas consecuencias, o a la que se no se juega encubriendo las verdaderas e inconfesables razones que llevan a la reserva o a la falta de implementación.

Afirmaciones que llevan a concluir que el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal es posible en la medida en que todos los Estados miembros son

⁷⁴⁴ MARTÍN DIZ, F., La conveniencia de procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea, *Hacia un verdadero Espacio Judicial Europeo*, op. cit. p. 55.

⁷⁴⁵ CALVO SANCHEZ, M.C., “Prólogo” en BUJOSA VADELL, L, *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, op. cit.

Estados de Derecho y se inspiran en unos mismos principios jurídicos y valores comunes, aserto que igualmente implica la naturaleza evolutiva y dinámica del propio concepto de confianza mutua.

En efecto, el principio de reconocimiento mutuo implica no cuestionar ni revisar las resoluciones judiciales dictadas por autoridades judiciales de la Unión Europea. La autoridad judicial de ejecución se debería limitar, como criterio general, a comprobar la existencia de la resolución, su vigencia y competencia de la autoridad emisora, procediendo a su ejecución directa como si se tratara de una resolución dictada por un órgano judicial nacional. Sólo de modo excepcional, podrá oponerse a su ejecución, en base a motivos tasados de carácter objetivo⁷⁴⁶.

Con el Programa de Tampere, el principio de reconocimiento mutuo viene a sustituir al principio de solicitud o de petición. El principio de solicitud implicaba que cuando un Estado Miembro formulaba a otro Estado Miembro una petición relativa a compromisos derivados de un convenio, el órgano jurisdiccional competente del Estado requerido tenía una facultad de control sobre la solicitud, y también la autoridad gubernativa. En virtud del principio de reconocimiento mutuo, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro recibe una petición de la autoridad judicial de otro estado miembro, denominada comisión rogatoria⁷⁴⁷, ha de reconocerlo y ejecutarlo por el solo hecho de su procedencia, sin poder efectuar ese control. Este planteamiento ha de ponerse en conexión con los convenios que regulan la práctica de las comisiones rogatorias y acogen este principio de solicitud, en cuanto han tenido especial incidencia en la determinación de las autoridades competentes para su práctica, procedimiento para su ejecución y plazos exigibles.

⁷⁴⁶ JIMÉNEZ-VILLAREJO, F. "Ejecución en la...", p. 184.

⁷⁴⁷ Las comisiones rogatorias son comunicaciones dirigidas por las autoridades judiciales de un Estado a las de otro con el fin de practicar determinadas diligencias (relativas a actuaciones de instrucción, transmisión de piezas probatorias, expedientes o documentos, notificaciones y citaciones de testigos, peritos y partes...), requiriendo, por lo tanto, la ejecución dentro del territorio del segundo Estado de un acto de investigación, instrucción u otros, especialmente de los que puedan llegar a tener valor probatorio. En suma, se trata de uno de los instrumentos utilizados para que pueda producirse esa cooperación o asistencia judicial entre diversos países." Definición que se reproduce por cuanto no se trata de un concepto unívoco a nivel doctrinal, ya que en ocasiones se incluyen actuaciones con intervención de autoridades gubernativas SÁNCHEZ BARRIOS, I. "Las comisiones rogatorias como instrumento de cooperación judicial", *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, p. 240.

Como normativa aplicable a la fecha de elaboración del Programa, había de tenerse en cuenta el Convenio Europeo de 1959 de Asistencia Judicial en materia penal⁷⁴⁸. Este Convenio prevé las siguientes modalidades de cooperación judicial en materia penal:

- A) El sistema normal era de Ministerio de Justicia a Ministerio de Justicia.
- B) Mediante comunicación directa de la autoridad judicial requirente a la requerida, con devolución a través del Ministerio de Justicia. Sistema excepcional reservado a supuestos de urgencia, que el CAAS convirtió en general.
- C) Directamente de la autoridad requirente a la autoridad requerida, y con devolución, asimismo, directamente de una a otra. Sistema excepcional en el Convenio de 1959 y opción generalizada en el sistema CAAS.
- D) Transmisión directa vía INTERPOL, considerada no como una vía autónoma, sino como una posibilidad prevista en supuestos determinados.
- E) Transmisión diplomática o consular. Vía ordinaria para las solicitudes de cooperación referidas a materia de extradición.
- F) Directamente de la autoridad requirente al particular requerido.

El Convenio Europeo de 1959 de Asistencia Judicial fue posteriormente modificado por el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 1990 y el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000⁷⁴⁹. Una de las principales novedades que introduce el Convenio de 2000 es la inversión de la norma general del Convenio de 1959, según la cual la práctica de las comisiones rogatorias se había de llevar a cabo con arreglo a las normas del Estado requerido. Por lo tanto, con el Convenio

⁷⁴⁸ Ibidem,, págs. 255-266.

⁷⁴⁹ DELGADO MARTÍN, J. "El juez en la construcción...". p.255 "El Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, y que ha entrado en vigor definitivamente el día 23 de agosto de 2005, supone un gran avance en la materia, recogiendo las innovaciones aparecidas en los últimos años: facilita la remisión de solicitudes de asistencia y de documentos procesales; contempla la posibilidad de ejecución del auxilio de conformidad con los trámites indicados por el Estado requirente, y regula determinadas formas específicas de asistencia como equipos conjuntos de investigación, investigaciones encubiertas, entregas vigiladas, intervención de telecomunicaciones, audición por conferencia telefónica y por videoconferencia, restitución, traslado temporal de detenidos con fines de investigación. Y el día 5 de octubre de 2005 entró en vigor el "Protocolo del citado Convenio hecho en Luxemburgo el 16 de octubre de 2001, relativo a determinados datos bancarios con fines de investigación penal: información de cuentas, así como información y control de transacciones.

de 2000 se hará de acuerdo con las normas del Estado requirente⁷⁵⁰. Además, el Convenio incluye normas específicas para casos de entregas vigiladas, equipos conjuntos de investigación e investigaciones encubiertas⁷⁵¹.

Frente a los anteriores mecanismos tradicionales de cooperación, el principio de reconocimiento mutuo se erige como el logro y consecución más evidente de los programas de trabajo relativos al ELSJ. Siguiendo a PALOMO DEL ARCO, puede definirse del siguiente modo:

“En una primera aproximación, por reconocimiento mutuo debe entenderse que una vez adoptada una resolución dictada por un juez en el ejercicio de sus competencias en un Estado miembro, en la medida en que tenga implicaciones extranacionales, será automáticamente aceptada en todos los demás Estados miembros, y surtirá allí los mismos efectos o, al menos, similares que en el Estado de su adopción; y ello siempre sin merma de los derechos fundamentales reconocidos a las personas, pues su fin explícito es tanto facilitar la cooperación entre autoridades como la protección judicial de los derechos individuales”⁷⁵².

Corolario de lo anterior, como efectos de dicho principio, se encuentran la ejecución plena y directa de la resolución judicial del otro Estado miembro, la libre circulación de las resoluciones, la operatividad del *non bis in idem*, y unos efectos indirectos de muy diversa naturaleza, como su ponderación para la apreciación de la reincidencia o la determinación de la pena, su acumulación jurídica en caso de varios delitos, o la consideración de los límites punitivos previstos en cada legislación. En similar sentido, DEL POZO atribuye al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal el siguiente significado:

“Una vez que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya dictado una resolución – que contiene una determinada decisión- en el ejercicio de sus competencias, de acuerdo a su propia legislación, si la misma tiene implicaciones

⁷⁵⁰ Este Convenio actualmente está vigente en la totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea, a excepción de Grecia, Irlanda e Italia, que no han llegado a ratificarlo. GARCÍA MORENO, J.M., “La asistencia penal...”.

⁷⁵¹ SÁNCHEZ BARRIOS, I., “Las comisiones rogatorias...”, p. 267. Sobre el mismo vid. CARMONA RUANO, M., GONZÁLEZ VEGA, I.V., MORENO CATENA, V., *Cooperación penal en la UE*, Ed. CGPJ, Madrid 2013, págs. 321-416.

⁷⁵² PALOMO DEL ARCO, A., “Intercambio de información sobre condenas penales en el espacio judicial europeo. Descripción y apuntes críticos” en ARANGÜENA FANEGO, C., *Cooperación Judicial Civil y Penal en el nuevo escenario de Lisboa*, op.cit. p.227.

internacionales en el seno de la UE deberá ser aceptada de manera automática por todos los Estados miembros, debiendo producir, además, en los Estados de la UE los mismos efectos o muy similares a los que produciría en su Estado de origen”⁷⁵³.

Del concepto anterior deriva que el principio encuentre dos fundamentos⁷⁵⁴:

1. La idea de equivalencia desde el punto de vista del resultado de la resolución judicial en ambos Estados.
2. La idea de confianza, basada en los principios del Estado de derecho, el principio democrático y la adhesión al CEDH.

Ideas que desarrolla JIMÉNEZ VILLAREJO⁷⁵⁵ afirmando que en la aplicación de este principio de reconocimiento mutuo, prevalecen las ideas de equivalencia y confianza, indispensables para superar la heterogeneidad de los sistemas judiciales de los distintos Estados miembros. La idea de la equivalencia, supone la aceptación de los resultados de una decisión dictada por un órgano judicial de otro Estado miembro, de manera equivalente a la dictada por un órgano nacional. Por otro lado, la idea de confianza, o *fiducia reciproca* se basa no ya en la mera aceptación pasiva y aislada de los sistemas judiciales de los otros Estados miembros de la Unión Europea, sino que supone compartir unos mismos principios jurídicos, participar activamente en el fortalecimiento y desarrollo de unos derechos fundamentales y garantías procesales comunes. Se trata de un concepto dinámico, de construir el edificio del espacio judicial europeo sobre unos cimientos comunes de primacía de la libertad, del Estado de Derecho, protección de los valores democráticos y respeto a los derechos y libertades fundamentales, constituyendo la solidez de dicho sustrato la clave de nuestra confianza recíproca.

Por ello, el “pleno reconocimiento mutuo” existirá, y es precisamente lo que postula, cuando el título judicial despliegue efectos en el territorio de todos los Estados de la Unión Europea sin la concurrencia de ningún tipo de control por parte del Juez del Estado requerido, teniendo de esta forma la misma consideración que una resolución dictada en este Estado. En definitiva, exige la concurrencia de dos requisitos: la eliminación de todo control

⁷⁵³ DEL POZO PÉREZ, M. “La entrega vigilada...”, op. cit. p.219.

⁷⁵⁴ DELGADO MARTÍN, J., “Presente y futuro del Espacio Judicial Europeo Civil y Mercantil: el principio de reconocimiento mutuo”, *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, año III, núm. 28, junio 2006, págs.5 y ss y DELGADO MARTÍN, J., Reflexiones sobre el papel del juez en la construcción del espacio judicial europeo en *La prueba en el Espacio Judicial Europeo*, Publicaciones del CEJ, Madrid : Aranzadi,2006, págs. 35 y ss.

⁷⁵⁵ JIMÉNEZ VILLAREJO, F., “Ejecución en la Unión Europea...”, págs. 184 y 185.

por las autoridades judiciales del Estado de destino y desplegar los mismo efectos en todos los Estados miembros⁷⁵⁶. En posible contradicción con esta postura DE HOYOS SANCHO⁷⁵⁷ habla de una doble comprensión o acepción de este principio. Una primera que puede denominarse acepción amplia o radical o de asimilación automática, a la que se ponen algunas objeciones y una segunda de carácter más restringido que desde el punto de vista de la autora tiene más justificación en la actualidad, por su vinculación directa con el papel del juez nacional como responsable y garante de derechos y libertades fundamentales del ciudadano, y porque se considera la consecuencia lógica del actual grado de armonización en la UE sobre materias procesales y penales. A nuestro juicio la auténtica noción de principio de reconocimiento mutuo, lo que se patrocina con el mismo es precisamente una ausencia total de control por la autoridad nacional de la resolución dictada por el órgano jurisdiccional de otro Estado Miembro, la ausencia total de fronteras para las resoluciones judiciales dictadas en cualquier parte del territorio de la Unión, por lo que pretender establecer controles nacionales va contra su esencia⁷⁵⁸. Cuestión distinta es, como veremos a continuación, que la aplicación del principio de reconocimiento mutuo sea o no posible en el estado actual de las legislaciones nacionales, pero eso no desvirtúa el propio concepto, ni debe llevar a error sobre el fin que se pretende con su formulación.

Desde de una perspectiva más amplia, la implantación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito de la Unión ha tenido efectos prácticos de relevancia, en el ámbito procesal y también, de derecho penal sustantivo. Estos son fundamentalmente dos: la supresión del tradicional procedimiento de extradición, y la necesidad de armonización de la legislación penal material y procesal penal de los Estados Miembros.

El primero de ellos se materializó a través de la elaboración de diversas decisiones marco, entre las que destaca la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre

⁷⁵⁶ DELGADO MARTÍN, J. "El juez en la construcción...", p. 253.

⁷⁵⁷ "El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea. ¿Asimilación o corresponsabilidad?", *REDCE*, nº22, septiembre 2005, p. 841.

⁷⁵⁸ Avala esta idea, en nuestra opinión, la relevante STJUE en el caso *Melloni*, conforme a la cual cuando una materia se encuentra armonizada en el ámbito de la UE, un EM no puede invocar en sus relaciones con otros EM las disposiciones de derecho interno, no siendo posible invocar el art. 53CDFUE con el fin de imponerles condiciones para el reconocimiento.

Estados miembros⁷⁵⁹, con entrada en vigor el 1 de enero de 2004.⁷⁶⁰ Posteriormente modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009⁷⁶¹, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado⁷⁶². La orden de detención europea constituye sin duda el instrumento jurídico estrella en el ámbito de la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia por su innegable eficacia práctica como instrumento de facilitación de la aplicación de la justicia penal en la delincuencia transfronteriza.

La Orden de Detención Europea viene a sustituir al tradicional sistema de extradición y, con ello, los textos convencionales que lo regulaban⁷⁶³. Las principales novedades incorporadas por este instrumento son la regulación de un procedimiento exclusivamente judicial, sin perjuicio del auxilio previsto a través de los instrumentos del propio ELSJ, tales como el SIS o Interpol, la reducción a la mínima expresión de las posibilidades de control por la autoridad judicial de ejecución, la supresión del tradicional principio de doble incriminación, y, en términos de eficacia, una reducción sustancial en la duración del procedimiento.

Esta Decisión debe entenderse en relación con el objetivo de que la Unión llegue a ser un ELSJ. Para ello introduce un sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia

⁷⁵⁹ DO L 190 de 18.7.2002.

⁷⁶⁰ Se trata además de un instrumento que ha dado lugar a una abundante literatura entre la que cabe citar ARANGÜENA FANEGO, C., *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, Valladolid: Lex Nova, 2006, JIMENO BULNES, M., *Medidas cautelares de carácter personal*, en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coords) *La orden de detención y entrega europea*, Ed. Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, ZARAGOZA AGUADO, J.A., "Nuevos instrumentos de cooperación judicial: la orden europea de detención", *Estudios jurídicos*, Nº2004, 2004, [www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL21.pdf], FONSECA MORILLO, F. "La orden de detención y entrega europea", *Revista de Derecho Comunitario*, Año nº7, Nº14, 2003, págs. 69-95 y GONZÁLEZ CANO, M.I., "La ejecución condicionada del mandamiento de detención y entrega europeo", *Unión Europea Aranzadi*, Vol. 30, Nº6, 2003, págs. 5-15.

⁷⁶¹ Por la que también se modifican las Decisiones Marco 2005/214/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, la Decisión Marco 2006/783/JAI, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso y la Decisión marco 2008/947/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

⁷⁶² DO L 81 de 27.3.2009.

⁷⁶³ El Convenio, adoptado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se establece el convenio relativo a la extradición entre los Estados miembro de la Unión Europea, que completa los otros acuerdos internacionales existentes en la materia, tales como el Convenio europeo de extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957, el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 1977 y el Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 10 de marzo de 1995, [Consulta: 26.4.2013],[europa.eu > EUROPA > Síntesis de la legislación de la UE].

penal, tanto previa a la sentencia como definitiva. Un objetivo principal de la Decisión marco es la eliminación de los retrasos inherentes a los anteriores procedimientos de extradición. Parece ser que ese objetivo se ha logrado en la práctica. En su informe sobre la aplicación de la Decisión⁷⁶⁴, la Comisión expone que el plazo medio necesario para la extradición era de un año. Con el sistema de la orden de detención europea el plazo medio de ejecución se ha rebajado hasta llegar a un margen de entre 14 y 17 días cuando las personas buscadas consintieron en su entrega. Ese plazo fue de 48 días cuando no dieron su consentimiento. Ello no obstante, la Abogado General Sra. SHARPSTON, subraya que, tal como la Comisión manifiesta en el citado informe, una de las críticas contra la forma en que los Estados miembros han aplicado la Decisión marco es la de que la confianza en su aplicación ha sido dañada por el uso sistemático de las órdenes de detención europea para la entrega de personas buscadas a veces por delitos menores que no son suficientemente graves para justificar las actuaciones y la cooperación que exige la ejecución de esas órdenes.

La Comisión observa que el efecto sobre la libertad de las personas buscadas es desproporcionado cuando las órdenes de detención europea se emiten en casos en los que, en otras circunstancias, se consideraría improcedente la prisión preventiva previa al juicio⁷⁶⁵. Ello la lleva a concluir que la privación de libertad y la entrega forzosa de la persona buscada, derivadas de la orden de detención europea, constituyen una injerencia en el derecho a la libertad de esa persona, a los efectos del artículo 5 del CEDH y del art 6 de la CDFUE. Esa injerencia estará justificada normalmente como “necesaria en una sociedad democrática” en virtud del artículo 5, apartado 1, letra f) del Convenio. Sin embargo, la privación de libertad con arreglo a esa disposición no debe ser arbitraria. Para que no sea arbitraria, esa privación de libertad debe acordarse de buena fe, tiene que guardar estrecha relación con el motivo de

⁷⁶⁴ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación desde 2007 de la Decisión marco [COM (2011) 175 final].

⁷⁶⁵ La relación entre la aplicación de la ODE y el principio de proporcionalidad se aborda ya en el Manual Europeo para la emisión de órdenes de detención europeas, 8216/2/08 REV 2 COPEN 70 EJM 26 EUROJUST 31, Bruselas, 17.12.2010 (18.01). En dicho documento se concluye que está claro que la Decisión marco relativa a la ODE no obliga en modo alguno al Estado miembro de emisión a realizar un control de la proporcionalidad, y que la legislación de los Estados miembros desempeña un papel fundamental en tal sentido. Por ello, teniendo en cuenta fundamentalmente, la injerencia que la ODE produce en la libertad personal, se establecen una serie de directrices a tener en cuenta por las autoridades competentes, en orden a determinar la procedencia de la emisión de la ODE. En particular, la evaluación de la gravedad de la infracción, la posibilidad de que se detenga al sospechoso, la posible sanción que vaya a imponerse a la persona buscada en caso de que sea declarada culpable de la infracción que se le imputa, la garantía de una protección eficaz de la población general y la consideración de los intereses de las víctimas de la infracción. En sentido negativo, la ODE no debe ser el instrumento elegido cuando la medida coercitiva que parezca proporcionada, adecuada y aplicable al caso de que se trate no sea la detención preventiva.

la privación de libertad que invoca la autoridad judicial de ejecución, el lugar y las condiciones de privación de libertad han de ser apropiados y la duración de la privación de libertad no debe exceder lo razonablemente necesario para la finalidad perseguida⁷⁶⁶. De ahí que haya surgido la necesidad de adecuar el instrumento a las exigencias de proporcionalidad indicadas en informe, de lo que ha tomado buena nota la legislación española en la nueva LRMRP introduciendo este criterio en la expedición de euroórdenes, como se aprecia en la lectura del art. 39 y expresamente en el ap.VI de la EM.

En relación al segundo de los efectos señalados, la necesidad de armonización legislativa y los motivos y causas que la justifican FERNÁNDEZ ROZAS⁷⁶⁷ parte de la premisa de la obligación de hacer compatible la definición de los elementos constitutivos de los delitos en la Unión con las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Teniendo esto en cuenta como punto de partida, la función de la armonización ha de ser puramente testimonial, en el sentido de que su objetivo se limita a tipificar únicamente los comportamientos frontalmente contrarios a los valores de la Unión, evitar el efecto “santuario”, en cuya virtud la delincuencia se concentra en los lugares en que estos delitos se sancionan con mayor benignidad y lograr la eficacia del postulado del reconocimiento mutuo.

Como se ha formulado, el principio de reconocimiento mutuo es unánimemente aceptado como la piedra angular del sistema de cooperación judicial en materia civil y penal. Desde una perspectiva política, el principio de reconocimiento mutuo en materia penal y procesal penal, suponía el instrumento jurídico que permitiría el mayor progreso y avance, con los mejores y más visibles efectos prácticos en la consecución del objetivo que la construcción del espacio judicial europeo suponía⁷⁶⁸.

En contraposición, un sector doctrinal, del que es especialmente representativa la doctrina alemana encabezada por SCHÜNEMANN⁷⁶⁹, se esforzó en poner de relieve los peligros derivados para el Estado de Derecho de la europeización de la administración de justicia penal. Así, la posibilidad de ejecución de resoluciones judiciales en materia penal conllevaría la extensión al ámbito europeo del derecho penal más punitivo. Los principales peligros

⁷⁶⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. Sharpston en el Asunto *Radu*, C-396/11, apartados 34 y 35.

⁷⁶⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, 4, D-195, págs. 1867-1881. Si bien el artículo citado se centra en la configuración del principio de reconocimiento mutuo en la Constitución Europea, más allá de la inicial formulación de Tampere.

⁷⁶⁸ No sólo, pero especialmente, en materia antiterrorista.

⁷⁶⁹ SCHÜNEMANN, B., “Proyecto Alternativo de Persecución Penal Europea”, traducido por REY SANFIZ, L.C., JAÉN VALLEJO, M. et al., *Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”*, Nº 31, Madrid: DYKINSON, 2007.

provenían en el ámbito del derecho penal material, de la exclusión de la doble incriminación y las eurolistas de delitos y, en el ámbito del derecho procesal penal, en la extensión reconocida por el TJUE del principio *non bis in idem* a los supuestos de conclusión del procedimiento por sobreseimiento.

Con fundamento en estos argumentos, SCHÜNEMANN propugna la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, pero, fundamentalmente, la necesidad de instaurar instituciones centrales europeas en el ámbito de la persecución penal.

Así, concluye, es fácil constatar que una regulación de estas características conduce a que en todo el territorio de la Unión Europea sea aplicable el ordenamiento penal y procesal penal respectivamente más punitivo de un Estado miembro. El “principio de reconocimiento mutuo”, que en un principio suena inofensivo, se revela al analizarlo más de cerca, como un caballo de Troya (para utilizar una imagen proveniente de las mismas raíces mitológicas que el nombre Europa), con el que las fuerzas estatales de los Estados miembros se pueden escurrir con facilidad a través de los muros jurídicos de protección de la libertad ciudadana levantados en otros Estados.

Por consiguiente, de esto no se puede interpretar que el “principio de reconocimiento mutuo” conduzca a la acumulación del umbral respectivamente más bajo de intromisión con la cautela más reducida y el Derecho penal material más extendido. De este modo, a una vigencia en toda Europa del ordenamiento penal del Estado miembro respectivamente más punitivo, es decir, a una permanente extensión encubierta del Derecho Penal en la Unión Europea. Pero sus alcances prácticos no poseen poco valor. En efecto, el catálogo de los delitos perseguibles en el ámbito europeo sin que exista punibilidad recíproca⁷⁷⁰, presenta no

⁷⁷⁰ A saber: pertenencia a organización delictiva,terrorismo,trata de seres humanos,explotación sexual de los niños y pornografía infantil,tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,corrupción, fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas,blanqueo del producto del delito,falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro,delitos de alta tecnología, en particular delito informático,delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal,homicidio voluntario, agresión con lesiones graves,tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,secuestro, detención ilegal y toma de rehenes,racismo y xenofobia,robos organizados o a mano armada,tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,estafa,chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,falsificación de medios de pago,tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares, tráfico de vehículos robados,violación,incendio voluntario,delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional,secuestro de aeronaves y buques,sabotaje.

sólo numerosos términos absolutamente indeterminados (como “sabotaje” o “ciber-criminalidad”), sino que abarca acciones que aparentemente serían definibles de un modo preciso y también punibles en principio en todos lados, un amplio espectro de comportamientos punibles que difieren de país a país.

Por eso, la “punibilidad híbrida” que surge como consecuencia de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, es tan parcial como intolerable, y aún más en tanto no sólo se mantienen en la competencia de los Estados miembros el Derecho Penal y procesal penal, sino también el derecho de aplicación penal y, en consecuencia, la determinación del alcance del propio derecho penal. El reconocimiento mutuo de la extinción de la acción penal (*ne bis in idem*) estipulada en el Acuerdo de Schengen⁷⁷¹, que, conforme a la jurisprudencia más nueva del Tribunal Europeo, debe ser aplicable ya en sobreseimientos de la Fiscalía que conllevan multa⁷⁷², no modifica la situación, sino que agrega a una situación penosa otra más. En efecto, de acuerdo con esto, dominará dentro de la punibilidad recíproca de pronto la “persecución penal” más descuidada, que acaba frecuentemente en una simple indulgencia. En efecto, a un defensor versado le será posible torpedear investigaciones cuidadosas y serias en un Estado miembro mediante una conformidad elegante sobre un sobreseimiento, llevada a cabo a cambio de una multa de poca cuantía en otro Estado⁷⁷³.

En esta misma línea de pensamiento, señala ORMAZÁBAL SÁNCHEZ⁷⁷⁴ que una de las objeciones fundamentales que se formulan contra el principio de mutuo reconocimiento se produce en materia de prueba, con fundamento en la “hibridación” del proceso penal a la que conduce. En efecto, se ha achacado al principio de mutuo reconocimiento que ignora por completo la diversísima configuración o estructura del proceso penal en Europa al tiempo que se orienta exclusivamente a potenciar la posición procesal de las acusaciones⁷⁷⁵. No obstante

⁷⁷¹ El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen [DO L 239 de 22.9.2000] dedica sus artículos 54 a 58 al principio *non bis in idem*.

⁷⁷² Asuntos acumulados *Gozutok y Brugge* C-187/01 y C-385/01 y *Bourquain* C-297/07.

⁷⁷³ SCHÜNEMANN, B., ¿Peligros para el estado de derecho a través de la europeización de la administración de justicia penal?, en ARMENTA DEU, et al., *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*. Ed. Colex, 2006, págs. 19-36.

⁷⁷⁴ “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, ARMENTA DEU et al., *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*. Ed. Colex, 2006, p.52.

⁷⁷⁵ *Ibidem*, p.67.

estos argumentos, el autor afirma que, en el fondo del principio de mutuo reconocimiento late la idea de tolerancia o respeto por las peculiaridades jurídicas de cada Estado⁷⁷⁶

Un análisis pormenorizado de las diversas posturas doctrinales, en relación a la implantación del principio de reconocimiento mutuo a través de la orden de detención europea, y, por extensión, del reconocimiento de resoluciones judiciales en materia penal, se realiza por ALISTE SANTOS⁷⁷⁷ recogiendo las opiniones críticas de la doctrina alemana y austriaca (el ya citado Schünemann, Albrecht, Netsler, Fuchs y Hassemer, y en la posición defensora a Gleb, Vogel, y Buruma), portuguesa (Miranda Rodrigues), belga (Vandermeersch, Tulkens, Kerchove y Weyembergh) y, finalmente española (López Ortega, Etxeberría Guridi, y Bujosa Vadell). Tras realizar este examen comparativo, ALISTE SANTOS se interroga acerca de los motivos que han llevado a tan numerosa doctrina a formular expresas reservas respecto de un instrumento, y por añadidura, de un principio que, desde el punto de vista de la eficacia se ha mostrado como un “instrumento estrella”⁷⁷⁸. La respuesta ofrecida es que tal principio⁷⁷⁹, inspirador hoy de numerosos instrumentos procesales y de de recho penal material encuentra tres puntos de fricción: con el principio democrático, con el de reserva de jurisdicción y con el de doble incriminación, relacionándolo además con el deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces son llamados a aplicar este tipo de normas comunitarias.

En relación al primer punto, exigir la implantación del principio democrático a nivel comunitario, de modo paralelo a como se ha instaurado en los Estados miembros como presupuesto previo al reconocimiento judicial directo supondría la paralización de la construcción de este espacio judicial y el desconocimiento del hecho de que al encontrarnos ante una estructura supranacional de nuevos caracteres, su construcción no implica la asimilación a las estructuras nacionales. Cuestión distinta es que dicha configuración suponga una renuncia inadmisibles de garantías del ciudadano, lo que deriva la cuestión, no ya al

⁷⁷⁶ Ibid., p. 71.

⁷⁷⁷ ALISTE SANTOS, T.J., “Orden europea de detención y entrega y respeto a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales” págs. 316-8, en BUJOSA VEDELL, L.M., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, págs. 316-8.

⁷⁷⁸ Así la definen, DELGADO MARTÍN, J., “La orden europea de detención y entrega”, [Consulta: 27.4.2013],[www.larioja.org/upload/.../680709_DLL_N_6205.La_Orden_Europea.d...] y JIMENO BULNES, M., *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Madrid: Bosch, 2007.

⁷⁷⁹ Mucho más drástico, GONZÁLEZ CUÉLLAR, quien a propósito de la orden europea de detención y entrega la define como “la punta del iceberg de la espeluznante doctrina del derecho penal del enemigo” y llega a realizar un paralelismo nada menos que entre la “fe europeísta” y el Santo Oficio español, “La Euroorden: hacia una Europa de los carceleros”, *La Ley*, N°6619, 2006.

principio democrático, sino al debido respeto de los derechos procesales y penales, en la medida en que la evolución del ELSJ no ha de conllevar nunca un retroceso de garantías y derechos, sino que una de sus finalidades ha de consistir, como presupuesto indeclinable, su fortalecimiento.

En relación a la segunda de las cuestiones planteadas, la reserva de jurisdicción y el deber de motivación de las resoluciones judiciales, cabría replicar que, al menos en el caso del ordenamiento jurídico español, se atribuye a los órganos jurisdiccionales en exclusiva la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁷⁸⁰. El ejercicio de la función jurisdiccional es función excluyente pero no exclusiva de los juzgados y tribunales de manera que cuando los órganos jurisdiccionales nacionales aplican el derecho comunitario en los litigios que ante ellos se plantean, como es el caso de la ejecución de una euroorden remitida por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, realizan funciones de cooperación internacional, y no actúan en ejercicio de la función jurisdiccional en el sentido clásico expuesto de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con lo que ello implica, en relación, entre otras cuestiones, al deber de motivación. En palabras de BUJOSA VADELL⁷⁸¹, lo importante es identificar las exigencias irrenunciables y procurar su incorporación en todos los ordenamientos comunitarios. Lo primero debe ser la garantía de los derechos de los justiciables, reforzar la aplicación de las exigencias del juicio justo, sobre todo cuando hay elementos transfronterizos que se aprovechan de la flexibilización fronteriza y a la vez se benefician del mantenimiento de fronteras jurídicas, de sistemas procesales diversos. Es preciso resaltar la enorme influencia que en los últimos años han tenido las tendencias muy dudosamente coherentes con una mayor integración europea, contrarias a una profundización del movimiento europeo, y que, por el contrario, han contribuido a la ralentización de la integración europea, en definitiva, a la opción de abarcar más, antes que a asentar y consolidar mejor los pasos ya dados.

Del mismo modo, ARANGÜENA FANEGO, aporta las siguientes consideraciones acerca del hecho de que se hayan generalizado las críticas en relación al supuesto desequilibrio con el que se está construyendo el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia europeo, en el sentido de haber avanzado con celeridad en las medidas represivas o ligadas a la seguridad, pero exhibiendo una manifiesta incapacidad para articular un sistema paralelo de garantías de los derechos individuales. Se ha adoptado un gran número de instrumentos para facilitar y acelerar la investigación y la persecución de casos transfronterizos, pero hasta fechas

⁷⁸⁰ Artículo 117.3 de la Constitución Española.

⁷⁸¹ BUJOSA VADELL, L.M., "Proceso penal europeo y enjuiciamiento de menores", en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, págs. 109 y 110.

relativamente recientes no existía ningún instrumento dirigido a mejorar la posición jurídica de las personas inmersas en ellos⁷⁸².

A las razones anteriores DE HOYOS⁷⁸³ añade los siguientes motivos: es indudable que la Jurisprudencia del TEDH ha venido cumpliendo un papel destacado en la tutela de los derechos fundamentales, y en la europeización del proceso penal, pero en la actualidad resulta a todas luces insuficiente como sustento de una confianza real entre los Estados miembros de la Unión. Sigue siendo una jurisprudencia de mínimos, porque los Estados miembros en demasiadas ocasiones no corrigen sus legislaciones para acomodarla a la jurisprudencia condenatoria, y porque no existe apenas una jurisprudencia que entre a fondo en materias procesales de gran relevancia en la actualidad, como todo el tema probatorio. En segundo lugar, porque no dejan de adoptarse medidas legislativas que pueden calificarse como actuaciones de “populismo penal”⁷⁸⁴ en la medida en que se hacen eco de las teorías de un Derecho Penal del enemigo o propugnan una reacción más fuerte frente a las calificadas de “amenazas extremas”⁷⁸⁵.

⁷⁸² ARANGÚENA FANEGO, C. “Nuevas Directivas sobre derechos procesales de sospechosos e imputados en el proceso penal”, en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, págs. 271-2.

⁷⁸³ DE HOYOS SANCHO, M. “Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord), *El Proceso Penal en la Unión Europea: garantías esenciales*. Valladolid: Lex Nova, 2008, págs. 46 Y 47.

⁷⁸⁴ El denominado “populismo penal” puede definirse como una inmediata y permanente llamada al Derecho Penal para hacer frente a determinadas problemáticas sociales caracterizadas, generalmente por su repercusión mediática. A juicio de MIRANDA ESTRAMPES, son manifestaciones de este repudiable fenómeno la expansión meramente simbólica del Derecho Penal en el ámbito socio-económico, la ampliación desmesurada del concepto de delito hacia conductas más propias de otros ámbitos de control social, la criminalización de las conductas incívicas o molestas, la nuevas propuestas de criminalización de determinadas actividades de riesgo, la transformación en delito de determinadas infracciones penales leves, la exasperación punitiva de determinados tipos penales mediante el abuso de la pena de prisión y la disminución del estándar de garantías procesales penales. MIRANDA ESTRAMPES, M., “El populismo penal. Análisis crítico del modelo penal securitario”, *Jornadas Juzgadas de Pueblo*, Pontevedra, 24.11.2006, [Consulta: 27.4.2013],[www.pensamientopenal.com.ar/15082007/miranda.pdf]. El jurista francés Denis Salas (2005) utiliza la expresión “populismo penal” para referirse a una determinada política de seguridad, término acuñado en 1995 por Bottoms, A. en “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, FRONTALINA REKERS, R., “Populismo y castigo penal”, [Consulta: 27.4.2013], [www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/.../doctrina04.pdf].

⁷⁸⁵ Al formular estas consideraciones DE HOYOS alude a PERRON. W.: “¿Son superables las fronteras nacionales del Derecho Penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de Derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1998, págs. 209 y ss., “Lo decisivo en consecuencia es precisamente cómo se comporta el sistema en conjunto, ante qué infracciones reacciona y qué resultados prácticos alcanza el sistema total, considerando incluso los ámbitos o facultades discrecionales de apreciación y enjuiciamiento, las cuales operan en la fase de investigación, en la concreción de elementos indeterminados del tipo, en materia probatoria, o en la determinación de la pena, por citar ámbitos relevantes.”, DE HOYOS SANCHO, M. “Armonización de los procesos...”, op. cit. p.45.

En línea con lo anterior, se pueden extraer otras muchas conclusiones de las posturas doctrinales expuestas que resultan extrapolables a ámbitos más amplios que el del derecho penal y procesal penal. La primera de ellas es que la construcción del ELSJ pasa por el justo equilibrio entre estos valores⁷⁸⁶. En ningún caso la seguridad puede anteponerse a los demás, implicando con ello la renuncia a derechos y garantías de los ciudadanos, lo que resulta especialmente exigible cuando puedan resultar afectados derechos fundamentales. Además, ello atentaría contra la propia filosofía de lo que constituye este pretendido espacio. Así, el actual artículo 67.3 del TFUE dispone cómo *“la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha contra ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.”*

A partir de este precepto, se puede plantear la cuestión del concepto de seguridad empleado y qué tipo de primacía establece. JIMENO BULNES⁷⁸⁷ concluye que ha de negarse la existencia y legitimidad de este pretendido derecho a la seguridad, ni con carácter de derecho subjetivo ni mucho menos fundamental, por cuanto, entre otros motivos y desde una perspectiva siquiera formalista, no se encuentra consagrado en norma constitucional alguna y conduce a los riesgos del derecho penal del enemigo y del estado policía. Por ello, JIMENO BULNES sostiene que la construcción del Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia no puede basarse en instituciones inspiradas en políticas de seguridad, ni el Derecho Penal y el Procesal penal pueden ser utilizados como instrumentos al servicio de tales políticas de seguridad. Lo contrario provocaría una especie de perversión que abocaría a una política de creciente falta de seguridad en el ámbito de la Unión Europea en la medida que en que so pretexto de combatir formas graves de criminalidad para la defensa del ciudadano, se introducirían *“sombas en el campo de las garantías procesales”*⁷⁸⁸ que producirían, al mismo tiempo, violación de derechos fundamentales dentro del más consustancial Estado de

⁷⁸⁶ MIRANDA RODRIGUES, A., “El TJCE en el Espacio de Libertad, de Seguridad y de Justicia”, en DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal en la Unión Europea: garantías procesales*, p. 264. “La tensión libertad/seguridad es inmanente al derecho penal. Ella es especialmente visible en la sociedad actual, globalizada y de riesgo. Y el “derecho penal europeo” está en el epicentro del peligro de una deriva hacia la seguridad”.

⁷⁸⁷ JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Pamplona: Aranzadi, 2011, págs. 131-141.

⁷⁸⁸ *Ibidem*, p.142.

Derecho. Pone de relieve la autora que tales políticas implican el riesgo de una vuelta al derecho penal del enemigo y del Estado Policia.

En la misma dirección se pronuncia JIMÉNEZ FORTEA⁷⁸⁹, al afirmar que la legitimidad de la respuesta se diluye cuando la idea de la “defensa” o la “protección” se desliza hacia la de “seguridad”, en especial la del Estado, exacerbándose y, paralelamente, la ciudadanía renuncia – o se le convence para que renuncie - a la vigencia de algunos aspectos esenciales de los derechos humanos para eliminar una amenaza.

La segunda de las conclusiones que podemos extraer⁷⁹⁰ es que no siempre estos objetivos constituyen una prioridad en el proceso de construcción señalado, sino que siempre suelen aparecer subordinados a otro tipo de necesidades del propio procedimiento de integración. Así, no obstante la importante actividad legislativa tendente a la elaboración de normas mínimas, fundamentalmente llevada a cabo a través de Decisiones Marco, los procesos de ampliación de la Unión no han favorecido la profundización en el objetivo de armonización legislativa.

En este momento inicial, en el que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales acaba de formularse con carácter inédito en el Programa de Estocolmo, la relación entre este principio de reconocimiento mutuo en materia penal y la previa necesidad de aproximación o armonización legislativa⁷⁹¹ planteó discusiones

⁷⁸⁹ JIMÉNEZ FORTEA, F.J., “La respuesta procesal penal al terrorismo en el marco de la UE”, en CALDERÓN CUADRADO, M^a PÍA e IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 85.

⁷⁹⁰ En este caso, tanto de las exposiciones doctrinales como de la normativa comunitaria reguladora del principio de reconocimiento mutuo.

⁷⁹¹ “ Los primeros pasos de aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros se empezaron a dar en el Tratado de Amsterdam, de 1997, seguidos del Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar el Tratado de Ámsterdam relativo a la creación de espacio de libertad, seguridad y justicia, de diciembre de 1998; formalmente importante fue el paso dado en Tampere en 1999 y la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales firmes en materia penal, de 2000; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de diciembre de 2000; la malograda Constitución Europea de 2004; la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de abril de 2005, en la que se establece un Programa marco de derechos fundamentales y Justicia para el período 2007-2013; la Recomendación del Parlamento Europeo al Consejo sobre la calidad de la justicia penal y la armonización de la legislación penal en los Estados miembros; el Programa de la Haya, de marzo de 2005; el Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya en los que se establecen un conjunto de medidas para la aproximación legislativa procesal penal, de agosto de 2005; o el Tratado de Lisboa, de 2007. CALVO SÁNCHEZ, M.C., “Prólogo “ en BUJOSA VADELL, L.M., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, p.XII.

doctrinales que son gráficamente expuestas por SÁNCHEZ LEGIDO⁷⁹² al afirmar que la cuestión de fondo era si el reconocimiento mutuo debía ponerse en marcha y aplicarse con todas sus consecuencias independientemente del estado de equivalencia real entre las legislaciones nacionales, confiando en que sería la experiencia de su aplicación la que promovería la armonización necesaria o si, por el contrario esta actividad armonizadora debía plantearse como un paso previo a la aplicación efectiva del principio, lo que en definitiva, añadimos, supondría reducir el citado principio a un sistema de homologación de resoluciones judiciales.

Ello exigiría además una previa precisión terminológica que parece haberse omitido, pues si bien, se han ofrecido definiciones claras y coincidentes por la doctrina, acerca de lo que ha de entenderse por reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales no puede extraerse la misma conclusión de otros conceptos que le son inherentes, tales como los de armonización⁷⁹³, aproximación⁷⁹⁴ o normas mínimas, dándose en principio por supuesto, lo que a nuestro juicio no resulta tan evidente. En primer lugar, porque parece que los conceptos de aproximación y armonización hacen referencia a los efectos que en las legislaciones nacionales ha de tener la actuación normativa comunitaria en el ámbito del ELSJ, lo que directamente conecta con el sistema de fuentes elegido⁷⁹⁵. Como se ha expuesto, ha sido variable a lo largo de su proceso de construcción, lo que implica que, como ocurre con el propio concepto de confianza mutua, ha de predicarse de la propia armonización o aproximación legislativa la cualidad de tratarse de conceptos evolutivos, con un contenido que varía conforme lo hace la propia normativa comunitaria y actividad legislativa de transposición de los Estados miembros.

⁷⁹² SÁNCHEZ LEGIDO, A., "La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 14, 2007, [Consulta: 14.3.2012],[[www.reei.org/reei%2014/SanchezLegido\(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/SanchezLegido(reei14).pdf)].

⁷⁹³ Una definición de armonización se proporciona por KLIP, A., *European integration and harmonisation and Criminal Law*, en D.M. CURTIN, J.M.SMITS, A.KLIP, J.A.MCCAHERY, *European integration and Law. Four contributions on the interplay between European integration and European and nacional Law to celebrate the 25th anniversary of Maastricht University's Faculty of Law*, Intersentia, Antwerpen/Oxford 2006, págs. 109-153, para quien *harmonisation is the movement of the legal practice of various legal Systems closer together based on common standard*, p.910.

⁷⁹⁴ En definición contenida en el DRAE aproximar es acercar, arriamar, obtener un resultado tan cercano al exacto como sea necesario para un propósito determinado. Y armonizar supone poner en armonía, o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin.

⁷⁹⁵ Así lo expresaba BOULOIS, J., *Droit instituttionnel de L'Union Européenne*, Paris: Montchrestien, 1995, 5ªed, págs. 241-5, para quien la armonización responde, junto con la coexistencia, la coordinación y la sustitución a dos de los cuatro modelos que definen las relaciones entre el Derecho de la Unión y los derechos nacionales

En esta misma línea, SANZ MORÁN⁷⁹⁶ expone que conviene insistir, por otra parte, en la escasa claridad del término “armonización”. De ahí que deba distinguirse, y aquí, por lo que al derecho penal se refiere, entre un “Derecho penal europeo”, en el sentido de normas jurídico-comunitarias supranacionales, y “europeización del derecho penal”, como proceso de aproximación entre los ordenamientos penales nacionales de acuerdo con las pautas trazadas desde las instancias comunitarias, que es a lo que se alude fundamentalmente con la expresión “armonización del Derecho penal”⁷⁹⁷. SANZ MORÁN recoge la expresada idea de la conexión entre las distintas fuentes del derecho comunitario y el concepto de armonización, en el sentido de que la mencionada europeización del derecho penal se puede reconducir a cuatro vías: la asimilación por remisión a la norma nacional, la armonización propiamente dicha, instrumentada fundamentalmente a través de Directivas, la cooperación como forma de aproximación legislativa a través de los Tratados entre los Estados miembros y las Decisiones marco, y finalmente, la unificación entendida como la elaboración de unas reglas comunes aplicables para todo el espacio judicial europeo, admitiendo, no obstante, la existencia, desde siempre, de formas incipientes de aproximación de las legislaciones nacionales, por la vía de la admisión de una “eficacia directa” del derecho comunitario y de su supremacía, y contemplando como otro factor armonizador -a falta de competencias penales específicas- en la exigencia de “interpretar las normas nacionales, incluidas las penales de forma acorde con el derecho comunitario”⁷⁹⁸.

Así, JIMENO BULNES⁷⁹⁹ se muestra partidaria de la necesidad de la previa armonización, entendiéndolo que en el momento actual ha de considerarse como aproximación⁸⁰⁰. Argumenta que entre los distintos modelos de creación de un derecho, en este caso, Procesal supranacional en el ámbito de la Unión Europea⁸⁰¹, se ha optado por un modelo de

⁷⁹⁶ “Presente y futuro de la armonización del derecho penal material”, *El proceso penal en la Unión europea, garantías esenciales*. p. 285

⁷⁹⁷ AMBOS, K., “La internacionalización del Derecho Penal y América Latina” (trad. Muñoz Conde), en *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Madrid, 2006, págs. 40-1, Apud. SANZ MORÁN, A.J., “Presente y futuro...”, págs. 285 y 286.

⁷⁹⁸ SANZ MORAN, A.J., “Presente y futuro...”, op. cit. págs. 288-290.

⁷⁹⁹ JIMENO BULNES, M., “Un proceso penal...”, op. cit. p. 34

⁸⁰⁰ Por el contrario, la misma autora, en “Orden europea de detención y entrega: garantías esenciales”, *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, op. cit. p.108 entiende que la aproximación a diferencia de la armonización exige la convergencia en un objetivo común desde ordenamientos jurídicos nacionales diversos, conservando cada uno de ellos su singularidad.

⁸⁰¹ Acerca de este proceso de creación, MARTÍN DIZ, F. “La conveniencia de los procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea.”, en BUJOSA VADELL, L.M., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, p. 51, “La Unión Europea ya ha tomado conciencia, en cierta medida, de la dimensión y problemática de la delincuencia organizada transfronteriza y ha venido elaborando y adoptando toda una

cooperación frente al de integración, tomando para ello los postulados del mercado interior ya establecidos en la jurisprudencia del TJCE (*Cassis de Dijon*) y aplicándolos al ámbito judicial. La aproximación legislativa permitiría, a juicio de la autora, la deriva a un modelo más completo, en defensa de la existencia de principios y garantías procesales comunes en el seno de la Unión Europea, operando los mismos como mínimo común necesario y sin perjuicio – sino todo lo contrario- de un nivel de protección más elevado en sede estatal.

Pretende con ello JIMENO BULNES que se añadiría al anterior principio de reconocimiento mutuo un segundo principio jurídico, y así la comentada aproximación legislativa, siendo en la actualidad sendos principios previstos de forma expresa y por vez primera en el artículo 67.3 del TFUE siquiera en el ámbito procesal penal. Para ello propugna, la superación de una interpretación literal de este precepto que se aparte de la primacía otorgada en sede comunitaria al reconocimiento mutuo sobre la aproximación legislativa. En apoyo de su tesis sostiene que el desafío en el plano constitucional de algunos Estados miembros⁸⁰² respecto de la orden europea de detención y entrega es buena prueba de la necesidad no ya de la propia armonización, sino de su carácter previo lo que se refuerza en el hecho de que la aproximación ha de versar no sólo respecto de las normas penales materiales, sino también de las normas procesales penales⁸⁰³, que, “a diferencia de las personas, mercancías o incluso resoluciones judiciales, no viajan⁸⁰⁴”.

Como se observa, JIMENO BULNES eleva la aproximación legislativa en materia procesal penal al rango de principio, al que sitúa al mismo nivel que el propio principio de reconocimiento mutuo y al que confiere prioridad cronológica. Considera que una posible solución en esta línea, por lo que respecta a esta falta de aproximación penal sustantiva y armonización procesal penal complementaria a la promulgación de instrumentos de cooperación judicial penal puede venir de la mano del Tribunal de Justicia Europeo.

serie de propuestas normativas e incluso actuaciones tangibles para combatirla y reprimirla en su entorno territorial, asumiendo este reto como un proyecto común europeo más, pero sin llegar, es cierto, a un estado de cosas en el cual hay planteado como posible marco de actuación la configuración de un proceso penal sectorial propio.

⁸⁰² RAGONE, S., “Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación”, *ReDCE* Nº16, julio-diciembre 2011, [Consulta: 29.5.2013], [www.ugr.es/redce/REDCE16/articulos/02SRagone.htm].

⁸⁰³ JIMENO BULNES, M., “Un proceso penal...”, págs. 38 y 39

⁸⁰⁴ DELISCOSTOPOULOS, J.S., “Towards European procedural primacy in national legal systems”, *European Law Journal*, 2003, vol. 9, nº5, págs. 599-613. Apud, JIMENO BULNES, M., *Ibidem*.

En el mismo sentido se pronuncia BUJOSA VADELL⁸⁰⁵, para quien la aplicación amplia e irrestricta, ilimitada, del reconocimiento mutuo lo que propiciaría sería la consolidación de las diferencias, pues hace formalmente innecesarios los acercamientos. Lo más adecuado, por ello, es considerar la armonización como un presupuesto necesario para que pueda aplicarse sin problemas el criterio de la equivalencia entre ordenamientos. Si desde los órganos comunitarios se procede a una homogeneización de lo que se considere esencial, las objeciones al reconocimiento mutuo deberían desaparecer o por lo menos atenuarse.

En opinión de MARTIN DIZ⁸⁰⁶, es común denominador en todas las últimas versiones de los Tratados constitutivos de la Unión Europea desde Amsterdam en 1997 el establecimiento de una serie de principios rectores que articulan el ELS, citando como tales la confianza mutua entre los Estados miembros en materia de cooperación judicial y policial penal, la armonización y aproximación legal de sus diversos sistemas penales y procesales, el reconocimiento mutuo de resoluciones y decisiones judiciales y los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad. Afirma este autor que la primacía entre ellos corresponde sin duda al principio de confianza mutua, como principio básico e indiscutible sobre el cual descansa toda la producción normativa y político-gubernamental por cuanto implica un respeto recíproco y mutuo entre los diferentes Estados que integran la Unión Europea a sus correspondientes sistemas penales y procesales internos, sin perder las peculiaridades de cada uno de ellos y las diferentes estructuras normativas y organizativas, al tiempo que requiere de una coordinación general para hacer frente a las posibles amenazas penales de conjunto (caso de la delincuencia organizada transfronteriza grave)⁸⁰⁷. Sin perjuicio de lo anterior, entiende que la gran aspiración comunitaria en la actualidad es lograr la máxima aproximación de las legislaciones procesales penales internas con objeto de facilitar fundamentalmente el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales así como la cooperación policial y judicial en materia penal con implicaciones transfronterizas⁸⁰⁸.

A diferencia de los anteriores, DELGADO MARTÍN⁸⁰⁹ entiende que la instauración del principio de reconocimiento mutuo impone necesariamente la adopción de una serie de medidas complementarias destinadas a facilitar la confianza recíproca, entre las que destaca

⁸⁰⁵ "Proceso penal europeo y enjuiciamiento de menores", op. cit. p.109.

⁸⁰⁶ "La conveniencia de procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea", op. cit. págs.55 y 61.

⁸⁰⁷ Ibidem p. 55.

⁸⁰⁸ Ibid., p.61.

⁸⁰⁹ "El juez en la construcción del espacio judicial europeo", en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *El proceso penal...* Op. cit. págs. 258-262.

la armonización o aproximación de legislaciones. Desde esta perspectiva, concluye el autor, la armonización no se configura como una alternativa al reconocimiento mutuo, sino que se trata de su complemento necesario. En cuanto complemento necesario del principio de reconocimiento mutuo, la armonización legislativa estaría llamada a allanar los obstáculos a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, que RODRÍGUEZ GARCÍA⁸¹⁰ identifica en los siguientes:

1.- La reticencia al reconocimiento de las resoluciones judiciales procedentes de órganos jurisdiccionales de otros países, y la dificultad que supone ejecutar las comisiones rogatorias.

2.- Las limitaciones existentes en personal, medios materiales y recursos presupuestarios para hacer frente a las exigencias de cooperación actuales.

3.- Un deficitario conocimiento de lenguas que no ayuda en el conocimiento del Derecho extranjero, el progreso de la asistencia policial y judicial, y la comunicación directa entre las diferentes autoridades nacionales - que es la base de los nuevos mecanismos de cooperación-, lo que hace necesario el que se adopten programas de formación y capacitación específicos en estas materias.

4.- El mantenimiento de prácticas obsoletas y con gran cantidad de formalidades, que retrasan notablemente la transmisión y ejecución de las solicitudes internacionales.

5.- La acumulación de normas internacionales y nacionales que deben aplicarse en un mismo caso, lo que debe obligar a que las personas que intervienen en la asistencia judicial reciban una formación básica en las diferentes materias.

6.- El tiempo que en ocasiones tardan en ratificarse los instrumentos jurídicos internacionales, no siempre a consecuencia de factores técnicos, problema que se ve acrecentado porque una vez que ésta se produce su aplicación presenta importantes divergencias entre los Estados miembros.

Nosotros nos adscribimos a la postura formulada por DELGADO MARTÍN, porque a nuestro juicio es la que refleja una mejor comprensión del verdadero contenido y finalidad del principio de reconocimiento mutuo, y por ello de lo que debe ser su relación con la actividad armonizadora y aproximadora de legislaciones, a la que dota de una naturaleza pragmática, no incurre en tintes utopistas en la consideración de la función que ha de desempeñar la confianza mutua y, en definitiva, porque se adapta mucho mejor a lo que ha sido la propia

⁸¹⁰ "Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensiones transfronterizas", en BUJOSA BADELL, L.M. (Coord.). *Hacia un...* Op. cit. págs.271-302.

experiencia de aplicación del principio desde su originaria proclamación en el Programa de Tampere. Como se ha señalado en el previo análisis del derecho primario, la cuestión de la prioridad cronológica de la necesidad de armonización puede entenderse resuelta en el Tratado de Lisboa. Dicha solución no se encuentra a través del propio texto del Tratado, que no realiza alusión alguna sobre la cuestión expuesta, sino de la previa práctica legislativa e institucional, toda vez que el principio de reconocimiento mutuo se ha plasmado en numerosas decisiones marco, de la que es paradigma la euro-orden, sin que previamente se haya procedido a la armonización de los derechos penales materiales ni procesales de los Estados miembros, sino más bien al contrario, se ha profundizado en la diversidad legislativa a través de las nuevas ampliaciones. Cuestión distinta es, que la armonización o aproximación legislativa suponga un incentivo que facilite la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en garantía de un mayor respeto de los principios inspiradores del derecho procesal y penal. Lo que sí puede afirmarse, es que el principio de reconocimiento mutuo resulta de necesario cumplimiento para los Estados miembros a través de la transposición de las decisiones marco, resultando para ellos imperativo el reconocimiento de resoluciones judiciales, que, por lo que en materia penal se refiere, pueden obligar a la entrega de ciudadanos comunitarios en orden a la celebración del juicio, ejecución de la pena, de medidas cautelares personales o realización de actividades de instrucción sin posibilidad de revisar dichas resoluciones y a través de un procedimiento en el que la intervención de las autoridades judiciales, sin participación de las gubernativas, es exclusiva. De esta situación derivan las reticencias doctrinales antes expuestas.

Al respecto cabe preguntarse entonces cuál ha sido la reacción de las instituciones comunitarias ante la situación descrita, en la que la proclamación del principio de reconocimiento mutuo ha suscitado tantas reticencias doctrinales en cuanto a su forma de aplicación, que no son sino fiel reflejo de las propias diferencias en cuanto a su concepto y traen causa, en definitiva, en una tendencia al predominio del valor seguridad sobre el de libertad traducido en una difuminación de las garantías procesales del ciudadano individual.

En efecto, ha podido advertirse en torno al concepto y aplicación del principio de reconocimiento mutuo un punto de disociación entre la vertiente jurídica y política de la construcción del ELSJ que encuentra su expresión en la “huida hacia delante⁸¹¹” y un punto de convergencia en la elaboración de actos legislativos que, inspirados en dicho principio, tienen precisamente por objeto, el refuerzo de las garantías de quien se ve sometido a un

⁸¹¹ DE HOYOS, SANCHO, M., “Armonización de los procesos penales...”, op. cit., p. 54.

proceso penal. En efecto, la presidencia Sueca de la Unión Europea del segundo semestre de 2009 planteó una nueva estrategia consistente en abordar de manera gradual y en instrumentos normativos diversos las principales garantías de sospechosos y acusados. Este programa fue inmediatamente adoptado por el Consejo europeo que lo aprobó por resolución de 30 de noviembre de 2009⁸¹². Del mismo modo, se ha observado una mayor atención al ciudadano como centro de las políticas integrantes del ELSJ, en general y, también en materia de justicia penal⁸¹³.

A nivel normativo entre los principales actos que han llevado a cabo esta labor de implantación del principio de reconocimiento mutuo⁸¹⁴, en su sentido amplio, cabe citar los siguientes:

1. Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, DO L 181 de 29.6.2013.

2. Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la Orden de Protección Europea, DO L 338 de 21.12.2011.

3. Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, DO L 328 de 15.12.2009; establece un marco para que los países de la UE intercambien información y entablen consultas directas sobre sus procedimientos penales⁸¹⁵.

4. Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la UE, del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, DO L 294

⁸¹² Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en procesos penales, DO C 295 de 4.12.2009.

⁸¹³ FANEGO, ARAGÜENA, C., "Nuevas Directivas sobre derechos procesales de sospechosos e imputados en el proceso penal", en ARANGÜENA FANEGO, C., *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares: Granada, 2011, págs. 272 y 273.

⁸¹⁴ Entendido en un sentido amplio que comprende los instrumentos de armonización, aproximación y establecimiento de normas mínimas.

⁸¹⁵ Sobre este instrumento vid. GONZÁLEZ CANO, M.I., "La Decisión Marco 2009/948/Jai del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en procesos penales", *Unión Europea Aranzadi*, Nº4, 2010, págs. 7-23.

de 11.11.2009, con el objeto de sustituir la medida cautelar de prisión provisional por medidas de vigilancia.

5. Decisión marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, DO L 350 de 30.12.2008.

6. Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas DO L 337 de 16.12.2008, posteriormente modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009.

7. Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE, DO L 327 de 5.12.2008, posteriormente modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009.

8. Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la UE con motivo de un nuevo proceso penal, DO L 220 de 15.8.2008.

9. Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, DO L 328 de 24.11.2006, posteriormente modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009.

10. Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, DO L 81 de 27.3.2009, posteriormente modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero de 2009.

11. Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, DO L 196 de 2.8.2005⁸¹⁶.

⁸¹⁶ Síntesis de legislación, [Consulta: 14.3.2012], [\[http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/index_es.htm\]](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/index_es.htm).

12. Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, DO L 190, 18.7.2002⁸¹⁷.

El debate doctrinal suscitado en torno al principio de reconocimiento mutuo ha sido, por tanto, uno de los más fructíferos e interesantes generados en el proceso de creación del ELSJ. Este principio, constituye uno de los principales fundamentos de la gran mayoría de actos normativos, procesales y materiales, generados en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal. Su conocida denominación como “piedra angular” de este tipo de cooperación se encuentra plenamente justificada.

4.1.3.- Las creaciones de cooperación orgánica.

El Programa de Tampere se propuso la optimización de dos creaciones de cooperación orgánica que se habían gestado con fecha muy próxima al comienzo de la andadura de este primer programa de trabajo y siguen funcionando de forma eficaz en la actualidad. Se trata de la figura del magistrado de enlace y el funcionamiento de la justicia en red a través de la red judicial europea.

4.1.3.1.- Magistrados de Enlace.

El magistrado de enlace es un instrumento orgánico de cooperación judicial que tiene su origen en la Acción Común 96/277/JAI⁸¹⁸ para la creación de un marco de intercambio de Magistrados de Enlace, adoptada por el Consejo el 22 de abril de 1996.⁸¹⁹ Se trata, como se ha

⁸¹⁷ La transposición de los instrumentos de reconocimiento mutuo en el ordenamiento jurídico español, se ha llevado a cabo por ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

⁸¹⁸ A la que había precedido en 1993 una iniciativa franco-italiana, seguida de otra franco-holandesa, que pretendían superar las deficiencias apreciadas en los mecanismos tradicionales de cooperación internacional en materia de lucha contra la mafia y tráfico de estupefacientes, respectivamente. Aunque el acuerdo bilateral de enviar y acoger a un magistrado de enlace nace vinculado a la existencia de un problema concreto (lucha antimafia o contra el tráfico de estupefacientes) en el que se centrará su actividad, lo cierto es que, en poco tiempo, se apreció que la utilidad de esta figura hacía aconsejable su ampliación a todas las formas de cooperación judicial penal o civil.

⁸¹⁹ Acción Común, [DO L 105 de 27.04.1996] que se reproduce: “Artículo 1.- Intercambio de magistrados de enlace

señalado, de una iniciativa y una figura preexistente a los programas de trabajo, cuya utilidad se pretende maximizar en el actual. El principal objetivo de esta iniciativa⁸²⁰ y con ello de la creación de esta figura es doble:

A.- Por un lado, definir un marco jurídico claro y útil para las iniciativas existentes, incrementando su eficacia y favoreciendo su coordinación. El envío y/o recepción de estos magistrados se realiza normalmente mediante acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados interesados. Estos acuerdos se concluyen siguiendo las orientaciones dadas en la Acción Común 96/277/JAI que actúa como referencia comúnmente consensuada, de modo que lo que dicho instrumento proporciona son unas orientaciones que los Estados convienen en utilizar cuando lleven a cabo tales acuerdos⁸²¹.

1. Por la presente acción común se crea un marco que permita enviar o intercambiar entre Estados miembros magistrados o funcionarios con especial experiencia en procedimientos de cooperación judicial, denominados "magistrados de enlace", sobre la base de acuerdos bilaterales o multilaterales.

2. Los Estados miembros convienen en utilizar como referencia las orientaciones que proporciona la presente acción común cuando decidan con otro Estado miembro enviar o intercambiar magistrados de enlace.

3. El principal objetivo perseguido con la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace es incrementar la rapidez y la eficacia de la cooperación judicial y contribuir al mismo tiempo al intercambio de información sobre los ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales de los Estados miembros y su funcionamiento.

Artículo 2. Funciones de los magistrados de enlace

1. Las funciones de los magistrados de enlace incluirán normalmente cualquier actividad que contribuya a impulsar y acelerar, sobre todo a través de contactos directos con los servicios competentes y con las autoridades judiciales del Estado de acogida, todo tipo de cooperación judicial en materia penal, y, en su caso, civil.

2. Las funciones de los magistrados de enlace podrán incluir también, basándose en acuerdos celebrados entre el Estado miembro de envío y el Estado miembro de acogida, cualquier actividad destinada a intercambiar información y datos estadísticos a fin de impulsar el conocimiento mutuo de los distintos sistemas y bancos de datos jurídicos de los Estados interesados y las relaciones entre los profesionales del campo jurídico de ambos Estados.

Artículo 3.- Intercambio de información

Los Estados miembros se informarán mutuamente en el seno del Consejo de las iniciativas en curso y de las emprendidas para la aplicación de la presente acción común. Los Estados miembros afectados comunicarán anualmente a la Secretaría General del Consejo cualquier información relativa a los intercambios de magistrados de enlace que realicen."

⁸²⁰ En la opinión expresada por RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Cooperación judicial penal en...", Op. cit., págs. 289-91.

⁸²¹ Orientaciones que también han guiado el intercambio de magistrados con países no comunitarios. Tal es el caso en relación con el Reino de Marruecos, con el que el proceso de intercambio de magistrados de enlace se inició en 2005, y en la Reunión de los Ministros de Justicia de España y Marruecos, celebrada en Lukor, el 3 de junio de 2006, se destacaron como actividades que habría de llevar a cabo el Magistrado de Enlace con Marruecos, "las relacionadas con cualquier actividad que contribuya a impulsar y acelerar, sobre todo a través de contactos directos con los servicios competentes y con las autoridades judiciales del Estado de acogida, todo tipo de cooperación judicial en materia penal y, en su caso, civil. También intervendrá en cualquier actividad destinada a intercambiar información y datos estadísticos a fin de

B.- Por otro, aunque en los acuerdos de creación se tendrán que precisar los concretos cometidos a desarrollar por los Magistrados en cada uno de los territorios, con carácter general su actuación estará preordenada a permitir incrementar la rapidez y la eficacia de la cooperación judicial, y contribuir al mismo tiempo al intercambio de información sobre los ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales de los Estados miembros y su funcionamiento. Los magistrados de Enlace deben estar necesariamente relacionados con los puntos de contacto de la Red Judicial europea, aunque formalmente siguen siendo independientes de la misma.

Respecto de la naturaleza jurídica del magistrado de enlace, deducida de las funciones que desarrolla, lleva a considerarlos como agentes diplomáticos particulares, bajo la autoridad directa del Embajador de su país de origen. Actúan en contacto directo con las autoridades locales en la actividad de intercambio de información, datos estadísticos y asistencia o asesoramiento judicial.

La función principal de los Magistrados de enlace es la de incrementar la rapidez y eficacia de la cooperación judicial penal. Esta función de agilización, así definida de un modo genérico, engloba cualquier actividad que contribuya a impulsar y acelerar dicha cooperación. La otra atribución que puede encomendársele es la de facilitar información sobre el ordenamiento jurídico y el sistema judicial del Estado de acogida a las autoridades del Estado de origen⁸²².

En concreto puede recabarse la ayuda de los magistrados de enlace en los siguientes casos:

1.- Cuando sea necesario conocer el sistema judicial y legal de los países en donde estén destinados o de donde proceda.

2.- Cuando sea necesario recabar información sobre la forma más operativa para elevar una petición de auxilio judicial internacional a sus respectivos Estados, teniendo presente que el magistrado de enlace es un canal de información pero no de transmisión de las solicitudes de asistencia.

impulsar el conocimiento mutuo de los distintos sistemas y bancos de datos jurídicos de los Estados interesados y las relaciones entre los profesionales de la judicatura de ambos Estados". BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. "La dimensión mediterránea...". Op. cit. pág.23.

⁸²² FREIRE PÉREZ, R.M., "La red judicial española de cooperación judicial internacional", [Consulta: 18.3.2012], [www.proyectoatl.com/.../LA_RED_JUDICIAL_ESPAÑOLA_DE...].

3.- Cuando sea necesario determinar la identidad de alguna autoridad judicial y su competencia.

4.- Para recabar información sobre una petición de auxilio judicial ya enviada a dicho Estado, así como resolver cualquier dificultad que haya surgido durante su tramitación.

5.- Para gestionar los acuerdos para la constitución de un Equipo Conjunto operativo entre ambos Estados.

6.- Para coordinar y gestionar la práctica de diligencias mediante el uso de videoconferencias⁸²³.

De esta configuración de las competencias del magistrado de enlace se deriva la imposibilidad de intervención personal y directa en procesos determinados, realizando únicamente funciones de asistencia judicial, pero no de carácter jurisdiccional. Conviene matizar que esta delimitación incluye la participación del magistrado de enlace en la obtención de pruebas en el país de destino, y además, ha de entenderse, como garante del respeto a las garantías y derechos fundamentales del derecho comunitario y de los consagrados en los ordenamientos jurídicos nacionales implicados. Por todo ello, el magistrado de enlace es una figura de conexión entre Estados a nivel de sus ordenamientos y de sus autoridades, al tiempo que un garante de derechos en su función de asistencia judicial.

Las atribuciones y contribuciones del magistrado de enlace, referidas a la experiencia francesa, se exponen por el magistrado de enlace francés, Sr. BADIE⁸²⁴ señalando que los magistrados de enlace franceses destacados en el extranjero han redactado para sus colegas franceses, cada uno en el país en el que está destacado, una nota sobre los exhortos internacionales penales, que ha sido difundida por el Ministerio de Justicia en todas las jurisdicciones francesas y que contiene unas cuantas indicaciones sobre las especificidades de procedimiento de los distintos Estados y de recomendaciones con el fin de evitar los errores más corrientes. Estas notas, regularmente actualizadas y mejoradas con el tiempo, constituyen una ayuda valiosa para los jueces de instrucción y los miembros del Ministerio Fiscal francés que tienen que ocuparse de asuntos penales con desarrollos en el extranjero. Ocurre lo mismo con las extradiciones.

⁸²³ Guía de buenas prácticas para las autoridades judiciales españolas al recabar la asistencia de los magistrados de enlace, la red judicial europea, Eurojust e Iberred, [Consulta: 12.12.2013],[www.fiscal.es/.../Satellite?...MAGISTRADOS...ENLACE...]

⁸²⁴ BADIE, F. "Las actividades de puesta en contacto y de enlace entre las autoridades competentes en materia de cooperación judicial". *Revista del Ministerio Fiscal*. [Consulta: 8.1.2012], [books.google.es/books?id=gaAs4gQvnDIC...].

Del mismo modo, el Ministerio francés de justicia acostumbra a abordar cualquier reflexión sobre un problema jurídico particular o una eventual reforma legislativa, con un estudio preliminar de la situación en los países vecinos de la Unión, con el fin de comprobar si se plantean los mismos problemas y cómo responden a ello. Para ello, se recurre muy a menudo a los Magistrados de enlace, para que redacten notas sobre temas muy diversos⁸²⁵.

Con relación a esta forma de cooperación judicial se derivan para los Estados miembros una serie de obligaciones que se concretan en el deber de informarse mutuamente en el seno del Consejo de las iniciativas en curso y de las emprendidas para la aplicación de la Acción Común. Adquieren igualmente la obligación de comunicar anualmente a la Secretaría General del Consejo cualquier información relativa a los intercambios de magistrados de enlace que realicen.

En lo que concierne a la utilización práctica que se ha hecho de esta figura, Francia ha sido la pionera en la materia y actualmente mantiene acuerdos bilaterales con Italia, Holanda, España, Alemania y Gran Bretaña para el intercambio de magistrados de enlace. El Reino Unido cuenta con magistrados de enlace en Francia, Italia, España e incluso, fuera de la UE, con EEUU. España ha designado Magistrados de enlace en Francia, Croacia y en Italia⁸²⁶. En concreto y en lo que a las relaciones España-Italia se refiere, España ha ratificado el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 29 de mayo de 2000, que modifica y

⁸²⁵ Exponiendo como ejemplo reciente, del mes de octubre de 2000, la petición recibida de un Fiscal del Tribunal Supremo para que los magistrados de enlace investiguen si existen precedentes en la Jurisprudencia de los países de acogida, en materia de responsabilidad civil médica para un error de diagnóstico prenatal o anticonceptivo en mujeres embarazadas que hayan conducido al nacimiento de niños con una minusvalía congénita o de origen genético, todo ello con el fin de presentar conclusiones ante el Pleno del Tribunal Supremo. ¿Cuál es el interés de este aspecto no desdeñable de las funciones del Magistrado de enlace? Más allá, evidentemente, del hecho de aportar al Ministerio de Justicia y a los Magistrados de su país elementos de información sobre el derecho extranjero (normalmente información general, pero también como lo hemos visto sobre puntos muy concretos) que sería muy difícil de obtener de otra manera, estas notas pueden servir, en su explotación por parte de las autoridades destinatarias (Ministerio de Justicia, Fiscales del Tribunal Supremo), para tomar decisiones al conocer el entorno internacional y las soluciones aportadas por otros países al problema jurídico planteado o a la reforma prevista, lo que le permite a la Justicia bajarse de su torre de marfil e integrarse poco a poco en el espacio judicial europeo que estamos construyendo un poco más cada día.

⁸²⁶ FREIRE PÉREZ, M.R. "La red judicial española de cooperación judicial internacional", [Consulta: 17.3.2012], [www.proyectoatl.com/.../tabLa%20Red%20Judicial%20Europea.htm], otorga especial mención a la decisión bilateral de los gobiernos de España y Marruecos, adoptada en el ámbito de la Comisión Mixta entre los Ministros de Justicia de ambos países, que, en el encuentro de Rabat de 19 de mayo de 2004, expresaron su voluntad de intercambiar magistrados de enlace, como instrumento crucial para la mejora de la cooperación judicial entre ambos Estados, voluntad que se materializó en la designación efectuada en septiembre de ese mismo año. Ello ha permitido ya, de forma visible, un incremento en las relaciones institucionales entre ambos países, en el ámbito de la cooperación judicial, merced, sin duda y en gran medida, a la labor desarrollada por los dos magistrados de enlace designados.

completa el de 20 de abril de 1959, firmado en Estrasburgo. A pesar de ser un pilar fundamental en la cooperación, este Convenio no ha sido todavía ratificado por Italia. Esto puede provocar varios tipos de problemas en la cooperación bilateral entre Italia y España. AGOSTINO, se refiere, por ejemplo, a las obligaciones que impone el código de enjuiciamiento penal italiano en la obtención de algunas pruebas –cuyo incumplimiento se sanciona con la nulidad del acto procesal- que no corresponden a las previsiones de la ley española. En este caso, el magistrado español no tiene la obligación de cumplir las reglas del código italiano en la obtención de la prueba por rogatoria, puesto que no es aplicable la norma del Convenio 2000 que le impone el respeto de las formalidades del Estado requirente. La consecuencia sería la imposibilidad de utilizar en el juicio italiano la prueba así obtenida. No obstante, estamos hablando de un problema teórico, porque hasta ahora, el magistrado de enlace italiano manifiesta no haber trabajado en casos en los que los magistrados españoles se hayan resistido a aplicar las normas del código italiano, aunque no estuvieran obligados a hacerlo⁸²⁷. En este tipo de situaciones, la intervención de los magistrados de enlace, se ha mostrado realmente eficaz.

⁸²⁷ D'AGOSTINO, G., "La cooperación procesal en materia penal con Italia", en BUJOSA BADELL, L. *Hacia un...*, op. cit. p. 308 incluye también el siguiente ejemplo: "Hace unos meses mataron a un ciudadano extranjero en una pequeña ciudad del centro de Italia. El fiscal que llevaba la investigación seguía con mucha atención a unos conciudadanos de la víctima, puesto que –según los primeros indicios – parecía que el delito de cometió por motivos de venganza dentro de una asociación criminal dedicada a la explotación de la prostitución.

El fiscal obtuvo la autorización para intervenir los móviles de algunos de ellos.

Durante la escucha de las conversaciones, el fiscal advirtió que uno de los imputados se estaba trasladando de Italia a España y llamaba frecuentemente a un móvil español.

De inmediato, el fiscal italiano se puso en contacto conmigo y me mandó un exhorto, solicitando la intervención del móvil español y del italiano.

El juez español-localizado gracias a la ayuda de un magistrado de la REJUE- autorizó las intervenciones telefónicas.

El examen de las conversaciones permitió localizar el lugar de la costa española donde se encontraban los dos sujetos intervenidos.

En el ínterin, los investigadores italianos habían observado indicios graves de culpabilidad contra el imputado que se hallaba en España, y obtuvieron del juez italiano una medida de prisión provisional, seguida inmediatamente de una OEDE.

De acuerdo con la Policía española, se organizó un registro en la vivienda donde se encontraba el imputado, para detenerlo.

Efectivamente, la Policía procedió a su detención, lo trasladó a Madrid y lo puso a disposición de la Audiencia Nacional.

Además el registro permitió el secuestro de importantes elementos de prueba contra el imputado. Una mujer que estaba presente en el piso, se declaró dispuesta a colaborar con la Policía.

En dos semanas, la Audiencia Nacional acordó la entrega a Italia del detenido y los elementos de pruebas incautados fueron enviados a Italia por comisión rogatoria.

La mujer, después de una primera conversación con los investigadores en España, fue trasladada a Italia en régimen de protección y ha empezado a declarar contra los miembros de la organización criminal dedicada a la explotación de la prostitución.

4.1.3.2- Aparición de la justicia en red: la Red Judicial Europea.

El origen de la Red Judicial Europea se encuentra en el grupo multidisciplinar para la prevención y persecución del crimen organizado (MDG)⁸²⁸. La Recomendación núm. 21 del Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam el 17 de junio de 1997⁸²⁹, preveía la creación de una red judicial europea para facilitar la cooperación judicial internacional ante los éxitos que se habían obtenido con igual tipo de redes en el ámbito policial.

Con este antecedente la “Red Judicial Europea” se constituyó por medio de la Acción Común 98/428/JAI de 29 de junio de 1998⁸³⁰. Tras el Consejo Europeo de Tampere, la Red Judicial Europea se convirtió en un instrumento esencial en el objetivo de creación de un espacio judicial europeo de libertad, seguridad y justicia. Con ella se trata de vincular en cada país de la Unión a determinadas personas, para facilitar los datos precisos en orden a llevar a cabo cualquier actividad de cooperación judicial, según las leyes de cada Estado, agilizando los trámites administrativos que las demandas de cooperación comportan.

La finalidad es constituir una red de puntos de contacto judiciales entre los Estados miembros. Cada Estado designa uno o más puntos de contacto, según sus normas internas, quedando en libertad en cuanto al número exacto, con la limitación de que debe quedar

Este es, obviamente, un caso ejemplar de los que se ponen en los libros.

No siempre logramos llegar a un nivel tan eficaz de colaboración, pero lo que importa es seguir el camino de la cooperación judicial entre nuestros países, buscar el acercamiento de nuestros sistemas jurídicos, darse cuenta de que somos parte de un gran territorio, que es Europa, en el cual los criminales no tienen fronteras y tampoco nosotros debemos tenerla.

En conclusión debemos ser conscientes de que esta es la vía correcta para avanzar.

Estamos ante una gran obra y los próximos años nos dirán cuál es el futuro de la integración europea. No sabemos si se alcanzará la creación del espacio judicial europeo, pero lo que sí es indudable es que sin el esfuerzo de los protagonistas de la cooperación judicial no se podrá abonar el terreno para que crezca una cultura judicial común a todos los países que forman parte de la ilusión europea.

⁸²⁸ Creado en el seno del Consejo de la Unión Europea ante la contemplación de la evidencia de la frecuencia con que el crimen organizado llevaba a cabo sus actividades en distintos países, haciendo necesaria para su persecución la cooperación internacional policial y judicial, dadas las demoras que la necesidad de tal cooperación introduce en las actividades de prevención y persecución.

⁸²⁹ DO C 251 de 15.8.1997.

⁸³⁰ Acción Común de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal, DOCE L 191/98, de 7 de julio de 1998.

efectivamente cubierta la totalidad de su territorio, así como las diferentes formas de delincuencia grave⁸³¹.

La red representa una estructura estable, unificada y generalizada para todos los países con cuya creación se refuerza la existencia de los Magistrados de Enlace y se palián las insuficiencias de éstos, cuya realidad en última instancia queda supeditada a la voluntad individual de cada uno de los Estados⁸³².

En cuanto al área de actuación de la Red, la Acción Común que dio origen a su creación hace una especial referencia a la cooperación para la persecución de “delitos graves” tales como el crimen organizado, la corrupción, el tráfico de drogas o el terrorismo. Dada la redacción de la norma (“particularmente para combatir delitos graves”) no se excluye la posibilidad de que la red intervenga en otros casos de cooperación judicial internacional de carácter penal.

En orden a su funcionamiento, el mecanismo de cooperación elegido es el de establecer una red de puntos de contacto judiciales entre los Estados Miembros que deben ser designados por cada país según sus circunstancias. Las funciones básicas de los puntos de contacto se ciñen a facilitar la cooperación judicial entre los Estados Miembros. En caso necesario, han de desplazarse para reunirse con los puntos de contacto de los demás Estados Miembros, proporcionar a las autoridades judiciales locales de su país la información jurídica y práctica necesaria, y mejorar la coordinación de los casos judiciales.

⁸³¹ Sobre composición de la red, “En cuanto a la categoría profesional de los integrantes, han de ser autoridades centrales responsables de la cooperación judicial internacional, autoridades judiciales y otras autoridades competentes con responsabilidades específicas en el marco de la cooperación internacional, bien de forma general, bien sobre determinadas formas de delincuencia grave, por ejemplo, la delincuencia organizada, la corrupción, el narcotráfico o el terrorismo. España nombró como integrantes de la “lista provisional de puntos de contacto” al Subdirector General de cooperación jurídica internacional del Ministerio de Justicia, a dos magistrados del CGPJ y a diversos miembros del Ministerio Fiscal pertenecientes a la Fiscalía General del Estado, Fiscalía de la AN, y a las Fiscalías antidroga y anticorrupción. Además de las autoridades mencionadas en el art. 2.1 de la Acción Común, ésta también prevé la posibilidad de que los Magistrados de enlace sean asociados a la Red Judicial Europea por el Estado que los envía. La composición de la Red se cierra con los puntos de contacto designados por la Comisión, para los ámbitos que sean de su competencia. El punto de contacto no es un cargo retribuido y en todos los casos han de compatibilizar las obligaciones que como tales les incumben con las inherentes a su respectiva función o cargo. Como requisito específico, se les exige que tengan conocimiento de otra lengua de la UE distinta de la propia. FREIRE PÉREZ, M.R., “La red judicial...”, op. cit.

La composición de la red ha sido criticada por BRAMMETZ, S., “La red Judicial Europea. Primer balance y perspectivas de futuro”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 9, 2001, pág. 263, puesto que según qué país, son funcionarios, magistrados destacados en los Ministerios, fiscales, jueces o una combinación de todas las categorías, lo que provoca que en el seno de una delegación el acercamiento puede ser diferente según el pragmatismo de unos o el realismo político de otros.

⁸³² RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Cooperación judicial penal en la Unión Europea...”, op. cit. págs. 271-302.

Existen tres formas de actuación de la red claramente diferenciadas⁸³³:

1.- Facilitar la conexión adecuada entre los puntos de contacto de los diferentes Estados miembros actuando como intermediarios activos a fin de facilitar su interrelación. Ello comporta una obligación de disponibilidad respecto de tales puntos de contacto, de las autoridades judiciales locales y de otras autoridades competentes de los demás países que incluye la posibilidad de desplazamiento, autoridades a las que debe proporcionar la información jurídica y práctica para poder preparar una solicitud de cooperación de manera eficaz, *ad exemplum*, o cualquier otra forma de cooperación. Del mismo modo, ha de coordinar las solicitudes de cooperación judicial que, procedentes de varias autoridades judiciales de un mismo Estado miembro, requieran una ejecución coordinada en otro Estado.

2.- La red ha de organizar reuniones periódicas de sus miembros. Se establece de este modo, un foro de debate sobre aspectos prácticos, en particular los que se refieren a la puesta en práctica de los instrumentos adoptados en el marco de la Unión Europea. Los resultados de tales debates se transmiten a los grupos de trabajo competentes de la UE a efectos de su posible modificación o de establecimiento de mejores prácticas⁸³⁴.

3.- Facilitando a las autoridades mencionadas determinada información de acceso telemático que necesariamente ha de incluir: los datos completos de los puntos de contacto en cada Estado miembro, acompañados, en su caso, de la mención de sus competencias en el ámbito interno; una lista simplificada de las autoridades judiciales y un repertorio de las autoridades locales de cada Estado miembro; información jurídica y práctica concisa relativa a los sistemas judiciales y procesales; los textos de los instrumentos jurídicos pertinentes y, en lo referente a los convenios en vigor, el texto de las declaraciones y reservas⁸³⁵. En un primer

⁸³³ En clasificación realizada por RODRÍGUEZ, GARCÍA, N., *Ibidem*, págs.295 y 296.

⁸³⁴ La primera reunión de la RJE tuvo lugar a los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la Acción Común. Con posterioridad, las reuniones se celebran de forma periódica sobre una base *ad hoc*, en función de las necesidades observadas por sus miembros, por invitación de la Presidencia del Consejo, que tomará asimismo en cuenta los deseos de los Estados miembros de reunir a la red.

Las reuniones se celebran en principio en la sede del Consejo en Bruselas; sin embargo, está prevista la posibilidad de realizarlas en los Estados miembros, con el fin de permitir que se reúnan los puntos de contacto de todos los Estados miembros con las autoridades del Estado anfitrión que no pertenezcan a los puntos de contacto, así como la visita a organismos específicos de dicho Estado con responsabilidades en el marco de la cooperación judicial internacional o de la lucha contra determinadas formas de delincuencia grave.

⁸³⁵ Sobre esta obligación y las herramientas de búsqueda a disposición de los operadores jurídicos, véase SALINERO ROMÁN, F., "El cobro de las pensiones alimenticias en el ámbito internacional. Especial referencia los reglamentos comunitarios", en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, op. cit. págs. 62-69.

momento, esta información era facilitada a los propios miembros de la red por la Secretaría General del Consejo, habiéndose transferido dicha competencia a la Secretaría de Eurojust, que la realiza también en relación con la propia agencia.

De las funciones antes señaladas la de información es la más compleja, dado el elevado número de instrumentos legales existentes que establecen mecanismos de comunicación directa. Es por ello que ante la necesidad de un instrumento en base al que las autoridades judiciales locales de cada Estado Miembro puedan inmediatamente identificar la autoridad judicial competente en otro Estado Miembro se creó el Atlas Judicial Europeo en el que se contienen todos estos datos.

Junto a lo anterior y como otro producto de la Red, merece destacar el de las “fichas belgas” que son cuarenta y dos fichas técnicas referentes a las distintas medidas de investigación⁸³⁶, y en las que se explica la forma de proceder al respecto en cada Estado Miembro de modo que se tenga a disposición la información que un magistrado necesita cuando debe llevar a cabo alguna medida en otro Estado Miembro⁸³⁷. Las fichas se encuentran actualmente en el portal de la red⁸³⁸.

4.1.3.3.- Equipos Conjuntos de Investigación.

La base constitucional para la creación de los Equipos Conjuntos de Investigación (ECI) puede encontrarse en los artículos 30, apartados 1 a) y 2 a), y 31 del Tratado de la Unión Europea⁸³⁹, si bien, las Conclusiones de Tampere⁸⁴⁰ ya habían establecido la necesidad de, sin

⁸³⁶ Entre las que se incluyen las diligencias de registro, declaración de testigos, embargo de bienes...

⁸³⁷ [Consulta: 6.9.2011],

[http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Redes_Judiciales/Red_Judicial_Europea_Penal].

⁸³⁸ Sobre la conexión entre las TIC y el funcionamiento de la RJE vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., “La e-Justicia en la Unión Europea: balance de situación y planes para el futuro (en diciembre de 2009)”, SENÉS MOTILLA, C., *Presente y Futuro de la e-Justicia...*, op. cit., págs. 106-111.

⁸³⁹ Dichos preceptos, incluidos en el Capítulo II (Disposiciones específicas sobre la política exterior y de seguridad común), del Título V (Sobre la acción exterior y seguridad) resultan del siguiente tenor: Artículo 30.1, “La acción en común en el ámbito de la cooperación policial incluirá: a) la cooperación operativa entre las autoridades competentes, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados de los Estados miembros con funciones coercitivas, en relación con la prevención, localización e investigación de hechos delictivos.”

Artículo 31.1 “La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá, entre otras: a) la facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros, también, en relación con las causas y la ejecución de resoluciones.”

demora⁸⁴¹, constituir ECI, considerándose dicha creación como prioritaria en los ámbitos de la trata de seres humanos, del narcotráfico y del terrorismo⁸⁴². La primera regulación de los ECI se contiene en el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 2000. En la previsión de que la ratificación de dicho Convenio podría dilatarse, y dado que su art. 13.11 precisa que las disposiciones de dicho precepto, dedicado a los ECI no afectarán a otras disposiciones o acuerdos existentes sobre la creación o el funcionamiento de equipos conjuntos de investigación, la UE elaboró la Decisión Marco 2002/465/JAI, de 13.6.2002, sobre Equipos Conjuntos de Investigación⁸⁴³. Sin embargo, la propia Decisión marco dejará de aplicarse cuando el Convenio de Asistencia judicial haya entrado en vigor en la totalidad de los Estados miembros⁸⁴⁴.

Un ECI es un equipo de investigación creado sobre la base de un acuerdo entre dos o más Estados miembros u otras partes, con un objetivo específico y un período de vigencia limitado⁸⁴⁵ o con mayor concreción, puede definirse un ECI como “un grupo de personas – autoridades policiales, administrativas y/o judiciales, incluyendo en estas últimas a los miembros del Ministerio Fiscal- que han sido designadas por dos o más Estados y que desarrollan una investigación sobre hechos ilícitos en cualquiera de estos Estados de manera unida y coordinada, manteniendo entre ellas una comunicación fluida y permanente y compartiendo cuando sea necesario, una oficina como centro operativo”⁸⁴⁶.

La creación de un ECI tiene como objetivo principal realizar, sobre todo, un trabajo estratégicamente orientado a contribuir, de manera activa y finalista, en las diferentes investigaciones que puedan coexistir en varios Estados, en particular para la obtención de pruebas en cualquiera de los territorios donde actúe el ECI. Los ECI son un medio dinámico y directo para la obtención de pruebas, agilizando su recogida y garantizando tanto la licitud de la obtención como la validez de la prueba en el ámbito procesal, debido a la confrontación

⁸⁴⁰ Cfr. Conclusiones 43, 45, y 46.

⁸⁴¹ Sin demora porque, aunque de manera limitada, en la práctica estos equipos ya estaban funcionando sin que existiera una legislación común que regulara su actividad, como apunta VALLINES GARCÍA, E., *Los ECI penal en el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión Europea*, Madrid: Colex, 2006, p.26.

⁸⁴² ALVES COSTA, J.A., “Cooperación judicial entre Portugal y España. Los equipos conjuntos de investigación”, en ARANGÜENA FANEGO, C., *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, op. cit. págs. 205-223.

⁸⁴³ DOCE L de 20.6.2002. Este es el motivo por el que la Decisión Marco, reproduce en términos casi idénticos, los arts. 13, 15 y 16 del Convenio de Asistencia Judicial del 2000.

⁸⁴⁴ Sólo Italia, no ha ratificado el Convenio hasta la fecha.

⁸⁴⁵ Tal como se define en el Manual de los equipos conjuntos de investigación, doc. nº 13598/09 COPEN 178 ENFOPOL 218 EUROJUST 55 EJM 35, Bruselas, 4 de noviembre de 2011.

⁸⁴⁶ VALLINES GARCÍA, E., “Los ECI penal...”, op. cit. p.22.

dialéctica que surge entre los miembros de los ECI⁸⁴⁷. Pueden establecerse entre Estados miembros, y también con países terceros, siempre que exista una base jurídica para su creación, base jurídica que puede revestir la forma de un instrumento internacional, acuerdo bilateral, acuerdo multilateral o legislación nacional⁸⁴⁸.

En relación a los requisitos para la constitución de un ECI, se refieren al tipo de investigación a la que afectan y a su forma. Respecto al primero de ellos es preciso:

a) La existencia de investigaciones en los distintos países implicados sobre la misma organización. No se especifica el grado de evolución de la investigación (policial, fiscal o judicial). Cabe tal distinción en función de las diferencias de los distintos sistemas nacionales; es posible por tanto la concurrencia de representantes de autoridades estrictamente policiales con los de los que lo son de fiscalías o juzgados⁸⁴⁹.

b) Que se trate de investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables.

c) Que las investigaciones requieran una actuación coordinada o concertada de las autoridades competentes de los Estados afectados.

En relación al segundo de los requisitos, la forma que debe revestir la creación de los equipos conjuntos requiere:

a) Solicitud de creación del equipo por parte de las autoridades competentes de cualquiera de los Estados afectados. La solicitud debe incluir una propuesta de composición del equipo y puede haber sido provocada por petición formulada por Eurojust, petición que carece de fuerza vinculante, aunque cuando ésta haya sido formulada por el Colegio de

⁸⁴⁷ ALVES COSTA, J.A., *Cooperación judicial entre ...*, op. cit. págs.220 y 221.

⁸⁴⁸ Pueden enumerarse como acuerdos internacionales vigentes que constituyen una base jurídica habilitadora para la creación de un ECI: el segundo Protocolo adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959 (art. 20), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000 (art. 19), el Convenio relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras (Convenio de Nápoles II), de 18 de diciembre de 1997 (art. 24), Convenio sobre Cooperación Policial en la Europea Sudoriental, de 5 de mayo de 2006 (art. 27) y el Acuerdo de asistencia judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (art. 5).

⁸⁴⁹ El requisito básico y esencial para la constitución de un ECI es la necesidad de llevar a cabo "investigaciones penales" en las que participen representantes de dos o más Estados miembros. VALLINES GARCÍA, E., "Los ECI penal...", op. cit. p.47.

Eurojust⁸⁵⁰ la autoridad requerida deberá motivar su rechazo. También Europol puede solicitar la constitución de un ECI.

b) Acuerdo de constitución. La Decisión Marco concreta que deberá ser adoptado por las autoridades competentes de los Estados miembros afectados y que expresará cuál será el fin de su constitución, pues, de alguna manera, dependen de las características de la legislación del Estado en el que haya de constituirse el equipo⁸⁵¹. Ello no obstante, el Consejo se ha ocupado específicamente de esta cuestión elaborando un modelo de acuerdo y exhortando a las autoridades nacionales a su utilización para determinar las modalidades del ECI⁸⁵².

Las ventajas inherentes a los ECI pueden enumerarse en las siguientes posibilidades que ofrecen⁸⁵³:

- 1.- Compartir información directamente entre los miembros del equipo sin necesidad de solicitudes oficiales.
- 2.- Solicitar medidas de investigación entre los miembros del equipo directamente, evitando la práctica de comisiones rogatorias, incluso tratándose de medidas coercitivas.
- 3.- Presencia de los miembros del ECI en las medidas de investigación de todas las jurisdicciones implicadas en el caso.
- 4.- Coordinación de esfuerzos in situ y de intercambio informal de información especializada.
- 5.- Determinar estrategias óptimas de investigación y acusación.
- 6.- Participación de Europol y Eurojust, prestando ayuda y asistencia directa.

Partiendo del análisis de los casos prácticos de ECI establecidos entre España y Portugal⁸⁵⁴, ALVES COSTA⁸⁵⁵ extrae conclusiones generales aplicables al funcionamiento de

⁸⁵⁰ Artículo 7.1.c) de la Decisión de febrero de 2002.

⁸⁵¹ Siguiendo a DE LUCAS MARTÍN, I. "La prueba en el proceso penal en el contexto de la Unión Europea", en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, op. cit. págs. 430 y 431.

⁸⁵² Lo que ha realizado a través de la Recomendación del Consejo de 8 de mayo de 2003 relativa a un modelo de acuerdo por el que se crea un equipo conjunto de investigación (ECI), DO L 389 de 30.12.2004 seguida de una Resolución de 27 de febrero de 2010 (DO C 70 de 19.3.2010).

⁸⁵³ Se enumeran tal como se consignan en el manual de los equipos conjuntos de investigación. Estas ventajas son objeto de análisis y desarrollo en RIJKEN, C., "Joint Investigation Teams: principles, practice and problems. Lessons learnt from the first efforts to establish a JIT", *Utrecht Law Review*, Volume 2, Issue 2 (December) 2006, pp. 99-19, [Consulta: 14.3.2014], [<http://www.utrechtlawreview.org/>].

futuros ECI, que pueden servir de base para optimizar las ventajas que estos equipos ofrecen: los operativos consideran que la cooperación es absolutamente necesaria hoy día, reconocen que la cooperación *de facto*, informal, funciona mejor pero que urge facilitar la cooperación formal para la obtención de pruebas⁸⁵⁶, en concreto, a través de un mayor uso de la videoconferencia. La falta de formalidades puede resolver los problemas ya que en ocasiones las instituciones son demasiado burocráticas, complejas y lentas y tienden a complicar lo que puede ser resuelto de forma bilateral y sin trámites procedimentales excesivos. Estas afirmaciones parecen incontestables teniendo en cuenta que, como pone de relieve VALLINES⁸⁵⁷, cada día de retraso en la en la creación del ECI es un día que ganan los autores de las infracciones que se pretenden perseguir para borrar las huellas de sus actividades ilícitas; ello sin olvidar otro factor esencial que contribuye a la eficacia de la investigación llevada a cabo por el ECI como es el hecho de que entre los Estados miembros que lo integran exista una experiencia previa de cooperación en la investigación de delitos de la misma especie, siendo de ello el ejemplo paradigmático la cooperación hispano-francesa en la lucha antiterrorismo.

Frente a las anteriores consideraciones, otros autores han incidido en que la maximización de las capacidades operativas de la Unión en este ámbito pueden llevar al límite de soslayar el principio democrático. Así, SIEBER⁸⁵⁸, tras clasificar los ECI como un “modelo de cooperación del ejercicio transnacional de poder soberano originario en territorio extranjero⁸⁵⁹” pone de relieve que, frente a las formas de asistencia judicial clásica, los ECI se caracterizan por una menor cantidad de reglas, una reducida transparencia y disminuido control de las decisiones de cooperación, lo que, junto con la posibilidad de participación de OLAF, Europol y Eurojust, lleva a problemas de control democrático. De otro lado, la integración en los ECI de autoridades de diversa naturaleza, rango y organización funcional puede conllevar dificultades de comunicación que podrían conjurarse a través de un modelo

⁸⁵⁴ Referidos a un caso de “esclavitud” por contratación de trabajadores portugueses para un empresario riojano, una tentativa de homicidio y una banda de asaltantes femeninas de países del Este que arrasaron España y Portugal.

⁸⁵⁵ “Cooperación judicial entre...”, págs. 222 y 223.

⁸⁵⁶ A esta conclusión se llega también de la experiencia de la cooperación británico-rumana en la operación Golf, [Consulta: 1.5.2013],[https://www.europol.europa.eu/.../es_europeaninvestigator-spain_0.pdf].

⁸⁵⁷ VALLINES GARCÍA, E., *Los ECI penal...*, op. cit. págs. 99 y 100.

⁸⁵⁸ *El futuro del Derecho penal...*, op. cit., págs.174, 175 y 197.

⁸⁵⁹ Sobre la clasificación de las formas de cooperación a nivel de la Unión realizada por este autor, vid. punto 2.2.

supranacional de cooperación en la medida en que estos aportasen una única estructura organizativa.

4.1.4.- Los inicios de la armonización legislativa en materia de delincuencia organizada.

Particular importancia reviste en el ámbito del Programa de Tampere el inicio de la armonización en materia de delincuencia organizada, y dentro de ella, específicamente, la elaboración de una estrategia antiterrorista. Entre estas normas que dan lugar al comienzo de una actividad normativa coordinada y conjunta en el ámbito de la delincuencia organizada merece reseñarse la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos⁸⁶⁰. Como su propio nombre indica, la Comunicación se refiere exclusivamente a la delincuencia informática⁸⁶¹ y ha de ponerse se relieve, que esta actuación se produce con carácter previo a la celebración del principal referente normativo a nivel internacional en la materia, el denominado Convenio de Ciberdelincuencia celebrado en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Así, la Comunicación define la delincuencia informática en un sentido amplio: referido a todo delito que implique la utilización de las tecnologías de la información, distinguiendo entre los delitos informáticos específicos y los delitos tradicionales perpetrados con ayuda de la informática. Ejemplo típico de los segundos serían los cometidos en el ámbito aduanero, en el que Internet se utilizaría como instrumento para cometer delitos típicos contra la normativa de aduanas, tales como el contrabando y la falsificación. Los segundos, requieren, en orden a su persecución y sanción, una mejora de la cooperación y de las medidas procesales, sin perjuicio de que todos ellos se benefician de la disponibilidad de las redes de información, de la comunicación sin fronteras y de la circulación de datos, tangible y volátil.

La Comunicación clasifica los delitos informáticos desde la perspectiva de las cuestiones tenidas en cuenta por las legislaciones nacionales en:

⁸⁶⁰ COM (2000) 890 final, Bruselas, 26.1.2001.

A.- Delitos contra la intimidad: regulados en cumplimiento del artículo 24 de la Directiva 95/46/CE y destinados a sancionar la recogida, almacenamiento, modificación, revelación o difusión ilegales de datos personales.

B.- Delitos relativos al contenido: versando sobre la difusión de pornografía, en especial la infantil, las declaraciones racistas y la información que incita a la violencia. La Comunicación prevé que esta clase de delitos constituye uno de los supuestos en que sería punible penalmente la intervención del autor o proveedor de los contenidos, debiendo interpretarse en el sentido de que resultaría sancionable la elaboración de los contenidos sin precisar la difusión, comprendiendo exclusivamente al proveedor de los contenidos, sin hacer extensiva esta responsabilidad al proveedor o prestador de servicios.

C.- Delitos económicos, acceso no autorizado y sabotaje: comprenderían la piratería, el sabotaje informático y la distribución de virus, el espionaje informático, y la falsificación y el fraude informáticos, así como las modalidades defraudatorias en las que el engaño no se dirige a la persona, sino que consiste en la manipulación de un ordenador, aquellos que frecuentemente tienen por objeto activos financieros o programas de ordenador.

D- Delitos contra la propiedad intelectual: destinados a proteger los programas de ordenador y las bases de datos, derechos de autor y afines, contra la falsificación y la piratería.

A tales aspectos contemplados por la legislación de los Estados miembros, y sobre los que se entiende precisa la actuación a nivel comunitario, se añaden el uso de tales sistemas informáticos para eludir el cumplimiento de obligaciones fiscales con incidencia penal y la utilización de las tecnologías de la información con finalidad de tráfico de drogas. La Comunicación aborda también la cuestión de las obligaciones imponibles a los proveedores de servicios en orden a la conservación de datos de tráfico que pudieran resultar de utilidad en un procedimiento penal, advirtiendo de la necesidad de compatibilizar estas obligaciones con un adecuado respeto y protección del derecho a la intimidad. Además, se plantea el interrogante de las autoridades competentes para recabar dicha información, ya que algunos Estados miembros otorgan competencia a las autoridades gubernativas. En nuestra opinión, siempre que pueda verse afectado un derecho fundamental como la intimidad, que aparece expresamente recogida en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales, de 28 de

enero de 1981, y en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, ha de ser precisa la autorización judicial para incorporar dicha información a un proceso penal en curso y a la autoridad judicial ha de corresponder en exclusiva dicha facultad.

4.1.4.1 Estrategia antiterrorista

La supresión de las fronteras interiores, implicó en un inicio, cierta tendencia a considerar el control de las fronteras exteriores como un asunto de la competencia de los Estados Miembros. Dicha percepción resultó sin embargo trastocada al compás de los atentados terroristas acaecidos en Nueva York y Madrid, reforzándose la conciencia acerca de la necesidad de una acción conjunta frente al fenómeno terrorista. Puede por tanto, vincularse directamente el inicio de la acción comunitaria en materia terrorista con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y, en concreto, con la política de inmigración, al amparo de la denominada Cooperación Política Europea. Así lo realiza CLARO QUINTÁNS⁸⁶² para quien se trata de un ámbito de discusión estatal paralelo al estrictamente comunitario, situando el origen de la cooperación comunitaria antiterrorista en el foro creado en el Consejo Europeo de Roma, celebrado en diciembre de 1975. Otros autores⁸⁶³, desvinculan el origen de esta cooperación de la política de inmigración, señalando que sus inicios se encuentran presentes desde los propios de la Comunidad Económica Europea, pese a la inexistencia de una norma que atribuyera esa competencia de modo preciso.

Acerca del concepto de terrorismo, la Recomendación 1426 (1999) del Consejo de Europa, considera acto de terrorismo “El delito cometido por personas o por grupos que recurren a la violencia o amenazan con utilizarla contra un país, sus instituciones, la población en general o personas en concreto, motivado por aspiraciones separatistas, por concepciones ideológicas extremistas o por el fanatismo, o inspirado por móviles irracionales

⁸⁶² “La configuración de una política común...”, op. cit. p. 4.

⁸⁶³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “La criminalidad organizada...”, op. cit. p.143. La autora sitúa el inicio de una política de cooperación en materia de terrorismo en el Acuerdo de Dublín de 1979 sobre represión del terrorismo. Para CLARO QUINTANS, I., “La configuración de una política común...”, op. cit. p.9., el Acuerdo de Dublín constituye un modelo histórico con valor puramente conceptual, ya que nunca llegó a entrar en vigor, pero este valor residiría en inaugurar una técnica posteriormente seguida en numerosos convenios jurídicos de la Cooperación Política Europea, consistente en trasladar al área comunitaria, adaptándolos, ciertos Convenios del Consejo de Europa creando un núcleo privilegiado de cooperación entre los Estados miembros.

y subjetivos y que pretende someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas, a grupos de la sociedad o a la opinión pública en general.”

Esta definición de terrorismo, es asumida también, de alguna manera, por el “Proyecto de Informe” (Ponente Gr. R. Watson), del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2001, cuando afirma que, aunque no es posible llegar a una definición objetiva, precisa y universalmente aceptable, aun así en el contexto de la Unión Europea, cuyos Estados miembros presentan estructuras que se basan en el Estado de Derecho y en la Democracia, es posible dar una definición del concepto de terrorismo inspirada en la Recomendación referida.

A juicio de HERRERO HERRERO⁸⁶⁴, se trata de una definición de terrorismo que deja fuera posibles actos criminales, infundidores de clima de terror, llevados a cabo con intención política, pero por personas o grupos no incluíbles en aspiraciones separatistas, en ideologías extremistas, en fanatismos, en móviles irracionales y subjetivos. Sería el caso, por ejemplo, de un grupo que, con intención de implantar un sistema democrático en un Estado autoritario o dictatorial, para intimidar al Gobierno o a los partidarios del mismo, volaran, por ejemplo, con explosivos, una guardería infantil. En materia de terror, tampoco cabe justificar la denominada “excepción democrática”.

Esta definición también ha recibido críticas procedentes del Comité Europeo para los problemas criminales. Este órgano mostró su desacuerdo con ella por considerar que no podía incluirse un móvil político tan explícito so pena de introducir serias trabas a la extradición de sus autores.

El mismo Consejo Europeo, en sus Conclusiones de Laeken, formuladas durante su reunión de los días 14 y 15 de diciembre de 2001, ofrece una larguísima definición del delito de terrorismo. Primeramente conceptual y, a continuación, casuística. Han de considerarse actos de terrorismo “Los actos intencionados que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de: intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerle; o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional” .

En esta misma línea se inscribe la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo posteriormente modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 con la finalidad de

⁸⁶⁴ *Criminología*, op. cit. p.23.

incidir en el aspecto preventivo. A este documento, sin embargo, la doctrina atribuye el mérito de esbozar las bases de un derecho penal contraterrorista, común para los Estados miembros de la Unión, estableciendo una definición común de los supuestos de terrorismo y una aproximación del marco sancionador.

La doctrina criminalística es crítica con estos documentos, en cuanto describen situaciones o actividades que deben ser consideradas de naturaleza terrorista, pero resultan incompletas técnica y conceptualmente. Del mismo modo, señalan su inoperatividad por inaplicación. Como ponía de manifiesto el parlamentario Sr. POETTERING:

“Aunque el Parlamento Europeo, la Comisión y los Estados Miembros se han acercado recientemente a un enfoque común para combatir el terrorismo, el problema es que muchas de las medidas no se han incorporado debidamente a las leyes de los respectivos Estados Miembros ni éstos las han aplicado dentro de los plazos estipulados”. Ello es comprensible desde la óptica de que la amenaza de un atentado o actuaciones de bandas terroristas no es percibida con la misma intensidad en todos los Estados Miembros y por ello no todos sienten la misma motivación en cuanto a la transposición en derecho interno de las normas comunitarias en materia de terrorismo. Como señala JIMÉNEZ GARCÍA⁸⁶⁵ hay acuerdo sobre qué actividades pueden ser calificadas como terroristas, pero no sobre si todas estas actividades en cualquier caso y en cualquier circunstancia han de ser calificadas como terroristas⁸⁶⁶. Buen ejemplo de ello fue el proceso de transposición de la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. En todo caso, el enfoque global y conjunto del derecho antiterrorista de la Unión, ha de acoger la posición actual del derecho penal en el sentido de abandono del derecho penal del enemigo.

A instancias del Alto Representante de la Unión Europea para la Política Exterior y de Seguridad Común se redactó el documento de 12 de diciembre de 2003, que, presentado al Consejo, fue adoptado en su reunión de 12 y 13 de diciembre del mismo año y que contiene la Estrategia Europea de Seguridad definiendo como principales amenazas para Europa las siguientes:

⁸⁶⁵ “Derecho internacional penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.[Consulta: 18.2.2014],[<http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/5868/1/derecho%20internacional%20penal%20terrorismo.pdf>], p.3. En este trabajo el autor aborda igualmente la cuestión de la ausencia de definición convencional universal del fenómeno terrorista.

⁸⁶⁶ Lo que se debe a que si bien el terrorismo aparece como un fenómeno que preocupa a todos los Estados, no todos los Estados están preocupados por el mismo fenómeno. JIMÉNEZ GARCÍA, *Ibidem*.

.- Terrorismo: relacionando las causas del terrorismo con las presiones ejercidas por la modernización, la crisis cultural, social y política, y la enajenación de los jóvenes que viven en sociedades extranjeras.

.- Delincuencia organizada: estimando preciso investigar las conexiones entre la delincuencia organizada y los grupos terroristas.

Frente a dichas amenazas, determina los siguientes objetivos estratégicos:

.- Política de lucha contra la proliferación de armas, reforzando los Tratados Internacionales y sus disposiciones en materia de comprobación.

.- Solución de los conflictos regionales.

.- Reforzar a los Estados que son víctimas de una situación de debilitamiento.

Pero el fenómeno del terrorismo afecta también y de modo destacado a la dimensión exterior del ELSJ. La promoción del Estado de Derecho en el exterior de la Unión Europea a través de la cooperación es fundamental y contribuye al desarrollo sostenible. Se parte de la premisa de que las sociedades basadas en valores como la buena gobernanza y la democracia conflicto armado y terrorismo, puesto que esta distinción permite a su vez establecer la frontera entre el ámbito de actuación del Derecho Penal como respuesta al fenómeno del terrorismo (y en particular al terrorismo internacional), y el ámbito de aplicación del Derecho internacional que regula tanto el recurso a la fuerza armada en las relaciones entre Estados (*ius ad bellum*) como el comportamiento de las partes contendientes durante un conflicto armado con el fin de limitar los sufrimientos y destrucción causados por el mismo (*ius in* son más resistentes a las amenazas internas que pueden también desestabilizar la seguridad internacional. A este respecto, JIMÉNEZ FORTEA señala la necesidad de distinguir entre *bellum*), derecho internacional humanitario (DIH) o derecho internacional de los conflictos armados (DICA), lo que no significa que terrorismo y conflicto armado sean necesariamente dos fenómenos excluyentes, sino que pueden perfectamente producirse al mismo tiempo.

Centrándonos en un objetivo más específico, con la finalidad de promover el intercambio de información y cooperación sobre delitos de terrorismo, el 19 de diciembre de 2002, el Consejo aprobó la Decisión 2003/48/JAI. Dada la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de esta norma, en lo que concernía a los intercambios de información, el Consejo adoptó posteriormente la Decisión 2005/671/JAI que extiende el intercambio a todas las etapas del procedimiento, incluidas las condenas, y a todas las personas físicas y jurídicas, grupos y entidades que son objeto de investigación, procesamiento o condena por

delitos de terrorismo. Asimismo, la Decisión prevé la posibilidad de crear equipos comunes de investigación.

En esta línea de cooperación e intercambio de información, se han promovido nuevas funciones del Sistema de Información Schengen (SIS) en el marco de la lucha contra el terrorismo. En el Consejo Europeo de Laeken, los Estados Miembros se comprometieron a reforzar la cooperación entre los servicios especializados en la lucha contra el terrorismo. Con este fin se adoptó el Reglamento (CE) nº871/2004 del Consejo y la Decisión 2005/211/JAI del Consejo, relativos a la introducción de nuevas funciones para el SIS. La mejora de las capacidades operativas del SIS parecía necesaria con el fin de permitir una colaboración eficaz con otras instancias, Europol y Eurojust, que a través de dichas normas, serían autorizadas a obtener acceso a un número limitado de categorías de datos del SIS. De hecho, el artículo 93 del Convenio de Schengen de 1990 prevé que el SIS tenga por objeto preservar el orden público, incluida la seguridad del Estado, así como aplicar las disposiciones sobre la circulación de personas. Las principales modificaciones se refieren al acceso de Europol y de los miembros nacionales de Eurojust a los datos introducidos en el SIS, y la ampliación de la lista de categorías de objetos buscados susceptibles de descripción.

En este propósito de cooperación en el intercambio de información en materia de terrorismo, se inscriben también los Acuerdos PNR, firmados entre la Unión y Estados Unidos sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros como medio para luchar contra el terrorismo y la delincuencia organizada, proteger los intereses vitales de las personas e impedir que individuos se sustraigan a las órdenes y medidas de detención emitidas en su contra. Respecto de la aplicación de tales compromisos internacionales, MARTÍNEZ CAPDEVILLA, pone de relieve que, quienes por parte de la UE deben dar cumplimiento a sus previsiones son las compañías aéreas que efectúan vuelos internacionales de transporte de pasajeros con salida o destino en Estados Unidos. Son ellas las obligadas a transmitir al *Department of Homeland Security* (DHS) norteamericano los datos del PNR contenidos en sus sistemas de reserva (*push system*), o a permitir el acceso de forma electrónica por parte del DHS a esos mismos datos (*pull system*). Se aplicará el primer sistema por parte de aquellas compañías que hayan implantado un sistema de transmisión de datos que cumpla las prescripciones técnicas del DHS (punto 2) del Acuerdo). Para las compañías que no hayan implantado tal sistema, se mantendrá el "*pull system*", establecido por el "Acuerdo PNR 2006".

Otro de los medios de combate contra el terrorismo utilizados por las instituciones comunitarias consiste en afrontar los factores que contribuyen a la radicalización violenta. La Comisión se ha fijado como objetivo promover la ayuda al desarrollo como medio de lucha contra la radicalización violenta y la captación de terroristas. Por otra parte, ha manifestado su deseo de profundizar en el diálogo con los países de la cuenca mediterránea en materia de lucha contra la radicalización en el marco de las instituciones que se derivan de los acuerdos de asociación. Este diálogo puede basarse en los planes de acción de la Unión Europea, adoptados en el marco de la Política Europea de Vecindad. Se pretende orientar la acción a promover el Islam moderado en los terceros países en los que es la religión dominante, en alinear las prioridades de financiación de la iniciativa europea para la democracia y los derechos humanos hacia la necesidad de luchar contra el racismo y la xenofobia en el marco de su cooperación con los terceros países en materia de derechos humanos.

Atacar el sistema de financiación de grupos y organizaciones terroristas fue previsto en el Plan de Acción sobre la lucha contra el terrorismo, de 15 de junio de 2004, en el que el Consejo de la Unión insistió en la aprobación de medidas destinadas a impedir la financiación del Terrorismo. Más adelante, en el siguiente Consejo Europeo, celebrado el 25 de marzo, se invitó a los Estados Miembros a aumentar la cooperación entre las autoridades nacionales competentes, las unidades de información financiera y las instituciones financieras privadas para facilitar un mayor intercambio de información sobre la financiación terrorista. En la misma Declaración, el Consejo pidió también a la Comisión que reflexionase sobre las mejores prácticas en materia de regulación y transparencia de los organismos sin ánimo de lucro, con el fin de evitar que pudieran ser utilizados por las organizaciones terroristas para obtener fondos o ponerlos en circulación.

La lucha contra la financiación del terrorismo es contemplada en el Reglamento (CE) 2580/2001 del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo. En su artículo primero, el Reglamento enumera los activos financieros que se contemplan en sentido amplio. Estos activos financieros no pueden ponerse directamente a disposición de determinadas personas físicas o jurídicas inscritas en la lista ni utilizarse en su beneficio. La lista la elabora el Consejo por unanimidad sobre la base de la Posición Común 2001/931/PESC. Los activos se congelan si pertenecen a personas incluidas en la lista.

Si una de las características propias de la construcción del ELSJ es la indefinición de objetivos, que se han ido perfilando al compás de los acontecimientos, esta conclusión es

especialmente predicable en materia de terrorismo, en la que precisamente se ha abogado por una actuación anticipativa, evitando así la exclusividad de la respuesta reactiva frente a cada atentado terrorista de envergadura.

4.2.- El Programa de La Haya: 2004-2009.

El Programa plurianual de La Haya, adoptado durante la presidencia holandesa, en el Consejo Europeo del 4 y 5 de noviembre de 2004, se corresponde con la fase de consolidación, en la que el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia es ya una realidad y pretende por ello desarrollar los aspectos más destacados del espacio, potenciar los logros, avanzar en nuevos ámbitos⁸⁶⁷. Siguiendo esta línea, se elabora el memorando español sobre liderazgo y ambición en la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y un nuevo plan de acción⁸⁶⁸.

4.2.1.- Contenido del Programa: formulación de diez prioridades.

El Programa de La Haya marca el fin de un ciclo y el principio de uno nuevo. Así pues, no es ninguna sorpresa que este segundo programa plurianual se base en la experiencia positiva de los últimos cinco años⁸⁶⁹. Esta influencia de la experiencia precedente se muestra en la distribución y organización de su contenido. En los ya tradicionales capítulos, el Programa de La Haya trata:

⁸⁶⁷ [Consulta: 1.5.2013], [europa.eu > ... > Derechos fundamentales en la Unión Europea].

⁸⁶⁸ Son actos conexos al Programa de La Haya:

- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de junio de 2009- Justicia, libertad y seguridad en Europa desde 2005: una evaluación del Programa de La Haya y del Plan de Acción [COM (2009) 263 final].

- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 28 de junio de 2006- Evaluación de las políticas de la Unión Europea en materia de libertad, seguridad y justicia [COM (2006) 332 final – Diario Oficial C 184 de 8.8.2006].

- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 28 de junio de 2006 – Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir [COM (2006) 331 final – Diario Oficial C 184 de 8.8.2006]

⁸⁶⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia, COM (2005) 184 final, Bruselas, 10.5.2005.

- “Más libertad”: con la Decisión del Consejo 2004/927/CE, de 22 de diciembre se da el paso a la mayoría cualificada y al procedimiento de codecisión en todas las materias del Espacio de Libertad (Título IV TCE), salvo las cuestiones relacionadas con la inmigración legal en las que persiste la regla de la unanimidad. Se prevé la creación de una Agencia Europea de Fronteras (FRONTEX) y la activación de la segunda fase para la creación de un sistema europeo de asilo desde el principio de la integración de los extranjeros y la introducción de la biometría⁸⁷⁰ (enero 2007) e interconexión del sistema de información Schengen SIS II⁸⁷¹ y VIS, la creación de oficinas consulares comunes y el Libro Verde, de 11 de enero de 2005, sobre un enfoque comunitario de la gestión de las migraciones económicas⁸⁷². En este último documento, se adopta el principio de “preferencia comunitaria” en virtud del cual, los Estados miembros tendrán en cuenta las solicitudes de acceso a su territorio con fines de trabajo sólo cuando la oferta de empleo en un Estado miembro no pueda ser cubierta por mano de obra

⁸⁷⁰ Que serviría de fundamento a la actual Decisión 2009/756/CE de la Comisión, de 9 de octubre de 2009, por la que se establecen especificaciones sobre la resolución y el uso de impresiones dactilares a efectos de la verificación e identificación biométricas en el Sistema de Información de Visados (DO L270 de 15.10.2009, p. 14/17) y al Reglamento (CE nº 390/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23.4.2009, por el que se modifica la Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera en relación con la introducción de identificadores biométricos y se incluyen disposiciones sobre la organización de la recepción y la tramitación de las solicitudes de visado. (DO L 131 de 28.5.2009, p.1/10).

⁸⁷¹ CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “Instrumentos de asistencia...”, Op, cit. p. 180. “Mediante la Comunicación COM (2001) 720 final, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre el desarrollo del Sistema de Información Schengen II, se puso en marcha la creación de un sofisticado y nuevo sistema de segunda generación, que siendo objeto de múltiples estudios se pretende que no sea solamente un sistema de información sino también un sistema de investigación, debiendo distinguirse del sistema de información de Europol, favoreciendo la prevención y la detección de amenazas contra el orden y la seguridad públicos más que las investigaciones en materia de delincuencia organizada, si bien se prevé que determinadas autoridades judiciales y policiales, así como Europol y Eurojust tengan acceso al mismo, En este sentido también resulta interesante la Decisión 2001/886/JAI de 6 de diciembre de 2001, relativa al desarrollo de SIS de segunda generación basada en los artículos 30, 31 y 34 del Tratado de la Unión Europea, así como el Reglamento (CE) 2424/2001 de la misma fecha relativo al desarrollo del SIS de segunda generación basado en el artículo 66 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. Además de lo anterior, la red SIRENE fue sustituida por una nueva estructura de comunicación denominada SISNET, que a largo plazo debería transformarse en el sistema de información europeo, integrando más datos de los inicialmente previstos para el SIS.

⁸⁷² COM (2004) 811. En su Comunicación sobre inmigración, integración y empleo [COM (2003) 336 final], la Comisión había destacado que debido a la evolución demográfica se podría esperar un descenso del empleo después de 2010. La disminución del número de activos entre 2010 y 2030 ya se preveía del orden de veinte millones de trabajadores para la UE-25. Ante el impacto que la disminución y el envejecimiento de la población tendrían en la economía y competitividad europea, la Comisión consideró que unos flujos migratorios más constantes serían necesarios para cubrir las necesidades del mercado laboral y que por lo tanto en la UE era necesario adoptar criterios y normas comunes transparentes y más armonizados para la admisión de los inmigrantes económicos. [Consulta: 16.3.2012], [http://europa.eu/legislation_summaries/other/c11331_es.htm].

nacional o comunitaria o por mano de obra no comunitaria residente de forma permanente y legal en el Estado miembro y que ya pertenezca al mercado laboral de dicho Estado miembro.

- "Más seguridad": a través del refuerzo de iniciativas ya en marcha como Europol, SITCEN⁸⁷³ y el coordinador antiterrorista⁸⁷⁴, figura a la que se encomienda aportar una visión de conjunto sobre todos los instrumentos antiterroristas de que dispone la Unión Europea, hacer un seguimiento de la aplicación de la estrategia antiterrorista europea y garantizar que la UE juegue un papel activo en la lucha contra el terrorismo⁸⁷⁵. Se elabora el plan de acción de la Unión Europea de lucha contra el terrorismo, acogiendo el principio de disponibilidad de la información, que se plasma en el documento del Consejo de la Unión Europea de 30 de noviembre de 2005, sobre una Estrategia para la lucha contra el terrorismo, en la que se instauran las líneas de prevención, protección, persecución y reacción.

Se incide igualmente en la lucha contra el crimen organizado, el tráfico de personas y el narcotráfico con iniciativas como la Red Europea de Prevención de la delincuencia (en adelante REPD). En efecto, respondiendo a la finalidad preventiva, se elaboró la Decisión 2009/902/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se crea una Red Europea de Prevención de la Delincuencia y se deroga la Decisión 2001/427/JAI. La necesidad de actuar en el ámbito de la prevención de la delincuencia se identificó por primera vez en el Consejo Europeo de Tampere. En septiembre de 2008, una evaluación de la REPD señaló la necesidad de reforzar la red. Al objeto de incorporar los nuevos cambios, se adoptó la nueva Decisión. Su misión consiste en ayudar a desarrollar medidas de prevención de la delincuencia en la Unión Europea. Al instaurar un marco para la cooperación entre los Estados miembros, la red respalda también actividades de prevención de la delincuencia a escala nacional y local.

⁸⁷³ SITCEN (centro conjunto de situaciones para el análisis de inteligencia) se ha convertido en el organismo más importante de la inteligencia europea. Se encarga de elaborar informes de riesgo y situación política en todas las regiones del mundo donde la UE puede tener intereses. Sus documentos de trabajo se destinan al Consejo Europeo, en la actualidad a la Alta Representante para la política exterior común, pero pueden ser accesibles a todos los Estados miembros. Con carácter excepcional, puede realizar misiones sobre el terreno.

⁸⁷⁴ Sobre la figura del coordinador antiterrorista y valoración de su mandato, vid. ARGOMANIZ, J. "El proceso de institucionalización de la política antiterrorista de la Unión Europea", *Revista CIDOB d'Afers Internacional*, núm. 91, págs. 125.145, [Consulta: 16.3.2012], [www.cidob.org/ca/content/.../24688/.../6_JAVIER+ARGOMANIZ.pd...]. El autor pone también de relieve las reticencias de los Estados miembros a la propuesta planteada de creación de una Agencia europea de inteligencia.

⁸⁷⁵ [16.3.2012], [www.lukor.com/not-por/0709/19121930.htm].

La prevención de la delincuencia abarca todas las políticas y acciones destinadas a reducir la delincuencia y sus causas, así como la inseguridad percibida por los ciudadanos. La REPD se encarga de mejorar la cooperación, los contactos e intercambio de información entre las partes implicadas, recabar, evaluar y compartir información, organizar conferencias y actividades y compartir resultados, poner su competencia a disposición de las instituciones europeas (Consejo y Comisión), informar anualmente al Consejo acerca de su trabajo y desarrollar y llevar a cabo un programa de trabajo que aborde amenazas delictivas relevantes. Para cumplir sus funciones, la REPD utiliza diversos medios de intercambio de información. A través de representantes nacionales y puntos de contacto, mantiene estrechos contactos con todas las partes relevantes⁸⁷⁶.

.- “Más justicia”: eligiendo la vía de la armonización legislativa en materia de exhortos para la obtención de pruebas y derecho procesal. Tiene lugar en este momento la creación del registro europeo de antecedentes penales⁸⁷⁷. El Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), se creó como respuesta a esta evidente necesidad de mejorar el intercambio de información sobre antecedentes penales al nivel europeo. En la práctica, ECRIS es un sistema electrónico de interconexión de las bases de datos de los registros de antecedentes penales de todos los Estados miembros, en el que éstos intercambian información sobre condenas de una manera rápida, uniforme y fácilmente transferible por ordenador. El sistema permite a magistrados y fiscales acceder fácilmente a una información completa sobre el historial delictivo de cualquier ciudadano de la UE, con independencia de en qué países de la UE dicha persona haya sido condenada en el pasado. De este modo, los delincuentes no podrán eludir su pasado criminal desplazándose simplemente de un Estado miembro a otro y se podrá dar adecuada respuesta a los delitos ya cometidos⁸⁷⁸. Dado que ECRIS, con su principio de centralización de la información en el Estado de la nacionalidad, se refiere exclusivamente a los nacionales de la UE, en la actualidad no es posible determinar si

⁸⁷⁶ Teniendo tal consideración los organismos de prevención de la delincuencia, las autoridades locales y la sociedad civil.

⁸⁷⁷ Decisión del Consejo por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI y Decisión Marco 2009/325/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros. Esta última Decisión distingue con carácter general tres niveles de información que deben transmitirse: obligatoria, optativa y complementaria. Sobre la normativa reguladora de ECRIS, vid. ARANGÜENA FANEGO, C., “Perspectivas de la e-Justicia en Europa”, SENÉS MOTILLA, C. (Coord.), *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, Pamplona: Thomson Reuters, 2010, págs. 63-72.

⁸⁷⁸ [Consulta: 9.1.2012], [http://e-justice.europa.eu/content_criminal_records-95-es.do].

han sido condenadas previamente en otros Estados miembros las personas originarias de Estados distintos de los países miembros de la UE (nacionales de terceros países) sin previa consulta de todos esos Estados. El Registro se basa en un sistema de interconexiones bilaterales múltiples, opción preferida por el Consejo al registro centralizado de nombre. Por coherencia, esta opción inspira también los nuevos proyectos en la materia⁸⁷⁹.

- En la “Dimensión Exterior” se busca la asociación con terceros países, la elaboración de programas de protección regional, de una estrategia exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la Estrategia para África y la celebración de acuerdos de readmisión.

La Comisión considera necesario concentrar el esfuerzo en diez prioridades⁸⁸⁰ que van a definir el contenido del Programa:

- 1.- Reforzar los derechos fundamentales y la ciudadanía.
- 2.- Lucha contra el terrorismo.
- 3.- Definir un enfoque equilibrado de la inmigración.
- 4.- Elaborar una gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión.
- 5.- Establecer un procedimiento común en materia de asilo.
- 6.- Maximizar las repercusiones positivas de la inmigración.
- 7.- Encontrar el equilibrio adecuado entre la protección de la vida privada y la Seguridad.
- 8.- Elaborar un concepto estratégico relativo a la delincuencia organizada.
- 9.- Garantizar un auténtico espacio europeo de justicia.
- 10.- Compartir las responsabilidades y velar por la solidaridad.

⁸⁷⁹ PALOMO DEL ARCO, A., “Intercambio de información sobre condenas penales...”, op. cit. p. 242 resume el funcionamiento y la finalidad práctica de ECRIS señalando que se pretende que cuando una autoridad judicial española solicite al Registro Central de Penados español los antecedentes de un ciudadano nacional de Alemania, Bélgica o Francia, al devolverlos cumplimentados el Registro, obren tanto los que consten en el Registro español, como en el Registro central de su nacionalidad; y así en cualquier caso donde en uno de los Estados se soliciten por las autoridades judiciales, antecedentes penales de un nacional de otro de los estados interconexionados. También sobre este instrumento, del mismo autor, “Antecedentes penales (Registro de condenas) en el ámbito europeo, en DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal en la UE...*, Op. cit. págs. 372-400 y ARANGÜENA FANEGO, C., “La acción de la Unión Europea en materia de e-Justicia”, DE LA OLIVA SANTOS, A. et al, *La e-Justicia en la Unión Europea*, ARANZADI, 2012, págs. 50-55.

⁸⁸⁰ “Entre los objetivos estratégicos ya acordados por el Consejo Europeo en el Programa de La Haya con el objeto de consolidar el espacio de libertad, seguridad y justicia y que se plasman en medidas concretas en el capítulo 3 (anexo) siguiendo el orden propio del Programa de La Haya, la Comisión ha identificado diez prioridades en las que considera que hay que concentrar los esfuerzos colectivos durante los próximos cinco años”, COM (2005) 184 final, Bruselas, 10.5.2005, punto 2.3.

En atención a los anteriores objetivos, las principales realizaciones del Programa de La Haya se concretaron en las siguientes:

I.- En materia de inmigración y asilo pueden considerarse como logros las siguientes acciones:

A.- Elaboración y puesta en práctica de la segunda fase del Sistema Europeo de Asilo mediante la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril⁸⁸¹, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005⁸⁸² sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado y la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008⁸⁸³, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

B.- Pacto Europeo sobre la Inmigración y el Asilo⁸⁸⁴, instrumento en el que, con el propósito de dar una respuesta global al fenómeno de los flujos de inmigración estructurales se fijan los siguientes objetivos concretos que reseña FONSECA MORILLO⁸⁸⁵: a) Puesta en marcha en el año 2009 de una Oficina Europea de Apoyo al

⁸⁸¹ DO L 304 de 30.9.2004.

⁸⁸² DO L 326 de 13.12.2005.

⁸⁸³ DO L 348 de 24.12.2008. Como señala ARANGÜENA FANEGO, C., "Garantías procesales en la Directiva de retorno", *Revista de Estudios Europeos*, Nº 50, 2008, p. 90, el fundamental aspecto positivo de este acto legislativo reside en el reconocimiento de un conjunto de derechos procesales básicos a los extranjeros en situación irregular que deben ser garantizados en todos los Estados miembros muchos de los cuales brillaban por su ausencia o eran objeto de una regulación insuficiente a nivel nacional. Ello no obstante, ha de tenerse en cuenta que, a los efectos de nuestro objeto de estudio, y conforme a su art. 2.b), esta norma no se aplica a aquellos supuestos en que la medida de retorno sea constitutiva o consecuencia de una sanción penal o se trate de persona sometida a procedimiento de extradición.

⁸⁸⁴ Adoptado en el Consejo Europeo del 15 y 16 de octubre de 2008 bajo el impulso de la Presidencia Francesa, Conclusiones de la Presidencia, 14292/1/04 REV 1.

⁸⁸⁵ "El derecho de asilo en tanto derecho fundamental en el marco del derecho comunitario", *Revista de Estudios Europeos*, Nº50, 2008, págs.16 y 17. Sobre la significación de este instrumento véase también BURGOS NIETO, E., "La política de asilo e inmigración en la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos*, Nº 50, 2008, pp. 70 y 71, para quien La importancia del Pacto hay que medirla valorando este impulso político que al actuar al más alto nivel sitúa la política de asilo e inmigración al más alto nivel. Para ARENAS HIDALGO, N., "El derecho de asilo en el marco de la política comunitaria de contención de flujos migratorios", *Revista de Estudios Europeos*, Nº 50, 2008, p. 143, el Pacto, sin embargo ignora todo lo relativo a la tramitación conjunta de solicitudes para centrar su apoyo a las políticas de reasentamiento.

Asilo; b) Adopción, a más tardar en el año 2012, de un procedimiento de asilo único; c) Puesta en marcha de un procedimiento de asistencia a un Estado miembro en caso de afluencia masiva de peticionarios de asilo; d) Refuerzo de la cooperación con el Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los refugiados y e) Formación del personal encargado del control de las fronteras exteriores a cargo de los Estados miembros.

II.- Adopción de la Estrategia UE-África para el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en diciembre de 2005). En las conclusiones del Consejo Europeo de diciembre de 2005, se destacó el enfoque global sobre migración, con medidas prioritarias centradas en África y el Mediterráneo que dieron también lugar a la Comunicación de la Comisión “El enfoque global sobre migración un año después: una política migratoria europea integral” (2006), a la elaboración de un nuevo plan de la Unión Europea para la lucha contra el terrorismo tras los atentados de Londres del 7 de mayo, a la revisión del Programa de la Haya para diciembre 2006, la introducción de datos biométricos en enero de 2007 y evaluación de los nuevos Estados Miembros para su incorporación a Schengen (2007) y futura aprobación SIS II (2007).

III.- Elaboración de un Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla⁸⁸⁶ que incluye criterios de determinación de la competencia internacional para la investigación y enjuiciamiento de este delito y mecanismos de coordinación de actuaciones⁸⁸⁷.

IV.- Diseño de una estrategia de protección de datos personales.

V.- Adopción de normas mínimas para la tipificación del delito informático.

VI.- Propuesta del sistema informático europeo para el intercambio de información (en junio de 2005), sobre la base del registro de antecedentes penales desarrollado por España, Alemania y Francia.

VII.- Programa de actuación antiterrorista

VII.- Puesta en marcha de FRONTEX (en mayo de 2005).

Esta es, añadimos, una de las principales críticas que ha recibido este instrumento. No obstante esta valoración controvertida, los aspectos reseñados por FONSECA MORILLO permiten incluirlo dentro de los éxitos atribuibles al Programa de La Haya.

⁸⁸⁶ DO C 311/1, 9.12.2005. Este plan fue elaborado a consecuencia del punto 1.7.1 del Programa de La Haya. En él se solicita a la Comisión y al Consejo la adopción en 2005 de un plan con vistas al desarrollo de normas comunes, mejores prácticas y mecanismos idóneos para prevenir y combatir la trata de seres humanos.

⁸⁸⁷ Entre ellas, el art. 5.iii) del Plan se refiere a la promoción de iniciativas regionales que complementen e inspiren una cooperación amplia de la UE. Por ejemplo, el Grupo Nórdico Báltico contra la trata de seres humanos, la iniciativa de Cooperación en Europea Sudoriental, el Proceso paneuropeo de Budapest, el diálogo 5+5 sobre migración en el Mediterráneo occidental y el Diálogo Mediterráneo sobre Migración en Tránsito, la “Alianza contra la trata” así como otros foros y organizaciones.

VIII.- Adopción de la Estrategia para la Dimensión Exterior JAI (en noviembre de 2005).

XIX.- Creación del Foro Europeo de la Justicia.

X.- Primeros pasos en la construcción de un modelo europeo de justicia juvenil.

Como afirman SORROZA BLANCO y RODRÍGUEZ, de las evaluaciones intermedias del Programa de la Haya se extrae la conclusión de que la ejecución nacional de estas políticas es mejorable, tal y como la Comisión viene denunciando desde 2006. Se reconoce claramente que una parte del acervo sigue siendo virtual y entre las causas que se dan para explicar esta situación destacan dos:

.- Los Estados Miembros no pueden ser llevados ante el Tribunal de Justicia en caso de cometer infracciones.

.- Las negociaciones en el Consejo a menudo son difíciles y lentas, y el requisito de la unanimidad lleva a menudo a acuerdos suavizados.

.- Sigue habiendo diferencias en el nivel de protección de las personas en los procesos judiciales y durante este período no han podido adoptarse garantías procesales mínimas en materia penal.

.- Los intercambios de información entre las autoridades nacionales en relación con personas condenadas no son plenamente eficaces.

.- A nivel operativo, la acción policial más allá de las fronteras nacionales se enfrenta a numerosos obstáculos.

Puede concluirse, tal como afirman ARGOMANIZ y BERMEJO CASADO que “lo que ofreció el Programa de La Haya es más una lista extensa de propuestas que una visión estratégica clara de futuro, donde el énfasis se puso en el hecho de llevar a cabo las políticas acordadas anteriormente para evitar así aspectos polémicos, más que en proporcionar innovaciones importantes.” Ello no obstante, el Programa de La Haya también inyecta el capital político necesario para la gestación de una dimensión externa coherente del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, hasta entonces claramente subdesarrollado y refleja la voluntad de producir unas políticas más consistentes que ayuden a superar su deslavazado desarrollo.

4.2.1.1.- Estrategia de protección de datos personales

Esta es precisamente una de las principales aportaciones del Programa de La Haya y parte de la afirmación de que el intercambio de información debería regirse por el principio de disponibilidad⁸⁸⁸. Lo que significaba que, en todo el territorio de la Unión, un funcionario de policía de un Estado miembro que necesitase información para llevar a cabo sus obligaciones pudiera obtenerla de otro Estado miembro y que el organismo policial de otro Estado miembro que poseyese dicha información la facilitaría para el propósito indicado, teniendo en cuenta el requisito de las investigaciones en curso de dicho Estado⁸⁸⁹. El principio de disponibilidad de la información aparece formulado por primera vez en la Comunicación al Consejo por la que se detallaban las diez prioridades del Programa de La Haya cuando entre las cuestiones relativas a la primera prioridad “derechos fundamentales y ciudadanía” se afirmaba la necesidad de “*prestar especial atención a la protección de los datos personales cuyo carácter de derecho fundamental con entidad propia, distinto del derecho a la intimidad, se reconoce en la Carta de derechos fundamentales y en la Constitución*”; y en relación al terrorismo, “*especialmente a la hora de intercambiar información pertinente para la investigación de actividades terroristas*”. En la prioridad séptima, “*Encontrar el equilibrio adecuado entre la protección de la vida privada y la seguridad al compartir información*” se relacionan el principio de disponibilidad y la necesaria protección de los datos de carácter personal. Como señala ETXEBERRÍA GURIDI “esta prioridad subraya que el intercambio de

⁸⁸⁸ Lograr una política europea en materia de inteligencia requiere de un fluido intercambio de información. Para favorecer la confianza y la seguridad se han asentado dos principios: el de acceso equivalente y el de disponibilidad. Conforme al primero, aquellos habilitados de una agencia podrán acceder a las bases de datos en condiciones no más estrictas que para las agencias nacionales, algo que no sería posible si no hubiera igualdad de formatos y de traducciones. Frente al principio de disponibilidad, otras normas (así Decisión marco 2006/960/JAI sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la UE) acogen el principio de acceso equivalente a los datos de las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley. El primer objetivo fundamental de la política de información para garantizar el cumplimiento de la ley es la libre circulación de la información entre los servicios competentes, incluidos Europol y Eurojust. Actualmente, las autoridades competentes pueden utilizar bases de datos accesibles a nivel nacional. Sin embargo, las autoridades de otros Estados miembros no tiene acceso en la práctica debido a la cantidad de problemas que se les plantean. La política de información pretende hacer accesible esta información a todas las autoridades de la UE, incluidos Europol y Eurojust, con el fin de asistirles en el cumplimiento de sus funciones de conformidad con el Estado de Derecho. No obstante, la experiencia en los siguientes meses mostró cómo sus posibilidades de éxito son escasas y el peso del principio más moderado de disponibilidad ha ganado terreno. DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M. et al, “Cooperación europea en inteligencia...”, págs.126 y 270. Asimismo MARTÍNEZ PÉREZ, F. y POZA CISNEROS, M., “El principio de disponibilidad...” op. cit. págs. 417-423.

⁸⁸⁹ JAIME-JIMÉNEZ, O. y CASTRO MORAL, L., “La criminalidad organizada en la Unión Europea: Estado de la cuestión y respuestas institucionales”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, Nº 91, 2010, págs. 173-194.

información resulta esencial en la lucha eficaz contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza. Ahora bien, se añade, este intercambio de información no es admisible ilimitadamente, sino en el marco de un equilibrio adecuado entre seguridad y vida privada: ‘respetando plenamente los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos, así como el principio de disponibilidad de la información’. En este contexto, se concreta lo que ha de entenderse por *principio de disponibilidad*: ‘las autoridades de un Estado miembro pondrán a disposición de las autoridades de otro Estado miembro la información que necesiten a efectos represivos, bajo ciertas condiciones’⁸⁹⁰.

Por estos motivos y con estas finalidades se elaboraron normas para adaptar la estrategia de protección de los datos personales al ELSJ por cuanto la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁸⁹¹ no se aplica a los actos adoptados en el ámbito del Título VI TUE, habiéndose elaborado con carácter específico para el ámbito del ELSJ la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008 relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal⁸⁹²,

⁸⁹⁰ EXTEBERRIA GURIDI, J.F., *Principio de disponibilidad y protección de datos personales: a la búsqueda del necesario equilibrio en el espacio judicial europeo*, Eguzkilore, Número 23. San Sebastián Diciembre 2009 351-366, [Consulta: 10.9.2011],[www.ivac.ehu.es/p278-content/es/...23.../27].

⁸⁹¹ DO L 281 de 23.11.1995, pp. 31/50. Esta directiva junto con el Reglamento provisional relativo a la protección de datos en aplicación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO C 323 de 14.11.2000, p.6/6) es la encargada de diseñar esta estrategia de protección de datos personales, siendo su objetivo garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal de las personas físicas, pero también a asegurar la libre circulación de esos datos en la Unión Europea. Con arreglo a la Directiva, todo tratamiento de datos personales debe ser leal y lícito. Según el artículo 6 de la Directiva, los datos de carácter personal deben recogerse con fines determinados, explícitos y legítimos, y no podrán ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines (principio de finalidad). Los datos deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que se recaban (principio de proporcionalidad); la información obtenida no puede transferirse a terceras personas que no estén autorizadas. El tratamiento de los datos puede efectuarse si el interesado da su consentimiento o si se cumplen una o más condiciones; por ejemplo, si el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento o si es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento. El tratamiento de datos sensibles es posible si es necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial. Además, los requisitos de transparencia de la Directiva establecen la obligación de comunicar a la persona de quien se recaban los datos el tipo de tratamiento dado a sus datos personales, la identidad del responsable del tratamiento, los fines del tratamiento y los posibles destinatarios de los datos. De conformidad con las disposiciones anteriores, los fines del tratamiento, el tipo de información personal solicitada y los destinatarios de los datos deben definirse con precisión, informando de todo ello a la persona de quien se recaban los datos.

⁸⁹² DO L 350/60 de 0.12.2008.

Otras normas elaboradas en materia de protección de datos de carácter personal aplicables en materia de actos adoptados en el ámbito del Título VI TUE son la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de

norma que sigue los principios generales contenidos en la Directiva 95/46, pero que aplica importantes restricciones, al vincular el tratamiento de los datos de carácter personal a la investigación y represión de la delincuencia. La DM no unifica, sin embargo, el régimen jurídico aplicable, sino que éste se complica cuando en su artículo 28 dispone que los actos adoptados antes de la entrada en vigor de la referida norma, que regulen el intercambio de datos personales entre Estados miembros o el acceso a sistemas de información, o contemplen disposiciones específicas sobre protección de datos, “éstas primarán” sobre las disposiciones de la DM. Además, el considerando 39 establece de manera expresa que las disposiciones de la presente DM no afectarán a las disposiciones sobre protección de datos que rigen el funcionamiento de Europol, Eurojust, el SIS y el Sistema de Información Aduanero, ni a las disposiciones contenidas en la Decisión 2008/615/JAI⁸⁹³ del Consejo, de 23 de junio de 2008 sobre transferencia automatizada de perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y datos de registros nacionales de matriculación de vehículos. Estas exclusiones operarán en el único supuesto de que la regulación que contienen resulte de mayor precisión y detalle que la contenida en la DM.

Tal como afirma su Exposición de Motivos, la norma tiene por objeto establecer los principios que han de regir la transferencia de datos entre Estados miembros, de conformidad con el principio de libre disponibilidad de la información establecido en el Programa de La Haya, en relación a las actuaciones practicadas en el marco del anterior tercer pilar. Ello porque la Directiva 95/46/CE se aplica exclusivamente al tratamiento de datos personales realizado en el ámbito del derecho comunitarizado, sin comprender las operaciones relacionadas con la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado o las actuaciones del Estado en materia penal. Este diferente ámbito de aplicación de ambas normas ha de entenderse subsistente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Del mismo modo, la Decisión marco se aplicará únicamente a los datos recogidos o tratados por las autoridades competentes para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales y la ejecución de sanciones penales (considerando 6), con exclusión de la transmisión de datos personales a particulares en el contexto del enjuiciamiento penal. Otra de las finalidades de la norma es definir los derechos del

2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza y la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust, que se refieren a la cuestión en términos tangenciales. En el último supuesto, previendo autoridades de control mediante la designación de un responsable de protección de datos entre sus miembros.

⁸⁹³ DO L 210 de 6.8.2008, p.12.

interesado, con el propósito de otorgarles protección sin perjudicar el resultado de la investigación judicial.

Las facultades en orden a las operaciones relativas a datos personales se atribuyen a las autoridades de control, que podrán ser las mismas creadas en los Estados miembros en virtud de la Directiva 95/46/CE. La Decisión marco da por supuesta su naturaleza administrativa, prescribiendo que habrán de disponer de competencias de investigación y de intervención, las cuales, en ningún caso habrán de afectar al desarrollo del proceso penal ni a la independencia del poder judicial.

Además, la Decisión marco regula de modo preciso su relación con las restantes normas comunitarias y el Convenio del Consejo de Europa. En particular, la Decisión marco no interfiere en la aplicación del derecho comunitario preexistente en materia de protección de datos dentro del anterior ámbito comunitarizado o primer pilar. En relación a los actos normativos dictados en virtud del título VI TUE, se considerará como norma complementaria de las anteriormente dictadas, aunque, en ningún caso supondrá modificación alguna de las normas que rigen el funcionamiento de Europol, Eurojust, el SIS, el Sistema de Información Aduanero (SIA), la transferencia automatizada de perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y datos de los registros nacionales de matriculación de vehículos. Esta Decisión marco tampoco deberá modificar las condiciones más estrictas impuestas a los Estados en los actos adoptados en el ámbito del ELSJ con un ámbito de aplicación más limitado que la Decisión marco. Finalmente, la Decisión marco no interfiere en la aplicación de los convenios sobre la materia elaborados por el Consejo de Europa, señaladamente el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personas, ni a su Protocolo adicional de 8 de noviembre de 2001, ni a los convenios del Consejo de Europa relativos a la cooperación judicial en materia penal.

4.2.1.2. Ciberdelincuencia

En el ámbito de la delincuencia cibernética, la intervención comunitaria se centra en la prevención de ataques a sistemas de información, especialmente los procedentes de la delincuencia organizada y grupos terroristas. Con la finalidad de dar un enfoque global a dicha actuación y conjurar los obstáculos derivados de la diversidad legislativa de los Estados miembros, con repercusión negativa en la debida cooperación judicial y policial, se dictó la

Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005⁸⁹⁴ relativa a los ataques contra los sistemas de información. La Directiva pretende establecer normas mínimas para la tipificación del delito informático en las modalidades de acceso ilegal e intromisión ilegal en los sistemas de información e intromisión ilegal en los datos. En su artículo 2, regula el acceso ilegal a los sistemas de información. Por su parte, el artículo 3, tipifica la intromisión ilegal en los sistemas de información, y finalmente, el artículo 4 sanciona el delito de intromisión ilegal en los datos. Del tenor de dichos preceptos puede extraerse la conclusión de que suponen ya una toma de posición frente a determinadas opiniones doctrinales, que propugnan la inexistencia de un delito informático en sí mismo considerado, entendiendo que nos encontramos simplemente ante una modalidad comisiva de cualquier otro delito y no de una figura delictiva con sustantividad propia, pero con características de transnacionalidad y derivadas de la globalización que justificarían una actuación comunitaria e internacional .

Se trata de una tipificación selectiva y restrictiva derivada del principio de subsidiariedad y del objetivo señalado en la intervención. Ello se desprende del análisis comparativo de la clasificación realizada en el Convenio sobre Ciberdelincuencia celebrado en Budapest, de 23 de noviembre de 2001, que distingue entre: A) Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos (acceso ilícito, interceptación ilícita, interferencia en los datos, interferencia en el sistema y abuso de dispositivos) B) Delitos informáticos en sentido estricto (falsificación informática y fraude informático) C) Delitos relacionados con el contenido (delitos relacionados con la pornografía infantil y delitos relacionados con infracciones a la propiedad intelectual y de los derechos afines).

Como circunstancias agravantes aplicables a estos tipos básicos, el artículo 7 prevé la comisión del delito en el marco de una organización delictiva tal como la define la Acción Común 98/733/JAI y la causación de graves daños o afectación de intereses esenciales.

El artículo 10 establece las normas de competencia internacional de manera que cada Estado miembro será competente para conocer de los delitos tipificados en los artículos 2 a 4 cuando la infracción se haya cometido total o parcialmente en su territorio, o por uno de sus nacionales o en beneficio de una persona jurídica con domicilio social en su territorio precisando que la competencia internacional comprenderá en todo caso el supuesto de que el autor la cometa en su territorio con independencia de la ubicación del sistema de

⁸⁹⁴ DO L 69/67 de 16.3.2005.

información, o bien, el sistema de información se encuentre en su territorio, con independencia del lugar en el que obre el autor. Como particularidad en orden a la determinación de las normas de competencia internacional, la presente Decisión marco no emplea el criterio del establecimiento de la persona jurídica, sino el de domicilio social.

La cuestión de la interpretación de tal especificidad es confusa, pues pudiera optarse por una primera interpretación que hiciera sinónimos a ambos términos, atribuyendo competencia a cada Estado cuando la persona jurídica imputada desarrollase su actividad en el Estado miembro en cuestión, con independencia de que el centro de su actividad social se encuentre dentro del territorio de dicho Estado, opción que, en principio, favorecería en mayor medida la represión de tales hechos. Una segunda interpretación, más restrictiva, implicaría atribuir competencia únicamente al Estado miembro en el que la persona jurídica tiene formalmente establecido su domicilio social, lo que resultaría más acorde con el problema aludido de aplicación de la ley penal en el espacio tratándose de delitos informáticos, y contribuiría a clarificar esta fijación de competencia, extremo éste que se ha fijado como unos de los objetivos del Programa de Estocolmo. Como contrapartida, en determinados casos pudiera dificultar la investigación de los hechos, cuando el domicilio social no corresponde al efectivo centro de operaciones de la sociedad.

En línea con lo anterior, y en aras de obviar estos inconvenientes, cuando en virtud de las anteriores normas de competencia, el conocimiento del delito pudiera corresponder a más de un Estado miembro, se prevé un sistema de colaboración entre los Estados miembros implicados. En virtud de este mecanismo, decidirán entre ellos de común acuerdo sobre la centralización de la competencia, previo auxilio, de ser preciso, de los organismos comunitarios creados para facilitar la cooperación judicial. Como se ha señalado, se trata de una solución a la cuestión, puesta de relieve por la doctrina penalista, en orden a salvar las dificultades derivadas de la aplicación de la ley penal en relación a los cibercrimes, en cuanto no se cometen en un determinado espacio físico, sino en el ciberespacio.

Dentro de este particular y limitado campo de actuación respecto del cibercrimen, otro de los aspectos contemplados por la normativa comunitaria, con incidencia en el ELSJ, se aborda en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 30 de marzo de 2009, sobre protección de infraestructuras críticas de información (ICI). Esta norma lleva por rúbrica: “Proteger Europa de ciberataques e interrupciones a gran escala: aumentar la preparación, seguridad y resistencia”. Según la Comunicación, en la actualidad, el intercambio de datos

fiables sobre incidentes de seguridad entre los Estados miembros sigue siendo informal, o bien se limita a intercambios bilaterales. Con esa finalidad de protección, la Comisión propone la definición por los Estados miembros, con la colaboración de ENISA, de un nivel mínimo de capacidades y servicios para los equipos de respuesta a incidentes de seguridad de la información (CERT), la puesta en marcha de una asociación público-privada europea de resistencia (EP3R) sobre objetivos de mejora de la seguridad y la resistencia, el establecimiento de un foro europeo para facilitar el intercambio de información entre los Estados miembros y la puesta en marcha y desarrollo de un sistema europeo de intercambio de información y alerta (EISAS) que llegue a los ciudadanos y a las PYMES.

Esta actividad europea, sin embargo, no funciona de un modo aislado, sino que debía integrarse con las actividades desarrolladas en el seno del Consejo de Europa, fundamentalmente mediante la ratificación del Convenio contra la Cibercriminalidad, de 2001, que estaba llamado a convertirse en el marco jurídico de referencia.

En segundo lugar, dentro del G8 se ha establecido una red de información permanente de puntos de contacto con las autoridades competentes con la finalidad de recibir y responder a las solicitudes urgentes de cooperación en casos donde intervengan pruebas electrónicas. Son los Estados miembros quienes habrían de adherirse a esta red, cuyos puntos de contacto cooperan directamente complementando las estructuras existentes de ayuda mutua y de canales de comunicaciones. En el ámbito del G8 también se ha abordado la cuestión de las posibles soluciones a las dificultades específicas de investigación que ofrecen los delitos informáticos referidas a la posibilidad de incautación de información para la investigación de los hechos cuando se ven implicadas redes transnacionales. A nivel UE los pasos fundamentales se han dado mediante los instrumentos normativos adoptados en cumplimiento del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre obtención de prueba y también mediante la precedentemente analizada Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008 relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

4.2.1.3 Actuación antiterrorista

Tras las experiencias de atentados vividas, el derecho comunitario supera una visión meramente reactiva frente al fenómeno terrorista, diseñando un programa de actuación que se fundamenta en las siguientes líneas: prevención, protección, persecución y respuesta, que constituyen los cuatro ejes de su enfoque global.

a) PREVENIR que las personas de religión musulmana, sobretodo las jóvenes, se sientan atraídas por el terrorismo, asegurándose que la voz de la opinión mayoritaria y moderada en el Islam prevalece sobre la extremista.

b) PROTEGER las fronteras exteriores y los medios de transporte transfronterizos desarrollando Frontex, estableciendo el Sistema de Información de visados y la segunda generación del SIS.

c) PERSEGUIR a los terroristas coordinadamente en todos los países de la Unión y utilizando los análisis del Sitcen para desarrollar una comprensión común de la amenaza que permita desarrollar políticas comunes para responder a la misma.

d) RESPONDER a posibles ataques de forma conjunta, aceptando que no se puede reducir la amenaza a cero, mediante acuerdos de cooperación en caso de crisis, y reforzando el mecanismo comunitario de protección civil.

En la lucha contra el terrorismo, la Unión se consagra tanto a la prevención y la represión de los actos terroristas, como a la protección de las infraestructuras y de los ciudadanos. Lucha también contra las causas, los medios y las capacidades del terrorismo .

Si el Tratado de Amsterdam había sentado las bases de una actuación de la Unión, por entonces limitada a cualquier Estado Miembro, esta acción se intensificó con los atentados que sufrieron los Estados Unidos (2001) y Europa (Madrid y Londres en 2004 y 2005). Cuando el Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004 adoptó el Programa de La Haya, recogió entre las diez prioridades de la Unión destinadas a reforzar el ELSJ durante los siguientes cinco años, la lucha contra el terrorismo. Tal prioridad fue explicitada en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2005. En dicho documento:

- La Comisión hace hincapié en la prevención del terrorismo y el intercambio de información.
- Subraya la necesidad de apoyo a los Estados Miembros en su lucha contra el terrorismo, concentrándose en los aspectos relacionados con la captación de terroristas y la financiación,

la prevención, el análisis de riesgos, la protección de infraestructuras sensibles y la gestión de consecuencias.

.- El carácter esencial de una cooperación externa eficaz en el ámbito de la colaboración con terceros países.

Las medidas adoptadas por la Comisión para alcanzar estos objetivos son destinadas a reforzar la cooperación de las fuerzas de seguridad de los Estados Miembros, especialmente mediante la mejora del intercambio de información, creación de un marco de protección de datos en este ámbito, sobre la radicalización y la captación de terroristas, la protección de infraestructuras críticas, la prevención y la lucha contra la financiación del terrorismo, evitar la utilización abusiva de organizaciones caritativas para financiar el terrorismo y el seguimiento del proyecto piloto a favor de las víctimas del terrorismo .

Para el período 2007-2013, la Unión ha establecido un programa específico destinado a apoyar los proyectos en materia de prevención, preparación y gestión de las consecuencias de los ataques terroristas y de otros riesgos en materia de seguridad. Este programa forma parte del Programa Marco “Seguridad y Defensa de las libertades”. En la Decisión 2007/124/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2007 , por la que se establece el programa se fijan como objetivos el promover y apoyar evaluaciones de riesgos sobre infraestructuras críticas, la elaboración de metodologías de protección y de normas de seguridad, apoyar medidas operativas compartidas para mejorar la seguridad de las cadenas transfronterizas de suministros y fomentar la cooperación y los intercambios de experiencias en el ámbito de la protección de las infraestructuras críticas. La gestión de crisis se aborda mediante la promoción del intercambio de conocimientos técnicos y buenas prácticas entre los encargados de gestión de crisis y la organización de ejercicios conjuntos para incrementar la coordinación entre los servicios competentes.

Asociado a la finalidad de combatir los medios de financiación del terrorismo se encuentra el objetivo de prevenir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo tiene precisamente por objeto impedir la utilización del sistema financiero con fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Se aplica a establecimientos financieros, profesionales del sector o profesiones jurídicas, imponiéndoles la obligación de ser

vigilantes con respecto a sus clientes. Cada Estado Miembro creará una Unidad de Información Financiera Nacional, encargada de analizar las transacciones sospechosas de las que tenga conocimiento . En la perspectiva del Consejo Europeo los instrumentos de lucha contra la financiación del terrorismo deben adaptarse a las nuevas vulneraciones potenciales del sistema de financiación, así como al contrabando de efectivo y abuso de los servicios monetarios en los nuevos métodos de pago utilizados por los terroristas. Sobre esta Directiva el TS español presentó una cuestión prejudicial que fue resuelta por el TJUE considerando que una normativa nacional que impusiera la transmisión a la UIF del EM información sobre las operaciones realizadas en libre prestación de servicios en el territorio de ese EM es una medida idónea para lograr de manera efectiva y congruente los objetivos de la normativa protectora⁸⁹⁵

4.2.1.4 Foro Europeo de la Justicia

El Foro europeo sobre la justicia fue creado mediante Comunicación de la Comisión, de 4 de febrero de 2008, relativa a la creación de un Foro de reflexión sobre las medidas y prácticas de la UE en el ámbito de la justicia⁸⁹⁶ con el objeto de instaurar un centro de debate sobre las políticas y las prácticas de la UE en materia de justicia penal y civil, tratándose de un espacio de diálogo entre especialistas⁸⁹⁷. El Foro agrupa a los representantes de los Estados miembros, organismos creados por la UE⁸⁹⁸, organizaciones europeas que reúnen distintos cuerpos u oficios⁸⁹⁹, organizaciones no gubernamentales⁹⁰⁰, la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y el Eurodefensor⁹⁰¹.

Este Foro constituye también un mecanismo permanente de consulta por las instituciones europeas de los protagonistas del sector en materia de elaboración de las

⁸⁹⁵ C-212/11, *Jyse Bank Gibraltar Ltd.*, de 25 de abril de 2013.

⁸⁹⁶ COM (2008) 38 final.

⁸⁹⁷ Que incluye a profesionales de la justicia, representantes de las Administraciones judiciales nacionales y universitarios.

⁸⁹⁸ Eurojust, la Red Judicial Europea en materia penal y la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

⁸⁹⁹ La conferencia Eurojustice, que reúne a los Fiscales Generales o la Red europea de formación judicial, la Red Europea de Presidentes de Tribunales Supremos de la Unión Europea, la Asociación de Consejos de Estado, la Asociación Europea de Jueces Administrativos y el Consejo de la Abogacía Europea.

⁹⁰⁰ Como MEDEL, JUSTICE, Amnistía Internacional y Foro Europeo de Apoyo a las Víctimas y redes universitarias como la Red Académica de Derecho Penal Europeo (ECLAN).

⁹⁰¹ [Consulta:

14.5.2011], [http://Europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/114583_es.htm].

políticas europeas y de examen de la aplicación de los textos en vigor. El Foro tiene como objetivos contribuir al diálogo entre los profesionales de la justicia en el marco de una plataforma permanente, facilitando el intercambio de opiniones, mejorando la comprensión mutua, fomentando progresivamente una cultura judicial común y reforzando una confianza mutua entre los profesionales competentes en materia de justicia civil y penal⁹⁰²; reunir los datos, elaborar mejores prácticas y consultar a los profesionales competentes en una primera fase, durante la concepción de las políticas europeas en materia de justicia. El Foro tendrá que elaborar un dictamen cuando se prevea una acción específica de la Unión Europea en este ámbito. Así como, emitir dictámenes sobre el funcionamiento global de la cooperación judicial europea; ayudar a la Comisión en su tarea de preparación del informe de evaluación sobre la aplicación de las medidas de la UE en materia de Derecho nacional. En particular, el Foro le aportará ayuda en su misión de valoración del ejercicio de transposición de estas medidas por los Estados miembros, evaluando las políticas europeas. Se trata de valorar el impacto de una medida garantizando que ésta alcanzó su objetivo específico y contribuyó a uno de los objetivos globales vinculados al ELSJ. Tiene por objeto también identificar las consecuencias no previstas de tal medida y contribuir a la elaboración de estadísticas judiciales compatibles. El Foro tiene como objetivo participar en el trabajo de la Comisión presentándole dictámenes sobre los métodos estadísticos y sobre los datos recogidos.

Uno de los mecanismos de actuación del Foro, consiste en la celebración de Seminarios, generalmente de carácter anual en los que participan la sociedad civil y las asociaciones representativas. A título de ejemplo, además de los Seminarios sobre la Justicia Restaurativa, se han celebrado seminarios por el Foro Europeo de la sociedad civil sobre las drogas. Su papel consiste en enriquecer las propuestas de la Comisión a través de su experiencia en el terreno; contribuir a los trabajos de control de la ejecución del Plan de la UE contra las drogas y apoyar el trabajo de elaboración del nuevo marco regulatorio de lucha contra las drogas⁹⁰³.

El Foro Europeo de la Justicia se presenta entonces como un mecanismo específico de diálogo permanente con las asociaciones representativas y la sociedad civil que contribuye a una adecuada implementación de los Programas de Trabajo quinquenales elaborados por el Consejo a través de mecanismos de participación ciudadana. Ha de potenciarse su utilización

⁹⁰² Un ejemplo de la actividad del Foro son las Conclusiones de la 6ª Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa, celebrado entre los días 17, 18 y 19 de junio de 2010 en Bilbao. Estas conclusiones pueden consultarse en [www.justiciarestaurativa.org/news/...pdf/view], [Consulta: 1.5.2013].

⁹⁰³ [Consulta: 1.5.2013], [www.dianova.org > ADICCIONES > Las Noticias de Dianova].

y funcionamiento en la medida en este carácter participativo aporta un componente de legitimación de los instrumentos de programación plurianual.

4.2.1.5.- *Nacimiento de la dimensión exterior: adopción de la Estrategia para la dimensión exterior JAI (2005).*

Con carácter previo, se hace precisa la definición del propio concepto de estrategia, una noción que no se limita a la seguridad interior y que puede ser entendida como un instrumento destinado a exponer la visión del problema al que pretende dar respuesta y la forma de hacerlo, delimitando su espacio propio, reivindicando un reconocimiento a la altura del acervo acumulado y racionalizando los instrumentos disponibles⁹⁰⁴.

La Estrategia para la dimensión exterior JAI⁹⁰⁵ se inspira en el pensamiento de que la promoción del Estado de Derecho en el exterior de la Unión Europea a través de la cooperación es fundamental y contribuye al desarrollo sostenible. Por otro lado, las sociedades basadas en valores como la buena gobernanza y la democracia son más resistentes a las amenazas internas que pueden también desestabilizar la seguridad internacional⁹⁰⁶. Esta estrategia, se plantea con un doble objetivo: contribuir a la plena realización del ELSJ mediante la creación de un entorno exterior seguro e impulsar los objetivos de las relaciones exteriores de la UE a través del fomento del Estado de Derecho, los valores democráticos y unas instituciones sólidas. Parte de considerar que la dimensión exterior del ELSJ no constituye una política independiente y el hecho de que existe una íntima relación entre los aspectos externos e internos de la construcción del ELSJ, así como de la necesidad de coordinar las acciones exteriores a efectos de dotar de coherencia y eficacia a las distintas políticas e instrumentos a nivel de la UE a través de un proceso simultáneo de internalización y de externalización⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ ARTEAGA, F. "La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea", Real Instituto Elcano, ARI 75/2010, [Consulta: 20.3.2012], [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/.../contenido?WCM...].

⁹⁰⁵ Tal y como señala la Comunicación [COM (2005) 491 final] había tenido su origen en el Consejo Europeo de Santa María da Feira, de 19 y 20 de junio de 2000, en el que se acordó un programa de prioridades, objetivos y medidas para desarrollar la dimensión exterior de las políticas de justicia, libertad y seguridad.

⁹⁰⁶ [Consulta: 2.5.2013],[europa.eu > EUROPA > Síntesis de la legislación de la UE].

⁹⁰⁷ WOLFF, S., "España y la gobernanza de la seguridad mediterránea. Vecinos, espacios y actores", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 79-80, págs. 107-123, [Consulta: 2.5.2013], [www.cidob.org/es/content/download/6553/65479/.../wolff_79_80.pdf].

Los desafíos que tienen su origen en el exterior de la UE⁹⁰⁸ y pretende afrontar esta Estrategia se identifican como los atentados terroristas, crecimiento de la delincuencia organizada, inmigración ilegal, deficiencias de las instituciones judiciales y de los cuerpos de seguridad, y la necesidad de seguridad y previsibilidad jurídicas en las transacciones transfronterizas de una economía cada vez más global.

Aunque los instrumentos relativos a los aspectos exteriores de las políticas de la UE en materia de libertad, justicia y seguridad ya existen, el Consejo Europeo de los días 16 y 17 de junio formuló la necesidad de adoptar por primera vez una estrategia relativa a la dimensión exterior del ELSJ, que habría de formar parte integrante de la política de la Unión en materia de relaciones exteriores. La Comunicación afirma que es preciso favorecer la cooperación regional⁹⁰⁹, ya que la mejor manera de hacer frente a los retos transfronterizos como la migración y la gestión de fronteras suele ser la acción concertada a nivel regional. Se promueve también el apoyo a acciones multilaterales para reforzar las políticas en estos ámbitos y potenciar su papel en los organismos internacionales⁹¹⁰.

La Comunicación señala también los principios que deben regir la política dirigida a los terceros países:

A.- Fijación de las prioridades geográficas en las políticas de ampliación, de desarrollo y de relaciones exteriores en función de las relaciones especiales de la UE con determinadas regiones o países.

B.- Estrategias adaptadas con el fin de dar una respuesta individual a la situación específica de un país o región.

C.- Flexibilidad en la programación con el fin de garantizar la adaptación a nuevas prioridades.

D.- Coordinación entre pilares. Dado que la acción exterior en materia de libertad, justicia y seguridad presenta a veces una interrelación entre pilares que no sólo afecta a

⁹⁰⁸ En referencia a la situación económico-política de terceros estados con repercusión en la construcción del ELSJ.

⁹⁰⁹ Se citan expresamente las regiones de Europa Oriental y el Oriente Medio, incluyendo también las organizaciones regionales como la Unión Africana.

⁹¹⁰ Con la finalidad de creación de nuevas normas internacionales como los preexistentes Convenios contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos, el Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción y las recomendaciones del GAFI sobre el blanqueo de capitales. Se citan como ejemplos de cooperación, las incautaciones de drogas a través de la colaboración con las autoridades turcas, el hermanamiento con Marruecos contra el blanqueo de capitales y la trata de seres humanos, el esfuerzo por erradicar el contrabando y el tráfico ilegal en la frontera con Ucrania y Moldavia y los acuerdos de readmisión y de agilización de visados con Rusia.

cuestiones de competencia comunitaria, sino también a la PESC y a la cooperación policial y judicial, se requiere una coordinación estrecha entre el Consejo y la Comisión para garantizar la coherencia de las actividades exteriores de la UE.

E.- Asociación con terceros países en los ámbitos de justicia, libertad y seguridad en las políticas de ampliación, relaciones exteriores y desarrollo.

F.- Pertinencia de la acción exterior, de forma que exista un vínculo claro entre las actividades interiores dirigidas a crear el ELSJ y las acciones exteriores destinadas a apoyar este proceso.

G.- Valor añadido a través del intercambio regular de información entre los Estados miembros y la Comisión sobre las actividades realizadas en los terceros países.

H.- Evaluación comparativa de modo que todas las acciones incluyan mecanismos de evaluación de los progresos realizados en los terceros países y de la pertinencia de la acción en relación con los objetivos.

Estas orientaciones se configuran como los grandes principios de una estrategia que aborde los aspectos exteriores de la política de justicia, libertad y seguridad. Esta estrategia incluye, entre otros elementos, una asociación en materia de seguridad con los Estados Unidos, la cooperación con los Países de los Balcanes Occidentales, una asociación estratégica con Rusia, la cooperación con Ucrania y la garantía de estabilidad y el apoyo al proceso de reforma y a la progresión de la buena gobernanza y del Estado de Derecho en los países mediterráneos. La Comisión enumera varias prioridades políticas que se derivan del Programa de La Haya y de su plan de acción, y que constituyen la base general de las relaciones con los terceros países. Se trata, entre otras, de los derechos humanos, del refuerzo de las instituciones y de la buena gobernanza, de la mejora de la capacidad de los terceros países en materia de gestión de las migraciones, y de la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada.

Con el fin de adaptar las modalidades de su cooperación exterior a la situación de cada país, la Unión dispone de una amplia gama de instrumentos, entre los que se enumeran:

.- Los acuerdos bilaterales, categoría en la que se incluyen los acuerdos de asociación, de colaboración y cooperación que comprendan en su texto disposiciones específicas en

materia de justicia, libertad y seguridad; acuerdos de readmisión; acuerdos para la agilización de trámites de visados; acuerdos de asistencia jurídica y acuerdos de extradición⁹¹¹.

- Procesos de ampliación y preadhesión, fundamentalmente en relación a Croacia y Turquía y el proceso de estabilización con los Balcanes Occidentales, que tienen entre sus prioridades la seguridad y la justicia.

- Planes de acción de la Política Europea de Vecindad (de carácter transversal, que contienen elementos esenciales de justicia)⁹¹². En el marco del Partenariado Euromediterráneo, la cooperación en los Asuntos de Justicia e Interior se considera hoy un ámbito prioritario de actuación. Ha sido sobre todo a partir de la puesta en marcha de la Política Europea de Vecindad, cuando se constata una auténtica dimensión mediterránea del ELSJ. Por un lado, gracias a la existencia de planes de actuación específicos firmados entre la Unión Europea y cada socio en materias tales como la inmigración, la gestión fronteriza o la cooperación judicial y policial. Y por otro, mediante una actuación a nivel bilateral, tal como la existente entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, en tanto que instrumento clave hacia una cooperación más eficaz⁹¹³.

- La cooperación regional, mostrando como prioridades el grupo operativo del Mar Báltico contra la delincuencia organizada, la cumbre Asia-Europa (ASEM) y el proceso euromediterráneo.

- Los hermanamientos entre instituciones de los Estados miembros y sus homólogos de los terceros países, como mecanismo de desarrollo institucional y las misiones de expertos como instrumentos para la aportación de conocimientos sobre cuestiones específicas.

- Política de desarrollo como respuesta eficaz a largo plazo. Si bien, la UE considera la gobernanza y los derechos humanos como objetivos complementarios al primordial de reducción de la pobreza, la nueva política comunitaria de cooperación al desarrollo prevista por la Comisión incluye también elementos relevantes para el ELSJ. De hecho, existen pocas

⁹¹¹ En efecto, en temas como la seguridad o la justicia, el desarrollo de marcos más reducidos, a nivel UE-Tercer Estado o Estado Miembro con un determinado Tercer Estado, resulta más idóneo dadas las dificultades para hacerlo de forma efectiva en un marco más global. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., "La dimensión mediterránea...", op. cit., p. 7.

⁹¹² Los planes de acción de la PEV pueden consultarse en [Consulta: 2.5.2013], [http://e.europa.eu/World/enp/documents_es.htm]. En fecha 2.5.2013 existen planes de acción con Armenia, Azerbaiyán, Egipto, Georgia, Israel, Jordania, Líbano, Libia, Moldavia, Marruecos, Territorio palestino ocupado, Túnez y Ucrania.

⁹¹³ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., "La dimensión mediterránea...", op. cit. pág. 1. Sobre las relaciones España-Marruecos, cfr. MOLINA, M.J., *España- Marruecos (1996-2002): un modelo de política exterior para el Magreb*, Universidad Complutense de Madrid, 2003.

dudas⁹¹⁴ de que a largo plazo es el instrumento más eficaz para lograr un flujo migratorio equilibrado⁹¹⁵. Estamos asistiendo a una creencia incontestable a partir de la vinculación entre la migración y el desarrollo basada en su carácter preventivo, lo que implica aprovechar las ventajas de la migración internacional para el desarrollo y conseguir reducirla a partir de estas ventajas⁹¹⁶.

- Regímenes individuales con Estados Unidos en el marco de la Agenda transatlántica y a nivel ministerial; con Canadá, Australia, Japón y China, en el contexto de un diálogo horizontal; con Rusia a través del Consejo permanente de asociación, con Ucrania y el foro de los Balcanes.

- La cooperación operativa a través de Europol, Eurojust, la Escuela Europea de Policía y la Agencia de Fronteras, mediante el desarrollo de acuerdos y sistemas de trabajo con sus homólogos de los terceros países y la creación en países terceros de redes de funcionarios de enlace procedentes de los Estados miembros.

- Actuación en las Organizaciones Internacionales como ACNUR, ONUDD, GAFI, UNIDROIT, CNUDMI, Consejo de Europa y Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado interpretada como una forma de fomentar valores y prioridades comunes así como la ratificación y aplicación de los Convenios Internacionales⁹¹⁷.

A través del desarrollo de la Estrategia para la dimensión exterior JAI la UE y sus Estados Miembros ha intentado implicar a terceros Estados en la gestión de su seguridad interna en ámbitos como la inmigración irregular, el crimen organizado y el terrorismo. Este fenómeno

⁹¹⁴ Con la aparición de la perspectiva transnacional, el nexo existente entre la migración y el desarrollo fue incorporado como un campo de estudio emergente. En España, sin embargo, la conexión entre la migración y los procesos de desarrollo y cambio se trata todavía de un campo incipiente y un tema emergente de investigación. CORTÉS MAISONAVE, A., "La reinención del nexo migración y desarrollo desde el Sur de Europa: el caso de Ecuador y España", *Revista de Relaciones Internacionales*, núm. 14, junio de 2010, [Consulta: 2.5.2013],[www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/view/214/193.html].

⁹¹⁵ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., "La dimensión exterior del espacio...", op. cit.,pág. 14.

⁹¹⁶ Estos nuevos planteamientos en materia de política europea migratoria, tienen, sin embargo un origen posterior, situándose en el Consejo de Sevilla de 2002. No obstante, la migración empezó a convertirse en la preocupación de las políticas de desarrollo desde los años 90. CORTÉS MAISONAVE, A.C., "La reinención del nexo...", págs. 46 y 47.

⁹¹⁷ [Consulta: 9.5.2011], [http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_ten]. En este repertorio legislativo se citan como actos conexos el Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión sobre el informe de actividad relativo a la aplicación de la estrategia para la dimensión exterior de la JAI: libertad, seguridad y justicia globales [SEC (2006) 1498 final] En este documento, la Comisión expone los avances de la dimensión exterior del ELSJ sugiriendo que se mantengan las mismas prioridades. Basándose en este informe, el Consejo adoptó las conclusiones de 6 de diciembre de 2006 en las que enunciaba las prioridades futuras en lo que respecta a la dimensión exterior del ELSJ.

puede interpretarse como una gestión compartida y descentralizada de las amenazas que implica el riesgo de securitizar las relaciones entre la Unión y terceros Estados⁹¹⁸. Esta posibilidad puede conjurarse mediante los nuevos planteamientos de política migratoria. Ello requiere observar el fenómeno migratorio desde una perspectiva global, vinculado a la cooperación al desarrollo. Del mismo modo, la elaboración de esta Estrategia sirve para constatar la transformación de la política JAI en un objetivo de política exterior de la UE.

4.2.1.6.- Estrategia de los Derechos del Niño

El *Dictamen sobre Explotación infantil y turismo sexual* de 8 de junio de 1998, emitido por el Comité Económico y Social⁹¹⁹ revelaba que la explotación y el abuso infantil se manifiestan de manera diversa conforme al desarrollo económico y organizativo de cada sociedad: mientras que en el mundo en vías de desarrollo se centra principalmente en el trabajo forzado y en la oferta de turismo sexual infantil, en los países desarrollados destacan, por el contrario, la pornografía y la demanda de turismo sexual infantil organizado. Tras analizar la naturaleza y magnitud del problema y sus factores causantes, dicho documento procede a una evaluación de las políticas actuales postulando un *New Deal*⁹²⁰ para la infancia basado en el concepto de “los niños primero”⁹²¹.

Partiendo de las especiales características que presenta la comisión de estos delitos, referidas a la frecuencia de su perpetración fuera del territorio comunitario en el caso del turismo sexual, y la difusión por medios telemáticos en el caso de la pornografía infantil⁹²², se pone de relieve ya en este momento, que la eficacia de cualquier actuación pasa por la necesidad de colaboración entre las autoridades de los Estados miembros, y las de éstos con

⁹¹⁸ WOLFF, S., “España y la gobernanza...”, op. cit., p.119.

⁹¹⁹ DOCE C 284/92, 14.9.1998. El Dictamen fue elaborado por el subcomité creado en el seno del Comité Económico y Social para preparar los trabajos sobre el tema “Explotación infantil y turismo sexual”, siendo ponente el Sr. Sklavounos, [Consulta: 4.5.2013],[eur-lex.europa.eu > EUROPA > EUR-Lex Inicio].

⁹²⁰ Con reminiscencias de las medidas sociales aplicadas por la administración Roosevelt en USA a partir de 1935.

⁹²¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, en CGPJ, *Delitos contra la libertad sexual*, 21, Madrid, 1999, pp. 323-373 (publicado también en *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI*, volumen de homenaje al Prof. Dr. Pedro D. David, Buenos Aires, 2001, págs. 217-258).

⁹²² La dificultad en estos supuestos se concreta en la averiguación del origen del material y el control de la difusión y acceso a menores.

otros Estados; debiendo asumir la normativa sobre la materia elaborada en el seno del Consejo de Europa y de Naciones Unidas⁹²³ y contar con la necesaria intervención de Europol e Interpol⁹²⁴.

En relación a los delitos sexuales, bien por el hecho de que se cometen en el ámbito de la intimidad o de organizaciones delictivas internacionales complejamente estructuradas, estas dificultades añadidas a su persecución han llevado a un adelantamiento de la barrera punitiva comprendiendo a quienes más que una sanción penal precisan de una intervención terapéutica, cuestionando la actuación de las propias víctimas⁹²⁵.

Partiendo de esta situación, la Comisión Europea elaboró la Comunicación de 4 de julio de 2006 “Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia”⁹²⁶ en cuyo marco se ha dictado la Decisión 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la información⁹²⁷; la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil⁹²⁸; así como la Estrategia sobre la dimensión exterior del ELSJ en lo que afecta a los derechos de los menores, y la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y

⁹²³ Entre otros, ha de citarse la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el marco de su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) de 1990, aprobadas mediante su Resolución 42/112 de 14 de diciembre, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), aprobadas mediante Resolución 45/113, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing, Resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985), Recomendaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Infancia de 2002 “Un mundo digno para los niños”, el Convenio Europeo del Consejo de Europa sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996 y, en particular, sus artículos 1 y 3 a 9., la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores de 24 de septiembre de 2003, la Observación General Nº10 (2007) sobre Los derechos del niño en la justicia de menores, del Comité de los Derechos del Niño y, finalmente, la Recomendación (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008.

⁹²⁴ En los últimos años han sido organizadas una serie de conferencias a nivel internacional para analizar el tema de la explotación sexual de los niños, incluyendo el turismo sexual. Así, el II Congreso Mundial contra la explotación sexual de los niños, las niñas y los adolescentes que tuvo lugar en Brasil, en noviembre de 2008, [Consulta: 3.5.2013], [childrenandarmedconflict.un.org/keydocuments/.../crcoptionaproto20.ht...].

⁹²⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Las nuevas corrientes...”, op. cit., p. 32.

⁹²⁶ COM (2006) 367 final.

⁹²⁷ DO L 348 de 24.12.08 “Safer Internet Programme” (2009-2014).

⁹²⁸ DO L 13 de 20.1.2004, p.44.

Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de febrero de 2008, “Un lugar especial para la infancia en la acción exterior de la UE”⁹²⁹.

La Estrategia de los Derechos de la Infancia se fundamenta en el apoyo de la sociedad civil, que reclama la intervención comunitaria en esta materia de manera pacífica e incontrovertida, al tiempo que supone un valor añadido en la protección de los derechos del niño más allá de los instrumentos internacionales preexistentes. En este contexto, además de las conductas que se han tipificado como constitutivas de delito, se han detectado como problemas específicos en el ámbito de la UE, la exclusión social de los niños romaníes y la administración a los niños de medicamentos no sometidos a pruebas previas específicas.

La Decisión 1351/2008/CE proclama que el Programa de La Haya tiene como objetivo general fomentar una mayor seguridad en la utilización de las tecnologías en línea, en especial por los niños⁹³⁰, promover el desarrollo de un entorno en línea seguro, reducir el volumen de contenidos ilícitos que se difunden en línea (incluidos la manipulación psicológica del niño con fines de abuso sexual y la captación de menores - proceso por el que un adulto se gana la amistad de un niño con la intención de cometer abuso sexual - el acoso electrónico y los archivos electrónicos en que se exponen agresiones físicas o psicológicas) y sensibilizar a la población sobre los riesgos y las precauciones en este entorno⁹³¹, así como desarrollar instrumentos pedagógicos con arreglo a buenas prácticas.

Para la consecución de este objetivo general se proponen cuatro líneas de actuación:

- 1.- Sensibilizar a la población.
- 2.- Luchar contra los contenidos ilícitos y los comportamientos nocivos en Línea.
- 3.- Promover una mayor seguridad en el entorno en línea.
- 4.- Establecer una base de conocimientos para abordar adecuadamente los usos existentes y emergentes del entorno en línea y sus riesgos y consecuencias.

Estas líneas de actuación se han concretado en acciones específicas de estudio que hacen referencia al uso que hacen los niños de las tecnologías en línea, victimización de los niños en línea y conocimiento de los efectos del uso de las tecnologías sobre los niños.

⁹²⁹ COM (2008) 55 final.

⁹³⁰ El derecho europeo ha otorgado una especial relevancia a la relación entre los delitos contra los menores de edad y su comisión a través de las TIC. Ello puede observarse en PORCEDDA, M.G., “Data protection and the prevention of cybercrime: the EU as an area of security?” *EUI Working Papers, Law 2012/25*.

⁹³¹ Sobre estas cuestiones, RUIZ RODRÍGUEZ-GONZÁLEZ AGUDELO, “El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado ¿menores en riesgo?”, en PUENTE ABAD, L.M., *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Granada: Comares, 2008.

En el ámbito de la armonización penal en relación con estas conductas, fenómenos y situaciones, se elaboró la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil cuyo objeto lo constituye el establecimiento de normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. A estos efectos, en su artículo 2, prescribía las infracciones relacionadas con la explotación sexual de niños⁹³², tipificando en el siguiente artículo el delito de pornografía infantil⁹³³. Además de la definición y delimitación de la conducta punible, el artículo 4 de la Decisión Marco castigaba la inducción, complicidad y la tentativa. Por su parte, el artículo 5 preveía las sanciones, con penas privativas de libertad de duración máxima de al menos entre uno y tres años en el tipo básico y de cinco a diez años en los tipos cualificados. Se regulaba expresamente la responsabilidad y sanciones aplicables a las personas jurídicas.

En relación a la competencia para el enjuiciamiento, el artículo 8 atribuía competencia a los Estados Miembros cuando la infracción se hubiera cometido, total o parcialmente, en su territorio, o el autor de la infracción fuera uno de sus nacionales o bien, la infracción hubiera sido cometida en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio. A las víctimas de los delitos de explotación sexual y pornografía infantil, les sería de aplicación lo dispuesto en la Decisión Marco 2001/220/JAI⁹³⁴ sobre víctimas especialmente vulnerables.

⁹³² Artículo 2:

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas intencionales siguientes:

- a) coaccionar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos, o lucrarse con ello o explotar de cualquier otra manera a un niño para tales fines*
- b) captar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos;*
- c) practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes:*
 - i) hacer uso de la coacción, la fuerza o la amenaza,*
 - ii) ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales,*
 - iii) abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño.*

⁹³³ Artículo 3. Infracciones relacionadas con la pornografía infantil:

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales, se realicen mediante sistemas informáticos o no, cuando se cometan sin derecho:

- a) producción de pornografía infantil*
- b) distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil*
- c) ofrecimiento o suministro de pornografía infantil*
- d) adquisición o posesión de pornografía infantil.*

⁹³⁴ Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, DO L 82 de 22.3.2001.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de febrero de 2008⁹³⁵, “Un lugar especial para la infancia en la acción exterior de la UE” señala como objetivo de dicho acto normativo, del Plan de Acción “*Derechos de la infancia en la acción exterior*” y del documento de trabajo de los servicios de la Comisión, “*La Infancia en situaciones de emergencia y crisis*” el establecer el marco de un amplio enfoque de la UE relativo a la protección y la promoción de los derechos del niño en los terceros países, basado en una visión holística y válida universalmente de los derechos del niño e inscribirse en estrategias más amplias de desarrollo y reducción de la pobreza .

La elaboración de normas armonizadoras sobre esta cuestión supone ya una valoración cualitativa y cuantitativa de la relevancia de las conductas descritas en ellas para el proyecto comunitario, al recurrir a la sanción penal para su represión. El fundamento de estas iniciativas normativas se ha visto corroborado en el Programa de Estocolmo, que establece nuevas normas de armonización penal con la finalidad de perfeccionar esta normativa penal a la evolución de estas formas de criminalidad. Ello permite concluir que la protección de la infancia se encuentra en un lugar destacado del ámbito de prioridades del ELSJ.

4.2.1.7 *Hacia un modelo europeo de justicia juvenil.*

Una de las principales particularidades en lo que afecta a la construcción del espacio judicial europeo en relación con el derecho penal y el menor, en este caso infractor, es la no extensión del principio de reconocimiento mutuo a este ámbito de derecho del menor y la consiguiente dificultad de armonización procesal y penal. En efecto, el punto séptimo de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Reconocimiento Mutuo de resoluciones firmes en materia penal⁹³⁶ reconoce que las normas sobre el trato penal a menores e incapacitados mentales varían mucho entre los Estados miembros⁹³⁷. Dada

⁹³⁵ COM (2008) 55 final

⁹³⁶ COM (2000) 0495 final.

⁹³⁷ Un estudio de derecho comparado acerca de los sistemas de justicia juvenil en el derecho nacional de los Estados miembros se realiza en GIOSTRA, G., *European Juvenile Justice Systems*, 1ª Ed., Milano: Giuffrè, 2007.

la situación, las resoluciones que afecten a tales personas serían muy difíciles de reconocer, por lo que podría considerarse excluir tales resoluciones del alcance del reconocimiento mutuo, al menos de momento.

En cuanto a la cuestión de quién debe considerarse menor, en opinión de DE LA CUESTA ARZAMENDI⁹³⁸ parece poco realista esperar que los Estados miembros adopten una solución simplista en el sentido de definir al menor como toda persona menor de dieciocho años. Resulta más prometedor prever una solución flexible, como reservar el derecho de que los Estados miembros no reconozcan las resoluciones que afecten a menores, dejando así al Estado miembro afectado la definición de menor, introduciendo, en todo caso, una edad máxima.

En atención a las circunstancias precedentemente descritas, nos situamos en un sector muy peculiar de la armonización de normas procesales penales en el ámbito europeo. No tanto en este caso como presupuesto de una eficaz aplicación del principio de reconocimiento mutuo – que también-, sino sobre todo como imprescindible acercamiento de ordenamientos que, en su camino hacia una mayor integración, se encuentran ante necesidades parecidas y adoptan respuestas similares, aunque no iguales⁹³⁹.

La creación del ELSJ obliga a la colaboración en materia penal, policial y judicial. En este plano la diversidad del tratamiento jurídico de la delincuencia juvenil no sólo puede traducirse en importantes desigualdades, sino igualmente interferir negativamente de cara a la colaboración y reconocimiento mutuo, si los textos y acuerdos alcanzados – como sucede en la actualidad- no incorporan un tratamiento específico de un fenómeno que, debido a la negativa percepción social de su incidencia y gravedad, parece preocupar cada vez más a los países europeos generando crecientes demandas de medidas de coordinación que puedan servir de pautas orientadoras de la intervención⁹⁴⁰.

⁹³⁸ El autor llama la atención sobre las divergencias existentes en las legislaciones nacionales a la hora de determinar la mayoría de edad penal y a estos efectos pone de relieve que “Persistente es, en este orden de cosas, la distancia entre los países europeos en lo que concierne a los umbrales de edad. Ciertamente, a partir de la Convención de Derechos del Niño, la línea delimitadora de la plena aplicación del Código penal de adultos se halla por lo general en los 18 años, pero siguen siendo grandes las diferencias no sólo en cuanto al tratamiento de los jóvenes –adultos (18-21), sino también respecto de las edades mínimas absolutas de responsabilidad “penal” (hasta de menores) o, de un modo más amplio, sobre la edad a partir de la cual la intervención sobre menores por razón de la comisión de una infracción penal (en especial si con discernimiento), debe dejar de ser simplemente protectora y por parte de los servicios sociales de protección de la infancia, franja que todavía oscila entre los 7 y los 16 años”. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Las nuevas corrientes...”, op. cit.

⁹³⁹ BUJOSA VADELL, L.M., “Proceso penal europeo...”, p. 143.

⁹⁴⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo? *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008, núm. 10-09.

Estas opiniones encuentran su fundamento en el análisis de la cuestión realizado en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea” aprobado el 16 de marzo de 2006⁹⁴¹. El Dictamen, sin embargo, justifica la necesidad de la creación de un modelo de justicia juvenil Europeo en la conveniencia de frenar el endurecimiento del derecho penal de menores⁹⁴² y en la opinión pública generalizada a favor de dicha opción, obtenida de los resultados del eurobarómetro. Propone dicho documento la aplicabilidad a la justicia juvenil, del Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea, presentado por la Comisión el 30 de abril de 2004⁹⁴³, en lo que se refiere a los objetivos que en él se persiguen, las referencias a las penas, tanto privativas de libertad como alternativas, y a la mediación, si bien reconoce expresamente que en dicho documento no se contiene referencia alguna a la delincuencia juvenil ni a los sistemas de justicia del menor.

Como medidas iniciales, en orden a la construcción de dicho modelo de justicia juvenil europeo, el Comité propone la creación de una red de expertos, la creación de un Observatorio Europeo de Justicia Juvenil (OEJJ) y la publicación de un Libro Verde sobre la materia. El OEJJ⁹⁴⁴, como rama europea del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil⁹⁴⁵ fue fundado el 13 de julio de 2008. Con sede en Bruselas, tiene como objetivo la creación de un espacio europeo de reflexión, desarrollo de iniciativas, establecimiento de códigos y

⁹⁴¹ DO C 110/13 de 9.5.2006, siendo Ponente el Sr. ZUFIAUR NARVAIZA.

⁹⁴² En su punto 4.6 el Dictamen expone que “ *La relevancia pública de los nuevos fenómenos que han ido apareciendo especialmente en las grandes urbes europeas (delincuencia organizada, pandillas juveniles, vandalismo callejero, violencia en el deporte, matonismo en las escuelas, violencia ejercida sobre los padres, conductas xenófobas y de grupos extremistas, asociación entre nuevas formas de delincuencia e inmigración, drogadicción etc) ha dado lugar a que en los últimos años se pueda apreciar en algunos países europeos una tendencia al endurecimiento del derecho penal de menores, con la elevación de las sanciones máximas aplicables, la introducción de diversas formas de internamiento en centros de régimen cerrado e incluso la exigencia de ciertas responsabilidades a los padres del menor infractor.*”

⁹⁴³ Con este documento de consulta, la Comisión pretende analizar si la existencia de diferentes sistemas en la UE plantea problemas en relación con la cooperación judicial entre los Estados miembros e identificar los obstáculos a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

⁹⁴⁴ Puede citarse como precedente el Observatorio Europeo de la Violencia Escolar, fundado en 1998 por el equipo de investigación dirigido por el Pr. Debarbieux y la Dra. Blaya. Esta institución, tiene establecida su sede en Francia y da cabida a una red de grupos de investigación de distintos países que intercambian instrumentos, metodologías y resultados sobre la violencia escolar, abordando aspectos concretos como la microviolencia, el *bullying* o la victimización. Tiene estatuto de ONG. [Consulta: 1.2.2012], [[www.observatoriopru.com/.../Bullying-Observatorio_europeo\(Rosar...\)](http://www.observatoriopru.com/.../Bullying-Observatorio_europeo(Rosar...))].

⁹⁴⁵ [Consulta: 3.5.2013], [www.oijj.org > Sala de Prensa].

estándares de buenas prácticas al servicio de la educación e integración de los jóvenes europeos en conflicto con la ley⁹⁴⁶.

El Libro Verde, respondería a la finalidad de orientar la reflexión y el debate sobre esta materia y de hacerlo llegar al mayor número posible de instituciones, organizaciones y particulares⁹⁴⁷.

Con el objetivo de elaborar estándares mínimos comunes a los Estados miembros, el primer paso sería contar con un conocimiento lo más exacto posible sobre las distintas realidades y experiencias desarrolladas en cada uno de los Estados miembros. El proceso podría consistir en la obtención de información mediante encuestas enviadas a cada uno de ellos, completado posteriormente con la celebración de reuniones de grupos de expertos y de profesionales de la materia, en las que se intercambiarían experiencias y buenas prácticas. Dichas reuniones podrían adquirir un carácter estable mediante la creación de la red de expertos. Tal iniciativa, plasmada en el Dictamen⁹⁴⁸ no se ha concretado en la creación de una específica red de expertos en materia de justicia juvenil, pero la cuestión ha sido objeto de atención por la REPD, en la que se creó un grupo de trabajo específico para combatir la delincuencia juvenil, que se encargó de la elaboración de un estudio comparativo minucioso en los veintisiete Estados miembros para que constituyera la base de la evolución futura de la política de la Unión en este ámbito.

En esta misma línea se inscribe el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Espacios urbanos y violencia juvenil”⁹⁴⁹, centrado en la prevención de las manifestaciones violentas colectivas en espacios urbanos⁹⁵⁰ y formula como conclusiones precisamente las siguientes *directrices*:

.- “Las respuestas a la violencia colectiva, tanto la delincuencia como los actos antisociales e incivildades cometidos por menores, deben ser múltiples y siempre sometidas

⁹⁴⁶ [Consulta: 1.2.2012], [www.oeijj.org/].

⁹⁴⁷ El OEJ se encuentra trabajando en colaboración con Ursula Kilkelly- Universidad de Cork (Irlanda) en el proyecto del Libro Verde sobre “Medidas de privación de libertad para jóvenes infractores: como mejorar los Estándares Internacionales de Justicia Juvenil y promover alternativas a la detención” y con Mrs. Severina Jacomy-Vite (Consultora Suiza especialista en Derechos del Niño) en el proyecto del Libro Verde sobre “La Reinserción Social de jóvenes infractores como la clave para prevenir la reincidencia a”. [Consulta: 3.5.2013], [www.oijj.org > Sala de Prensa].

⁹⁴⁸ Vid. *ut supra*.

⁹⁴⁹ DO C 317 de 23.12.2009, p.37/42.

⁹⁵⁰ Sobre este particular, las diversas manifestaciones de la delincuencia juvenil, cfr. HERRERO HERRERO, C., *Criminología, (Parte General y Especial)*, 3ª Ed. Madrid: Dykinson, 2007.

a evaluación para su constante mejora, reforzando siempre el componente educativo y formativo, así como la participación del menor en su propio desarrollo y su futuro.

- Deben promoverse las distintas estrategias preventivas y otras alternativas a través de una política europea definida y sostenible, basada en prioridades determinadas a nivel de la Unión Europea, que contribuyan a la resolución de los problemas de violencia de menores en los espacio urbanos, evitando en la medida de lo posible la intervención judicial (se propugna la plena intervención de los agentes sociales y servicios especializados en la prevención, acorde con el objeto del informe, y el principio de intervención mínima).

Entre estas premisas, el informe aboga ya, por la armonización a través de “estándares mínimos” que han de respetarse en las legislaciones nacionales y utilizarse como indicadores de los derechos de los menores, de los principios europeos e internacionales relativos a la violencia y a la delincuencia de los menores de edad así como la implantación de “estándares de buenas prácticas” evaluables a través del OEJ. Se concreta, también, el principio de superior interés del menor en relación con las sanciones y medidas impuestas por las jurisdicciones nacionales, disponiendo que dicho interés ha de ponderarse en función de la edad, madurez psicológica, condiciones físicas, desarrollo y capacidades, siempre adaptadas a sus circunstancias personales.

Las iniciativas en materia de justicia juvenil europea no encuentran su origen exclusivo en la actuación del citado Comité. El Parlamento Europeo, adoptó la Resolución de 21 de junio de 2007 sobre la delincuencia juvenil, el papel de las mujeres, la familia y la sociedad, en la que ponía de manifiesto a través de sus correspondientes considerandos que el fenómeno de la delincuencia juvenil ha registrado durante las dos últimas décadas un aumento inquietante y es preocupante por su actual carácter masivo, debido al descenso de la edad en que se comienza a delinquir, al incremento del número de delitos perpetrados por menores de trece años y al hecho de que sus actos sean cada vez más crueles. Estas manifestaciones parecen entrar en contradicción con la justificación de la creación de un modelo de justicia juvenil aportada por el Dictamen del Consejo Económico y Social de 2006⁹⁵¹, en cuanto mecanismo de freno de las tendencias punitivistas⁹⁵² de las reformas legislativas en materia

⁹⁵¹ Vid. *ut supra*.

⁹⁵² El término “punitivismo” tiene una connotación de exceso; “esto es, la búsqueda del castigo por encima y más allá de lo que es necesario”, lo cual implica “la intensificación del sufrimiento infligido, ya sea mediante la ampliación de duración, ya lo sea por la severidad del castigo por encima de la norma”. De modo que “la noción de punitivismo sugiere un uso desproporcionado de sanciones y, consecuentemente, una desviación del principio de proporcionalidad”. MATTHEWS, R., “The Myth of Punitiveness”, *Theoretical*

de derecho penal de menores adoptadas en algunos Estados miembros⁹⁵³. POZUELO PÉREZ⁹⁵⁴ pone de manifiesto que uno de los principales problemas político-criminales que existen en la actualidad tiene su origen en la percepción social que se tiene de la criminalidad juvenil, en la que está considerablemente generalizada la idea de que nos encontramos ante una delincuencia de carácter grave y que experimenta un incremento constante, cuando ello no se compadece con los datos reales⁹⁵⁵. Se genera de este modo un estado de opinión que acaba influyendo en gran medida en la respuesta de la ley penal ante este fenómeno. En este punto resulta crucial el papel desplegado por una parte de los medios de comunicación, que difunden ese supuesto aumento de la criminalidad juvenil, sobre todo de carácter violento, creándose a través de este tipo de información distorsionada una sensación de amenaza en la opinión pública, que se traduce en constantes peticiones de endurecimiento de la respuesta penal en esta materia, por lo que, la autora precedentemente citada denuncia la fractura entre la realidad empírica y social y la labor legislativa basada de forma casi exclusiva en acontecimientos aislados pero mediáticamente rentables.

En la Resolución adoptada por el Parlamento Europeo, se incluye una enumeración de los principales factores de la delincuencia juvenil entre los que se citan la falta de elementos de referencia; la falta de comunicación y de promoción de los modelos adecuados en el seno de la familia, frecuentemente por la ausencia de los progenitores; los problemas

Criminology, Vol. 9, núm. 2, 2005, págs.178-179, Apud. DEL ROSAL BLASCO, B., "¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2009, núm. 11-08, p. 08:1-08:64, [Consulta: 3.5.2013], [<http://criminol.ugr.es/recpc/11-08.pdf>].

⁹⁵³ En su punto 4.6.1 el Dictamen menciona de modo expreso, las reformas del derecho penal de menores introducidas en los *Países Bajos* en 1995 y en *Francia* en 1996, así como la *Criminal Justice Act* de 1994 en *Inglaterra*, la cual incrementa de uno a dos años la pena máxima aplicable a los menores situados entre los 15 y los 18 años de edad y establece un internamiento en centros de régimen cerrado de entre seis meses y dos años también para menores de edades situadas entre los 12 y los 14 años. También se ha introducido la denominada *parenting order*, en virtud de la cual los padres de menores que hayan cometido delitos, o de menores que, por ejemplo, hayan sido incluidos en los registros policiales por faltar injustificadamente a la escuela, pueden ser obligados a asistir a cursos de educación una vez por semana durante un máximo de tres meses. Los padres que incumplan repetidamente sus deberes educacionales pueden ser castigados con multas de hasta 1000 libras.

⁹⁵⁴ "El futuro del Derecho penal juvenil: de un derecho penal de menores a un derecho penal de adultos." Recensión a Miguel Angel Cano Paños, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Barcelona (Atelier) 2006. [Consulta: 3.2.2012] [www.indret.com/code/getPdf.php?id=1194&pdf=596.pdf].

⁹⁵⁵ Aporta a título de ejemplo los siguientes datos: según las estadísticas publicadas por el Ministerio del Interior, la delincuencia juvenil registrada en el año 2006 desciende un 4,4% respecto de la de 2005, que a su vez había descendido un 5,2% respecto de la de 2004 (datos procedentes del Ministerio del Interior, elaborados por el Cuerpo Nacional de Policía y La Guardia Civil, [www.mir.es/DGRIS/Balances/Balance_2006/pdf/Balance_Criminalidad_2006.pdf].

psicopatológicos vinculados con situaciones de malos tratos o acoso sexual por parte de personas del entorno; las deficiencias de los sistemas educativos en lo que concierne a la transmisión de valores sociales; la pobreza, el desempleo, la exclusión social y el racismo; la especial tendencia al mimetismo que desarrollan los jóvenes durante la fase de formación de su personalidad, los trastornos de la personalidad relacionados con el consumo de alcohol y drogas y la promoción de modelos de violencia gratuita, excesiva e injustificada por parte de los medios de comunicación y determinados sitios de Internet y videojuegos. Se concluye que el pensamiento de que la delincuencia juvenil afecta fundamentalmente a la comunidad migrante y no a toda la sociedad es un enfoque no sólo erróneo sino socialmente peligroso, y que el incremento de la actividad de las bandas juveniles justifica una revisión del derecho penal del menor. Por todo ello, insta a la Comisión a la publicación de un estudio y, a continuación, la presentación de una Comunicación sobre la magnitud del fenómeno en Europa y los preparativos adecuados a través de redes de expertos nacionales con miras a la concepción de un programa marco integrado que luche contra la delincuencia juvenil.

Como puede observarse, la cooperación judicial europea en materia de justicia juvenil presenta como dificultades añadidas la ausencia de aplicación al derecho del menor infractor del principio de reconocimiento mutuo fundamentada en la diversidad de regímenes jurídicos en los Estados miembros. Esta posición sostenida desde las instancias comunitarias, parece ser respetada y compartida por las diferentes posturas doctrinales analizadas. El segundo de los inconvenientes hallados reside en el hecho de que, hasta el presente, no se ha definido de modo preciso el fundamento común y la finalidad de la actuación comunitaria en esta materia. A nuestro entender, los trabajos en marcha sobre la elaboración de los dos Libros Verdes⁹⁵⁶ pueden contribuir de modo decisivo a salvar este escollo.

⁹⁵⁶ Vid nota 928.

**CAPITULO V.- EL PROGRAMA DE ESTOCOLMO:
NUEVO MARCO JURÍDICO-POLÍTICO: 2010-2014.**

Como proclama el Programa de Estocolmo en su punto primero⁹⁵⁷,

Ha llegado el momento de que una nueva agenda permita a la Unión y a sus Estados miembros aprovechar los logros obtenidos y enfrentarse a los desafíos futuros. Con este fin, el Consejo Europeo ha adoptado este nuevo Programa plurianual que se conocerá como el Programa de Estocolmo, para el período 2010-2014.

Con carácter previo a la adopción del Programa, los retos que planteaba el ELSJ habían sido objeto de debate mediante consulta pública y por medio de un grupo asesor informal de alto nivel, proceso que condujo a la elaboración de una Comunicación de la Comisión que fijaba las prioridades para el futuro⁹⁵⁸. Se trata de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos”, de 10 de junio de 2009⁹⁵⁹. Este documento se inicia fijando tales retos desde la condición de ciudadano, adoptando, de este modo una perspectiva que habría de condicionar el posterior contenido del programa, pues en efecto,

Los ciudadanos desean vivir en una Unión Europea próspera y pacífica que garantice el ejercicio de sus derechos y proteja su seguridad. Desean poder viajar libremente y poder instalarse temporal o definitivamente en otro país europeo para estudiar, trabajar, fundar una familia, crear una empresa o jubilarse. No obstante, ven con inquietud cómo el entorno de estabilidad y seguridad que ha prevalecido en Europa estos últimos años está amenazado por crisis y fenómenos de alcance global⁹⁶⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, antes de exponer su posición sobre las cuestiones a abordar en el futuro programa, la Comisión hace balance de los progresos realizados en la construcción del ELSJ a la fecha de finalización del anterior Programa de La Haya, distinguiendo entre los que define como *progresos considerables* y aquellos *progresos más*

⁹⁵⁷ Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, DOC 115 de 4.5.2010, p. 1/38, [Consulta: 3.5.2013],[eur-lex.europa.eu > EUROPA > EUR-Lex Inicio].

⁹⁵⁸ LANGDAL, F., “Las prioridades de la Presidencia sueca de la UE”, [Consulta: 16.3.2012],[www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?...].

⁹⁵⁹ COM (2009) 262 final.

⁹⁶⁰ Introducción de la COM (2009) 262 final.

*lentos y moderados*⁹⁶¹. Son estos últimos los que definen y determinan los futuros retos del Programa, que vienen identificados por la Comisión. En primer lugar, la existencia de instrumentos poco ambiciosos y largos debates poco concluyentes vinculados a la exigencia de unanimidad en el Consejo. En segundo término, los significativos retrasos en la implementación de las normas comunitarias a nivel nacional, lo que se vincula de modo expreso en el propio documento a la imposibilidad de que la Comisión pueda acudir al recurso de infracción, añadiendo que esta circunstancia otorga a las normas comunitarias un carácter un tanto “virtual”. Finalmente, se detectan deficiencias en el intercambio de información entre autoridades nacionales en relación con personas condenadas y en la actuación policial más allá de las fronteras nacionales.

Es por lo que La Unión debe dotarse de un nuevo programa plurianual que, a partir de los progresos logrados y de las enseñanzas extraídas de las deficiencias actuales, tenga una ambiciosa proyección de futuro⁹⁶².

5.1.- Definición de las prioridades políticas.

Con los anteriores precedentes y de conformidad con el artículo 68 del TFUE durante la Presidencia sueca, los días 10 y 11 de diciembre de 2009, fue aprobado el Programa de Estocolmo para el período 2010-2014. El documento señala como prioridades políticas⁹⁶³, las siguientes:

- Fomento de la ciudadanía y de los derechos fundamentales a través de la ampliación del espacio Schengen, y protección de la libertad a través de la protección de datos.
- Superar la fragmentación de la justicia y facilitar el acceso a ella.

⁹⁶¹ Entre los primeros se incluyen la supresión de controles en las fronteras interiores del espacio Schengen, establecimiento de las bases de una política de inmigración común y de un sistema europeo común de asilo, creación de asociaciones con terceros países para gestionar las cuestiones vinculadas con la migración, mejora del intercambio de información con arreglo al principio de disponibilidad, la reducción de los plazos del procedimiento de extradición de delincuentes de un año a un plazo de entre 11 días y 6 semanas a través de la orden de detención europea, los esfuerzos realizados en materia antiterrorista, contra los delitos informáticos y la delincuencia organizada en general, así como para disuadir los secuestros interparentales de menores.

⁹⁶² COM (2009) 262 final.

⁹⁶³ Punto 1.1, p. 4 de dicho documento.

- Contribuir a una Europa que protege mediante la elaboración de una estrategia de seguridad interior, promoción de la solidaridad entre Estados miembros y aplicación íntegra del artículo 222 del TFUE⁹⁶⁴.

- Acceso a Europa en un mundo globalizado a través de una gestión integrada de fronteras y política de visados.

- Una Europa de la responsabilidad, solidaridad y colaboración en los ámbitos de migración y asilo sobre la base del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo⁹⁶⁵, controlando y combatiendo la inmigración ilegal y la mayor presión que sufre la Unión Europea de flujos de inmigración ilegal.

- Dimensión exterior del papel de Europa en un mundo globalizado. Necesidad de una mayor integración de estas políticas en las políticas generales de la Unión Europea.

El Programa de Estocolmo presenta, asociada a estas prioridades, una serie de objetivos generales: constituir una Europa de los ciudadanos, promover los derechos de los residentes en Europa, facilitar el acceso a la justicia, proteger a los ciudadanos, regular el acceso al territorio de la UE, promover una sociedad más solidaria en inmigración y asilo, así como enfatizar en la importancia de la dimensión exterior del ELSJ (Consejo UE de 2009). Estocolmo es muy claro en la manera en que estos objetivos deben llevarse a la práctica: promoviendo la confianza mutua entre autoridades nacionales, acelerando la lánguida implementación de las legislaciones que caracteriza ahora el ELSJ, evaluando previamente el impacto potencial y optimizando la calidad de la legislación, mejorando la coordinación interna de las instituciones comunitarias, evaluando más a menudo la efectividad de estos instrumentos,

⁹⁶⁴ El artículo 222 del TFUE consagra la cláusula de solidaridad en los siguientes términos *“1. La Unión y sus Estados miembros actuarán conjuntamente con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano. La Unión movilizará todos los instrumentos de que disponga, incluidos los medios militares puestos a su disposición por los Estados miembros para:*

a) –prevenir la amenaza terrorista en el territorio de los Estados miembros;
-proteger a las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas;
- prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de ataque terrorista.

b) prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de catástrofe natural o de origen humano.

2. Si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano, a petición de sus autoridades políticas los demás Estados miembros se coordinarán en el seno del Consejo.”

⁹⁶⁵ Las conclusiones acerca del seguimiento del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo se encuentran en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 6 de mayo de 2010, Primer informe anual sobre inmigración y asilo [COM (2010) 214 final].

incrementando de la formación de profesionales, en particular, y con la sociedad civil en general. El hecho de que estos mecanismos se recalquen de manera explícita en el documento es sintomático de un convencimiento de que estos aspectos son problemáticos, mejorables o merecedores de una mayor atención⁹⁶⁶.

Es preciso cuidar que las iniciativas legislativas sean presentadas únicamente previa comprobación de su respeto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad⁹⁶⁷, lo que supone incluir evaluaciones previas de impacto, definición de las necesidades y descripción de las consecuencias financieras, y ello porque el Consejo Europeo considera que el desarrollo de la legislación en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia presenta fallos de superposición y cierta falta de coherencia. Por otra parte se advierte la necesidad de mejorar la calidad y claridad del lenguaje.

La mayor coherencia ha de predicarse además entre los elementos externo e interno y con respecto de las agencias UE: Europol, Eurojust, Frontex, CEPOL, el Observatorio Europeo de las Drogas de Lisboa, la futura Oficina Europea de Apoyo al Asilo y la Agencia de los Derechos Fundamentales, a través de una mayor supervisión política de su actuación.

Un instrumento fundamental en la consecución de los objetivos enunciados es la evaluación. Con dicho fin, el Consejo insta a la Comisión a presentar una o varias propuestas en virtud del artículo 70 del TFUE relativas a la evaluación de las políticas con arreglo al Título V del TFUE. Se propone la inclusión de un mecanismo basado en el sistema o método de evaluación por homólogos. Esta actividad de evaluación ha de tener un carácter periódico, facilitando la comprensión de los sistemas nacionales para determinar las prácticas idóneas y los obstáculos a la cooperación. El Consejo tendrá una función directiva en este proceso.

De hecho, la problemática de la evaluación ya estaba presente en el Programa de La Haya⁹⁶⁸. Vemos aquí cómo el Consejo se acerca a una cuestión esencial en una Europa ampliada y que volvemos a encontrar en materia de garantías esenciales: desde el momento en que los jueces europeos, en virtud del principio de reconocimiento mutuo, han adquirido

⁹⁶⁶ ARGOMANIZ, J. y BERMEJO CASADO, R., "Introducción: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE: Un balance entre presidencias españolas (2002-2010)", *Revista Cidob d'Afers Internacionals* nº 91, Septiembre/Octubre 2010, [Consulta: 29.5.2013],[www.cidob.org/.../revista_cidob.../el_espacio_de_libertad_seguridad_y_j...].

⁹⁶⁷ A esta finalidad responde la posibilidad, ya referida, de control establecida por el Tratado de Lisboa a favor de los Parlamentos nacionales en el artículo 69 del TFUE "En relación con las propuestas e iniciativas legislativas presentadas en el marco de los capítulos 4 y 5, los Parlamentos nacionales velarán porque se respete el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad."

⁹⁶⁸ El Programa la menciona en tres ocasiones, entre ellas, en su pto. 3.2.

una especie de competencia europea, resulta conveniente evaluar los sistemas de producción de sus decisiones. La cuestión es extraordinariamente sensible, y no hay duda alguna de que, como ocurrió en el debate sobre garantías mínimas, algunos EM juzgaron que la UE debe limitarse a los procedimientos transfronterizos, no disponiendo de competencia alguna para evaluar la justicia de un EM⁹⁶⁹.

En relación a esta actividad de evaluación, el Programa de Estocolmo afirma que deben evitarse duplicidades y procurarse sinergias y cooperación, en particular, con el trabajo del Consejo de Europa. Por ello, a través del Programa, el Consejo realiza propuestas concretas a la Comisión que hacen referencia a un plan de acción cuyo objeto ha de ser la elevación del nivel de formación y la creación de programas específicos de intercambio. Se pide a la Comisión que conciba una estrategia sobre el mejor modo de comunicar a los ciudadanos de qué modo pueden beneficiarse de los nuevos instrumentos y marcos jurídicos, por ejemplo, mediante el recurso a la justicia en red y al portal europeo de Justicia⁹⁷⁰.

Bajo la rúbrica de *instrumentos* de aplicación del Programa de Estocolmo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 10 de junio de 2009⁹⁷¹ se refiere al que denomina como *método*, que habrá de apoyarse en los siguientes ejes principales:

- 1.- La necesidad de integración de la política de justicia y asuntos de interior en las demás políticas de la Unión.
- 2.- Medidas de apoyo concretas destinadas a reducir la divergencia entre las normas y políticas adoptadas a nivel europeo y su aplicación a nivel nacional.
- 3.- Mejora de la calidad de la legislación europea y de la actividad de evaluación.

Como ocurría al tratar del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, se reitera ahora que la confianza mutua entre las autoridades y servicios de los distintos Estados Miembros, así como entre los responsables de la toma de decisiones es la base de una cooperación eficaz. Es por lo que la elaboración de los instrumentos existentes habrá de

⁹⁶⁹ BARBE, E., "L'espace judiciaire...", págs. 172-4.

⁹⁷⁰ Parte de estos objetivos habían sido ya recogidos en el Plan de Acción del Consejo en materia de e-Justice-europea 2009-2013, adoptado en noviembre de 2008. Este instrumento pretende mejorar el acceso a la justicia y cómo se imparte, fijándose como uno de sus objetivos crear un portal europeo e-Justice. Reconoce que las tecnologías de la información y la comunicación desempeñan una función esencial a la hora de mejorar la forma en que funcionan los ordenamientos jurídicos porque pueden facilitar el trabajo cotidiano de los profesionales del derecho y reforzar la cooperación entre las autoridades jurídicas.

⁹⁷¹ COM (2009) 262 final.

realizarse con la finalidad de garantizar la transposición jurídica, respondiendo de este modo a las necesidades de ciudadanos y empresas. Para la consecución de los objetivos expuestos, será preciso el aprovechamiento máximo de la Red Judicial Europea y la puesta en común de las mejores prácticas. Un mecanismo a tener en cuenta en la implementación del Programa de Estocolmo, es el diálogo regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil a través de mecanismos específicos, como el Foro Europeo de Justicia y los preexistentes magistrados de enlace y red judicial.

Estas últimas propuestas son reflejo de una de las mayores virtudes del Programa. Se trata de la adopción de medidas y maximización de instrumentos preexistentes en aras de lograr un mayor acercamiento de servicios a los ciudadanos. En el terreno de la justicia, lograr una mayor accesibilidad del ciudadano a ella poniendo fin a la crítica fundamentada en el carácter virtual de parte del acervo comunitario.

5.2.- Programa de Estocolmo y protección de los derechos de los ciudadanos.

La Unión Europea es un espacio de valores compartidos que son incompatibles con los crímenes de lesa humanidad, genocidio y de guerra, entre ellos los cometidos en los regímenes totalitarios. Europa debe desempeñar un papel de propiciador de la reconciliación guiado por la aspiración de la abolición de la pena de muerte, la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes. Esta acción es predicable de la actividad de la Comunidad Europea en relación a sus propios ciudadanos y residentes, así como en el desarrollo de su relación con terceros Estados⁹⁷².

El objetivo de protección del ciudadano y de la sociedad en general, aparece fundamentalmente relacionado con la creación de un espacio de seguridad. En orden a su consecución, se han diseñado diferentes instrumentos estratégicos entre los que destacamos, por su especial vinculación con la cooperación judicial en materia penal, los siguientes: la estrategia de seguridad interior, cuya elaboración constituía uno de los objetivos de la presidencia española del Consejo, el principio de disponibilidad de la información, la persecución de la eficacia en la ejecución de políticas de protección y los instrumentos

⁹⁷² Punto 2.1 del documento “Una Europa basada en los derechos fundamentales”.

legislativos elaborados en desarrollo del principio de reconocimiento mutuo consistentes en la elaboración de normas mínimas relativas a los delitos objeto de consideración a nivel comunitario.

5.2.1.- Promoción del pleno ejercicio del derecho a la libre circulación en un espacio de diversidad.

El derecho a la libre circulación es uno de los principios fundamentales de la Unión Europea, que se traduce en el derecho de sus ciudadanos a desplazarse y a residir libremente dentro del territorio de los Estados Miembros, derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado de residencia, derecho a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de otros Estados miembros...en cuyo ejercicio se garantiza a los ciudadanos la igualdad de trato respecto de sus propios nacionales en las condiciones establecidas por el derecho de la Unión. La perspectiva del Consejo, en aras a la profundización de este derecho, se identifica con la idea de seguir ampliando el espacio Schengen. Pero, sobre todo, la asunción de la percepción de que este derecho implica la convivencia en la diversidad como un hecho o circunstancia natural. Recordemos que, precisamente, unidos en la diversidad constituye el lema de la Unión.

Debe tenerse en cuenta que la obtención del derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión para los ciudadanos y sus familiares es una ventaja inherente al ejercicio del derecho de libre circulación. No obstante, el objetivo de dicho derecho es evitar la elusión de las normas de inmigración. Para ello, a través del Programa de Estocolmo, el Consejo invita a la Comisión a estudiar los mejores modos de intercambiar información sobre los permisos de residencia y la documentación.

Proporcionar un entorno seguro donde se respeten las diferencias y se proteja a los más vulnerables a través de la lucha contra el racismo y la xenofobia se configura como otro de los objetivos prioritarios. En el *Discussion Paper- Working Lunch (Justice) Friday 18th*

*January*⁹⁷³ se determinan las cuestiones relevantes que habrán de constituir el objeto de la discusión en materia de racismo y xenofobia a nivel ministerial. Se citan como tales:

1.- La revisión, en noviembre de 2013, de la Decisión marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre de 2008⁹⁷⁴ relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal. Esta Decisión Marco tiene por objeto adoptar un enfoque penal común en el ámbito de la Unión mediante la aproximación de las legislaciones nacionales con el fin de combatir eficazmente el racismo y la xenofobia. La revisión de este acto normativo se considera una oportunidad para comprobar la eficacia de las legislaciones nacionales contra los crímenes racistas, xenófobos y antisemitistas y verificar sus efectos en las víctimas.

2.- Determinar la forma en que las personas en posición de liderazgo, incluidos los políticos pueden activar los valores Europeos y sostener un clima de respeto y de inclusión de las personas de distinta religión, etnia u orientación sexual.

3.- Estudiar nuevas formas de reforzar la protección frente a la discriminación a través de las Instituciones de protección de derechos humanos nacionales y organismos similares, con vistas a dotar de mayor grado de asistencia a las personas víctimas de la xenofobia y la discriminación.

4.- Responder al interrogante sobre un posible incremento del antisemitismo en Europa. En caso positivo, concretar sus causas y las acciones que se pueden adoptar para erradicarlas.

⁹⁷³ Elaborado con ocasión del encuentro informal de Ministros de Justicia e Interior en Dublín, los días 17 y 18 de enero de 2013, [Consulta: 10.5.2013], [www.eu2013.ie/.../Protecting-EU-citizens-fundamen...].

⁹⁷⁴ DO L 328/55, 6.12.2008. Se manifiesta el interés en revisar únicamente este acto normativo pero se reconoce igualmente la relevancia actual de la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DO L 180/22, 19.7.2000. Esta Directiva establece un principio de inversión de la carga de la prueba a favor del demandante en los casos en que se alegue una presunta discriminación y cita como precedentes en los que se inspira la Comunicación de la Comisión [COM (95) 653 final] sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo de 13 de diciembre de 1995 y la Acción Común 96/443/JAI, adoptada por el Consejo el 15 de julio de 1996 sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, DO L 185 de 24.7.1996, p. 5. Esta Acción Común contiene el compromiso de los Estados miembros de garantizar una cooperación judicial efectiva en lo que respecta a las infracciones basadas en comportamientos racistas y xenófobos.

En línea con esta actuación, el 14 de marzo de 2013⁹⁷⁵, el Parlamento adoptó una Resolución con el objeto de intensificar la lucha contra el racismo, la xenofobia y los crímenes de odio en la que manifiesta la necesidad de proceder a la revisión de la Decisión marco 2008/913/JAI con la finalidad de incluir en ella las expresiones y actos antisemitas, la intolerancia religiosa, los movimientos antigitanos, la homofobia y la transfobia. En esta Resolución el Parlamento reitera su propuesta de adopción de una hoja de ruta en los ámbitos de orientación sexual e identidad de género.

Los derechos del niño recogidos en la Carta y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño⁹⁷⁶, se recogen como otra de las prioridades del programa en la medida en que afectan a todas las políticas de la UE. Por ello, en el ámbito del Programa de Estocolmo, el Consejo invita a prestar especial atención a los niños víctimas de la explotación sexual, del maltrato y de la trata y a los menores no acompañados, en el contexto de la política de inmigración. También en lo que respecta al secuestro interparental, debe estudiarse la posibilidad de recurrir a la mediación familiar en el nivel internacional y desarrollo de mecanismos de alerta relativos al secuestro criminal de niños. La protección de los menores se ha traducido en la adopción de actos legislativos de armonización en materia de trata de seres humanos y, específicamente para combatir la pornografía infantil y la adopción de un plan de acción en relación con el fenómeno de los Menores Extranjeros No Acompañados.

En esta misma línea de protección dentro de la diversidad, se proporcionará ayuda apropiada a las mujeres víctimas de la violencia o de la mutilación genital, y a aquellas que sufren daños en un Estado Miembro del cual no sean nacionales o residentes. Se anima a los Estados Miembros a adherirse al Convenio de La Haya 2000 sobre adultos vulnerables⁹⁷⁷. Estos objetivos han inspirado las iniciativas legislativas adoptadas en durante la Presidencia

⁹⁷⁵ Procedimiento 2013/2543 (RSP), [Consulta: 13.5.2013], [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&referente=P7-TA-2013-0090&language=EN&ring=P7-RC-2013-0121].

⁹⁷⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España en instrumento de 30 de noviembre de 1990 recoge los siguientes: a la vida, supervivencia y desarrollo, no discriminación, respeto a la expresión de sus opiniones y ser genuinamente escuchados en todos los asuntos que les afecten según su edad y nivel de desarrollo. El texto de este instrumento se encuentra disponible en [noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ircdn.html], [Consulta: 10.5.2013].

⁹⁷⁷ Convenio de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos, con entrada en vigor el 1 de enero de 2009.

Española, plasmadas en la Orden Europea de Protección y la elaboración de un estatuto integral de la víctima, temas importantes que serán objeto de atención específica más adelante.

5.2.2.- Derechos de las personas en los procesos penales y derecho de participación ciudadana.

A primera vista, pudiera sorprender el tratamiento conjunto de estas dos cuestiones tan aparentemente diversas, pero lo cierto es que el propio Programa de Estocolmo las reúne bajo un mismo epígrafe, a saber, “Promover los derechos de los ciudadanos: una Europa de los derechos”⁹⁷⁸, y ello responde a nuestro juicio, a la razón del enfoque general del Programa, al situar al ciudadano en su epicentro y elevarlo al rango de principal objeto de atención. Esta perspectiva puede justificar también la adopción de dos planes de trabajo, uno de ellos, referido a los derechos de los sospechosos, y un segundo plan de trabajo, centrado en el estatuto de la víctima del delito⁹⁷⁹. El 30 de noviembre de 2009, el Consejo había adoptado un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales⁹⁸⁰. Siguiendo un enfoque gradual, el plan de trabajo abogó por la adopción de medidas relativas al derecho a la interpretación y a la traducción, al derecho a la información sobre los cargos, el derecho al asesoramiento jurídico y justicia gratuita, el derecho de una persona detenida a comunicarse con sus familiares, con su empleador y con las autoridades consulares, y a las salvaguardias especiales para los sospechosos y acusados y a evaluar la necesidad de abordarse otras cuestiones, como la presunción de inocencia⁹⁸¹, para fomentar una mejor cooperación. En relación a la prisión, se

⁹⁷⁸ Punto 2 del Programa.

⁹⁷⁹ Nos referimos al denominado “Plan de Budapest”, DO C 187 de 28.6.2011, que será también posteriormente objeto de análisis.

⁹⁸⁰ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, DO C 291/1 de 4.12.2009.

⁹⁸¹ Ello no constituye una iniciativa novedosa pues ya había sido abordada en el Libro Verde sobre la presunción de inocencia [COM (2006) 174 final] en el que la Comisión se plantea si la presunción de inocencia se entiende de la misma manera en el conjunto de la UE. El Libro Verde examina qué se entiende por presunción de inocencia y qué derechos se derivan de ella. Los resultados habrían de tenerse en cuenta en la Decisión marco sobre garantías relativas a los medios de prueba. También abordó la materia el Libro Verde de la Comisión [COM(2003) 75 final] sobre garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, relativo a las normas mínimas comunes sobre las garantías procesales concedidas a los sospechosos o acusados de haber cometido un delito y a los procesados o condenados por ese delito cuyas conclusiones servirían igualmente de base a la Propuesta de Decisión

promoverá el intercambio de buenas prácticas, el apoyo de la aplicación de las Reglas Penitenciarias Europeas⁹⁸², respaldadas por el Consejo de Europa⁹⁸³ y cuestiones como alternativas a la privación de libertad, proyectos piloto sobre reclusión y mejores prácticas de gestión penitenciaria.

Desde una perspectiva más amplia, se propugna la protección de los derechos del ciudadano a través de la participación en la vida democrática de la Unión. A estos efectos, el derecho de iniciativa ciudadana europea⁹⁸⁴ establece un nuevo mecanismo de participación

marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea [COM (2004) 328 final] y a la Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal [COM (2003) 688 final]. Todas estas normas se inscriben en la finalidad común de la implementación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

⁹⁸² Consejo de Ministros. Recomendación REC (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptado por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros). Vid. Al respecto MAPELLI CAFFARENA, Borja. Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 08-rl, p.rl:1-rl: 44, [Consulta: 19.3.2012], [<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-rl.pdf>].

⁹⁸³ La Resolución nº4 de la 26ª Conferencia de Ministros de Justicia Europeos (MJU-26 (2005) Resol. 4 Final, 11) insistió en la necesidad de actualizar las Normas periódicamente.

⁹⁸⁴ Este derecho de iniciativa ciudadana europea se regula en el artículo 11 del TUE del siguiente modo: "1. *Las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión.*

2. *Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.*

3. *Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas.*

4. *Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados.*

Los procedimientos y las condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa de este tipo se fijarán de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea."

Y se completa en el artículo 24 del TFUE que consagra el derecho de petición "El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las disposiciones relativas a los procedimientos y condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa ciudadana en el sentido del artículo 11 del Tratado de la Unión Europea, incluido el número mínimo de Estados miembros de los que han de proceder los ciudadanos que la presenten.

Todo ciudadano de la Unión tendrá el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227.

Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse al Defensor del Pueblo instituido en virtud de lo dispuesto en el artículo 228.

Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones, órganos u organismos contemplados en el presente artículo o en el artículo 13 del Tratado de la Unión Europea en una de las lenguas mencionadas en el apartado 1 del artículo 55 de dicho Tratado y recibir una contestación en esa misma lengua."

ciudadana. Las disposiciones contenidas en el TUE han sido desarrolladas por el Reglamento (UE) nº 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre la iniciativa ciudadana⁹⁸⁵ y el Reglamento de Ejecución (UE) nº 1179/2011 de la Comisión de 17 de noviembre de 2011 por el que se establecen especificaciones técnicas para sistemas de recogida de declaraciones de apoyo a través de páginas web⁹⁸⁶. La iniciativa ciudadana entró en funcionamiento en abril de 2012⁹⁸⁷ y en atención a esta regulación, la iniciativa comprende también las materias referidas al ELSJ puesto que no se realiza en estos actos normativos delimitación de competencias comunitarias o materias a las que pueda afectar.

Otra de las finalidades que el Programa incluye dentro del derecho de participación ciudadana consiste en animar a los ciudadanos a acudir a las urnas. La participación electoral ha disminuido un veinte por cien desde 1979, mientras que las competencias del Parlamento Europeo han aumentado considerablemente. Deberían estudiarse medidas tales como facilitar la inscripción en el censo electoral. Tal como propone MARTÍNEZ JIMÉNEZ⁹⁸⁸ debe recordarse que la Europa de los ciudadanos, el Informe Hermann de 1989 y los avances de Maastricht en 1992 consiguieron grandes avances que se materializaron en un “ascenso progresivo del principio de legitimación popular”. El ejemplo más significativo ha sido la elección desde 1979 del Parlamento Europeo por votación directa de los ciudadanos, para configurarlo como un verdadero órgano de representación.

5.3.- Espacio Judicial Europeo como mecanismo para facilitar la vida de las personas: una Europa de la ley y de la justicia.

En el ámbito de la cooperación judicial, el Consejo Europeo ha subrayado la necesidad de que los Estados Miembros y Eurojust apliquen plenamente la Decisión del Consejo

Vid. También el Libro Verde de la Comisión sobre una Iniciativa Ciudadana Europea [COM (2009) 622, noviembre de 2009]

⁹⁸⁵ DO L 65/1, 11.3.2011.

⁹⁸⁶ DO L 301/3, 18.11.2011.

⁹⁸⁷ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, A., “La iniciativa ciudadana europea: profundizando en la democracia”, Documento de Trabajo 2/2012, Fundación Ideas, p. 12, [Consulta: 10.5.2013],[fundacionideas.es/sites/.../pdf/DT_Iniciativa-Ciudadana-Europea-Pol.pdf]. Tras elaborar un Libro Verde específico, el Libro Verde sobre una Iniciativa Ciudadana Europea, COM (2009)622 final, 11.11.2009, donde se presentaban algunas cuestiones referentes al procedimiento y los requisitos que se debían establecer y realizar consultas al respecto a ciudadanos e instituciones comunitarias.

⁹⁸⁸ “La iniciativa ciudadana...”, p.8.

2009/426/JAI, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust. Esta sugerencia del Consejo se realiza con el objeto de intensificar la lucha contra las formas graves de delincuencia, la cual, junto con el Tratado de Lisboa, ofrece una oportunidad para el desarrollo último de Eurojust en los próximos años. Estas indicaciones son asimismo de aplicación en lo relativo a la apertura de investigaciones y la resolución de conflictos de competencia. Sugiere el Consejo que sobre la base de una evaluación de la aplicación de este instrumento, podrían considerarse nuevas posibilidades de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado, incluida la atribución de nuevas competencias al miembro nacional de Eurojust, el refuerzo de las competencias del Colegio de Eurojust y la creación del Ministerio Público Europeo.

A través del Programa de Estocolmo, el Consejo incide en las propuestas formuladas por la Comisión en la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 23 de octubre de 2007, sobre el papel de Eurojust y la Red Judicial Europea en el marco de la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo en la Unión Europea⁹⁸⁹, que dio lugar a la precitada reforma de la Decisión por la que se creó la Agencia. En este documento la Comisión realiza un balance de la transposición de la Decisión de 2002⁹⁹⁰ y a la luz de su resultado propone incrementar las facultades de los miembros nacionales y del Colegio, así como clarificar y simplificar las relaciones de la agencia con la Red Judicial Europea, Europol, OLAF, FRONTEX y terceros Estados.

En concreto, la Comisión sostiene que los miembros nacionales de la Agencia puedan recibir, transmitir y vigilar la ejecución de las solicitudes de los órganos jurisdiccionales, recibir de ellos las sentencias relativas a los asuntos sobre blanqueo de capitales, crimen organizado, terrorismo y trata de seres humanos, ser informados de la puesta en funcionamiento de un ECI y sugerirle medidas de investigación, solicitar medidas complementarias de ejecución y de investigación a la autoridad competente y tomar conocimiento de las entregas vigiladas y agentes encubiertos. En aras a un desempeño más eficaz de estos cometidos, el mandato de los miembros nacionales de Eurojust deberá tener una duración mínima de tres años y habrá que dotarlos de asistentes con permanencia. Visto el carácter no vinculante de las decisiones

⁹⁸⁹ COM (2007) 644 final.

⁹⁹⁰ Esta actividad de evaluación de la Comisión, respecto del funcionamiento de Eurojust, se había puesto ya de manifiesto en el Informe de la Comisión, de 6 de julio de 2004, sobre la transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales de la Decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia [COM (2004) 457 final con el resultado de que al expirar el plazo de transposición (septiembre de 2003) sólo Portugal había adoptado toda la legislación necesaria para su aplicación, en tanto que los otros Estados concluyeron que no tenían que modificar su legislación nacional.

del Colegio en materia de conflictos de jurisdicción, la Comisión insta a la delimitación de las condiciones en las que el Colegio⁹⁹¹ podrá dirimir estos conflictos, efectuar requerimientos a los Estados miembros y proponerles el inicio de investigaciones e intervenir en ellas.

A efectos de mejorar la relación entre Eurojust y la Red Judicial Europea, se propone adscribir a cada miembro de Eurojust un punto de contacto de la Red, que formará parte de su equipo y servirá de mecanismo de comunicación entre Eurojust y su Estado miembro, recibiendo también del punto de contacto la información en el plazo más breve posible de los asuntos que hayan de ser examinados. La Comisión prevé igualmente, que en un futuro, Eurojust pueda designar por sí misma, magistrados de enlace en terceros Estados y pone especial énfasis en la celebración de un acuerdo de cooperación entre Eurojust y Frontex⁹⁹². Estas iniciativas se plasman en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia Europea de Cooperación en materia de Justicia Penal (Eurojust)⁹⁹³ si bien dicha propuesta expresa claramente que la nueva redacción del art. 218 TFUE proscribire la celebración de acuerdos por parte de las agencias comunitarias, destinados a regular las relaciones exteriores de la Unión, cuya celebración deberá ajustarse en todo caso a las determinaciones de dicho precepto. Sí es posible, sin embargo, la celebración de meros “acuerdos de trabajo”, los cuales deberán ser enviados al Parlamento Europeo a efectos de información cuando hayan sido concluidos con terceros. Esta obligación de información al Parlamento se completa con diversos informes anuales y la posible comparecencia del Presidente del Colegio. No incluye, sin embargo, las acciones concretas relacionadas con casos operativos específicos, lo que ha de relacionarse con la nueva estructura que la Propuesta pretende dar al nuevo Eurojust, estableciendo una neta distinción entre las dos composiciones del Colegio, en función de si desarrolla labores operativas o de gestión. Finalmente, se hace preciso también definir las relaciones de Eurojust con la nueva Fiscalía Europea, cuestión a la que la Propuesta da solución determinando que la competencia de Eurojust se ha de extender al listado de delitos incluidos en su anexo I⁹⁹⁴, con extensión a las

⁹⁹¹ De acuerdo con el Punto 1 del *Memorandum* de entendimiento entre Eurojust y la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (Iber-Red) “colegio” significa el Colegio de Eurojust tal como lo describe el artículo 10 de la Decisión de Eurojust. Este documento se encuentra disponible en [Consulta: 10.5.2013], [www.urjc.es/.../Memorandum-de-Entendimiento-IberRed-Eurojust.pdf].

⁹⁹² [Consulta: 19.3.2012], [http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33278_fr.htm].

⁹⁹³ COM (2013) 535 final, Bruselas, 17.7.2013.

⁹⁹⁴ Son los siguientes: delincuencia organizada, terrorismo, narcotráfico, blanqueo de dinero, corrupción, delitos contra los intereses financieros de la Unión, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, explotación y abuso sexual de mujeres y menores,

infracciones conexas a ellos y exclusión de las que resulten atribuidas a la competencia de la nueva Fiscalía Europea.

5.3.1.- Derecho Penal Europeo en el Programa de Estocolmo: perspectivas de evolución.

El Programa de Estocolmo señala que las conductas delictivas de especial gravedad y dimensión transfronteriza, por su carácter o repercusión, o por la necesidad particular de combatirlas según criterios comunes, deben ser objeto de una tipificación común y niveles mínimos comunes de sanciones máximas. Estas infracciones se contemplan en el artículo 83.1 del TFUE. Del tenor literal de este precepto se deduce que debería darse prioridad al terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico ilícito de estupefacientes, la explotación sexual de mujeres y menores, la pornografía infantil y los delitos informáticos.

De acuerdo con los objetivos y necesidades formuladas por el Programa de Estocolmo, se hace preciso, en consecuencia, el desenvolvimiento de un auténtico derecho penal europeo. Cabe plantearse entonces cuáles son las características que, en el momento actual, han de definir y cualificar este derecho penal europeo frente a los derechos penales nacionales, así como cuál haya de ser su función y ámbito propio de actuación. Esto implica igualmente abordar la función de la dogmática en el derecho penal europeo, los problemas que plantea su legitimidad y la difícil relación entre la política criminal europea y la doctrina científica penalista⁹⁹⁵.

pornografía infantil y captación de menores con fines sexuales, racismo y xenofobia, robo organizado, tráfico de vehículos robados, estafa y fraude, chantaje y extorsión, falsificación y piratería, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de dinero y de medios de pago, cibercriminología, operaciones con información privilegiada y manipulación del mercado, tráfico ilícito de migrantes, trata de seres humanos, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros productos estimuladores del crecimiento, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas antigüedades y obras de arte, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tráfico ilícito de especies en peligro de extinción, tráfico ilícito de especies y variedades vegetales protegidas, delitos contra el medio ambiente, contaminación procedente de buques, delincuencia relacionada con materiales nucleares y radioactivos, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

⁹⁹⁵ “La función de la dogmática penal europea consiste en la cristalización de ciertos conceptos para la resolución de problemas que deberán ser desarrollados conforme a su lógica interna para posibilitar el control de la consistencia y evitar la arbitrariedad.”, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Constitución Europea y Derecho Penal: ¿hacia un derecho penal federal europeo?” en BACIGALUPO SAGESSE, S. y CANCIO MELLÁ, M.,

En efecto, la determinación de las conductas que se incriminan supone una delimitación de los intereses merecedores de protección a escala europea en el orden penal, o quizás con más precisión, aquella determinación viene impuesta por estos intereses o valores, y su estudio lleva a la conclusión de que, al menos en este ámbito de armonización penal, el espacio judicial europeo tiene una identidad propia que contribuye sustancialmente a la afirmación de que se configura como un objetivo propio y distinto al mercado común, por cuanto obvia y notoriamente rebasa el derecho penal económico y la protección de intereses de tal clase, y esta sea quizás la característica principal a efectos de construcción del ELSJ.

Como pone de relieve SANZ MORÁN⁹⁹⁶ se trata de una cuestión metódica de enorme trascendencia: la invocada protección de intereses jurídicos que afectan a la Unión Europea puede llevarse a cabo recurriendo al derecho penal, o alternativamente, al derecho administrativo sancionador, cuestión ésta que se sitúa en el centro del actual debate político criminal general y que nosotros ponemos en conexión con lo sucedido en el asunto *Kadi*⁹⁹⁷.

Este debate sobre el actual proceso de europeización del derecho penal, prosigue el autor, se ve incrementado por el contexto de viva discrepancia, en el seno de la ciencia penal, en torno al fundamento y perfil que debe cobrar el Derecho penal mismo: expansión del Derecho penal o reducción de éste a lo nuclear; derecho penal como “forma jurídica de la política criminal” o como limitador de ésta; como derecho penal del ciudadano o del enemigo⁹⁹⁸; derecho penal del riesgo –y, por ende, preventivo- o de clásicos principios limitadores (subsidiariedad, fragmentariedad, *ultima ratio*)⁹⁹⁹.

A juicio de SILVA SÁNCHEZ, una de las razones que pueden explicar el carácter, “expansivo” o “administrativizado” del derecho penal europeo es el hecho de que se trata de

Derecho penal y política transnacional. Barcelona: Atelier, 2005, págs.153-2008, [Consulta: 30.7.2011],[portal.uclm.es/descargas/idp.../articulo%20carlos%20gomez%20jara.pdf],p.15.

⁹⁹⁶ “Presente y futuro...”, p.292.

⁹⁹⁷ Lo hacemos siguiendo las reflexiones de VÍGANO, F., “Lucha contra el terrorismo y protección de los derechos fundamentales”, en ARROYO ZAPATERO et al, “Piratas, mercenarios,...”, op. cit., pp. 78 y 79 quien afirma que el TJUE lo que hizo en este asunto fue restaurar unas garantías procesales mínimas frente a medidas formalmente administrativas pero que en realidad afectaban profundamente a derechos tan fundamentales como la propiedad o el honor imponiendo así los jueces el respeto de los derechos fundamentales contra la oposición de las instituciones políticas.

⁹⁹⁸ Como características del derecho penal del enemigo SIEBER, U. “El futuro del Derecho...”, op. cit., p.84 enumera los siguientes: masiva incriminación de actos preparatorios, elevadísimos niveles sancionatorios, preponderancia de la función de neutralización de la pena (en perjuicio de las tradicionales funciones de prevención general y resocialización) e instrumentos de investigación muy invasivos de la privacidad individual. El propio autor se muestra partidario de una doble vía que distinguiría el derecho penal clásico del derecho penal frente a la delincuencia organizada, especialmente frente al terrorismo, en aras de un punto de equilibrio sostenible entre garantías individuales y exigencias de defensa social, admitiendo medidas como la punición de los actos preparatorios de atentados terroristas.

⁹⁹⁹ SANZ MORÁN, A.J., “Presente y futuro...”, p.292.

un derecho financiero dictado por la víctima para proteger sus intereses financieros. Es un derecho penal de autoprotección administrativa¹⁰⁰⁰. Sin embargo, apunta también el autor un argumento que a nuestro modo de ver tiene un peso especial en el ámbito que estudiamos a favor del recurso al derecho penal y es que una de las fuentes de la legitimación penal radica en que ella se plasma de modo ideal la síntesis de dos pretensiones sociales que a la vez conviven en el seno de cada ciudadano individual: la pretensión de protección y la pretensión de libertad¹⁰⁰¹.

En lo que concierne a los comportamientos tipificados a nivel europeo responden a los siguientes caracteres comunes: la gravedad de las conductas en lo que se refiere a la intensidad del ataque y la importancia de los bienes jurídicos protegidos, la transnacionalidad, como elemento que incide en la dificultad de su persecución y justifica la intervención comunitaria a la luz del principio de subsidiariedad; estrechamente relacionado con esta última condición, el responder a intereses intrínsecamente europeos¹⁰⁰². Esta última característica, aceptada pacíficamente por la doctrina, se ha visto diluida en la normativa más reciente, al apartarse de los fines de protección estrictamente económicos, adoptando una tendencia expansiva.

La cuestión de la legitimidad de este derecho se ve reforzada por las reformas legislativas introducidas en el Tratado de Lisboa¹⁰⁰³, una vez superada ya la cuestión de la necesidad de la previa armonización y su relación con el principio de reconocimiento mutuo. SIEBER¹⁰⁰⁴ identifica cinco mecanismos de legitimación del derecho penal europeo: 1) Un Parlamento supranacional elegido directamente por todos los ciudadanos europeos, 2) Una participación de los parlamento nacionales en este proceso legislativo supranacional, 3) Una participación de los Ejecutivos legitimados democráticamente en los gremios de la

¹⁰⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica", RP 13, enero 2004, pp.138-150, p.144

¹⁰⁰¹ Ibidem, p.142.

¹⁰⁰² GÓMEZ-JARA, C., "Proyecto de Constitución Europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho penal federal europeo?", *Revista de Estudios Criminales*, 16 (2004), extrae la conclusión a través de estas características, de que el derecho penal europeo responde a una naturaleza claramente federal, si bien considera que, se trata de un derecho penal económico. "La conformación de una unión política y social europea de mucho mayor calado permite incorporar nuevas dimensiones de la ciudadanía europea al Derecho penal europeo. En el futuro, la discusión jurídico-penal europea debería centrarse en gran medida en la delimitación y determinación del contenido esencial de la ciudadanía europea a la hora de configurar el Derecho penal del ciudadano europeo". Ha de tenerse en cuenta, añadimos, que estas conclusiones se extraen a partir del proyecto de Constitución europea.

¹⁰⁰³ A nuestro juicio, una fuente de legitimidad de este Derecho es el artículo 4.2.j) del TFUE, en la medida en que incluye el ELSJ entre las competencias compartidas de la Unión y el artículo 67 del mismo texto legal en su condición de garante del principio de reconocimiento mutuo.

¹⁰⁰⁴ "El futuro del Derecho penal...", op. cit. p.209.

organización internacional con poder de decisión, 4) Una previa delegación de facultades de los parlamentos nacionales a la organización supranacional y 5) Una aplicación posterior de las decisiones de las organizaciones internacionales a través de los parlamentos nacionales. Frente a ello, los inconvenientes se encuentran, como ya ha sido apuntado, en que, en ocasiones, al logro de objetivos de política criminal se supeditan, en términos de eficacia represiva y sancionadora algunos límites y garantías de libertad ya consagrados en los ordenamientos jurídico penales nacionales, especialmente con el retorno a un derecho penal del enemigo¹⁰⁰⁵ en materias como el terrorismo o el tráfico de drogas, un derecho penal de tendencia punitivista¹⁰⁰⁶.

Señala JIMÉNEZ FORTEA¹⁰⁰⁷ que la realización de este derecho supone la creación de “tipos penales de contornos difusos” (a través fundamentalmente de las listas de eurodelitos) y “régimenes de excepción en el cumplimiento de las penas”, así como una “expansión de las medidas de control”, sobre todo de la policía y de los servicios de inteligencia (en medidas tales como la entrega vigilada o el agente encubierto). Ello conlleva, a juicio del autor precedentemente citado, la progresiva disminución de las garantías procesales y la extensión del concepto de un “Derecho Procesal del enemigo”, que se concreta a una abolición jurídicamente ordenada de determinados derechos del imputado. En concreto, esta afectación se produce respecto de las siguientes garantías: de la detención, el derecho de defensa, la tutela judicial efectiva, el derecho a la asistencia letrada, el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio. En el caso de las personas jurídicas se les pueden aplicar medidas cautelares¹⁰⁰⁸ – en realidad, medidas coercitivas de carácter

¹⁰⁰⁵ Este riesgo es puesto de relieve por JIMENO BULNES, M. La autora analiza las razones de la preponderancia del objeto de seguridad y sus consecuencias, a saber, la anticipación del riesgo, y, en consecuencia, de la punibilidad con la posible deriva hacia un Estado policial. “Un proceso europeo...”, págs.134-6.

¹⁰⁰⁶ “El recurso a la ‘medida europea’ ante la ‘alarma social’ en ocasiones puramente nacional, puede ser entendible en términos políticos, pero ha acabado por ahogar o silenciar el conjunto de la labor emprendida originando, a mi modo de ver, otro problema político: la percepción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como un instrumento de represión, cuando no de amenaza a las garantías individuales conquistadas con mucho esfuerzo a escala nacional” IZURZUN MONTORO, F., “El espacio judicial...”, p.2.

¹⁰⁰⁷ JIMÉNEZ FORTEA, J., “Respuesta procesal penal al terrorismo en el marco de la UE”, en CALDERÓN CUADRADO e IGLESIAS BUHIGUES, (Coords.), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*. Op. cit. págs. 86 y 87.

¹⁰⁰⁸ JIMÉNEZ FORTEA, J., *Ibidem*, p.86, se remite a lo expuesto por BARONA VILAR *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p.486), para afirmar que existen determinadas medidas que se califican como cautelares cuando su finalidad no es tal sino que responden a un propósito tranquilizador de la sociedad o ejemplarizante, dando de este modo respuesta a sentimientos generalizados de indignación.

preventivo- muy intensas, como el cierre de medios de comunicación o la suspensión de actividades de un partido político¹⁰⁰⁹.

En una sociedad del riesgo como la nuestra los ciudadanos demandan seguridad y, en consecuencia, cualquier medida adoptada con este objetivo es bien recibida y no comporta desgaste político a los gobernantes. Por el contrario, las medidas dirigidas a reconocer derechos o a establecer normas mínimas procesales o sustantivas comportan una cesión de soberanía que para la ciudadanía de algunos Estados miembros es difícil de aceptar y, por lo tanto, su adopción implica un desgaste político que los gobernantes no están dispuestos a soportar¹⁰¹⁰. Y es en este punto donde se produce el desfase entre las iniciativas de política criminal y la doctrina penalista. La existencia de un equilibrio entre ambas es un handicap pendiente, que puede lograrse a través de la elaboración precisa de conceptos como el de ciudadanía europea, con la inexcusable intervención del Tribunal de la Unión, pues otra de las cuestiones que se plantean, puede que al mismo nivel de su legitimidad, es el necesario control, tanto en su producción como en la aplicación, incluida la transposición de los Estados miembros¹⁰¹¹, función que, hasta la fecha, ha venido desarrollando el Tribunal de la Unión. Apreciación a la que añadimos, también la importante labor de evaluación realizada por la Comisión, aspecto ya puesto de manifiesto y en el que inciden los objetivos del presente Programa de actuación.

Otra cuestión llamativa desde el punto de vista de la armonización penal y la esfera de actuación de este derecho en el ámbito comunitario es la relativa al hecho de que entre las infracciones consideradas en el Programa de Estocolmo no se incluya la protección medioambiental teniendo en cuenta que con carácter previo, ya existían actos legislativos sobre el delito medioambiental¹⁰¹². Así, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del

¹⁰⁰⁹ JIMÉNEZ FORTEA, Ibid., J., págs. 86 y 87.

¹⁰¹⁰ GONZALEZ VIADA, N. "El derecho penal en la UE: ¿en búsqueda de la ...", op. cit. págs. 717 a 746.

¹⁰¹¹ Esta cuestión, a la luz de la interpretación de las Decisiones marco y su relación con la analogía es abordada por MANES, V. "La incidencia de las Decisiones marco en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio de 2005- Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino) ", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. [Consulta: 31.7.2011], [criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09.html].

¹⁰¹² En el ámbito comunitario la delincuencia medioambiental comprende el comercio ilegal de especies de flora y fauna en peligro de extinción y de sus derivados; la descarga y transferencia ilegal de residuos y materiasles radiactivos, incluida la transferencia de residuos peligrosos que entran o salen de la Unión; y el comercio ilegal de sustancias perjudiciales para la capa de ozono. Así se expresa en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Prevención de la delincuencia en la Unión Europea.

Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medioambiente mediante el Derecho penal¹⁰¹³. La Directiva establece una serie mínima de acciones que deben considerarse delitos medioambientales graves y obliga a los Estados miembros a prever sanciones penales más disuasorias para este tipo de infracciones.

La Comisión había adoptado en 2001 una propuesta de Directiva sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal. En 2003, el Consejo adoptó la Decisión marco 2003/80/JAI¹⁰¹⁴ basada en las disposiciones del Tratado de la UE sobre la cooperación entre los Estados miembros en materia penal. Esta Decisión marco fue anulada en 2005 por el Tribunal Europeo de Justicia porque su fundamento jurídico no era correcto. Las medidas contenidas en el Decisión marco podrían haber sido adoptadas por la Comunidad en el marco de su política de protección del medio ambiente¹⁰¹⁵. Este tipo de cuestiones se reproducen en materia de propiedad intelectual, con la diferencia de que, en relación a esta última materia en el ámbito del Programa, el Consejo invita a la Comisión a adoptar iniciativas legislativas al respecto. En relación a este tipo de delitos el Tratado de Lisboa no contiene previsión alguna, como ocurre igualmente en materia de protección medioambiental. Recuérdese que el artículo 67.2 del TFUE trata como conceptos separados la delincuencia y el racismo y xenofobia y el artículo 83 del mismo texto legal se refiere de modo expreso como fenómenos delictivos sobre los que se establecerán normas mínimas: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. El propio Tratado determina que no se trata de una previsión exhaustiva, como no podía ser de otra forma, pues necesariamente se ha de adaptar esta previsión normativa a la evolución posible de la criminalidad. Por ello, en el párrafo siguiente se admite la posibilidad de incluir otras formas

Reflexión sobre unas orientaciones comunes y propuestas a favor de un apoyo financiero comunitario, COM (2000) 786 final.

¹⁰¹³ DO L de 6.1.2008

¹⁰¹⁴ DO L 29 de 5.2.2003

¹⁰¹⁵[Consulta:

27.3.2012],

[http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_organised_crime/ev0012_es.htm]. Para una mayor comprensión del enfoque comunitario en la protección del medioambiente, cfr.

FRANCIONI, F., "Human Rights between Individualism and Community Interests", BOYLE, A., "Human Rights and the Environment: Where Next?" AFFOLDER, N., "Accounting for the Private Sector in the Promotion of Environmental Human Rights", BOER, B., "The impact of Climate Change on Human Rights", MORGERA, E., "The Environmental Accountability of Multinational Corporations", KRAMER, L., "The Individual Right of Access To Environmental Justice in EU Law" y PAVONI, "Environmental Rights in the Jurisprudence of Regional Human Rights Courts and Bodies. Firenze, 18-29 June 2012, documentación aportada por la Academy of European Law, Twenty-third Session, Human Rights Law.

de criminalidad, siempre que se cumplan los requisitos enunciados en el párrafo primero del artículo 83 del TFUE, a saber, que se trate de comportamientos que revistan especial gravedad, tengan una dimensión transfronteriza derivada de su carácter o repercusión o bien, exista una necesidad particular de combatir las según criterios comunes. Estos son, por tanto, y por imperativo del texto del propio Tratado, los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de decidir incluir los delitos medioambientales, contra la propiedad industrial e intelectual o de cualquier otra naturaleza, en el ámbito protector del derecho penal europeo.

5.3.2- El Espacio Judicial Europeo en términos de beneficio para el ciudadano

En el pensamiento del Programa de actuación, la perspectiva del beneficio para el ciudadano, derivado de la creación de un espacio judicial europeo, está presidida por la idea de facilitar su acceso a la justicia¹⁰¹⁶, lo que no excluye la mejora de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Entre las iniciativas destacables que se traducen de modo inmediato en este beneficio del ciudadano, facilitando su acceso a la justicia y mejorando la calidad del servicio público que en definitiva supone, nos centraremos en la justicia en red y las acciones encaminadas a favorecer la eficacia de las responsabilidades pecuniarias declaradas en resolución judicial.

A estos efectos, la justicia en red¹⁰¹⁷ representa una excelente oportunidad para facilitar el acceso a la justicia¹⁰¹⁸. El Plan de acción en materia de justicia en red europea, adoptado a

¹⁰¹⁶ Esta afirmación, es puesta en cuestión por GASCÓN INCHAUSTI, F., para quien “desde instancias europeas se entiende que en materia penal no existe un verdadero derecho de acceso a la justicia” y aunque a juicio del autor, esto sea discutible, quedaría en su opinión, fuera de toda duda en la gran mayoría de países de la Unión que no reconocen el ejercicio de la acción penal por particulares. “La e-justicia en la Unión Europea: Balance de situación y planes para el futuro (en diciembre de 2009)”, en SENÉS MOTILLA, C., *Presente y Futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, Pamplona: Thomson Reuters, 2010, págs. 109 y 110.

¹⁰¹⁷ In extenso, ARANGÜENA FANEGO, C., “Perspectivas de la e-justicia en Europa”, en SENÉS MOTILLA, C., *Presente y Futuro...*, op. cit., pp.29-79, GASCÓN INCHAUSTI, F. “La e-justicia en la Unión Europea: balance de situación y planes para el futuro (en diciembre de 2009), en SENÉS MOTILLA, C., *Presente y Futuro...* pp.83-123, ARANGÜENA FANEGO, C., “La acción de la Unión Europea en materia de e-justicia”, en DE LA OLIVA et al (Coord), *La e-justicia en la Unión Europea...* Op. cit., págs.23-62.

¹⁰¹⁸ Como afirma GASCÓN INCHAUSTI, ha de tenerse siempre presente que la implantación de la e-justicia no puede ser un objetivo en sí misma, sino en la medida en que permita a la Administración de Justicia desempeñar mejor su función de tutela del ordenamiento y garantía de los derechos. “Las notificaciones electrónicas: algunas cuestiones pendientes a la luz de la normativa europea”, DE LA OLIVA SANTOS, A. et al, *e-Justicia en la Unión...*, op. cit., p.88.

finales de noviembre de 2008¹⁰¹⁹, establece el marco para desarrollar actividades de justicia en red europea hasta finales de 2013. Fue precedido por la adopción, el 30 de mayo de 2008, de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social Europeo: Hacia una estrategia europea en materia de e-Justicia (Justicia en línea)¹⁰²⁰. En dicho documento la Comisión, además de indicar el triple objetivo a estos efectos perseguido –en suma, “mejorar el acceso a la justicia, la cooperación entre autoridades judiciales y la eficacia de la propia justicia”- proporciona una definición de lo que ha de entenderse por e-Justicia o justicia en red en el ámbito de la Unión Europea y así, en concreto,

“el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para la eficacia de la acción judicial entendida como toda actividad consistente en resolver un litigio o en sancionar penalmente una conducta.”¹⁰²¹

Debe partirse de la idea de que, como en cualquier otro ámbito, el campo de actuación de las instituciones europeas en materia de e-Justicia se encuentra acotado: no están facultadas para adoptar medidas con incidencia directa en la organización y funcionamiento interno de los sistemas judiciales de cada Estado Miembro¹⁰²². De conformidad con las normas de protección de datos, algunos registros nacionales se irán interconectando gradualmente¹⁰²³, y podrían integrarse en este portal partes de algunas bases de datos ya

¹⁰¹⁹ D.O.U.E. 31.3.2009.IV. Plan de Acción Plurianual 2009-2013 relativo a la justicia en red Europea. Dentro de dicho plan se contemplan las siguientes áreas temáticas y períodos: portal e-Justicia (Justicia electrónica) para el período 2008-2011; interconexión de los registros de antecedentes penales (2008-2011); interconexión de bases de datos nacionales (2009-2010); intercambios electrónicos entre autoridades judiciales (2009-2011); ayuda a la producción (2009-2013); creación de formularios dinámicos que acompañen a los textos legislativos europeos (2008-2011); videoconferencia (2008-2010); intercambio de buenas prácticas (2008-2013) y formación de los profesionales de la justicia en cooperación judicial (2008-2013).

¹⁰²⁰ COM (2008) 329 final.

¹⁰²¹ JIMENO BULNES, M. “Un proceso europeo...”, op. cit, pp. 83-88 la autora destaca como elemento estrella del Plan de Acción el Portal e-Justice, al que dicho documento atribuye tres funciones diferentes: el acceso a toda la información relativa a justicia consistente en legislación y jurisprudencia tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros a través de enlaces con bases de datos propias de las instituciones europeas o privadas; la denominada desmaterialización de los procedimientos judiciales (esto es, la tramitación y desarrollo de los mismos *on-line*) y la comunicación entre autoridades judiciales vía electrónica o mediante videoconferencia.

¹⁰²² DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M. (Coord.), *La e-Justicia en ...* Op. cit., p.19. Aunque esta actuación de la Unión sí condiciona el modo en que los órganos jurisdiccionales nacionales va a seguir desempeñando su trabajo.

¹⁰²³ Por ejemplo, los registros de insolventes, intérpretes, traductores y testamentos.

existentes¹⁰²⁴. A medio plazo, algunos procedimientos transfronterizos europeos y nacionales podrían tratarse en línea¹⁰²⁵, promoviendo asimismo el uso de la firma electrónica.

Dadas las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, incluidas las firmas digitales, la UE debería considerar la supresión de todas las formalidades para la legalización de documentos entre los Estados Miembros. En este sentido, debería prestarse especial atención a la posibilidad, a largo plazo, de establecer documentos europeos auténticos¹⁰²⁶.

El Programa de Estocolmo, en línea de continuidad con las precedentes acciones incide en materia de e-justicia en los siguientes aspectos, puestos de relieve por GASCÓN INCHAUSTI¹⁰²⁷:

- .- Importancia horizontal de la e-Justicia, de manera que incida en todas las áreas del Derecho penal.
- .- Mejora de las herramientas electrónicas al servicio de las autoridades judiciales. En concreto en tres aspectos: videoconferencia, herramientas de traducción y red de comunicación entre autoridades judiciales.
- .- Mayor accesibilidad mediante la puesta en funcionamiento del Portal e-Justicia, facilitación de la tramitación en línea, interconexión de registros nacionales y fomento del empleo de la firma electrónica.

La potenciación de la justicia en red y extensión de la utilización de los instrumentos TIC conecta especialmente con el objetivo de creación de un espacio judicial europeo por los motivos señalados, en cuanto tiene por finalidad una mayor accesibilidad de la justicia al ciudadano y fomentar la comunicación entre las autoridades judiciales.

¹⁰²⁴ El Registro Europeo de empresas y el Servicio Europeo de Información sobre Propiedad Inmobiliaria.

¹⁰²⁵ Tales como el requerimiento europeo de pago, el proceso europeo de escasa cuantía y la mediación. Como puede observarse, en el pensamiento de las instituciones, esta iniciativa no tiene cabida aún en el proceso penal, reduciéndose al puramente civil.

¹⁰²⁶ Todas estas iniciativas se recogen en el informe del Parlamento al Plan de Acción, de 26 de noviembre de 2008 bajo la rúbrica de "Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la justicia en línea, en un total de 16 y así según orden de enumeración y calendario; portal de justicia en red (2009-2011), interconexión de registros de antecedentes penales (2009 en adelante), proceso monitorio europeo (2009-2011), ayuda judicial (2009-2013), proceso europeo de escasa cuantía (2009-2013), traducción (2009-2013), mejora de la utilización de las tecnologías de videoconferencia (2008-2009), mediación (2011-2013), firma electrónica (2009-2011), notificación o traslado de un acto judicial o extrajudicial (por vía electrónica) (2010-2011), pago en línea de gastos del procedimiento (2011-2013), interconexión de registros de insolvencia (2009 en adelante), interconexión de registros de propiedad inmobiliaria (integración de EULIS) (2009-2010), interconexión de los registros comerciales (integración del registro europeo de empresas (2009-2010) interconexión de registros de testamentos (2011-2013) y, por último, formación de profesionales (2010-2012).

¹⁰²⁷ "La e-Justicia en la Unión Europea: Balance de situación y ...", op. cit. págs. 98-99.

Las cuestiones que suscita la implantación del sistema de justicia en red específicamente en relación al proceso penal son las relativas a la posible merma de garantías del justiciable derivada de la utilización de instrumentos TIC. Es indudable que mediante el empleo de las nuevas tecnologías, como la videoconferencia¹⁰²⁸ en la práctica de las pruebas personales (declaración de acusados, testificales y periciales)¹⁰²⁹ el principio de inmediación, considerado esencial en la formación de la convicción del juzgador y reiteradamente invocado por la Jurisprudencia española en la revisión en segunda instancia, sufre. En contrapartida, supone un importante elemento en aras de la agilización de la justicia y disminución de la duración de los procesos penales, y como aspecto secundario, en términos de coste económico. En segundo lugar, el uso de las TIC en el sistema de grabación de vistas, en lo que al sistema procesal penal español se refiere, suprime la presencia, hasta ahora ineludible del fedatario público en las vistas públicas, en principio, en este caso, sin merma de derecho alguno, permitiendo la optimización en el funcionamiento de los medios personales de la administración de justicia.

La utilización de instrumentos TIC a través de registros compartidos, facilita la comunicación entre autoridades judiciales, y el establecimiento de una confianza mutua basada en la información compartida a través de la instauración de mecanismos similares de actuación, lo que constituye presupuesto indeclinable para la aplicación efectiva del principio de reconocimiento mutuo, así como del principio de disponibilidad de la información.

Se puede concluir, que la introducción de los instrumentos TIC en el ámbito de la administración de justicia¹⁰³⁰ presenta las ventajas comunes a su instauración en cualquier

¹⁰²⁸ Sobre el uso de la videoconferencia a nivel internacional, cfr. GARCÍA MORENO, J.M., "La asistencia penal internacional a través de la videoconferencia", *Revista de Jurisprudencia*, Nº1, 1.7.2012, [Consulta: 11.5.2013],[www.elderecho.com/.../asistencia-penal-internacional-traves-videoconfer...].

¹⁰²⁹ ALVAREZ FERNÁNDEZ, A.B., "La prueba testifical por videoconferencia", en BUJOSA BADELL, L.M., *Hacia un verdadero...* Op. cit, p. 366. "cabe destacar del Convenio relativo a la Asistencia Judicial, la obligación de realizar las declaraciones por videoconferencia cuando se soliciten por el Estado requirente y el Estado requerido cuente con medios para ello y no vulnere ninguno de los principios esenciales de su derecho nacional. El sistema de funcionamiento sería el siguiente: cuando el Presidente de una Sección Penal o un juez de lo penal considere que en un juicio concreto es posible ofrecer a la víctima-testigo la declaración por videoconferencia y, tras la aceptación por ésta del ofrecimiento, se comunicará recíprocamente, entre ambos países, la necesidad de utilizar este sistema para celebrar el juicio."

¹⁰³⁰ En el caso español, la Ley que regula el uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia es la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Los principales objetivos de la Ley 18/2011, de 5 de julio son: a) Agilizar el proceso público gracias a las posibilidades que ofrecen el uso de las tecnologías y las comunicaciones. b) Generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia. c) Definir en una norma con rango de Ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios

otro ámbito de la actuación pública en términos de eficacia y agilidad, si bien ésta última es una necesidad especialmente sentida en el ámbito del proceso penal. Los riesgos de su utilización derivan de la posible merma del derecho de defensa por la disminución de la intermediación, por lo que se propugna que la utilización de estos instrumentos se realice de forma progresiva, como se prevé, con la iniciación, por ejemplo del procedimiento exclusivamente electrónico en procesos civiles de contenido económico o en soluciones alternativas a la resolución judicial de litigios, como la mediación y el arbitraje. Cuando a través de estas experiencias se haya logrado la adquisición de los objetivos de uniformidad y habitualidad en la utilización y se hayan detectado y corregido las posibles deficiencias de las experiencias iniciales, podrá ampliarse su utilización en el proceso penal, en el que los principios como la intermediación y contradicción en la práctica de la prueba y la salvaguarda del derecho de defensa tienen carácter esencial, y en el que pueden verse afectados los bienes jurídicos de mayor entidad. Así, se contribuiría a la finalidad ya vista de instauración de buenas prácticas y al principio de confianza mutua. Un buen ejemplo de ello puede resultar el proceso de implantación de la nueva oficina judicial española.

El Espacio Judicial Europeo debería servir también para apoyar la actividad económica en el mercado único, por lo que el Consejo invita a la Comisión a prevenir la desaparición de activos antes de la ejecución de una demanda, y presentar propuestas adecuadas para mejorar la eficiencia en la ejecución de sentencias en la UE con respecto a las cuentas bancarias y a los activos de deudores, basándose en los Libros Verdes de 2006¹⁰³¹ y 2008¹⁰³². Si bien, tales instrumentos están pensados con vistas a su aplicación en procedimientos civiles¹⁰³³, podrían aplicarse igualmente en la ejecución de las resoluciones de la jurisdicción

en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales. [Consulta: 11.5.2013],[www.poderjudicial.es > Temas > Todos > e-Justicia].

¹⁰³¹ Libro Verde de la Comisión sobre la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores [COM (2008) 128 final] Donde se trata de buscar soluciones a las dificultades que plantea el cobro de deudas transfronterizas motivadas por cuestiones prácticas como la averiguación de domicilio del deudor o de su situación profesional o patrimonial a través de los correspondientes registros públicos.

¹⁰³² Libro Verde de la Comisión sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: embargo de activos bancarios. [COM (2006) 618 final] estudia la posibilidad de practicar un embargo de activos bancarios ejecutable en todo el territorio de la Unión.

¹⁰³³ Sobre el ámbito de aplicación de estas iniciativas, vid. SENÉS MOTILLA, C., "El embargo telemático de cuentas bancarias. (Propuesta de regulación en derecho europeo)", DE LA OLIVA SANTOS, A., *La e-justicia en la Unión...*, op. cit., págs. 91-110; DOMÍNGUEZ RUIZ, L., "La orden europea de retención de cuentas", en

penal por las que se condena a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito. Así, se han elaborado Decisiones Marco para la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito¹⁰³⁴, pero no se ha previsto aún un procedimiento o instrumento específico para resarcir a la víctima los daños y perjuicios personales y materiales del delito, a cargo del autor del hecho¹⁰³⁵. Podría estudiarse la posibilidad de ampliar al proceso penal estas iniciativas planteadas en el ámbito civil. De hecho, en el sistema procesal español el procedimiento de ejecución de la responsabilidad civil en el proceso penal se rige por las mismas normas que el proceso civil¹⁰³⁶ y la LO reguladora del Estatuto de la Víctima, que transpone la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos y por la que se sustituye la DM 2001/220/JAI en su art. 16 establece las obligaciones del Estado en materia de indemnización de víctimas en el seno del proceso penal¹⁰³⁷.

5.4.- Principio de disponibilidad de la información y la capacidad de generar inteligencia.

El Programa de Estocolmo apuesta por garantizar la gestión del flujo de información de acuerdo con el principio de disponibilidad¹⁰³⁸, desarrollando sistemas informáticos de gran envergadura en el ELSJ, como se contempla en las declaraciones conjuntas de diciembre de

Revista de Derecho Civil, vol. I, nº4 (octubre-diciembre 2014), págs. 243 a 256, y de la misma autora, *Reclamación de deudas transfronterizas*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

¹⁰³⁴ Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso [Diario Oficial L 328 de 24.11.2006].

¹⁰³⁵ La Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos establece en su artículo primero que la obligación de indemnización a la víctima de un delito transfronterizo corresponde al Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el delito, pero sorprendentemente no establece responsabilidad alguna de esta índole a cargo del autor del hecho. Véase el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Consejo Económico y social de 20 de abril de 2009, relativo a su aplicación. [COM (2009) 170 final].

¹⁰³⁶ Normas contenidas en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (arts. 517 - 747).

¹⁰³⁷ Véase VIDAL FERNÁNDEZ, B. "Instrumentos procesales penales. Protección de las víctimas en el proceso penal", en JIMENO BULNES, M., *Nuevas aportaciones al ELSJ*, Ed. Comares, Granada 2014, págs. 153-173, especialmente, págs. 162 y 163.

¹⁰³⁸ Vid sobre la cuestión, DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M., La construcción de una capacidad de inteligencia durante las presidencias españolas de la Unión Europea, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, Núm.91, págs.147-171.

2006 y octubre de 2007¹⁰³⁹, garantizando un nivel elevado de protección de datos en materia de registro de nombres de los pasajeros a efectos de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos terroristas y los delitos graves.

La investigación y el desarrollo en el ámbito de la seguridad deberían ir apoyados por asociaciones entre los sectores público y privado, por lo que, en ejecución de tales previsiones del Programa, en su reunión de 6 de septiembre de 2010, el Grupo “Terrorismo” aprobó el proyecto de conclusiones del Consejo sobre la asociación entre el sector público y privado para aumentar la seguridad de los explosivos¹⁰⁴⁰, que se había elaborado a partir de las respuestas de los Estados miembros a un cuestionario sobre la seguridad de los explosivos¹⁰⁴¹, Otros aspectos en los que se han llevado a cabo iniciativas de asociacionismo entre el sector público y privado en materia de seguridad son las representadas por la Resolución relativa a la aportación de la sociedad civil en la búsqueda de niños desaparecidos y explotados sexualmente (2001)¹⁰⁴², y el Libro Verde sobre el papel de la sociedad civil en la política de la Unión Europea en materia de drogas (2006)¹⁰⁴³.

Para la consecución de los objetivos planteados en materia de protección, relacionados con el principio de disponibilidad de la información, el Consejo Europeo invita:

1.- A los Estados Miembros, a aplicar cuanto antes el sistema de intercambio de información entre registros de antecedentes penales (ECRIS).

¹⁰³⁹ Los responsables de Interior de once Estados miembros de la UE mantuvieron una reunión con carácter previo a la celebración del Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior el día 5 de diciembre de 2006. En la reunión se han firmado dos documentos: 1) El Acuerdo Técnico de Ejecución del Tratado de Prüm, con el objetivo de incrementar la rapidez del intercambio de información entre las autoridades policiales de los Estados firmantes de Prüm, y 2) La Declaración Conjunta de los Ministros, firmada por los siete Estados firmantes del Tratado más los cuatro que habían manifestado su interés en adherirse al mismo: Italia, Portugal, Finlandia y Eslovenia, en la que se anuncia que durante la presidencia Alemana del primer semestre de 2007 se presentará una iniciativa *para integrar las principales partes del Tratado en el acervo comunitario*. PÉREZ FRANCESCH, J.L., “Cooperación policial y judicial en la Convención de Prüm”, *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº7, 2007, págs.119-136, [Consulta: 21.3.2012], [www.meh.es/Documentación/Publico/SGT/e-administracion.pdf].

¹⁰⁴⁰ Documento disponible en [register.consilium.europa.eu/pdf/es/10/st13/st13485.es10.pdf], [Consulta: 21.3.2012].

¹⁰⁴¹ En este proyecto se invita a los Estados miembros a desarrollar la asociación entre los sectores público y privado en la lucha contra la adquisición, la producción y el uso de explosivos y dispositivos explosivos por los terroristas y demás delincuentes a fin de proteger a la sociedad contra el peligro de atentados; a reforzar la cooperación entre distribuidores de explosivos y poderes públicos; a mantener a los fabricantes y distribuidores de explosivos debidamente informados por los poderes públicos sobre la amenaza a nivel regional; a promover la reflexión entre los poderes públicos, los fabricantes y los distribuidores de explosivos sobre las medidas de seguridad adoptadas en función de la evaluación de la amenaza actual.

¹⁰⁴² DO C 283 de 9.10.2001.

¹⁰⁴³ COM (2006) 316, junio de 2006.

2.- A la Comisión, a valorar si el establecimiento de una red de antecedentes penales permite evitar la comisión de delitos (por ejemplo, mediante controles de acceso a determinados puestos de Trabajo, en particular, en relación con los menores) y, si es posible, ampliar el intercambio de información sobre las medidas de supervisión.

3.- A la Comisión, a proponer, además del ECRIS, un registro de los ciudadanos nacionales de terceros países condenados por Tribunales de los Estados Miembros¹⁰⁴⁴.

El Consejo Europeo recuerda la necesidad de velar por la coherencia con la estrategia de protección de los datos personales¹⁰⁴⁵ y el plan de actividades para la implantación de grandes sistemas informáticos, e insta a la Comisión a:

A.- Realizar un estudio de viabilidad sobre la necesidad de crear un Sistema Europeo de Fichero Policial (EPRIS) y su valor añadido, y presentar un informe al Consejo al respecto en 2012¹⁰⁴⁶.

B.- Estudiar el mejor modo de facilitar el intercambio de información entre autoridades competentes de los Estados Miembros sobre los desplazamientos de delincuentes violentos, incluidos los que acuden a acontecimientos deportivos¹⁰⁴⁷ o a grandes manifestaciones públicas.

¹⁰⁴⁴ Punto 4.2.3 del Programa de Estocolmo: una Europea abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, [Consulta: 11.5.2013], [www.acnur.org/biblioteca/pdf/7284.pdf?view=1].

¹⁰⁴⁵ Punto 2.5 del Programa de Estocolmo. Con esta finalidad el Consejo Europeo invita a la Comisión a proponer una Recomendación para la negociación de acuerdos en materia de protección y, en caso necesario, de puesta en común de datos con fines de represión de delitos con los Estados Unidos de América, que desarrolle el trabajo ya realizado en el Grupo de contacto de alto nivel UE-USA para la protección de datos y estudiar los elementos centrales de unos acuerdos de protección de datos mediante el desarrollo de nuevas tecnologías apropiadas, mejorando la cooperación entre los sectores público y privado, en particular en el ámbito de la investigación, [www.acnur.org/biblioteca/pdf/7284.pdf?view=1], [Consulta: 11.5.2013]. Sobre la normativa integrante de esta Estrategia vid. págs. 304-305.

¹⁰⁴⁶ Posibilidad que ha sido resuelta en sentido negativo por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Refuerzo de la cooperación en materia de la aplicación de la ley en la UE: el modelo europeo para el Intercambio de Información (EIXM), COM (2012) 735 final, norma que propugna la maximización de ECRIS con carácter preferente a la creación de este nuevo registro. En dicha Comunicación se hace referencia igualmente a la iniciativa sueca, que aplica el "principio de acceso equivalente": esto es, de que se debe facilitar la información al Estado miembro requirente de acuerdo con unas condiciones que no pueden ser más estrictas que las aplicadas a nivel nacional. En la actualidad se encuentran en tramitación dos propuestas de directiva que pueden incluirse en la estrategia de protección de datos.

¹⁰⁴⁷ La dimensión europea del deporte incluye aspectos relevantes en el ámbito del ELSJ, entre los que pueden citarse la prevención y represión de comportamientos violentos en actos deportivos, la lucha contra el dopaje y la prohibición de discriminación en el deporte (por ejemplo mediante la prohibición a las niñas en el ámbito escolar de determinadas actividades deportivas como la natación por creencias religiosas). ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Europa en juego: ¿por qué en el deporte europeo Bosman ha sido más decisivo que

La eficacia en la ejecución de políticas en lo que al objetivo de protección se refiere alude, en el texto del Programa de Estocolmo, a dos aspectos fundamentales, la cooperación policial europea y la eficacia en la prevención de la delincuencia¹⁰⁴⁸. La lucha contra los fenómenos delictivos típicamente transnacionales es el primer objetivo de la cooperación policial de la UE. Ha de señalarse que la conciencia de los vínculos entre delincuencia local y delincuencia organizada y de sus complejas dimensiones transfronterizas está aumentando. No habría que centrarse únicamente en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, sino también en la expansión de la delincuencia transfronteriza que tiene un impacto significativo en la vida diaria de los ciudadanos de la UE¹⁰⁴⁹.

Por ello es preciso¹⁰⁵⁰:

1. Estudiar la forma de intensificar la cooperación policial operativa, por ejemplo en lo que se refiere a la incompatibilidad de los sistemas de comunicación y otros equipos, el uso de agentes infiltrados y, en caso necesario, extraer conclusiones prácticas a este respecto¹⁰⁵¹.

2.- Presentar lo antes posible un documento de reflexión¹⁰⁵² sobre el mejor modo de asegurarse de que el Parlamento Europeo puede, con la participación de los Parlamentos nacionales conforme a los artículos 85 y 88 del TFUE, examinar y evaluar las actividades de Europol. En efecto, el artículo 88 del TFUE establece un nuevo régimen jurídico para Europol.

Cruyff?", *Legalprestigia*, Thomson Reuters-Aranzadi, [Consulta: 11.5.2013], [www.legalprestigia.aranzadi.es/.../europa-en-juego-por-qué-en-el-deport...].

¹⁰⁴⁸ En la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Prevención de la delincuencia en la Unión Europea. Reflexión sobre unas orientaciones comunes y propuestas a favor de un apoyo financiero comunitario, COM (2000) 786 final, la Comisión propone la siguiente definición del concepto de prevención de la delincuencia: "La prevención de la delincuencia abarca todas las actividades que contribuyen a detener o reducir la delincuencia como fenómeno social, tanto cuantitativa como cualitativamente, ya sea a través de medidas de cooperación permanente y estructurada, o a través de iniciativas concretas. Estas actividades incumben a todos los protagonistas susceptibles de desempeñar una función preventiva: cargos públicos locales, servicios represivos y sistema judicial, servicios sociales, sistema educativo, movimientos asociativos en sentido amplio, industria, banca y sector privado, investigadores y científicos, así como el público en general, con el que se enlaza a través de los medios de comunicación.

¹⁰⁴⁹ Punto 4.3 del Programa de Estocolmo.

¹⁰⁵⁰ De acuerdo con las propuestas contenidas en el apartado 4.3.1. *Reforzar la eficacia de la cooperación policial europea*, del Programa de Estocolmo.

¹⁰⁵¹ A juicio de AMOEDO SOTO, C.A., el más importante reto de la eficacia policial es, sin duda, el manejo de información de calidad. Así lo afirma en "La cooperación policial en la Unión Europea: su repercusión en el modelo español de seguridad pública", Jornadas sobre "Seguridad pública y privada. Hacia un nuevo modelo de protección de la ciudadanía en el marco del Estado autonómico", Barcelona, 19.7.2005, p. 49, [Consulta: 11.5.2013], [www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/130215/179653].

¹⁰⁵² Este documento de reflexión se ha plasmado en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los procedimientos de control de las actividades de Europol por el Parlamento Europeo, control en el que participarán los Parlamentos nacionales, COM (2010) 776 final, hecho en Bruselas, 17.12.2010.

Estipula que Europol se regirá por reglamentos, que deben adoptarse con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Un aspecto de los futuros reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo se refiere a los procedimientos de control de las actividades de Europol por el Parlamento Europeo, control en el que participarán los Parlamentos nacionales. Se ha considerado que la implicación de Europol en la actividad de policía y su papel clave en el intercambio de información entre los servicios represivos nacionales requerían un tipo de supervisión parlamentaria que fuera más allá de las disposiciones previstas en el Convenio. El tratamiento de la información, incluidos los datos personales -actividad principal de Europol- puede tener una incidencia en los derechos fundamentales de las personas, en especial el derecho a la protección de sus datos personales. Un sistema de control parlamentario más riguroso se ha considerado el medio de reforzar la legitimidad democrática en este campo. La Decisión del Consejo de 2009 introdujo innovaciones que ampliaron considerablemente el papel del PE respecto de Europol proporcionando asimismo oportunidades para contar con mecanismos de intercambio regular de información. Señala la Comisión¹⁰⁵³ que estos nuevos instrumentos de supervisión no aluden a la necesaria coordinación ante el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales en materia de control y para suplir esta omisión propugna la creación de un foro mixto o interparlamentario permanente.

3.- Considerar la posibilidad de elaborar un Código de cooperación policial que consolide los instrumentos existentes y, en caso necesario, los modifique y simplifique.

4.- Convenir en normas de calidad comunes en el ámbito de la policía científica, entre otras finalidades, para desarrollar prácticas idóneas para las investigaciones del lugar del delito.

La dimensión transfronteriza acentúa la importancia de incrementar y desarrollar los conocimientos a escala europea sobre el modo en que se interconectan la delincuencia y la criminalidad en los Estados Miembros¹⁰⁵⁴, para apoyar a estos cuando adopten medidas

¹⁰⁵³ COM (2010) 776 final.

¹⁰⁵⁴ A este respecto, DE LUCAS MARTÍN, I. "La prueba en el proceso penal en el contexto de la Unión Europea", en DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal...*, op. cit. p.424. "estos grupos criminales han aprendido a desarrollar sus actividades con vocación empresarial. Hasta hace unos años, los grupos criminales operaban en distintos sectores, el narcotráfico, la prostitución, la explotación laboral, la delincuencia económica o el blanqueo de capitales por acudir a algunos de los ejemplos más conocidos. No obstante, al tiempo que estas organizaciones se han perfeccionado en términos de estructura, han desarrollado una interacción entre distintos grupos de manera que rivalizan pero también se benefician o participan de la estructura de los demás. En la actualidad es común que aquellos que se dedican al narcotráfico acudan a la experiencia y estructura de otros grupos para el blanqueo del dinero y ganancias obtenidos con tan lucrativo negocio. Y este criterio que resulta aplicable a las distintas actividades

individuales o conjuntas y solicitar la actuación de las instituciones de la UE cuando se considere necesario. Con el Tratado de Lisboa, la cooperación en el ámbito de la prevención de la delincuencia pasará a reconocerse con un nuevo fundamento jurídico, inserto en el artículo 75 del TFUE en relación con el artículo 67.3 del mismo texto legal.

Cabe concluir, por tanto, que la Unión puede aportar una plusvalía real en la lucha contra algunas amenazas que exigen una acción extremadamente coordinada y concretamente dentro de la cooperación policial. El principal valor añadido de la actividad policial moderna en la lucha contra la criminalidad procede de la gestión de la información y de la capacidad para generar inteligencia, puesto que de ella depende que se puedan apreciar patrones de comportamiento delincuenciales individuales o colectivos, y así neutralizar las acciones criminales. Sin embargo, su obtención en el ámbito de la cooperación a escala europea plantea dificultades, puesto que en función de las legislaciones nacionales respectivas, las limitaciones para obtener determinadas informaciones y gestionarlas son muy variadas, al igual que el valor probatorio de éstas. Dichas dificultades son sorteadas, en numerosas ocasiones, mediante las relaciones informales entre policías de diversos países¹⁰⁵⁵.

El Consejo Europeo insta por ello al Consejo y a la Comisión a adoptar una estrategia en materia de delincuencia organizada, en el marco de la Estrategia de Seguridad Interior y establecer sus prioridades en materia de lucha contra la delincuencia determinando los tipos de delincuencia contra los cuales desplegará los instrumentos que ha desarrollado, sin abandonar la evaluación de la amenaza de la delincuencia organizada y sus versiones regionales¹⁰⁵⁶.

criminales puede ser también útil para entender el apoyo que por razones puramente geográficas prestan grupos criminales en España a otros que tratan de introducirse en nuestro país.

Si tratamos de sistematizar cuáles son los principales elementos que diferencian la delincuencia tradicional de esta que llamamos organizada, podemos convenir que el nivel de profesionalización, la vocación empresarial en términos de objetivos y estructura, o la dimensión supranacional, permiten formarnos una idea de este fenómeno.”

¹⁰⁵⁵ JAIME-JIMÉNEZ, O. y CASTRO MORAL, L. “La criminalidad organizada...”, op. cit. p. 187.

¹⁰⁵⁶ Esta iniciativa ya se había llevado a cabo en el marco del Plan de Acción de Viena. De acuerdo con su programa de acción relativo a la delincuencia organizada de junio de 1997, el Consejo Europeo reunido en Viena en diciembre de 1998 pidió un refuerzo de la acción de la Unión contra la delincuencia organizada a través de la explotación de las posibilidades más amplias ofrecidas por el Tratado de Amsterdam. El Consejo Europeo reiteró este objetivo en octubre de 1999 en Tampere. Al adoptar su estrategia de prevención y control de la delincuencia organizada, el Consejo da respuesta a esta demanda. El documento “Prevención y control de la delincuencia organizada: estrategia para el próximo milenio [DO C 124 de 3.5.2000] especifica qué acciones deben realizarse a escala europea para luchar contra la delincuencia organizada, su prioridad, bajo qué responsabilidad y según qué calendario. Se trata, por tanto, de la actualización de tales previsiones.

5.5.- Protección del ciudadano a través de la eficacia contra las formas graves de delincuencia.

La consecución de un ELSJ pasa por el objetivo esencial y primario de erradicar las diferentes formas de criminalidad. El Programa de Estocolmo plantea esta acción pública desde una perspectiva definida por la protección del ciudadano frente a esta acción criminal a través de criterios de eficacia en la actuación de política criminal. Para ello ha de tenerse en cuenta como presupuesto que:

Existe un Derecho penal nacional (tantos como Estados) y un Derecho penal internacional (tantos como organizaciones de Estados). Existe una delincuencia nacional (que afecta a bienes jurídicos, individuales y colectivos, públicos y privados) y una delincuencia internacional, que afecta a bienes jurídicos internacionales de los que se puede considerar titular al conjunto de naciones o, al menos, al conjunto de naciones que tienen un interés similar en perseguir esa delincuencia. Existen delitos nacionales, que se cometen en el ámbito del territorio de un Estado, y delitos internacionales, cuya realización se produce distribuyendo los actos que los integran en el territorio de varios Estados o con la participación de delincuentes o de víctimas que son ciudadanos de Estados diferentes, con la consecuencia de la aplicación al caso de ordenamientos penales también diferentes. Existen delitos nacionales, cuya represión puede ser competencia de una pluralidad de organizaciones judiciales (que deberán repartirse las actuaciones conforme a un sistema de reglas de competencia preestablecido) o de un tribunal penal internacional, cuya competencia se rige por tratados o normas de organizaciones inter o supranacionales también anteriores. Existen delitos nacionales, cometidos por delincuentes individuales o en grupo, más o menos improvisados o preparados, y existen delitos internacionales, normalmente cometidos por bandas organizadas y armadas, a la manera de un Estado, que con frecuencia superan en medios y en capacidad a la estrategia de los Estados, que necesitan unirse para estar en las mínimas condiciones de reprimir con una mínima eficacia la criminalidad de esas poderosas bandas. Y existe una política criminal nacional en cada Estado, que dirige y coordina la actuación de los órganos públicos en la lucha contra la criminalidad dentro de ese Estado, y hay una Política criminal internacional, que dirige y coordina la actividad de los Estados miembros en la lucha contra la criminalidad cuya represión es interés común de todos los Estados que participan en ella¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁷ BUENO ARÚS, F., *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, 1ªEd. Madrid: Dykinson, 2008, p.479. Por su parte, PÉREZ MARÍN, M.A., "La lucha contra la criminalidad...", op. cit., p. 204 define el delito transfronterizo como "el que afecta a más de un Estado miembro- por la nacionalidad de los sujetos activos, por el lugar de comisión, por el lugar o los lugares en que los hechos despliegan sus efectos, por la forma de comisión, por los bienes jurídicos afectados o por la necesidad de combatir el crimen de forma conjunta."

En el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán (agosto-septiembre de 1985), se señaló la preocupación por el crecimiento desmesurado del crimen organizado en el ámbito internacional debido a la gran cantidad de operaciones ilícitas que se realizaban en aquel momento, traspasando las fronteras de los Estados, cuyos sistemas de prevención del delito más “efectivos”, resultaban inocuos en su prevención. Estos criminales, aprovechando lagunas legales, políticas criminales inadecuadas, contradicciones de los ordenamientos penales, corrupción estatal y cualquier deficiencia del sistema, actuaban con la mayor efectividad. En los últimos años esta situación se ha agravado, al producirse transformaciones relevantes dentro de la criminalidad en el ámbito mundial. El crimen organizado alcanza ahora una mayor dimensión internacional, dificultando una actuación eficaz contra él¹⁰⁵⁸.

Acerca del concepto de criminalidad organizada, HERRERO HERRERO ofrece una definición desde una perspectiva criminológica funcional, según la cual delincuencia organizada es “la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y la coacción con relación a sus miembros y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos”¹⁰⁵⁹. De esta definición, y en general de las que se manejan en la doctrina criminológica SÁNCHEZ GARCÍA¹⁰⁶⁰ extrae las siguientes características comunes a la organización criminal: 1) Unas primeras características que son predicables de toda asociación criminal y se concretan en la concertación de varias personas para la comisión de delitos, cierta organización, estabilidad y permanencia, 2) Otras características que definen al crimen organizado: la orientación a la comisión de delitos graves, la adopción de una estructura compleja¹⁰⁶¹ y la búsqueda de beneficio o de poder como objetivo. Ya partir de estas consideraciones podemos concluir que

¹⁰⁵⁸ “Delincuencia organizada y globalización”, [Consulta: 21.3.2012], [\[www.bibliojuridica.org/libros/5/2263/3.pdf\]](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2263/3.pdf).

¹⁰⁵⁹ HERRERO HERRERO, C. “Criminología...”, págs.609 y 610.

¹⁰⁶⁰ *Criminalidad organizada...*, op. cit. págs. 39-41.

¹⁰⁶¹ A su vez, en atención a su forma de estructuración, el crimen organizado se presenta como de estructura jerárquica (*Cosa Nostra, Sacra Corona Unita, Hells Angels y Bandidos*), estructura horizontal, celular o en red (*Ndrangheta, Camorra, tríadas y cartels*) y grupos de estructura fluida (antigua estructura de los *cartels*). *Ibidem*, págs. 57-60.

la autora considera al crimen organizado como una subespecie de la asociación criminal en la medida en que participa de sus características esenciales y presenta además otras notas que lo singularizan.

La característica de la transnacionalidad y la organización son elementos comunes a las conductas que han sido objeto de tipificación a través de normas mínimas¹⁰⁶². A pesar de ello, no se ha elaborado un concepto comunitario de lo que haya de entenderse por “delincuencia organizada transfronteriza”, si bien el Parlamento Europeo ya había indicado en su Resolución de 11 de febrero de 1994, sobre “Actividades criminales en Europa” que había de entenderse por “delincuencia organizada”: la “ asociación con fines delictivos, organizada, que opera a escala internacional y cuyas actividades abarcan desde el delito propiamente dicho hasta el control directo o indirecto de actividades económicas como concesiones públicas, licencias, contratos y servicios”¹⁰⁶³; y la Acción Común de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea define la organización delictiva en su artículo primero como “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con un pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”¹⁰⁶⁴.

A estos efectos MARTIN DIZ¹⁰⁶⁵, estima aplicable el concepto contenido en la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, hecha en

¹⁰⁶² A nuestro juicio, tales caracteres deben configurarse como presupuestos indeclinables del principio de subsidiariedad, exigiendo que incluso cuando se opta por la punición de comportamientos estrictamente individuales (ie. la punición de posesión de material pornográfico infantil para uso privado), exista siempre un componente de organización en la posibilidad o perpetración del delito, o de transnacionalidad, o bien se den ambos simultáneamente. Estos caracteres no se formulan, si n embargo, de modo expreso, en las normas comunitarias destinadas a la armonización penal o al establecimiento de normas mínimas.

¹⁰⁶³ HERRERO HERRERO, precisa, sin embargo que naturalmente el Parlamento Europeo hace hincapié en la nota de internacionalidad de la actividad de estas asociaciones delincuentes, porque el mismo dirige su mensaje a las naciones componentes. Pero es manifiesto que existen, también, asociaciones de esta índole a escala nacional. HERRERO HERRERO, C., *Criminología...*, op. cit. p. 334.

¹⁰⁶⁴ DO L 351 de 29.12.98. Además, esta norma instaba a los Estados miembros a la tipificación de la conspiración para delinquir y la participación en una organización criminal, con su consiguiente relevancia político-criminal. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada...*, op. cit., págs. 111 y 116.

¹⁰⁶⁵ “La conveniencia de procesos penales...”, op. cit. págs.48 y 49.

Nueva York el 15 de noviembre de 2000, firmada el 13 de diciembre del mismo año en Palermo, denominada habitualmente “Convención de Palermo”¹⁰⁶⁶.

El artículo 2 del citado Convenio establece:

1. *Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico y otro beneficio de orden material.*

2. *Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.*

3. *Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.*

Posteriormente, ya en el seno de la Unión, se elaboró la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada¹⁰⁶⁷ con el objeto, expresado en su Considerando N^o6, de completar el trabajo realizado por las organizaciones internacionales, y en particular la Convención de las Naciones Unidas contra la

¹⁰⁶⁶ En cuanto la Unión Europea mediante Decisión 2004/579/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DOCE L 261 de 6 de agosto de 2004) permitía la adhesión a dicha Convención y a sus protocolos.

El ámbito del Convenio abarca, según lo expuesto en sus artículos 2 y 3 y a menos que se contenga una disposición expresa en contrario, las siguientes acciones:

a) Delitos de carácter transnacional, entendiéndose por ello los cometidos en más de un Estado, o que desarrollados en el territorio de un único Estado una parte sustancial se prepara, planifica, dirige o controla desde otro Estado, o bien implica la participación de un grupo delictivo que actúa en más de un Estado, o bien genera efectos sustanciales en otro Estado.

b) Cometido por un grupo delictivo organizado: integrado por tres o más personas de forma estable y concertadas entre sí, dotado de una estructura interna –flexible-, cuya finalidad reside en la comisión de determinadas y selectivas acciones delictivas para obtener de ellas un beneficio material

c) Delito de carácter grave: aquéllos que, conforme a las reglas de Derecho material del Estado en que se produzca, cometan o repercutan dichas actividades ilícitas, sean punibles con una pena de privación de libertad máxima de, al menos, cuatro años (o con una pena más grave que la propia privación de libertad en situación de reclusión).

¹⁰⁶⁷ DO L 300 de 11.11.2008.

Delincuencia Organizada Transnacional (“la Convención de Palermo”), y sustituir la Acción Común de 1998¹⁰⁶⁸.

Como caracteres predicables de la delincuencia organizada contemporánea, pueden señalarse: a) la utilización de redes comerciales internacionales; b) el aprovechamiento del libre mercado, de manera que la apertura de las fronteras europeas les da un radio de acción amplísimo; c) expansión de actividades en otras áreas geográficas, pretendiendo construir en un territorio actividades delictivas que no existían; d) interrelación con otras organizaciones nacionales e internacionales: unas se unen a otras, claro que con beneficio para ambas, para el aprovechamiento del delito; e) reinversión de los beneficios: se trata del antiguo “trueque”, cambiando acciones delictivas por otras y así obtener los beneficios (a modo de ejemplo, una banda que roba vehículos de lujo para canjearlos por droga); f) tipologías delictivas; g) relación entre delitos¹⁰⁶⁹.

La delincuencia organizada constituye una amenaza para la economía y la sociedad europeas. La respuesta de la Unión Europea a la lucha contra la delincuencia organizada se adapta a la complejidad del fenómeno, y contempla tanto la trata de seres humanos como la delincuencia económica y financiera, la corrupción o el blanqueo de dinero. El enfoque integrado que guía la acción de la Unión va desde la prevención hasta la represión. Ésta se basa esencialmente en una cooperación eficaz entre los servicios de los Estados miembros, en particular los policiales, incluidos el intercambio de información y la ayuda mutua en materia

¹⁰⁶⁸ Esta norma, en su artículo primero define la “organización delictiva” como “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” y define también la “asociación estructurada” como “una organización no formada fortuitamente por la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada.” El objetivo de esta norma consistía en llegar a un enfoque común en los diversos Estados miembros en la tipificación penal de la participación en una organización delictiva, así como su persecución independientemente del lugar de la Unión donde se concentre la organización o donde ejerza su actividad delictiva”, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada...* p.34.

¹⁰⁶⁹ “Conceptos y tipos de delincuencia”, [Consulta: 21.3.2012], [www.thesis.uson.mx/digital/teisi/docs/19617/Capitulo2.pdf].

de incautaciones y confiscaciones. La lucha contra la delincuencia organizada es global¹⁰⁷⁰, y afecta a numerosos ámbitos de acción y políticas de la Unión¹⁰⁷¹.

Sobre los anteriores presupuestos de la acción comunitaria en materia de crimen organizado, el Consejo Europeo considera que en los próximos años merecen especial prioridad los tipos de delitos que desarrollamos en los epígrafes siguientes. El listado de comportamientos delictivos que se incluyen seguidamente obedece a criterios de política criminal antes que a decisiones o argumentos de índole técnica o jurídica. Responde a una decisión de orientación política del Consejo expresada a través del último Programa de Trabajo quinquenal. En el ámbito de la cooperación judicial penal, se trata de una de las cuestiones más relevantes. No por ello ha de entenderse como una decisión puramente arbitraria o discrecional, sino que la inclusión de determinados comportamientos en el ámbito protector del derecho comunitario europeo viene determinado por las características ya expresadas, a saber, la vinculación a una organización delictiva, el componente de transnacionalidad, la afectación de intereses netamente comunitarios, la gravedad o intensidad del ataque a estos intereses y la necesidad de intervención comunitaria en términos de eficacia por resultar insuficiente a estos efectos la acción puramente nacional. Estos son los caracteres que reúnen las conductas que a continuación se exponen y justifican su carácter prioritario en la consideración que el Consejo realiza a través del Programa de trabajo.

¹⁰⁷⁰ En el mismo sentido de la necesidad de una respuesta global a la delincuencia transfronteriza como origen de un derecho penal europeo, FIGUERUELA BURRIEZA, A., "Proceso penal europeo y garantías jurisdiccionales de los derechos en la Europa Unida", *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*. Pp. 88-9.

¹⁰⁷¹ [Consulta: 21.3.2012], [http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_organised_crime/index_e_s.htm].

5.5.1.- La trata de seres humanos¹⁰⁷²

Este tipo de delincuencia requiere una respuesta política coordinada y coherente que va más allá del ELSJ. Teniendo en cuenta las nuevas formas de explotación, implica a los sectores de relaciones exteriores, cooperación para el desarrollo, asuntos sociales y empleo, educación y salud, igualdad de sexos y no discriminación¹⁰⁷³.

El Consejo Europeo había invitado al Consejo a considerar la posibilidad de nombrar un Coordinador Europeo de la lucha contra la trata de seres humanos (CCT). De ahí que en el marco del nuevo Programa de actuación, el Consejo pide:

A.- La adopción de una nueva legislación en materia de lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas.

B.- La propuesta de nuevas acciones para proteger y prestar asistencia a las víctimas a través de un conjunto de medidas que incluya el desarrollo de sistemas de compensación, el retorno seguro y la ayuda a la reintegración en la sociedad de su país de origen en caso de regreso voluntario, así como medidas en relación con su estancia, estableciendo la UE asociaciones con los países de origen.

C.- La proposición de medidas de cooperación para movilizar a los servicios consulares de los países de origen con el objetivo de prevenir la expedición fraudulenta de visados.

Esta iniciativa se ha plasmado en la nueva Directiva 36/2011/UE¹⁰⁷⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. La norma había fijado la entrada en vigor el 15 de abril de 2011, con un plazo de transposición que finalizó el 6 de abril de 2013 (art. 22) y la prescripción de que la Comisión presentará al Parlamento y al Consejo un informe en el que se evaluará en qué medida los Estados Miembros han adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a la norma con una fecha límite de 6 de abril de 2015 (art. 23). La

¹⁰⁷² Como cuestión preliminar terminológica, en relación a este tipo de conductas hacemos nuestras las siguientes consideraciones “ What we need and what the experience of migrant women urge us to articulate is a ‘new vocabulary of citizenship’ that, organised from a vantage point that brings together feminist theories of gender and sexuality and critical political theory, is best placed to offer a nuanced reading of emerging migrant subjectivities and of the political transformations these are bringing about. Terms such as ‘trafficking’, ‘sexual slavery’ and ‘victims of trafficking’ cannot be part of that new vocabulary because they are embedded within the discursive logic of victimisation and criminality and in the normalisation of new hierarchies and inequalities in Europe. “, RUTVICA, A., *Migration, Agency and Citizenship in sex trafficking*, Open University, UK, Plagrave Macmillan, 2010.

¹⁰⁷³ Proyecto revisado de conclusiones del Consejo sobre la nueva Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016), Bruselas, 16 de octubre de 2012.

¹⁰⁷⁴ DO L 101 de 15.4.2011.

norma tiene como destinatarios a todos los Estados miembros, con excepción de Dinamarca¹⁰⁷⁵.

La presente Directiva sustituye a la Decisión Marco 2002/629/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y constituye la primera norma de derecho penal sustantivo emanada de las instituciones de la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Por tanto, la primera novedad, fruto de los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa, es la adopción de este instrumento jurídico, frente a las anteriores decisiones marco.

Esta nueva regulación, no surge *ex novo*, sino que parte de los principios y normas contenidas en otros preceptos de derecho internacional a las que alude en su exposición de motivos¹⁰⁷⁶ y se inspira igualmente en el mecanismo de evaluación del Consejo de Europa, compuesto por el Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA)¹⁰⁷⁷ y el Comité de las Partes. Asimismo, resultan de utilidad a los efectos de la presente Directiva, los instrumentos en vigor sobre el embargo y decomiso de los productos del delito¹⁰⁷⁸, y las normas comunitarias precedentes, como la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito¹⁰⁷⁹ y la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito¹⁰⁸⁰. Sin olvidar la Decisión marco

¹⁰⁷⁵ [Consulta: 2.1.2013],[europa.eu EUROPA Síntesis de la legislación de la UE].

¹⁰⁷⁶ Así, hace referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño. Protocolo de las Naciones Unidas de 2000 para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 y la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de Ginebra, en lo relativo al principio de no devolución).

¹⁰⁷⁷ El Grupo ha permitido a la Comisión desarrollar su política en materia de lucha contra la trata de seres humanos. La Decisión 2011/502/UE de la Comisión de 10 de agosto de 2011 por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos deroga la Decisión 2007/675/CE [DO L 207 de 12.8.2011] por la que se creaba el grupo de expertos, con el fin de tener en cuenta la nueva Directiva europea en materia de prevención y lucha contra la trata de seres humanos así como de la creación del puesto de Coordinador europeo de la lucha contra la trata de seres humanos. La misión de esta figura es la de mejorar la coordinación de las acciones efectuadas a escala europea, nacional e internacional, así como participar en la elaboración de políticas de la UE en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos. [Consulta: 13.2.2013],[http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_trafficking_in_human_beings/jl0061_es.htm].

¹⁰⁷⁸ Como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, el Convenio del Consejo de Europa, de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos de delito.

¹⁰⁷⁹ DO L 182 de 5.7.2001, p.1.

¹⁰⁸⁰ DO L 68 de 15.3.2005, p. 49.

2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002¹⁰⁸¹ relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, toda vez que el delito de trata de seres humanos es incluido en la lista de delitos que permite la entrega.

En relación al contenido de la nueva Directiva, de acuerdo con la exposición de motivos, pretende una regulación global del fenómeno de la trata de seres humanos, prestando para ello, especial consideración a las diversas motivaciones y sugerencias que pueden operar en los autores y en las víctimas (así, en la industria del sexo, construcción, agricultura o servicio doméstico), y las especiales circunstancias de vulnerabilidad que pueden afectar a estas últimas, con mayor atención a la protección de los menores de edad y circunstancias de género, que pueden determinar la necesidad de diferentes instrumentos de asistencia. Pretende, por ello, comprender la explotación con fines sexuales, de imposición de condiciones de trabajo ilegales, la trata con la finalidad de tráfico ilegal de órganos¹⁰⁸², el ejercicio de la mendicidad y otras actividades delictivas organizadas.

El objeto de la Directiva es expresado en el artículo 1, teniendo, según este precepto la finalidad de establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos¹⁰⁸³. Queda fuera de su ámbito de regulación las condiciones de la residencia de las víctimas de la trata de seres humanos en el territorio de los Estados miembros. Estos aspectos se rigen, tras la entrada en vigor de la Directiva, por lo dispuesto en la Directiva 2004/81/CE, que prevé la expedición de un permiso

¹⁰⁸¹ DO L 190 de 18.7.2002, p.1. Cuando en la Directiva se haga referencia a la entrega, dicha referencia debe interpretarse en el sentido de la Decisión marco.

¹⁰⁸² Vid. GARCÍA ALBERO, R. *Comentario al delito de tráfico de órganos del art. 156 bis CP*. Monografías, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2010. en la que el autor expone las razones de la incriminación del delito de tráfico de órganos y su carácter transnacional argumentando: "La incriminación del tráfico ilegal de órganos trata de salir al paso de un problema que sólo recientemente se ha hecho visible. Es fácil señalar las condiciones por las que este fenómeno ha ocupado por fin un lugar preeminente en la agenda político-criminal. Mientras los procedimientos de trasplante estuvieron restringidos a ámbitos médicos muy especializados en unos pocos países desarrollados, nada hacía presagiar la necesidad de la intervención. Pero la medicina de trasplante ha sido víctima de su propio éxito: los progresos alcanzados tanto en las técnicas quirúrgicas como en terapias anti rechazo; la generalización de estas prácticas en países en vías de desarrollo o incluso subdesarrollados y en instituciones clínicas diversas (públicas y privadas); la apertura a las donaciones inter vivos... El potencial terapéutico de las terapias de trasplante ha generado así unas enormes expectativas y en consecuencia ha incrementado exponencialmente la demanda de órganos, que excede con mucho a la oferta disponible. La diferencia entre oferta y demanda es igual a oportunidad de negocio, y allá donde existe tal oportunidad, no faltarán personas y grupos dispuestos a lucrarse en un mercado globalizado y ubicuo- Internet."

¹⁰⁸³ Artículo 1: *Objeto*. "La presente Directiva establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos. También introduce disposiciones comunes teniendo en cuenta la perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas."

de residencia a las víctimas de la trata de seres humanos nacionales de terceros países, y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, incluida la protección frente a la expulsión¹⁰⁸⁴.

El concepto de trata de seres humanos, con una redacción muy similar a la expresada en el Protocolo contra la trata de personas¹⁰⁸⁵, se contiene en el artículo segundo de la Directiva 36/2011/UE, disponiendo este precepto que *“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente:*

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control de otra persona, con el fin de explotarla.”

En la definición transcrita aparecen los tres elementos constitutivos del delito:

A.- *La conducta:* captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas

B.- *El medio:* amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra

C.- *La finalidad de explotación:* incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Siguiendo las indicaciones de Naciones Unidas sobre técnica legislativa¹⁰⁸⁶, la Directiva hace referencia exclusiva al delito de trata de personas, sin incluir el tráfico ilícito de

¹⁰⁸⁴ Así se expresa en el Considerando (17) de la Directiva 36/2011/UE.

¹⁰⁸⁵ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional hecho en Nueva York, 2004.

¹⁰⁸⁶ Vid. Manual sobre la investigación del delito de trata de personas, [Consulta: 21.3.2012] [www.unodc.org/documents/human.../AUTO_APREDIZAJE.pdf].

migrantes. Ello se justifica en los diferentes elementos configuradores de ambas figuras delictivas, que aconsejan su tratamiento por separado y se pueden sintetizar en los siguientes¹⁰⁸⁷:

A.- *Consentimiento*: por lo general, el tráfico ilícito de migrantes supone el consentimiento de éstos. En cambio, las víctimas de la trata nunca han dado su consentimiento, o su consentimiento inicial ha perdido sentido a causa de los medios empleados por los traficantes.

B.- *Carácter transnacional*: el tráfico ilícito entraña facilitar el cruce ilegal de la frontera por una persona para entrar en otro país. La trata de personas, en cambio, no necesariamente supone el cruce de una frontera. En los casos en que esto sucede, es irrelevante si el cruce de la frontera es legal o ilegal. Así pues, mientras que el tráfico ilícito de migrantes es siempre, por definición, de carácter transnacional, la trata de personas no necesariamente lo es.

C.- *Explotación*: la relación entre el traficante y el migrante objeto de tráfico ilícito suele terminar una vez que éste ha cruzado la frontera. La tarifa se paga por adelantado o a la llegada. El traficante no tiene la intención de explotar a la persona una vez que ésta ha llegado a su destino. El traficante y el migrante son socios, si bien de distinto nivel, en una operación comercial en que el migrante participa voluntariamente. La trata de personas, en cambio, entraña la explotación permanente de las víctimas de manera que se generen ganancias ilícitas para los autores. La intención de éstos es mantener la relación con las víctimas de la explotación una vez que han cruzado la frontera y han llegado a su destino final. El tráfico ilícito de migrantes puede convertirse en trata, por ejemplo cuando el traficante “vende” a la persona y su deuda acumulada o la engaña, coacciona o la obliga a trabajar para pagar sus gastos de transporte en condiciones de explotación.

D.- *Fuente de los beneficios*: un indicador importante para determinar si un caso es de tráfico ilícito o de trata de personas es el modo en que los autores obtienen sus ingresos. Los

¹⁰⁸⁷ Esta diferenciación no se formula de modo expreso en la propia Directiva 36/2011/UE. Nosotros extraemos esta conclusión del concepto de trata de seres humanos formulado en su artículo segundo y del hecho de que en ningún precepto de la Directiva se recoja expresamente el término “tráfico ilícito de migrantes”. Como argumento sustantivo que favorece nuestra interpretación se encuentra también la circunstancia de que el tráfico ilícito de migrantes encuentra regulación específica a nivel de la Unión en las Decisiones 2006/616/CE y 2006/617/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativas a la celebración del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada. El propio Protocolo aporta una definición de “tráfico ilícito de migrantes” en su artículo tercero como “la *facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*”.

traficantes los generan de la tarifa que cobran por trasladar a las personas. En cambio, los que se dedican a la trata de personas, siguen ejerciendo control sobre sus víctimas a fin de obtener nuevos beneficios mediante la explotación continua de éstas.

De acuerdo, por tanto, con las definiciones transcritas *ut supra*¹⁰⁸⁸, el delito de trata de seres humanos se configura como un delito de comisión dolosa, no habiéndose previsto legalmente la comisión culposa, la cual resultaría impune. Se configura igualmente como un tipo de modalidades comisivas abiertas, en cuanto pretende comprender todas las posibles actividades que pudieran integrar un ciclo de perpetración del delito, desde la selección de la presunta víctima, hasta la efectiva prestación de servicios forzados, extracción de órganos o comisión de otras actividades delictivas. La mecánica comisiva exige igualmente el empleo de medios que anulen o hagan irrelevante el consentimiento de la víctima, al requerir el empleo de *vis moral*, mediante la amenaza, fraude, el engaño, o abuso de situaciones de vulnerabilidad.

La definición del delito se completa con el contenido del Considerando primero de la Directiva, señalando que se ha ampliado el concepto con respecto a su anterior regulación en la Decisión marco 2002/629/JAI incluyendo otras formas de explotación. En este sentido, se incluye la mendicidad forzosa tal como se define en el Convenio nº 22 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930¹⁰⁸⁹. Se comprende, por un lado, la mendicidad de persona dependiente de la víctima de la trata, pero exigiendo que concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso tal como se recogen en el citado Convenio.

Se realiza igualmente, a través del Considerando nº11 una interpretación auténtica de la expresión “explotación para realizar actividades delictivas”, debiendo entenderse como tales la explotación de una persona para que cometa carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes, si bien se mencionan tales actividades a título meramente ejemplificativo, incluyendo “*otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica*”. Comprende también la adopción ilegal o los matrimonios forzados en la medida en que concurren los elementos constitutivos de la trata de seres humanos.

¹⁰⁸⁸ Contenidas en el artículo 2 de la Directiva 36/2011/UE y el artículo 3.a) del Protocolo que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁰⁸⁹ El Convenio relativo al Trabajo Forzoso u obligatorio adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1930, con entrada en vigor el 1 de mayo de 1932 define en su artículo 2 el trabajo forzoso u obligatorio como “*Todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.*”

La cuestión del posible consentimiento de la víctima se recoge también en el Considerando nº11 *“habida cuenta de la jurisprudencia pertinente, la validez del posible consentimiento para llevar a cabo tal trabajo o servicio debe evaluarse en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de un menor, el posible consentimiento no debe considerarse válido.”* Ello no obstante, como se ha señalado, parece que la dinámica comisiva exige en todos los supuestos la existencia de amenaza, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad, por lo que el consentimiento de la víctima estaría en todos los casos viciado, y en los supuestos en que no mediaren tales medios y la víctima prestare su consentimiento, para la extracción de órganos o realización de actividades delictivas no existiría delito de trata de seres humanos y el comportamiento de la víctima resultaría o no punible conforme a la legislación nacional (no resultaría punible contraer un matrimonio de conveniencia, y sería sancionable el carterismo)¹⁰⁹⁰. Del mismo modo, se prescribe que el delito de trata de seres humanos ha de configurarse como una infracción de naturaleza pública, independiente de la voluntad de la víctima en cuanto a su persecución y castigo, lo que resulta coherente con el contenido de la conducta perseguida¹⁰⁹¹.

Sobre la extensión del delito a determinadas actividades y también la delimitación subjetiva de los posibles culpables se pronuncia el Considerando nº26 en los siguientes términos: *“La Directiva 2009/52/CE dispone sanciones para los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular que, sin haber sido imputados o condenados por trata de seres humanos, hagan uso del trabajo o de los servicios de una persona a sabiendas de que ésta es víctima de dicha trata. Además, los Estados miembros deben estudiar la posibilidad de imponer sanciones a los usuarios de los servicios de una persona a sabiendas de que es víctima de la trata de seres humanos. Esta tipificación más amplia podría incluir la conducta de los empleadores de nacionales de terceros países con residencia legal y de ciudadanos de la Unión, así como de los usuarios de servicios sexuales prestados por un víctima de la trata de seres humanos, con independencia de su nacionalidad.”*

¹⁰⁹⁰ En esta línea, el artículo 8 dispone: *“Los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2.”*

¹⁰⁹¹ Prescripción contenida en el artículo 9, bajo la rúbrica de *“investigación y enjuiciamiento”*. *“Los Estados miembros garantizarán que la investigación o el enjuiciamiento de la infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 no dependan de la deposición o denuncia de la víctima, y que el proceso penal pueda seguir su curso aunque la víctima retire su declaración.”*

Esta disposición es de redacción confusa, por cuanto en su primer inciso se refiere a las sanciones respecto de empleadores de víctimas que no hayan sido imputados por el delito, por lo que las sanciones habrán de ser administrativas o bien penales pero fuera del ámbito de la trata. Podría incluir conductas tales como un delito contra los derechos de los trabajadores en la modalidad de tráfico ilícito de personas o de imposición de condiciones laborales abusivas, figura delictiva independiente en su comisión de la precedente trata. Sin embargo, a continuación dispone que las sanciones podrían extenderse no a los empleadores, sino a los meros usuarios de los servicios de las víctimas, ampliando la tipificación, por lo que ha de concluirse que, en todo caso, se refiere a sanciones penales, previendo la posibilidad de castigo de empleadores y usuarios de los servicios de las víctimas de la trata que no hayan intervenido en el delito¹⁰⁹².

A nuestro juicio tal extensión es excesiva, y debería quedar relegada a la punición administrativa. En primer lugar, la norma expresamente determina que en tales supuestos, serán los propios Estados miembros quienes han de valorar la posibilidad de sanción, sin establecer obligación alguna, posiblemente porque en estos específicos supuestos, la adecuación de la sanción prevista por una norma comunitaria al principio de subsidiariedad, no estaría muy clara. Pero además, adelantar la barrera punitiva al comportamiento de los meros usuarios ocasionales de tales servicios, pudiera resultar contrario a principios básicos del derecho penal como el de *ultima ratio* o intervención mínima. Entendemos que, en este supuesto, y también por razones de política criminal, la conducta del mero usuario ha de quedar al margen de la represión penal, pero abogamos por la sanción meramente administrativa. De ello tenemos ejemplos en nuestro ordenamiento. En relación al delito contra la salud pública consistente en el tráfico de drogas, se castiga penalmente al traficante y administrativamente al consumidor. *Mutatis mutandi*, podría regularse la facultad sancionadora en relación a empleadores y usuarios de servicios de personas víctimas de la trata de manera similar incriminando al empleador y sancionando administrativamente al usuario¹⁰⁹³. Ello debe valorarse teniendo en cuenta que en el momento actual la situación de

¹⁰⁹² Asumiendo esta orientación el artículo 18.4 dispone: “Con objeto de hacer más eficaz la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos desalentando la demanda, los Estados miembros estudiarán la adopción de medidas para tipificar penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación a los que se hace referencia en el artículo 2, a sabiendas de que la persona es víctima de una de las infracciones contempladas en dicho artículo.”

¹⁰⁹³ En relación a los usuarios de servicios sexuales, como señala la Ficha Penal de la Fiscalía de Extranjería española, [Consulta: 20.6.2011],[www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol0urldata...pdf...] “Al estar espacialmente vinculada con la prostitución ha logrado que en muchas sociedades avanzadas por la opinión pública no se haya tomado conciencia de la verdadera situación de las mujeres explotadas, muchas veces al

pobreza y la existencia de demanda se revelan como las principales causas de la trata de seres humanos¹⁰⁹⁴ Por estos motivos también se apuntan como principales medios para erradicarla la cooperación al desarrollo y el castigo de los usuario¹⁰⁹⁵.

En otro orden de cosas, con la finalidad de asegurar la represión del delito se adoptan diversos mecanismos. Por un lado, el artículo 10 de la Directiva 36/2011/UE prevé la posibilidad de extender la competencia internacional de los Estados miembros para el enjuiciamiento y castigo del delito, no solamente cuando se haya cometido en su territorio o contra uno de sus nacionales, sino que los Estados miembros, previo informe a la Comisión, podrán ampliar su competencia en los supuestos en que la infracción se haya cometido frente a persona que tenga su residencia legal en el territorio del Estado miembro, cuando se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio o, finalmente, cuando el autor de la infracción tenga su residencia habitual en su territorio. En todos estos supuestos, cuando el delito se haya cometido fuera del territorio del Estado miembro, podrá o estará facultado para su enjuiciamiento y castigo aun cuando el delito en cuestión no esté tipificado en el país de comisión, o aun cuando la legislación de dicho país requiera la denuncia de la víctima y ésta no se hubiere producido. Esta extensión de la competencia internacional es consecuente con el hecho de que la víctima, en este específico supuesto, ha de ser necesariamente un nacional de un Estado no miembro y pretende salvar las dificultades que, en orden a la persecución del delito pudieran derivarse de la legislación del

relacionarse indebida y torticeramente toda su problemática con un debate ajeno a la cuestión como es el de la abolición o no de la prostitución y de la libertad de decisión de la mujer sobre su propio cuerpo, provocando el efecto paradójico de que la trata aumente día a día y sin embargo sea cada vez menos visible...

...La invocación al derecho penal en esta materia de tráfico ilegal de mano de obra extranjera, está perfectamente justificada en función de la gravedad de la cuestión que se trata de abordar y de la puesta en peligro de bienes jurídicos que deben ser especialmente tutelados como son la vida, la seguridad e integridad física, la integridad moral y el trato igualitario y no discriminatorio, sancionando a los que se aprovechan lucrativamente de la situación ilegal de las personas afectadas. Ahora bien, no cabe una generalización indiscriminada y automática de las medidas legales. Al mismo tiempo, es necesario seleccionar rigurosamente los supuestos penales y separarlos de aquellas situaciones que merecen un reproche sancionador administrativo, que, muchas veces, puede ser incluso más gravoso que la sanción penal."

¹⁰⁹⁴ A este aspecto se refiere el artículo 18.1º "Los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas, como la educación y la formación, para desalentar y disminuir la demanda, que es el factor que favorece todas las formas de explotación relacionadas con la trata de seres humanos."

¹⁰⁹⁵ Vid al respecto GARCÍA VAZQUEZ, S. Inmigración ilegal y trata de personas en la UE: la desprotección de las víctimas. *Revista de derecho constitucional europeo*. Año 5, nº10, julio-diciembre 2008. [Consulta: 11.6.2013], [www.ugr.es/redce/ReDCEsumario10.htm].

Estado de origen. En este sentido, Naciones Unidas ha propugnado la elaboración y ratificación de acuerdos bilaterales y multilaterales con la finalidad señalada¹⁰⁹⁶.

En segundo lugar, se regula la responsabilidad de la persona jurídica, dando un concepto amplio de la misma en el artículo 5.4 de la Directiva 36/2011/UE, como *“cualquier entidad que tenga personalidad jurídica con arreglo al derecho aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas”*¹⁰⁹⁷, a lo que se añade, en el art. 7, el embargo y decomiso de las ganancias provenientes del delito, con independencia de la naturaleza jurídica del autor. Se pretende que, desde la perspectiva del delincuente, el delito de trata de seres humanos pase de ser un *“actividad escasamente peligrosa y altamente rentable”* a constituir una conducta *“altamente peligrosa y escasamente rentable”*¹⁰⁹⁸.

Con el mismo propósito de evitar la impunidad, en los supuestos en que la víctima sea menor de edad, el plazo de prescripción del delito habrá de fijarse desde la mayoría de edad de la víctima o mediante otro mecanismo que asegure su enjuiciamiento después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad (art. 9.2).

En atención a la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos, el artículo 4 recoge los límites mínimos de la duración máxima de las penas imponibles, fijándolo en cinco años para el delito básico, y de diez años cuando concurren las circunstancias agravantes que menciona el precepto, las cuales hacen referencia a la especial vulnerabilidad de la víctima, intervención

¹⁰⁹⁶ ARROYO ZAPATERO, L., en su comentario a la propuesta de eurodelito contenida en el Corpus Iuris, [“Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos, ARROYO ZAPATERO, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla-LaMancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001] aludía a esta técnica: *“El párrafo tercero de la propuesta de eurodelito establece la extraterritorialidad de la aplicación del tipo penal y además suprime la exigencia de la doble incriminación. Se trata de otra estrategia clásica en la acción internacional contra el crimen organizado. La supresión de la doble incriminación, desde el punto de vista del derecho penal internacional, convierte a estos delitos en una suerte de grupo intermedio entre los supuestos de personalidad activa y justicia universal. Así, por una parte, permite castigar no sólo a españoles que cometan estas infracciones en el extranjero, sino a cualquiera que sea el autor con indiferencia de su nacionalidad, lo que es un efecto más amplio que el principio de personalidad activa, pero, por otra parte, no se castiga, como derivaría del principio de justicia universal, cualquier delito cometido en cualquier parte del mundo, sino sólo los cometidos en el extranjero que van a terminar repercutiendo dentro del territorio.*

¹⁰⁹⁷ El art. 6 de la Directiva prevé la imposición de sanciones a la persona jurídica por la comisión de este delito de trata de personas. Su adopción se remite a la acción de los Estados miembros y entre la tipología de sanciones se prevé con carácter preceptivo la imposición de multas penales y, con carácter potestativo, la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales, el sometimiento a vigilancia judicial, la disolución judicial y el cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para cometer la infracción.

¹⁰⁹⁸ En términos empujados por SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., en la ficha de extranjería sobre la Síntesis del sistema de la lucha contra la trata de seres humanos, [Consulta: 13.5.2013], [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol...].

de una organización delictiva, especial peligro doloso o imprudente para la vida de la víctima, gravedad de la violencia empleada o de los daños producidos y carácter de funcionario público del autor. Tales circunstancias parecen recoger la clasificación contenida en el Manual para Parlamentarios en la Lucha contra la Trata de Personas publicado en el seno de Naciones Unidas¹⁰⁹⁹ que distingue entre las circunstancias agravantes referidas al autor, a la víctima de la trata o al acto de la trata propiamente dicho.

La norma arbitra también las garantías y derechos de asistencia, protección e indemnización de las víctimas de la trata, con disposiciones específicas para los menores de edad. Como se ha señalado, el Considerando 17 de la Directiva parte de la premisa de que su ámbito de actuación no comprende las condiciones de residencia de las víctimas, y tampoco en lo que se refiere a las medidas de protección, para lo que habrá de estarse a lo dispuesto en la Directiva 2004/81/CE¹¹⁰⁰ y en la Directiva 2004/38/CE¹¹⁰¹. Sin perjuicio de lo anterior, cuando la víctima no resida legalmente en el Estado en cuestión, la asistencia se prestará de manera incondicional durante el período de identificación de su cualidad de víctima y del denominado período de reflexión¹¹⁰².

Las acciones de protección están presididas por tres principios orientadores comunes: el principio de igualdad entre hombres y mujeres, la especial consideración de los menores de dieciocho años que, como personas muy vulnerables, exigen una atención reforzada y la imprescindible colaboración y participación de la sociedad civil a través de las ONGs.

1099

[Consulta: 20.6.2011],

[http://ungift.org/docs/ungift/pdf/reports/Handbook_for_Parliamentarians_Sapnish.pdf].

¹¹⁰⁰ Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, DO L 261 de 6.8.2004.

¹¹⁰¹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

¹¹⁰² El período de recuperación y reflexión de la víctima tiene como finalidad el dar la oportunidad a la víctima de la trata de seres humanos de acogerse a un sistema específico de protección y seguridad que le lleve a decidir colaborar en la persecución del delito con las autoridades competentes. Sólo por razones de orden público interno puede ser denegado. Cuando la víctima ha reanudado libremente los contactos puede ser dejado sin efecto.

Las concretas medidas se regulan en los artículos 11 a 17, las cuales no se supeditan a la colaboración de la víctima con la investigación del delito¹¹⁰³. Tales actuaciones comprenden las precisas para asegurar a la víctima un nivel de vida capaz de asegurar su subsistencia, servicios de asistencia médica, psicológica, asesoramiento, información, servicios de traducción e interpretación e indemnización como víctimas de delitos violentos cometidos intencionadamente. El asesoramiento jurídico y la representación legal serán gratuitos cuando la víctima carezca de recursos económicos. Por otra parte, tendrán acceso a los programas de protección de testigos y recibirán un trato especial destinado a prevenir la victimización secundaria. Con esta última finalidad se adoptarán como prevenciones: eludir la reiteración innecesaria de interrogatorios durante el proceso, el contacto visual entre víctimas y demandados y el testificar en audiencia pública.

Tratándose de menores, su interés superior será la consideración primordial y se incluirá la facilitación del acceso a la educación y la designación de representante legal cuando se aprecie conflicto de intereses con los titulares de la responsabilidad parental. Fuera de estos supuestos, el ámbito subjetivo de protección se puede extender a la familia del menor que se encuentre en el territorio del Estado miembro. Para evitar la victimización secundaria, los interrogatorios del menor víctima se celebrarán sin dilación una vez conocidos los hechos y, en caso de ser necesario, en locales adaptados a tal efecto, con la intervención de profesionales con formación específica y la utilización de tecnologías de comunicación adecuadas. El menor podrá testificar acompañado de su representante o de un adulto elegido por él. Se facilitará la producción de prueba anticipada y preconstituida. En protección de su intimidad, la audiencia se celebrará a puerta cerrada.

En lo que se refiere a la cooperación judicial, específicamente en relación con el delito de trata, su objetivo ha de consistir en posibilitar una cooperación más efectiva en relación con las investigaciones y el enjuiciamiento de estos casos. Para ello, los Estados miembros

¹¹⁰³ A pesar de ello, se ha sostenido que la Directiva supone un cambio radical en el enfoque comunitario de este delito transformándose de un tratamiento criminocéntrico a uno victimocéntrico. A este respecto “No debe importar tanto el proceso por el que una persona ha llegado a estar en esta situación cuanto el hecho de hallarse en la misma, debiendo acabarse con la distinción entre víctimas ‘inocentes’ y ‘culpables’.” VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de seres humanos?”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [Consulta: 22.3.2012], [www.criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-14.pdf]. De la misma autora, “Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos y su plasmación jurídico-penal”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº1, 2012, [Consulta: 22.3.2012], [www.indret.com/code/getPdf.php?id=1534&pdf=869.pdf].

habrán de aprovechar al máximo los recursos de Eurojust y su función de coordinación, así como la Red Judicial Europea, Interpol y Europol. Los objetivos mencionados anteriormente son completamente coherentes con estos instrumentos, así como con el Convenio del Consejo de Europa contra la trata de seres humanos¹¹⁰⁴ y con los mandatos de Europol y Eurojust. Con estos nuevos instrumentos de la UE se pretende también maximizar lo que ya se dijo en el Plan de 2005. Igualmente son instrumentos aplicables a este fenómeno delictivo la creación de oficiales de enlace y de equipos de investigación conjuntos.

5.5.2.- Explotación sexual de menores y pornografía infantil.

La protección de los menores contra el peligro de abuso sexual es un elemento importante de la estrategia sobre los derechos del niño. Partiendo de esta consideración, en el ámbito del Programa de Estocolmo, el Consejo invita:

A.- Al Consejo y al Parlamento Europeo a adoptar nueva legislación en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil.

B.- A la Comisión, a que explore cómo puede promover la UE las asociaciones con el sector privado en este ámbito, y extender esas asociaciones público-privadas al sector financiero, con el fin de entorpecer las transferencias de dinero relacionadas con sitios web que contengan abusos a menores.

Dentro de los objetivos anteriores y, a efectos del establecimiento de normas armonizadoras en derecho penal y delimitación de conductas relacionadas con el ELSJ que afectan a los menores, se contemplan las conductas constitutivas de abusos sexuales, la difusión de contenidos pornográficos con participación de menores, el acceso de los menores a publicaciones con contenido pornográfico, la utilización de medios telemáticos para establecer contactos con menores de contenido sexual (*grooming*) y el creciente turismo sexual con menores, además de la trata de menores, ya analizada. El fenómeno de los menores no acompañados constituye un supuesto diferente al no tratarse como figura delictiva y quedar al margen de la armonización penal. Los mencionados, constituyen, pues, los comportamientos delictivos relacionados con menores que, en el momento actual y

¹¹⁰⁴ Convenio nº 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

dentro del ámbito temporal del Programa de Estocolmo, se configuran como las amenazas que exigen una intervención comunitaria por su carácter transnacional y por su relevancia no sólo geográfica, sino también cuantitativa y cualitativa desde la perspectiva de su incidencia en la vulneración de los derechos de los menores.

Como señalaba la Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, la Decisión Marco 2004/68/JAI presentaba una serie de deficiencias debido a que contemplaba sólo un número reducido de delitos, no trataba las nuevas formas de abusos y explotación que utilizan la tecnología informática, no suprimía los obstáculos a la persecución de los delitos fuera del territorio nacional, no cubría todas las necesidades específicas de las víctimas infantiles y no contenía medidas adecuadas para prevenir los delitos. Por ello, sobre la evaluación de impacto incluida en la propuesta efectuada por la Comisión, observando la legislación y la práctica actual de los Estados Miembros, el Consejo había afirmado la necesidad de este nuevo marco jurídico, que se tramitó por el procedimiento de codecisión, con base jurídica en los artículos 82.2 y 83.1 del TFUE habiendo dado lugar a la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil¹¹⁰⁵.

En el ámbito del Derecho penal positivo, se tipifican la explotación sexual y los abusos sexuales graves que no estaban regulados en la legislación de la UE, lo que incluye, por ejemplo, la organización de viajes con el fin de cometer abusos sexuales. La definición de pornografía infantil se modifica para aproximarla al Convenio del Consejo de Europa¹¹⁰⁶ y al Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹⁰⁷. Del mismo modo, se tipifican las nuevas formas de explotación y abusos sexuales que utilicen las TIC, lo que incluye los espectáculos pornográficos en línea y la obtención de acceso a sabiendas a la pornografía infantil a partir de sitios de Internet sin descargar ni almacenar imágenes. Es decir, se convierte en conducta punible la mera posesión de material pornográfico que induya a menores sin necesidad de actividad alguna de difusión, e incluso el mero acceso telemático

¹¹⁰⁵ DO L 335 de 17.12.2011.

¹¹⁰⁶ Convenio CETS nº 201 del Consejo de Europa sobre la protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, celebrado en Lanzarote el 25.10.2007, *Council of Europe Treaty Series No. 201*.

¹¹⁰⁷ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía de 2000.

a tales contenidos. Se incorpora también el nuevo delito de seducción de niños con fines sexuales (*grooming*).

En materia de jurisdicción, se garantiza que las personas procedentes de la UE que abusan sexualmente de los niños o los explotan, ya sean nacionales o residentes habituales, sean enjuiciados aunque cometan los delitos fuera de la UE por medio del denominado turismo sexual.

Para la prevención del delito y de la reincidencia se prevé la posibilidad de eliminar determinadas páginas y en los casos en que ello no fuere posible, bloquear su contenido¹¹⁰⁸. En relación con el autor, se contempla la facultad de impedirle el acceso a estos contenidos y el desarrollo de actividades que impliquen un contacto habitual con menores, con la virtualidad de acceder voluntariamente a programas o medidas eficaces de intervención.

La Directiva, en su artículo 2, da una norma de interpretación auténtica de “niño”, como persona menor de 18 años. Sin embargo, en la tipificación de algunas conductas se exige como condición de punibilidad o requisito de tipicidad que la víctima “*no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual establecida en la legislación nacional*” renunciando a la armonización en el extremo referido a la fijación de la edad de la víctima. Autores como DE LA CUESTA¹¹⁰⁹, propugnaban la unificación de la edad de las víctimas afirmando que no todas las conductas que se consideraban punibles habrían de referirse necesariamente a menores de dieciocho años, si el bien jurídico protegido era la indemnidad sexual. A estos efectos, la propia norma señala en su Considerando nº20.

La presente directiva no regula las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación. Estas cuestiones quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente

¹¹⁰⁸ Artículo 25 *Medidas contra los sitios web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil*
“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la rápida retirada de las páginas web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil que se encuentren en su territorio y procurarán obtener la retirada de las páginas de esa índole que se encuentren fuera de su territorio.
2. Los Estados miembros podrán adoptar medidas para bloquear el acceso a las páginas web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil a los usuarios de Internet en su territorio. Dichas medidas se establecerán mediante unos procedimientos transparentes y ofrecerán garantías adecuadas, sobre todo con miras a garantizar que la restricción se limite a lo necesario y proporcionado, y que los usuarios estén informados del motivo de la restricción. Estas garantías también incluirán la posibilidad de recurso a los tribunales.

¹¹⁰⁹ “¿Es posible un modelo...”, op. cit. p.33.

Directiva. Los Estados que hagan uso de las posibilidades que se ofrecen en la presente Directiva, lo harán en el marco del ejercicio de sus propias competencias.

Además, el artículo 8 deja a la discreción de los Estados la punición de determinadas conductas previamente tipificadas, cuando se den las circunstancias de que los actos de carácter sexual se hayan practicado en el contexto de una relación consentida cuando el menor haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, o, en defecto de lo anterior, tengan lugar entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

Pero es el terreno de la prevención en el que la Directiva resulta especialmente novedosa por razón de los mecanismos o instrumentos que prevé. En el aspecto preventivo, la norma contempla la pornografía desde el punto de vista del fenómeno económico intentando reducir la demanda de contenidos pornográficos mediante el control de su publicidad, y también del turismo sexual, prohibiendo la organización para terceros, de viajes orientados a cometer este tipo de infracciones¹¹¹⁰. Otro enfoque preventivo es ya de naturaleza individual y hace referencia al fenómeno de la reincidencia. En el Considerando 39 se establece, a priori con carácter imperativo, la obligación de realizar una evaluación de la peligrosidad del delincuente y de los posibles riesgos de reincidencia “en las infracciones sexuales contra los menores”. Entendemos que tal expresión hace referencia a un estudio criminológico del delincuente desde la perspectiva médica y de las ciencias de la conducta, lo que estimamos un instrumento de enorme valor e interés, entre otras consideraciones por su carácter extrapolable a otro tipo de infracciones. Debe tenerse en cuenta que entre las disposiciones relativas a la protección de la víctima, también se prevé su evaluación a efectos asistencia y apoyo¹¹¹¹.

Finalmente, en lo que respecta a la prevención, el art. 10.2 y 3 establece la aplicabilidad de la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros. De manera que las condenas por delitos sexuales contra menores de edad resulten una información accesible a los empleadores (“empresarios” en

¹¹¹⁰ También estableciendo medidas disuasorias o incentivadoras respecto de los profesionales del sector, entre las que se mencionan en el Considerando 33 la redacción de un código de conducta y de mecanismos autorreguladores del sector del turismo, la fijación de un código ético o de “sellos de calidad” para las organizaciones turísticas que combatan el turismo sexual infantil o que dispongan de una política específica para hacer frente al turismo sexual infantil”.

¹¹¹¹ Artículo 19.3 “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las medidas específicas destinadas a asistir y apoyar a los menores víctimas en el disfrute de sus derechos en virtud de la presente Directiva se adopten tras una evaluación individual de las circunstancias especiales de cada menor víctima y tengan debidamente en cuenta sus opiniones, necesidades e intereses.”

términos de la Directiva) en el momento de contratar a una persona para realizar actividades que impliquen un contacto directo y regular con personas menores de edad.

En lo que concierne a la posibilidad de denunciar este tipo de delitos, algunos autores¹¹¹² apuntan a la necesidad de promover líneas directas telefónicas de denuncia así como de adoptar medidas para que las normas de secreto profesional y confidencialidad impuestas a determinados profesionales cuya función principal sea trabajar con menores no dificulten la denuncia de los hechos.

A nuestro juicio, esta regulación merece, a priori, y sin perjuicio de los resultados aportados por la actividad evaluadora, una valoración muy positiva por su acento en el carácter preventivo, el carácter novedoso de las aportaciones que realiza y el enfoque omnicompreensivo del fenómeno que contempla. También lo es porque avanza positivamente en la superación de los límites que la territorialidad de la ley penal implica en la persecución de estos comportamientos permitiendo su punición cuando se cometen lejos del territorio de la Unión, aspecto que se presenta problemático siempre que se trata de delincuencia internacional y en especial en delitos de mera actividad cometidos a través de las redes¹¹¹³

5.5.3.- Delincuencia cibernética.

Dentro del Programa de Estocolmo se han fijado como actuaciones prioritarias en relación con los delitos cometidos a través de las tecnologías de la información el que los Estados Miembros deberían ratificar cuanto antes el Convenio sobre delincuencia cibernética

¹¹¹² CALVO SÁNCHEZ, C. y BUJOSA VADELL, L., "Aspectos jurídico-procesales de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores en Europa", en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El derecho procesal...*, op. cit. págs.164 y 165.

¹¹¹³ Sobre esta cuestión, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada...*, op. cit. págs. 208 y 209 pone en relación la naturaleza del delito y el principio de jurisdicción universal apuntando que los problemas surgen cuando el delito se comete a través de internet, introduciendo los datos en un lugar en que esta conducta es impune, pero se difunden en lugares donde tal comportamiento es castigado. En estos casos, según la autora es precisa la adopción del principio de jurisdicción universal no sujeto al límite de doble incriminación para evitar la creación de "paraísos cibernéticos". Sin embargo, tratándose de delitos de resultado cometidos a través de internet, el principio de ubicuidad permite salvar las dificultades. Serían ejemplos del primer caso, la distribución de pornografía infantil, de propaganda xenófoba o terrorista y del segundo, la estafa o daño informáticos. Como hemos visto, el principio de jurisdicción universal sin sujeción a la doble incriminación es igualmente preciso en el caso de delitos de resultado cometidos fuera del territorio de la Unión (en concreto contempla la nueva Directiva el delito de abusos sexuales a menores).

del Consejo de Europa de 2001¹¹¹⁴. Este Convenio debería ser el marco jurídico de referencia para luchar contra la delincuencia cibernética a escala mundial. La Unión debería clarificar las normas de competencia internacional y el marco jurídico aplicable al ciberespacio dentro de la Unión, incluido el modo de obtención de pruebas, para favorecer las investigaciones transfronterizas¹¹¹⁵. En el contexto general actual en el que se produce la delincuencia informática, se ha detectado que con frecuencia este tipo de infracciones penales no se denuncia, lo que parece deberse en parte a que algunas de ellas pasan desapercibidas y en parte por que las víctimas (cuando se trata de empresas y agentes económicos) no denuncian por miedo a perjudicar su reputación o a exponer públicamente vulnerabilidades que podrían afectar a las perspectivas futuras de la empresa.

Para hacer frente a todos estos propósitos, durante la vigencia del Programa de Estocolmo se han elaborado una propuesta de Directiva y dos Comunicaciones de la Comisión que específicamente se refieren a este tipo de delincuencia. Nos referimos a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los ataques contra los sistemas de información, por la que se deroga la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, iniciativa adoptada por la Comisión en septiembre de 2010, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la protección de infraestructuras críticas de información “logros y próximas etapas: hacia la ciberseguridad global”¹¹¹⁶ y la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la represión del delito en la era digital: creación de un centro europeo de ciberdelincuencia¹¹¹⁷.

La Propuesta de Directiva se adopta con la finalidad esencial de tipificar las formas de infracciones incluidas en la actual Directiva marco, a la que pretende sustituir, añadiendo las nuevas formas de ataques informáticos (*botnets*) y la interceptación ilícita. Su objetivo es intensificar la lucha contra los ataques a los sistemas de información. También se intenta potenciar el funcionamiento de los puntos de contacto integrantes de la red creada en el ámbito del G8.

La Comunicación de 2011 se adopta en desarrollo del Plan de acción PICI (Protección de Infraestructuras Críticas de Información) creado en la precedente Comunicación de 30 de

¹¹¹⁴ El Convenio ha sido firmado por los 28 Estados miembros, pero solo ha sido ratificado por 16 de ellos. El Convenio entró en vigor el 1 de julio de 2004. La UE no es parte signataria del Convenio.

¹¹¹⁵ [Consulta: 14.5.2013], [www.consilium.europa.eu/policias/council-configurations/.../securite?...].

¹¹¹⁶ COM (2011) 163 final, Bruselas, 31.3.2011.

¹¹¹⁷ COM (2012) 140 final, Bruselas, 28.3.2012.

marzo de 2009 y de la Agenda Digital Europea (ADE), adoptada en mayo de 2010. Se pretende a través de ella fijar futuras directrices tales como la construcción de asociaciones estratégicas internacionales, para lo que determinan las funciones del Grupo de trabajo UE-EEUU sobre ciberseguridad y ciberdelincuencia establecido en noviembre de 2010, el establecimiento de una red de CERT (*Computer Emergency Response Team* o Equipo de respuesta ante emergencias informáticas) al servicio de las instituciones europeas, la creación de nuevos grupos de trabajo en relación con la Asociación público-privada europea de resistencia (EP3R) y el fomento del Foro Europeo de Estados Miembros (EFMS)¹¹¹⁸.

Finalmente, la Comunicación de 2012 tiene por objeto la creación de un centro europeo de ciberdelincuencia con la finalidad de allanar los obstáculos actuales a la investigación y enjuiciamiento de este tipo de comportamiento delictivo, entre los que se detallan la insuficiente capacidad para compartir los datos de la investigación, dificultades técnicas para rastrear los orígenes de los ciberdelincuentes, disparidad de capacidades de investigación y capacidades forenses, escasez de personal bien preparado y una cooperación errática con otras partes responsables de la seguridad electrónica¹¹¹⁹.

Esta normativa se sitúa, portanto, en línea de continuidad con las acciones precedentes y puede afirmarse también la persistencia de la relación en el tratamiento comunitario entre la ciberdelincuencia y los aspectos de seguridad y defensa, aunque resulte más discutible la pervivencia de esta vinculación en lo que estrictamente se refiere a la actividad terrorista.

5.5.4.- Delincuencia económica y corrupción.

En el ámbito de la delincuencia económica y la corrupción, con carácter previo al Programa de Estocolmo, la actuación de la Unión dentro del ELSJ se había centrado en la recuperación de los activos procedentes de las actividades delictivas cometidas en el seno de una organización¹¹²⁰. Bajo el lema “el delito no resulta provechoso”¹¹²¹ se pretendía la

¹¹¹⁸ Creado en el 2009, la Comunicación señala como progresos atribuibles a este Foro la fijación de criterios que identifiquen las infraestructuras críticas europeas y el intercambio de buenas prácticas en materia de ciberejercicios.

¹¹¹⁹ Un análisis pormenorizado de estos actos normativos se lleva a cabo por ALEXANDRE GONZÁLEZ HURTADO, J., *Daños informáticos del art. 264CP y propuesta de reforma*, Universidad Complutense de Madrid, 2013.

¹¹²⁰ MANSO PORTO, T., “El blanqueo de capitales...”

¹¹²¹ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Resumen de la evaluación de impacto que acompaña la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y

adopción de medidas preventivas a través del control de los sistemas financieros para impedir la entrada de los rendimientos obtenidos ilícitamente. Para ello se arbitraron medidas frente al blanqueo de capitales¹¹²². En efecto, el blanqueo de capitales va íntimamente unido a la comisión de un delito precedente. En un inicio se ponía en conexión exclusivamente con los rendimientos obtenidos a través del tráfico de drogas, pero en su acepción actual se relaciona con cualquiera de las actividades que la Unión considera una amenaza justificativa de su actuación: la trata de seres humanos, delincuencia cibernética, terrorismo y también el tráfico de drogas. Las actuaciones se destinaron a prevenir el uso del sistema financiero para introducir en él los beneficios obtenidos en las anteriores conductas como medio disuasorio, pero también a la recuperación de los activos así obtenidos. Junto a la finalidad anterior, e n el punto de mira se encontraban también las malversaciones financieras y las prácticas empresariales irregulares, condicionadas por los sucesos Parmalat¹¹²³ y Enron¹¹²⁴. Las propuestas de la Comisión siguieron las directrices marcadas por las recomendaciones del GAFI¹¹²⁵ y los Convenios de Naciones Unidas¹¹²⁶ y del Consejo de Europa¹¹²⁷ sobre la materia.

decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea. De acuerdo con este documento, en Italia los productos de la delincuencia organizada blanqueados en 2011 se estiman en 150 mil millones EUR (Banco de Italia, 2011) En 2009 se recuperaron 189 millones EUR en el Reino Unido y 60 millones EUR en los Países Bajos, [Consulta: 14.5.2013] [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2012:0032...].¹¹²² RODRÍGUEZ SOL, L., "La recuperación de activos...", *Cooperación judicial y civil en el nuevo escenario de Lisboa*, pp. 159 y 160. "Durante mucho tiempo, la política criminal se ha centrado principalmente, por no decir exclusivamente, en las penas privativas de libertad. Se ha considerado que lo que más podía motivar -negativamente- al delincuente era el temor de ser apresado y de pasar gran parte de su vida 'entre rejas'. Esto puede seguir siendo así si nos fijamos únicamente en la delincuencia que podríamos denominar tradicional. Si, por el contrario, pensamos en el crimen organizado, habrá que admitir que el panorama actual es bien distinto. Lo verdaderamente temible para una organización internacional es que su actividad deje de ser rentable, ya sea porque se atacan directamente sus fuentes de financiación, o porque se desmonta la maraña creada para ocultar sus ganancias delictivas con el fin de privarle de ellas. A esto, explicado de una manera sencilla y quizás algo simplista, es a lo que tiende la recuperación de activos, que supone un auténtico reenfoque de la política criminal, muy particularmente en la lucha contra el crimen organizado."

¹¹²³ [Consulta: 23.3.2012], [www.actualicese.com/editorial/2004/04110.htm,] sobre el escándalo Parmalat.

¹¹²⁴ ZUNZUNEGUI encuentra en efecto paralelismo entre ambos escándalos financieros. En los dos casos, el europeo y el americano, hay una ingeniería financiera, con un uso intensivo de derivados y de sociedades fantasma en paraísos fiscales, y el falseamiento de la contabilidad. En uno y otro caso existían complejas estructuras financieras que formalmente cumplían la regulación del mercado y los códigos de buen gobierno. Dichas estructuras habían sido construidas con la colaboración de profesionales, entre los que se pueden citar bancos de inversión, bufetes de abogados y otros expertos contables y financieros. También tienen en común una y otra crisis la falta de señales de alarma. Los mercados financieros no recibieron señal alguna de la crisis que se aproximaba. ZUNZUNEGUI, F., "Parmalat, ¿el Enron europeo?", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Diciembre de 2003, [Consulta: 14.5.2013], [rdmf.wordpress.com/2003/12/24/parmalat-¿el-enron-europeo/].

¹¹²⁵ El GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales) es un organismo intergubernamental establecido por el G-7 en la Cumbre de 1989. Es el primer organismo internacional dedicado a la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación terrorista.

Dentro de este contexto, en el ámbito del Programa de Estocolmo las iniciativas adoptadas en materia de lucha contra el blanqueo de capitales se refieren a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo¹¹²⁸ y el Reglamento (UE, EURATOM) Nº 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de septiembre de 2013 relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)¹¹²⁹.

Desde el punto de vista de la aproximación de legislaciones nacionales en materia penal, la primera particularidad respecto de las restantes figuras delictivas analizadas es la ausencia de formulación de un concepto de delito de blanqueo de capitales, aunque la Comisión haya apuntado la conveniencia de su elaboración y la dificultad derivada de la disparidad de las legislaciones nacionales. Hasta el momento, no se habían adoptado actos jurídicos destinados a la armonización de la legislación penal sustantiva en materia de persecución de los delitos económicos en la Unión¹¹³⁰, con la única excepción de la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo¹¹³¹. Su conveniencia, no obstante, se apunta en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo- Productos de la delincuencia organizada: garantizar que “el delito no resulte provechoso”¹¹³² en el sentido de que podría crearse un nuevo delito “de posesión de bienes injustificados” con la finalidad de perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y éste tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas. Esta tarea pretende abordarse ahora a través de la nueva Propuesta de Directiva, al incorporar en su

¹¹²⁶ Los más importantes son la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT) y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC).

¹¹²⁷ Convenios del Consejo de Europa sobre el Banqueo de Capitales y el Decomiso (“Convenios de Estrasburgo”).

¹¹²⁸ COM (2013)45 final, Estrasburgo, 5.2.2013.

¹¹²⁹ Por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (Euratom) nº1074/1999 del Consejo, DO L 248/1, de 18.9.2013.

¹¹³⁰ Vid. BLANCO CORDERO, I. “¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?” *Athena Intelligence* Vol.4, Nº1, (2009) págs. 35-68.

¹¹³¹ Realizada a través de la Decisión Marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, DM 2001/413/JAI. Tipifica el delito en su artículo 2 en relación a las tarjetas de crédito, tarjetas eurocheque, otras tarjetas emitidas por entidades financieras, cheques de viaje, eurocheques, otros cheques y letras de cambio comprendiendo las conductas intencionadas de “a) robo o apropiación indebida de instrumentos de pago;b) falsificación o manipulación de instrumentos de pago, para su utilización fraudulenta;c) recibo, obtención, transporte, venta o transferencia a un tercero o posesión de instrumentos de pago que hayan sido objeto de robo u otra forma de apropiación indebida, falsificación o manipulación, para su utilización fraudulenta;”

¹¹³² COM/2008/0766 final.

art. 1 un listado de actividades que, realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales¹¹³³.

Tal como parecía deducirse de las Comunicaciones de la Comisión y de la nueva propuesta, el bien jurídico protegido como tal es el orden socio económico en cuanto la entrada de fondos de origen ilícito perturba el normal funcionamiento de los sistemas financieros¹¹³⁴. Así, en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero¹¹³⁵ se expone que a través de ella se trata el problema de la delincuencia organizada en el sector financiero, centrándose en delitos no violentos que consisten generalmente en una utilización abusiva de los sistemas financieros y/o de pago y generan ganancias económicas ilícitas, ya que la Comisión Europea ve la lucha contra la delincuencia financiera como una prioridad fundamental para los próximos años, y ello porque la delincuencia financiera se percibe a menudo, erróneamente, como una actividad criminal “sin víctimas”. No obstante, la delincuencia financiera organizada, si bien no siempre tiene impacto directo en las personas, provoca un impacto social considerable en términos de pérdida de ingresos, menos cabo de la confianza y degradación de los comportamientos. Como pone de relieve DANNECKER¹¹³⁶, a través de informes policiales se ha podido constatar que la delincuencia organizada se dedica principalmente a la obtención de ingresos de diversas formas que se van modificando según las oportunidades de obtener beneficios, para inmediatamente después invertirlos en un sector legal de la organización dedicado a inmuebles o a actividades legales (blanqueo de capitales, que a su vez compran los servicios de expertos en los sectores financiero, fiscal o jurídico e intentan enlazar sus contactos corruptos con importantes funcionarios del Estado.

¹¹³³ Según el citado precepto, son las siguientes:

- a) La conversión o transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto;
- b) La ocultación o encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;
- c) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;
- d) La participación en alguna de las acciones mencionadas en las letras a), b) y c), la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución.

¹¹³⁴ ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J. “La Lucha contra el blanqueo de capitales a nivel internacional”, [Consulta: 30.6.2011], [fcdguader.edu.ar/attadments/artcke/146/Articulo%205.pdf].

¹¹³⁵ COM (2004) 262 final.

¹¹³⁶ *Evolución del derecho penal y sancionador comunitario europeo*, Barcelona: Marcial Pons, 2001, p.167.

En ausencia de armonización penal, las medidas adoptadas se habían ceñido a la creación de órganos con facultades preventivas de control y también ejecutivas: son las UFI, (unidades de investigación financiera) y los ORA, (organismos de recuperación de activos). Las UFI son organismos encargados de recibir las notificaciones sobre transacciones sospechosas remitidas por el sector financiero y los profesionales obligados, información que analizan con la finalidad de detectar vínculos entre las transacciones sospechosas y la actividad delictiva subyacente. Tal como expresa la Exposición de Motivos de la nueva propuesta de directiva sobre blanqueo de capitales, el Programa de Estocolmo insta a los Estados miembros y a la Comisión a fomentar el intercambio de información entre las UIF en su lucha contra el blanqueo de capitales. Para ello la nueva norma propone fomentar la utilización de medios seguros para el intercambio de información, en particular la red informática descentralizada FIU.net y las técnicas que ofrece dicha red. Dentro de su función de análisis, se especifica que esta actividad se centra en un análisis de casos individuales y objetivos específicos y en un análisis estratégico que examine las pautas y tendencias del blanqueo de capitales (art. 31 de la propuesta). Finalmente, la propuesta contempla también en referencia a las UIF, su relación con la Comisión, con Europol y entre las propias UIF.

Por su parte, los ORA complementan la red CARIN (“Camden Assets Recovery Inter-Agency Network”)¹¹³⁷ y se encuentran regulados en la Decisión 2007/845/JAI¹¹³⁸ del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento, y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito. Dicha norma impone a cada Estado miembro la creación de un ORA con la finalidad de *“facilitar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo preventivo, incautación o decomiso dictada por una autoridad judicial competente en el curso de un proceso penal, o, en la medida que lo permita el Derecho nacional del Estado miembro afectado, de un proceso civil.”*

¹¹³⁷ La red CARIN fue establecida en La Haya los días 22 y 23 de septiembre de 2004 por Austria, Bélgica, Alemania, Irlanda, los Países Bajos y el Reino Unido y constituye una red global de profesionales y expertos con la intención de reforzar el conocimiento común de los métodos y técnicas en el ámbito de la identificación, embargo preventivo, incautación y decomiso transfronterizo de los productos procedentes del delito y de otros bienes relacionados con él. Su secretariado permanente está en Europol y agrupa a todos los Estados miembros de la Unión Europea (excepto Grecia), más otros países (Estados Unidos y Australia p.e.) y territorios (Gibraltar, Guernesey y la Isla de Man, p.e.). Uno de los principales logros de CARIN ha sido la creación de una red informal de contactos. RODRÍGUEZ SOL, L. “La recuperación de activos...”, en ARANGÜENA FANEGO, C., *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*. p. 161.

¹¹³⁸ DO L 332 de 18.12.2007, págs. 103/105.

El cumplimiento de este objetivo se llevará a cabo mediante el intercambio de información y el establecimiento de buenas prácticas. Los intercambios de información se efectuarán a través de los procedimientos establecidos en la Decisión marco 2006/960/JAI¹¹³⁹, especialmente en lo que se refiere a la observancia de los plazos, y en ellos se habrá de observar la normativa reguladora de la protección de datos. Los ORA tienen una composición multidisciplinar, con especialistas de los servicios policiales, judiciales, fiscales, sociales y aduaneros. Respecto de sus facultades concretas, se encuentran las facultades de averiguación e identificación de activos de origen ilícito, con poderes coercitivos para acceder a ellos y la posibilidad de acordar el embargo por un plazo determinado sin previa decisión judicial a efectos de evitar su desaparición desde el momento de su identificación hasta la resolución judicial. La coordinación de los ORA nacionales habría de llevarse a cabo a través de la oficina de bienes delictivos de Europol. La nueva propuesta de Directiva no contiene previsión alguna específicamente referida a los ORA ni a la normativa que los regula.

A pesar de la situación expuesta, acerca de la falta de armonización penal sustantiva relativa al blanqueo de capitales, con antelación al nuevo Programa de Trabajo, sí se habían adoptado varias Decisiones Marco con finalidad armonizadora dentro del proceso penal en materia de recuperación de activos y aseguramiento de prueba¹¹⁴⁰:

.- DM 2001/500/JAI relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

.- DM 2003/577/JAI relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.

.- DM 2005/212/JAI relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

.- DM 2006/783/JAI relativa al reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso.

.- DM 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal¹¹⁴¹.

¹¹³⁹ Decisión Marco 2006/960/JAI del Consejo de 18 de diciembre de 2006 sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea, DO L 386 de 29.12.2006.

¹¹⁴⁰ Dentro del denominado Derecho a la Prueba Transnacional Europea "Nueva disciplina que alude a aquella rama del Derecho procesal que regula las cuestiones transnacionales" JIMÉNEZ VILLAREJO, F., "Orden Europea de Investigación...", p. 177.

¹¹⁴¹ A esta normativa deben añadirse algunos otros instrumentos jurídicos que no participan de esta naturaleza armonizadora adjetiva pero también tienen en común responder a la necesidad de garantizar un marco eficaz contra el blanqueo de capitales a nivel de la UE:

Además, y a través de dicha normativa, la Comisión proponía introducir nuevas formas de decomiso, tales como el decomiso civil, que lo desvincula de un proceso penal precedente y el decomiso ampliado, que se extiende a los bienes cuya titularidad formal no ostenta el autor del delito¹¹⁴². Pero la medida principal, dentro de la lucha contra la delincuencia económica y la corrupción, es, sin duda, la creación de la futura Fiscalía europea, pues se le atribuye, *ab initio*, precisamente la persecución de este tipo de delitos, en colaboración con la labor desempeñada por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)¹¹⁴³. La OLAF, por tanto, fue creada en 1999 como oficina independiente para la lucha contra el fraude de la Comunidad Europea. Mediante la creación de este servicio con autonomía en materia de investigación se cumplió una de las condiciones impuestas a la Comisión Europea por el Parlamento Europeo en el marco del procedimiento de aprobación de la gestión en la ejecución del presupuesto de 1998 figurando también en el Informe sobre las irregularidades en la utilización de los recursos financieros de la CE. La lucha contra el fraude en la propia Comisión, realizada a través de la UCLAF¹¹⁴⁴, se consideraba fracasada. Estos antecedentes explican la “dualidad funcional” de la OLAF. Esta Oficina¹¹⁴⁵ carece de personalidad jurídica

.-La tercera Directiva contra el blanqueo de capitales, que abarca la mayoría de las cuarenta Recomendaciones del GAFI y algunas de las nueve Recomendaciones Especiales (RE) poner en acrónimos, del GAFI;

.- El Reglamento (CE) nº1781/2006, de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos, que aplica la RE VII del GAFI sobre las transferencias electrónicas;

.- El Reglamento (CE) nº1889/2005, de 26 de octubre de 2005, relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad, que aplica la RE IX del GAFI sobre transportes de fondos;

.- La Directiva 2007/64/CE, de 13 de diciembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior (Directiva sobre servicios de pago), que, en combinación con la tercera Directiva contra el blanqueo de capitales, aplica la RE VI del GAFI sobre sistemas alternativos de envíos de fondos.

¹¹⁴² Se analizan en su relación con el delito de blanqueo de capitales en AGUADO CORREA, T., “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº15, 2013, [Consulta: 24.1.2014], [criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf].

¹¹⁴³ Creada por Decisión de la Comisión, de 28 de abril, 1999/352/CE, CECA, Euratom.

¹¹⁴⁴ UCLAF, acrónimo francés de Unidad de Coordinación de la Lucha Antifraude. Aunque el Parlamento la preveía como una “brigada volante” capaz de llevar a cabo investigaciones en los Estados miembros, la UCLAF se constituyó inicialmente sólo como un organismo para la *coordinación* de las actividades antifraude de la Comisión, que, hasta entonces, estaban dispersas entre las principales Direcciones Generales responsables de gastos/ingresos, se trataba del organismo operativo antifraude de la Comisión. El nombre todavía refleja su función anterior.

¹¹⁴⁵ La nueva Oficina se constituyó el 1 de junio de 1999. Al respecto, cfr. Segundo Informe sobre la Reforma de la Comisión, análisis de las prácticas actuales y propuestas para hacer frente a la mala administración, las irregularidades y el fraude, Volumen II de 10 de septiembre de 1999 elaborado por el Comité de Expertos Independientes, [Consulta: 24.3.2012], [www.europarl.europa.eu/experts/pdf/rep2-2es.pdf].

propia y se integra en la Comisión. Sus funciones consisten en realizar investigaciones administrativas externas, sobre hechos presuntamente constitutivos de fraude, corrupción y cualquier otra actividad que vaya en detrimento de los intereses financieros de la Unión. Las investigaciones desarrolladas por OLAF, pueden desembocar en una sanción administrativa o penal. En el desarrollo de sus competencias actuará con plena independencia y cooperará prestando asistencia y sirviendo de interlocutor directo con las autoridades nacionales y con las agencias con funciones en el ámbito del Espacio Judicial Europeo.

El cometido de la OLAF consiste, por tanto, en examinar los fraudes a la hacienda de la Unión Europea, tanto dentro como fuera de las instituciones de la Unión Europea en el marco de un procedimiento administrativo y, en su caso, en informar a las autoridades judiciales penales competentes. El nuevo Reglamento de OLAF regula de modo cuidadoso las relaciones de la Oficina con las autoridades nacionales, Europol y Eurojust, previendo la posibilidad de celebración de acuerdos administrativos de trabajo entre la Oficina y las autoridades competentes de los Estados miembros, instituciones, órganos u organismos, en particular, con la finalidad de facilitar la transmisión de información y las investigaciones¹¹⁴⁶. También podrá celebrar estos acuerdos administrativos con las autoridades competentes de los terceros países y organizaciones internacionales. Sin embargo, el Reglamento no prevé las relaciones con la futura Fiscalía Europea, sino que a través de su Considerando Nº50 prevé la revisión del propio Reglamento a efectos de regular estas relaciones, una vez que la nueva Fiscalía haya sido creada. El funcionamiento jurídico para los controles externos es el determinado en el Reglamento (Euratom CE) nº 2185/96¹¹⁴⁷ del Consejo de 11 de noviembre de 1996 relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades. Para los controles internos se aplicaba el Reglamento 1073/99¹¹⁴⁸ así como las respectivas Decisiones interinstitucionales relativas al reconocimiento de las competencias de OLAF¹¹⁴⁹, resultando la primera de dichas normas derogada por el nuevo Reglamento.

Las actividades de OLAF son controladas por un Comité de Vigilancia creado especialmente para esta Oficina, integrado por cinco miembros designados de común

¹¹⁴⁶ El art. 2.7 del Reglamento aporta una interpretación auténtica del concepto de “acuerdos administrativos” como acuerdos de carácter técnico y operativo celebrados por la Oficina, que puedan estar destinados, en particular, a facilitar la cooperación y el intercambio de información entre las partes sin crear ninguna obligación adicional.

¹¹⁴⁷ DO L 292 de 15.11.1996, p.2.

¹¹⁴⁸ DO L 136 de 31.5.1999, p.1.

¹¹⁴⁹ Análisis del libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, op. cit., págs.68-73.

acuerdo por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. El Comité de Vigilancia puede emitir dictámenes por propia iniciativa, pero no puede interferir en el desarrollo de las investigaciones, por lo que tiene una influencia sumamente limitada sobre los trabajos de OLAF.

Los mecanismos institucionales de control contemplados en el Derecho comunitario fueron abandonados en gran parte a fin de concederle la mayor independencia posible. La Comisión Europea no puede ejercer el control sobre OLAF que antes ejercía sobre UCLAF, pues se ha eliminado la subordinación. Sin embargo, ello no implica que ya no exista un control institucional en forma de integración administrativa y judicial. En teoría, el Consejo podía demandar a OLAF ante el TJCE en virtud de las normas generales de los artículos 173 y 175 del TCE, por violación del TCE o de una norma jurídica utilizada para su aplicación (incluso por omisión o abuso de sus facultades discrecionales)¹¹⁵⁰.

Finalizando con la cuestión relativa a la delincuencia económica y corrupción, desde el punto de vista de la responsabilidad y también del deber de vigilancia, las Directivas adoptadas, habían impuesto obligaciones de control de activos y de clientes, que comprendían no sólo a los intervinientes en los mercados y agentes económicos, sino también a los profesionales jurídicos, como notarios o abogados¹¹⁵¹. Ello se llevó a cabo a través de la Directiva del Consejo 91/308/CEE de 10 de junio de 1991 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales¹¹⁵². Fue esta Directiva también, la que otorgó eficacia jurídica dentro de la Unión a las cuarenta recomendaciones del GAFI que tratan específicamente del sector financiero¹¹⁵³. Esta norma impone la obligación a las instituciones financieras, de identificación y conocimiento de sus clientes, custodia de documentos apropiados y establecimiento de programas de información contra el blanqueo de capitales. Se prevé la posibilidad de levantamiento del secreto bancario y la necesidad de informar de cualquier sospecha de blanqueo de capitales. A través de la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre de 2001 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de

¹¹⁵⁰ Dichas demandas irían dirigidas contra la Comisión “dentro de cuya estructura administrativa” se ha creado OLAF (cuarto considerando del derogado Reglamento 1073/99).

¹¹⁵¹ Vid al respecto COBO DEL ROSAL, M., “El extravagante delito del blanqueo de capitales” ,[Consulta: 28.6.2011], [www.belt.es/articulos/articulo.asp?id=2987].

¹¹⁵² DO L 166 de 28.6.1991.

¹¹⁵³ El GAFI ha emprendido una revisión a fondo de sus normas y en febrero de 2012 adoptó un nuevo conjunto de recomendaciones.

capitales¹¹⁵⁴, se extendieron las obligaciones a los auditores, contables exteriores, notarios y abogados, casinos y agentes inmobiliarios, si bien, en menor medida, como es lógico, que en relación a los profesionales del derecho ya que vendrían referidas únicamente a actividades de alto riesgo.

Entendemos que la responsabilidad de estos actores en lo que se refiere exclusivamente a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones de vigilancia y control impuestas por el derecho comunitario, nunca han de trascender de la meramente administrativa o, en su caso, disciplinaria. Una respuesta contraria a este criterio, en el caso de los letrados podría llegar a incidir de manera negativa en la debida protección del derecho de defensa. La responsabilidad penal ha de ceñirse, en los supuestos de malversaciones y prácticas empresariales irregulares, a quienes tienen participación decisoria en el seno de las organizaciones a través de las cuales se haya realizado la conducta, con independencia de que esa capacidad decisoria se investigue más allá de la formalidad jurídica de la sociedad¹¹⁵⁵. La propuesta de Directiva sobre blanqueo de capitales aborda estas cuestiones, y en lo que se refiere a la responsabilidad de los profesionales jurídicos establece en su art. 2 la aplicabilidad de sus disposiciones a los notarios y otros profesionales independientes del derecho cuando participen en nombre y por cuenta de su cliente en cualquier transacción financiera o inmobiliaria dejando a los Estados miembros la posibilidad de excluirlos de su aplicación en determinados supuestos en el que el riesgo de blanqueo sea escaso conforme a los parámetros que la propia norma establece. Específicamente, el art. 33.2 de la propuesta exime a los profesionales independiente del Derecho de la obligación de facilitar aquella información que reciban de sus clientes u obtengan sobre él “al determinar la posición jurídica de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente”, lo que incluye el asesoramiento jurídico previo a la incoación del proceso.

De otro lado, las citadas comunicaciones de la Comisión revelaban otra particularidad en su postura en torno a la persecución de este tipo de delitos, cual es la posibilidad planteada de sancionar conductas cometidas por negligencia grave. En efecto, al establecer normas mínimas para la tipificación de delitos cuya punición se insta a nivel comunitario, se exige la comisión intencionada, como sinónimo de dolosa. Ahora bien, al referirse al delito de blanqueo de capitales, siguiendo también las indicaciones del GAFI, la Comisión se muestra favorable a la punición de los comportamientos que favorezcan el blanqueo por negligencia

¹¹⁵⁴ DO L 344 de 28.12.2001.

¹¹⁵⁵ Lo que propugnamos es simplemente la aplicación de la teoría de la autoría de la ciencia penal, de la responsabilidad subjetiva y personal por el propio hecho.

grave. Parece que resultaría admisible la sanción de las infracciones de los deberes de vigilancia y control por los agentes señalados, a título de imprudencia grave, siempre que la responsabilidad sea exigible en vía administrativa, pero no en vía penal. Si se optase por la exigencia de responsabilidad penal, se trataría de una extralimitación del ius puniendi contraria a algunos principios inspiradores del derecho penal pues supondría, en definitiva, asimilar el incumplimiento de tales obligaciones relativas al ejercicio de la profesión a la participación en la propia conducta delictiva de blanqueo con conocimiento del origen ilícito, lo que resulta inadmisibles desde el punto de vista expuesto; pero además, porque la exigencia de la responsabilidad administrativa y civil derivada del comportamiento, sería suficiente a los fines pretendidos por el derecho comunitario, que es la actuación diligente de los actores del sector financiero y jurídico en el manejo de activos y la protección del sistema financiero. Esta parece ser la postura adoptada por la nueva propuesta que se ocupa de esta cuestión en primer lugar al definir el delito, exigiendo que la comisión se realice de modo “intencionado”, y encomienda a los Estados (en el art.55.2), siguiendo una ya clásica fórmula, la imposición de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” que pueden tener naturaleza puramente administrativa, “sin perjuicio de su derecho a imponer sanciones penales”.

Finalmente, y en otro orden de cosas, dentro del Programa de Estocolmo se advierte, como cuestión relacionada con la delincuencia económica, que la falsificación constituye un grave peligro para los consumidores y las economías¹¹⁵⁶. Por ello, la Unión deberá mejorar los estudios sobre este fenómeno y asegurarse de que se tienen debidamente en cuenta los aspectos policiales en el trabajo del Observatorio europeo de la falsificación y la piratería¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁶ Punto 4.4.5 del Programa de Estocolmo.

¹¹⁵⁷ En abril de 2009, la Comisión Europea creó el Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería en respuesta a una petición formulada por el Consejo de Competitividad en su resolución de 25 de septiembre de 2008 acerca de un plan europeo global de lucha contra la falsificación y la piratería. El objetivo del Observatorio es proporcionar información sobre los problemas y los riesgos que entrañan la falsificación y la piratería; procura intensificar la colaboración y los intercambios periódicos de información y de prácticas óptimas entre los Estados miembros, las administraciones públicas y los sectores que intervienen en la observancia de los derechos de propiedad intelectual. Inicialmente, la Comisión Europea se encargó de desempeñar las funciones de secretaría del Observatorio, si bien, en mayo de 2011, se aprobó una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para confiar esa tarea a la Oficina de Armonización del Mercado Interior. Esta propuesta va en el sentido de fortalecer la capacidad del Observatorio para transmitir a los encargados europeos de la adopción de políticas la información que necesitan para idear políticas eficaces, poner freno a la falsificación y a la piratería en la Unión. Extraído de “Labor relativa a la elaboración de una metodología para medir la incidencia socioeconómica de la piratería y la falsificación”, Documento preparado por Sr. BERGEVIN, J., Jefe de la Unidad de Lucha contra la falsificación y la piratería., [Consulta: 14.2.2013], [https://www.oepm.es/ca/OEPMSite/contenidos/.../noticia_1.html].

El Consejo Europeo insta al Consejo y al Parlamento Europeo a que estudien cuanto antes la posible legislación sobre medidas penales destinadas a garantizar la aplicación de los derechos de propiedad intelectual. Las disparidades existentes entre los diferentes regímenes sancionadores de los Estados miembros dificultan una lucha eficaz contra la falsificación y la piratería. El Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron en un primer momento la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual¹¹⁵⁸. El objetivo consistía en reforzar la lucha contra la piratería y la falsificación a través de la aproximación de las legislaciones nacionales, con el fin de garantizar un nivel de protección elevado, equivalente y homogéneo de la propiedad intelectual en el mercado interior. Ello no obstante, la citada directiva prevé exclusivamente medidas, procedimientos y mecanismos de reparación de naturaleza civil y administrativa. Posteriormente, la Comisión propuso la adopción de disposiciones penales de refuerzo y mejora de la lucha contra la falsificación y la piratería, destinada a complementar dicha norma. Sin embargo, tras su Comunicación de 23 de noviembre de 2005 sobre las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia, que anulaba la Decisión marco relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, la Comisión retiró su propuesta¹¹⁵⁹. En efecto, en dicho documento la Comisión asume que el Derecho penal como tal no constituye una política comunitaria y la acción de la Comunidad en materia penal sólo puede basarse en una competencia implícita vinculada a una base jurídica específica. La aprobación de medidas penales sobre una base comunitaria sólo es posible de manera sectorial, y siempre que se demuestre la necesidad de luchar contra graves incumplimientos de los objetivos de la Comunidad. Corresponde a la Comisión apreciar esta necesidad caso por caso en sus propuestas, en función de las necesidades específicas de la política o la libertad comunitaria en cuestión que constituye la base jurídica del Tratado CE¹¹⁶⁰. La adopción de medidas penales para la represión de la infracción de derechos de propiedad intelectual es contemplada por el denominado Acuerdo ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*)¹¹⁶¹. No obstante el texto del Acuerdo fue rechazado por el

¹¹⁵⁸ Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, DO L 195 de 2.6.2004.

¹¹⁵⁹ NAGLIK, V., [Consulta: 14.2.2013], [www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_3.4.5.pdf].

¹¹⁶⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de 13.9.2005 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo) [COM (2005) 583 final].

¹¹⁶¹ Las negociaciones se llevaron a cabo entre Australia, Canadá, Corea, Estados Unidos, Japón, Marruecos, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza, la Unión Europea y México, del 2008 al 2010. El 6 de octubre de 2011, la mayoría de las partes suscribió el acuerdo, quedando pendientes de la firma Suiza, la Unión Europea y México. Este último firmó el 11 de julio de 2012. Memoria documental de la Secretaría de Economía de la

Parlamento Europeo y en la actualidad se encuentra pendiente de dictamen del TJ que tendrá la oportunidad de ratificar o revisar esta doctrina a la luz de las disposiciones del nuevo Tratado.

5.5.5.- Tráfico de drogas.

La perspectiva de la acción comunitaria contra la droga parte siempre de la premisa del bien jurídico a proteger: la salud pública. Desde este punto de partida, con carácter previo al Programa de Estocolmo, se había configurado una estrategia en materia de drogas que se actualizó a través de dos planes de acción, elaborando así mismo una Decisión marco para el establecimiento de reglas mínimas de armonización penal de las legislaciones penales nacionales en orden a la tipificación del delito de tráfico de drogas, formulando un programa de actuación y diseñando diferentes mecanismos destinados a promover el intercambio de información en aras a la facilitación de la cooperación policial y judicial, así como a controlar el comercio intra y extra comunitario de precursores¹¹⁶².

A través de estos instrumentos y de los órganos encargados de implementarlos, se pretendía hacer frente a las redes de delincuencia dedicadas al tráfico de sustancias y procurar la rehabilitación de los consumidores. La premisa de esta intervención es el número de fallecimientos que se producen en el territorio de la Unión, relacionados con consumo de drogas, y la propagación de enfermedades asociadas¹¹⁶³. Se tiene en cuenta el peligro que

Administración Pública Federal 2006-2012, [Consulta: 25.1.2014],[www.sre.gob.mx/images/stories/doctransparencia/rdc/.../17mdaarsssals.p...].

¹¹⁶² En este ámbito, la labor de coordinación para la formulación de propuestas políticas al Consejo corresponde al Grupo Horizontal de Drogas del Consejo (GDH). Se ha sostenido que es fundamental mantener un enfoque horizontal coherente a fin de evitar que la política de la Unión en materia de drogas ponga un mayor énfasis en la represión en detrimento de las actuaciones encaminadas a reducir la demanda.

¹¹⁶³ En datos contenidos en el Informe de la Comisión, Informe de situación de 2010 sobre el Plan de Acción de la Unión Europea en materia de Lucha contra la Droga 2009-2012, COM (2010) 630 final de 5.11.2010, las estimaciones más recientes para la UE en su conjunto indican que entre 25 y 30 millones de adultos – de entre 15 y 64 años- han consumido algún tipo de drogas ilícitas durante el último año. Entre 1,2 y 1,5 millones de adultos son consumidores problemáticos de opiáceos. Cada año mueren en la UE entre 6500 y 7000 personas por sobredosis. En 2008 la subida alcanzó posiblemente el 5%. Las cifras más recientes apuntan a que, tras mantenerse estable durante varios años, el número de muertes causadas por las drogas está ahora repuntando en la UE, debido fundamentalmente al aumento de muertes por sobredosis. Además, a lo largo de la última década, las pautas de consumo de drogas han cambiado en la mayoría de los Estados miembros de la UE. Antes, el consumo problemático de drogas se daba en grupos marginados y relativamente reducidos de personas que consumían sobre todo opiáceo y cocaína, mientras que ahora se observa un aumento del consumo de drogas ilícitas con fines de diversión entre personas socialmente integradas que combina sustancias sin caer necesariamente en la dependencia. En contraposición a lo

supone el volumen de ganancias de las redes de narcotráfico y el riesgo que representan para los sistemas financieros e incluso para algunos Estados debilitados.

La política y los instrumentos normativos mencionados de la Unión¹¹⁶⁴ no contemplan otra vertiente de la droga asociada a la criminalidad: el número de delitos contra muchos otros bienes jurídicos cometidos por los consumidores en estado de intoxicación o como consecuencia de sus adicciones, ni se observa una atención específica a los programas de tratamiento precisos como consecuencia de los trastornos mentales ocasionados por el consumo de drogas. Ha de entenderse que esta es una omisión consciente derivada del principio de subsidiariedad y que los puntos expuestos, tipificación del delito de tráfico, programas de rehabilitación y control del comercio de precursores, eran los aspectos del fenómeno de la droga elegidos como objeto de atención, en el estado previo al Programa por parte de las instituciones comunitarias.

Sobre el análisis de cada uno de ellos, en primer lugar, la Decisión nº1150/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de septiembre de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico Información y prevención en materia de drogas como parte del programa general Derechos fundamentales y justicia responde al objetivo principal de prevenir el consumo incidiendo sobre una disminución de la demanda. Por su parte, la estrategia de la Unión Europea en materia de drogas para el período 2005-2012 fue aprobada por el Consejo Europeo en diciembre de 2004 y atendía ya a este mismo objetivo de reducción tanto de la demanda como de la oferta y a una visión transversal en la cooperación internacional, integrando las cuestiones relacionadas con las drogas en el diálogo general sobre la política exterior y de seguridad común y la cooperación al desarrollo, incluyendo una cláusula específica relativa a la cooperación en materia de lucha contra la droga en los nuevos acuerdos de cooperación celebrados entre la UE y terceros países. La estrategia tenía también por objeto la información, investigación y evaluación, para cuya atención específica se dictó una Decisión del Consejo relativa al intercambio de información, la evaluación del riesgo y el control de las nuevas sustancias psicotrópicas¹¹⁶⁵. Esta Decisión establece para toda la UE un sistema europeo de tratamiento de las nuevas sustancias narcóticas y psicotrópicas que

anterior, ha descendido la prevalencia de nuevos casos de VIH entre los consumidores de drogas, apuntándose como posible causa las importantes inversiones realizadas en la última década por los Estados miembros en medidas de reducción de daños, como exigían los planes de acción contra las drogas.

¹¹⁶⁴ Sobre ellos, véase el informe de la Junta Internacional de Fiscalización de estupefacientes correspondiente a 2011, [Consulta: 25.3.2012], [\[www.incb.org/pdf/annual.../AR_2011_SP_Captulo_III_Europa.pdf\]](http://www.incb.org/pdf/annual.../AR_2011_SP_Captulo_III_Europa.pdf).

¹¹⁶⁵ Decisión 2005/387/JAI del Consejo, de 10 de mayo de 2005, DO L 127 de 20.5.2005.

llegan al mercado europeo. El sistema comprende el intercambio de información (*early warning system*) sobre dichas sustancias entre los Estados miembros, su evaluación de riesgo y, en su caso, el sometimiento de las mismas a medidas de control y a sanciones penales en toda la Unión¹¹⁶⁶.

Según el Informe de la Comisión sobre la evaluación del funcionamiento de esta Decisión¹¹⁶⁷, en el último lustro, los Estados miembros han notificado ciento quince sustancias psicotrópicas valiéndose del mecanismo de intercambio de información creado por la Decisión del Consejo. En el período 2005-2008, el número de nuevas sustancias notificadas era estable, de diez a quince al año, pero a partir de 2009 se ha producido un gran aumento del número de notificaciones. A estos efectos, el citado informe de situación de la Comisión de 2010, ya señalaba que la frecuente aparición de nuevas sustancias psicoactivas (“euforizantes legales”) se ha convertido en un reto importante de la política antidroga. Los Estados miembros están luchando por contener la proliferación de nuevas drogas, cuyos riesgos sanitarios y sociales son en gran medida desconocidos. Su labor se ve intensificada por unos cauces de venta que no conocen fronteras, como Internet, y por la velocidad con la que sustancias recién controladas se ven sustituidas en el mercado por otras¹¹⁶⁸. Por ello, la Comisión concluye que ha de examinarse cómo reconciliar la necesidad de una respuesta rápida con una evaluación de riesgos de las sustancias más reforzada y percibe la necesidad de una respuesta global a nivel de la UE que salve las diferencias entre el control de estupefacientes y otros tipos de legislación, incluida la seguridad de alimentos y productos, entre ellos, añadimos, los medicamentos.

Continuando con el análisis de los instrumentos normativos en materia de drogas, en los objetivos señalados por la Estrategia, incide el ya mencionado Plan de acción de la Unión

¹¹⁶⁶ Seis pasos prevé el procedimiento dispuesto por la Decisión del Consejo para someter a medidas de control una nueva sustancia psicotrópica: 1) un Estado miembro informa de la aparición en su mercado de una nueva sustancia; 2) Europol y el OEDT, en colaboración con la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) preparan un informe conjunto y lo presentan al Consejo; 3) el Consejo encarga al OEDT una evaluación de riesgo; 4) el OEDT presenta la evaluación de riesgos al Consejo y a la Comisión; 5) la Comisión presenta al Consejo una iniciativa de medidas de control; 6) el Consejo toma una decisión sobre sujeción de las sustancias a medidas de control y obligación de introducir medidas penales. Este procedimiento solo se ha usado dos veces desde 2005. En 2007, cuando el Consejo resolvió sobre la benzilpiperacina, y en 2010, cuando lo hizo sobre la mefedrona.

¹¹⁶⁷ Bruselas, 11.7.2011, COM (2011) 430 final {SEC (2011) 912 final}.

¹¹⁶⁸ Con este objetivo, se ha intensificado la cooperación entre Europol y los Estados miembros en los tres proyectos COSPOL- relativos a la cocaína (COLA), a la heroína (MUSTARD) y a las drogas sintéticas (SYNERGY)- El sistema Europeo de Elaboración de Perfiles de las Drogas, podría aumentar la capacidad de descubrir y desmantelar redes de tráfico de drogas si se implicara estrechamente a los servicios represivos.

Europea en materia de lucha contra la droga 2009-2012¹¹⁶⁹, que sustituye al anterior Plan previsto para el período 2005-2008¹¹⁷⁰. Las acciones dispuestas en el Plan de Acción, tienen como objetivo mejorar la coordinación a través de la actuación del GDH y la consulta a la sociedad civil¹¹⁷¹, la reducción de la demanda mediante la mejora de los programas de intervención preventiva, el desarrollo de nuevos programas de rehabilitación y reinserción, contemplando medidas alternativas a la pena de prisión y la atención sanitaria tras la salida del centro penitenciario, actuando sobre las redes de delincuencia a través de los equipos conjuntos de investigación (ECI) y operaciones aduaneras conjuntas (OAC), al tiempo que intensificando la cooperación judicial a través de la plena aplicación de los instrumentos normativos de reconocimiento mutuo y la creación de plataformas emergentes de seguridad para responder de manera rápida y eficaz a nivel operativo frente a las amenazas emergentes¹¹⁷²; en la esfera internacional el plan de acción propugna coordinar el enfoque de la UE con las actuaciones de Naciones Unidas, en particular a través de la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas, prestando asistencia técnica a los países en procesos de estabilización y a los países de la Política Europea de Vecindad. En materia de investigación, se consideran esenciales los instrumentos de seguimiento, con especial mención a los cinco indicadores epidemiológicos del OEDT)¹¹⁷³.

En materia de armonización de disposiciones penales, como consecuencia de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, en las que se pedía a los países de la UE que adoptaran disposiciones legales complementarias con el fin de luchar contra el tráfico

¹¹⁶⁹ DO C 326 de 20.12.2012.

¹¹⁷⁰ El informe de evaluación independiente sobre la Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga (2005-2012) y sus planes de acción se encuentra disponible en [http://ec.europa.eu/justice/antidrugs/files/rand_final_report_eu_drug_strategy_2005-2012_en.pdf], [Consulta: 15.5.2013].

¹¹⁷¹ El Libro Verde de la Comisión, de 26 de junio de 2006, sobre el papel de la sociedad civil en la política de la Unión Europea en materia de drogas [COM (2006)316 final] emplea el término sociedad civil como vida asociativa que tiene lugar en el espacio comprendido entre el Estado y el mercado, incluida la participación individual y las actividades de las organizaciones no gubernamentales, de voluntarios y comunitarias. Se trata de un concepto diverso y más restringido del empleado comúnmente por la Comisión, que lo hace sinónimo de una amplia gama de organizaciones que representan tanto a agentes sociales como económicos. En el marco del Libro Verde, el objetivo de la implicación de la sociedad civil es su contribución a la elaboración y ejecución de políticas a través de sugerencias prácticas, garantizando un flujo de información bidireccional efectivo.

¹¹⁷² Tales como el Maritime Analysis and Operations Centre-Narcotics (MAOC-N) y el Baltic Sea Task Force (BSTF).

¹¹⁷³ Vid. epígrafe 2.2.5.4.4.

de estupefacientes, se había adoptado una decisión marco¹¹⁷⁴ relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos del delito y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas con la finalidad de aportar “*un enfoque común a escala de la Unión de la lucha contra dicho tráfico*”. La Decisión no aporta un concepto de lo que haya de entenderse por droga y tampoco se ha elaborado con posterioridad norma alguna a nivel de la Unión que incorpore una definición auténtica del concepto de droga. Es por ello que para dar respuesta a esta cuestión, tal como realiza la propia decisión marco armonizadora, hemos de remitirnos a los listados incluidos en las Convenciones de Naciones Unidas, la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes (enmendada por el Protocolo de 1972), el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971 y las sustancias sometidas a control en el marco de la Acción Común relativa al intercambio de información, la evaluación del riesgo y el control de las nuevas drogas sintéticas¹¹⁷⁵, mientras que por precursores habrán de entenderse las sustancias clasificadas en la legislación comunitaria que da cumplimiento a las obligaciones derivadas del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988.

A estos conceptos, contemplados por la Decisión marco, ha de añadirse el de “euforizantes legales”. En efecto, muchas de estas sustancias notificadas a través del *early warning system* se fabrican en laboratorios comerciales, probablemente en Asia, y frecuentemente son más baratas que las drogas ilícitas. Pese a que se las considera lícitas pueden suponer una amenaza para la salud pública comparable con las drogas ilícitas que recogen los llamados anexos de las Convenciones de las Naciones Unidas sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas¹¹⁷⁶. Queda fuera del ámbito de la acción

¹¹⁷⁴ Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, DO L 335 de 11.11.2004.

¹¹⁷⁵ Acción común 97/396/JAI, de 16 de junio de 1997, DO L 167 de 25.6.1997.

¹¹⁷⁶ Estas sustancias se fabrican especialmente en China e India. “Euforizantes legales es un término genérico que designa todos los compuestos psicotrópicos carentes de regulación internacional o los productos que los contienen, que se diseñan para imitar los efectos de drogas reconocidas, a menudo con la idea de eludir los controles vigentes. El término abarca una gama amplia de sustancias sintéticas y derivadas de plantas y productos e incluye “sustancias químicas de investigación”, “pastillas de fiesta”, “euforizantes de hierbas”, etc, que suelen venderse en Internet o en tiendas de productos energizantes y en algunos casos presentan intencionadamente rótulos de ingredientes falsos distintos de su composición real. El mercado de “euforizantes legales” se caracteriza por la rapidez con la que los proveedores burlan los controles ofreciendo nuevas vías a productos de distribución restringida. Así, algunas nuevas sustancias psicotrópicas se venden con la precisión de “*no apto para el consumo humano*” con lo que eluden la legislación sobre alimentos o estupefacientes. El informe del OEDT de 2010 reseñó 136 tiendas en línea que vendían nuevas sustancias psicotrópicas. La mayoría se encontraban en los Países Bajos, Reino Unido y

armonizadora de la Unión la conducta de consumo personal, en los términos en que este consumo sea definido por la legislación nacional¹¹⁷⁷.

Coincidiendo con el momento de inicio de la vigencia del Programa de Estocolmo, la cuestión de la aplicación de esta normativa fue objeto de un informe de la Comisión¹¹⁷⁸ a través del cual se llega a la conclusión de que la Decisión marco no había tenido gran incidencia en las legislaciones nacionales por cuanto las conductas contempladas ya eran objeto de sanción en los ordenamientos jurídico penales nacionales¹¹⁷⁹. Ello no obstante, se puso también de manifiesto que había aumentado el número de casos de tráfico de drogas remitidos a Eurojust a lo largo de los últimos cinco años transcurridos, lo cual parecía indicar que había mejorado la cooperación judicial en este terreno. En líneas generales, concluye el informe, los servicios represivos deberían compartir más información – y con más prontitud – sobre las operaciones, por ejemplo sobre la recuperación de activos. En este sentido, las contribuciones de los Estados miembros a algunos expedientes de análisis de Europol sobre las drogas siguen siendo poco satisfactorias. En la misma línea, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Para una respuesta más firme frente a las drogas”, de 25 de octubre de 2011¹¹⁸⁰ concluye que el tráfico de drogas es uno de los mayores desafíos transfronterizos para los servicios con funciones coercitivas de la UE. Desde 2004, Eurojust ha tratado más casos de tráfico de drogas que de cualquier otro tipo de delito. El número de casos de tráfico de drogas remitidos a Eurojust ha aumentado más del triple durante este período, de setenta y siete a doscientos cincuenta y cuatro, y la tendencia continuó en 2011. En 2010, alrededor de un tercio del apoyo operativo de Europol a organismos nacionales con funciones coercitivas se prestó para combatir el tráfico ilícito de

Alemania pero cinco al menos estaban en Polonia, Francia y Hungría. Extraído del informe de la Comisión de 11.7.2011, COM (2011) 430 final.

¹¹⁷⁷ Ello se justifica en el Considerando nº4 de la Decisión marco en los siguientes términos: “El principio de subsidiariedad exige que la actuación de la Unión Europea se centre en los delitos más graves en materia de tráfico de drogas. La exclusión del ámbito de aplicación de la presente Decisión marco de determinados tipos de comportamiento relativos al consumo personal no constituye una orientación del Consejo sobre el modo en que los Estados miembros deben abordar estos casos en sus legislaciones nacionales”.

¹¹⁷⁸ Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, COM (2009)669 final.

¹¹⁷⁹ La doctrina había previsto como posibles problemas en la aproximación de legislaciones para la tipificación del delito de tráfico de drogas: la amplia gama de sanciones por el tráfico o posesión de drogas, la diferente aproximación con relación al uso de la droga o la distinción entre algunos Estados miembros en su legislación respecto al cannabis y sus derivados y otras drogas en lo que se refiere a la definición del delito, penas, sanciones por uso, posesión o tráfico de drogas. En este sentido, OLESTI RAYO, A., “La Unión Europea y la reducción de la oferta ilícita de drogas”. [Consulta: 23.6.2011],[www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_011_113.pdf].

¹¹⁸⁰ COM (2011) 689 final.

drogas. Europol y Eurojust cada vez contribuyen más a coordinar las investigaciones transfronterizas en la UE y con terceros países.

Pero uno de los aspectos a los que mayor atención ha prestado la Unión y que también va a centrar su acción en materia de drogas con el nuevo Programa de trabajo, ha sido regular el control del comercio de precursores dentro y fuera del territorio de la Unión. La justificación se encuentra en el hecho de que la Unión Europea venía siendo un gran exportador de precursores y un importador de drogas ilícitas, pero recientemente se ha convertido en uno de los principales exportadores de drogas sintéticas ilícitas y, al mismo tiempo, importador de los precursores necesarios para su elaboración. Por este motivo se establecieron normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países¹¹⁸¹ con la finalidad de dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas de 1988 evitando el desvío de las sustancias de lícito comercio hacia la producción de drogas sin que afectase al tráfico comercial. Se establece para ello un sistema de licencias para permitir las operaciones comerciales¹¹⁸² cuya ejecución merecía una opinión satisfactoria en el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 7 de enero de 2010, sobre la aplicación y el funcionamiento de la legislación comunitaria en materia de vigilancia y control del comercio de precursores de drogas¹¹⁸³. Tras el análisis y evaluación de esta normativa, el Consejo, en su 3016ª reunión de “competitividad”, celebrada en Bruselas el 25 de mayo de 2010, recomendó que se propusieran modificaciones legislativas, una vez que se hubiera evaluado minuciosamente su repercusión potencial en las autoridades y los operadores económicos de los Estados miembros¹¹⁸⁴. La firma y aplicación de un acuerdo entre la UE y China sobre el control de los

¹¹⁸¹ En esencia, a través del Reglamento (CE) nº111/2005 del Consejo de 22 de diciembre de 2004, DO L 22 de 26.1.2005.

¹¹⁸² El Reglamento distingue entre sustancias catalogadas, que son las mencionadas en el anexo I y pueden ser utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y sustancias no catalogadas, que son aquellas que, aunque no figuren en el anexo I, hayan sido utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

¹¹⁸³ [COM (2009) 709 final]. Las medidas de vigilancia en el ámbito de las operaciones entre Estados miembros se reguló de forma independiente, en el Reglamento (CE) nº273/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004 sobre precursores de drogas.

¹¹⁸⁴ Punto 2 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº273/2004, sobre precursores de drogas, 27.9.2012, [Consulta: 15.5.2013], [eur-lex.europa.eu > EUROPA > eur-Lex Inicio].

precursores de drogas¹¹⁸⁵ y la apertura de negociaciones con Rusia¹¹⁸⁶ sobre un acuerdo similar se consideraban los principales avances a nivel internacional.

En respuesta a tal invitación, la Comisión, en la citada Comunicación de 25 de octubre de 2011 sintetiza las propuestas legislativas en materia de drogas que pretende acometer en las siguientes:

1) Un paquete legislativo sobre las drogas en el que se propondrá el reexamen de la Decisión marco del Consejo sobre el tráfico de drogas y de la Decisión del Consejo sobre las nuevas sustancias psicotrópicas¹¹⁸⁷.

2) Propuestas legislativas sobre los precursores de las drogas.

3) Propuestas legislativas sobre el decomiso y la recuperación de activos de la delincuencia y para reforzar el reconocimiento mutuo de las órdenes de embargo preventivo y decomiso.

4) Nuevas medidas legislativas para combatir el blanqueo de capitales.

5) Indicadores para hacer un seguimiento de la oferta de drogas, la delincuencia vinculada a la droga y la reducción de la oferta de la droga, con el fin de contribuir a mejorar la eficacia de las medidas de reducción de la oferta.

6) Normas de calidad mínimas para mejorar la prevención del consumo de drogas, el tratamiento y los servicios de reducción de daños.

Algunas de ellas ya se han materializado en nuevos actos legislativos como el Reglamento UE 225/2011 de la Comisión de 7 de marzo de 2011 que modifica el Reglamento (CE) nº273/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre precursores de drogas, y el Reglamento (CE) nº111/2005 del Consejo, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países cuyo único artículo tiene por objeto la inclusión de un nuevo estupefaciente en el anexo que contiene. En la actualidad además, existe también una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento de 2005 sobre precursores de drogas. La norma se establece con el objetivo central de “reducir la oferta de las sustancias químicas

¹¹⁸⁵ Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República Popular China sobre los precursores de drogas y las sustancias frecuentemente utilizados en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, DO L 56/8, 28.2.2009.

¹¹⁸⁶ El 23 de marzo de 2009, el Consejo autorizó a la Comisión a entablar negociaciones con la Federación de Rusia de cara a la celebración de un acuerdo sobre precursores de drogas. Tras el inicio de las negociaciones en septiembre de 2009, se celebraron cuatro rondas de negociación. En septiembre de 2012, las partes aprobaron finalmente el texto del Acuerdo. [Consulta: 15.5.2013], [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriSErv.do?uri=COM:2013:0003...].

¹¹⁸⁷ Vid. *ut supra*.

destinadas a la fabricación de drogas, no la oferta de drogas a disposición de los consumidores”¹¹⁸⁸. Para ello, en el Considerando Nº14 se prevé la delegación en la Comisión de competencias para adoptar actos de conformidad con el art. 290 del TFUE a fin de que establezca las disposiciones que determinen los casos en que no se requiera licencia, condiciones de exención de controles de operadores, autorizaciones de exportación de estas sustancias, entre otras determinaciones.

Atendiendo también a las orientaciones del Programa de Estocolmo y en línea de continuidad, el Consejo ha elaborado la Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga (2013-2020)¹¹⁸⁹. Efectivamente esta Estrategia sigue las orientaciones proporcionadas por la anterior en la medida en que se articula en torno a dos ámbitos de actuación: reducción de la demanda de drogas y reducción de la oferta de drogas, y tres temas transversales: a) la coordinación, b) la cooperación internacional y c) la investigación, información, control y evaluación. Al igual que la estrategia precedente, prevé dos planes de acción consecutivos cuya elaboración se atribuye a la competencia de las Presidencias correspondientes en 2013 y 2017. El cometido de estos planes de acción se circunscribe a proporcionar una lista de acciones específicas, con fijación del calendario para su ejecución, la determinación de las partes responsables de estas acciones, los indicadores y los instrumentos de evaluación de estas. El texto, no obstante, sí incorpora algunas novedades de relevancia en la medida en que muestran interés por aspectos del fenómeno de la droga ignorados por el Derecho comunitario hasta el momento en el marco del derecho penal. Se trata de la comorbilidad psiquiátrica, a la que se refiere de modo expreso la estrategia¹¹⁹⁰ y el fenómeno de la tendencia cada vez mayor al uso de medicación controlada prescrita. Asociado a esta perspectiva más amplia, se muestra un nuevo interés por la actividad de prevención, que se clasifica en ambiental, universal, selectiva e indicada¹¹⁹¹, por la evaluación científica de las actuaciones en materia de lucha contra la droga y, finalmente, por el papel que puede prestar la elaboración y desarrollo de los indicadores epidemiológicos. Estos aspectos suponen una

¹¹⁸⁸ En concreto, y tal como expresa el Considerando nº2 de la Propuesta, los medicamentos que contienen efedrina y pseudoefedrina, cuyo comercio no está sujeto a control, se desvían hacia la fabricación ilícita de drogas fuera de la Unión y lo que pretende la nueva norma es establecer mecanismos de control en el mercado de estas sustancias en principio permitidas para evitar este desvío hacia el tráfico de sustancias prohibidas, de drogas.

¹¹⁸⁹ Recomendación del Consejo DO C 402/1, 29.12.2012.

¹¹⁹⁰ Dentro de su *Introducción* (Punto 8), el documento se refiere a la necesidad de tratar el consumo de droga mediante un planteamiento de atención sanitaria integrado que tenga en cuenta, entre otras cosas, la comorbilidad psiquiátrica. Lo incluye como un reto aparecido en los últimos años. A nuestro juicio, esta última apreciación es discutible.

¹¹⁹¹ Punto 17 del documento.

modificación cualitativa en el enfoque comunitario de tratamiento jurídico penal del fenómeno de la droga en una dirección más omnicompreensiva.

5.5.6.- Actividad terrorista

En el ámbito específico del Programa de Estocolmo, el Consejo Europeo ha reiterado su Estrategia antiterrorista consistente en las ya señaladas cuatro líneas de trabajo: prevenir, perseguir, proteger y responder. Además, todas las partes interesadas deberían evitar estigmatizar a un colectivo específico de personas y procurar el desarrollo de un diálogo intercultural. Se hace preciso desarrollar los trabajos relativos a la seguridad marítima y aérea, en línea con el análisis de amenazas, en estrecha cooperación con los operadores de transportes para reducir el impacto en los viajeros. Conviene prestar mayor atención a los objetivos potenciales como el transporte público urbano y las redes de ferrocarriles de alta velocidad, así como las infraestructuras de la energía y del agua. De acuerdo con esta posición, como cuestión estrechamente relacionada con la actividad terrorista, el Programa de Estocolmo aborda la gestión de catástrofes por parte de la UE desde una perspectiva que se basa en dos principios fundamentales: la responsabilidad de los Estados Miembros de dispensar a sus ciudadanos la protección necesaria teniendo en cuenta los riesgos y las amenazas existentes, y la solidaridad entre Estados Miembros para ayudarse mutuamente antes, durante y después de una catástrofe cuando ésta supere las capacidades nacionales o afecte a más de un Estado Miembro.

Todas estas previsiones del Programa se recogen en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “La política antiterrorista de la UE: logros principales y retos futuros”¹¹⁹², en la que se realiza principalmente un balance de logros conseguidos en materia antiterrorista y un análisis de retos pendientes. La Comunicación ratifica que la Estrategia de la UE de lucha contra el terrorismo, y los cuatro aspectos que la integran (prevenir, proteger, perseguir y responder) sigue siendo el principal marco de referencia para la actividad de la UE en este ámbito, aunque el Programa de Estocolmo pretende incidir de manera especial en el aspecto preventivo, en el que el principal desafío consiste en evitar la radicalización y captación de terroristas y el uso de Internet con fines terroristas para comunicación, obtención de fondos, adiestramiento, captación y propaganda. La Comunicación señala igualmente que además de los cuatro aspectos de la Estrategia de lucha contra el terrorismo,

¹¹⁹² COM (2010) 386 final.

existen algunos aspectos horizontales importantes vinculados a la ejecución de la estrategia. Se trata del respeto de los derechos fundamentales, la cooperación con los socios externos en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, y, obviamente, la financiación.

Otro de los aspectos sobre los que se ha centrado la atención de la Comisión se refiere al riesgo QBRN (químico, biológico, radiológico y nuclear), y en especial las amenazas de grupos terroristas que utilizan materiales QBRN han originado actuaciones a escala nacional y de la UE. El objetivo global de la política de seguridad QBRN es presentar una estrategia europea prioritaria, pertinente y eficaz para aumentar la protección de los ciudadanos que impliquen materiales QBRN. Para alcanzar este objetivo, resulta crucial la aplicación de un Plan de Acción QBRN de la UE, basado en un planteamiento que considere todos los riesgos, e incluso acciones para prevenir, detectar, prepararse y responder a incidencias más graves con materiales QBRN de alto riesgo. A fin de preparar la actual política QBRN, en febrero de 2008 la Comisión creó un grupo de trabajo QBRN, cuyo informe final fue publicado en enero de 2009.

Esta iniciativa de la Comisión¹¹⁹³ ha recibido el respaldo del Parlamento en la Resolución de 14 de diciembre de 2010¹¹⁹⁴, sobre el refuerzo de la seguridad química, biológica, radiológica y nuclear en la Unión Europea. En dicho documento expone que la finalidad del Plan de Acción QBRN de la UE es garantizar una interacción eficaz entre las iniciativas nacionales y la UE para afrontar los riesgos QBRN y preparar las respuestas necesarias, de forma que se haga hincapié tanto en la coordinación “horizontal” entre la Comisión y los Estados miembros como en la coordinación “vertical” entre los instrumentos de la UE y de los Estados miembros¹¹⁹⁵. Por ello, el Parlamento señala que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Plan de Acción QBRN de la UE reclama una nueva distribución de competencias entre los Estados miembros y la UE, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del TFUE en relación con los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad, y

¹¹⁹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el refuerzo de la seguridad química, biológica, radiológica y nuclear en la Unión Europea - un Plan de Acción QBRN comunitario, COM (2009) 273 final.

¹¹⁹⁴ 2010/2114 (INI), DO C 169 E/8, 15.6.2012.

¹¹⁹⁵ Dicho documento considera también que las modificaciones introducidas por el Consejo en el Plan de Acción QBRN de la UE, debilitan dicho plan, en la medida en que confieren un carácter no vinculante al compromiso de los Estados miembros y atenúan las medidas previstas, muchas de las cuales se mantienen a nivel nacional en lugar de adquirir una dimensión europea, al tiempo que socavan el cometido de supervisión y control de su aplicación por la Comisión, que en algunos casos ni siquiera ve reconocida su condición de parte interesada junto con los Estados miembros. En este texto, el Parlamento pone de relieve que el SITCEN ha sido encuadrado en el SEAE y que su personal procede principalmente de los servicios de inteligencia y de policía de los Estados miembros; subraya que su función es sumamente importante para facilitar apoyo a los centros nacionales de gestión de crisis.

que el Plan de Acción QBRN de la UE abarca el ámbito de competencias internas compartidas (art. 4 TFUE) en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia, las consideraciones de seguridad común y el transporte, así como las medidas relativas a la protección civil (artículo 196 TFUE) y las acciones exteriores de la Unión (arts. 21 y 22 TFUE). Destaca, finalmente, que los mayores riesgos relacionados con materiales QBRN resultan de la proliferación de dicho material por la acción de los terroristas, constituyendo, por tanto, la eliminación procedente de esta amenaza, la acción prioritaria de la UE en el momento actual en materia de terrorismo en lo que concierne al ELSJ¹¹⁹⁶.

5.6.- Europa en un mundo globalizado.

Mediante la gestión integrada de las fronteras exteriores, la Unión debe continuar facilitando el acceso legal al territorio de los Estados Miembros, a la vez que toma medidas para luchar contra la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza manteniendo un nivel elevado de seguridad¹¹⁹⁷. El refuerzo de los controles fronterizos no debe impedir que las personas que tengan derecho a ello accedan a sistemas de protección, y en especial las personas y grupos en situación vulnerable.

Las necesidades en materia de protección internacional así como la acogida de los menores no acompañados se han fijado como prioridades a este respecto. Para ello, es esencial que las actividades de FRONTEX y de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo¹¹⁹⁸ se coordinen en lo que respecta a la recepción de migrantes en las fronteras exteriores de la UE.

Con vistas a las anteriores prioridades, en el ámbito del Programa de Estocolmo, el Consejo Europeo invita a la Comisión a que presente propuestas para un sistema de entrada/salida junto con un programa de vía rápida para viajeros registrados, realice un

¹¹⁹⁶ También se han adoptado iniciativas relacionadas con la actividad terrorista para reprimir el tráfico ilícito de armas ligeras, mediante la Decisión 2010/765/PESC del Consejo, de 2 de diciembre de 2010, sobre la acción de la UE para hacer frente al tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras (APAL) por vía aérea, mediante la ejecución de un proyecto cuya responsabilidad última compete al Alto Representante de Asuntos Exteriores, y que a nuestro juicio afecta de manera más tangencial al ELSJ.

¹¹⁹⁷ De acuerdo con la estrategia europea de gestión integrada de las fronteras y la herramientas señaladas en la Comunicación de la Comisión de 13 de febrero de 2008 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Preparación de los próximos pasos en la gestión de fronteras en la Unión Europea", COM (2008) 69 final].

¹¹⁹⁸ Puesta en marcha durante la Presidencia Española, en el primer semestre del año 2010.

estudio de la posibilidad y la utilidad de desarrollar un sistema europeo de autorización de viaje¹¹⁹⁹ y siga estudiando la cuestión de los controles de fronteras automatizados¹²⁰⁰.

Uno de los instrumentos para llevar a cabo estas iniciativas será la política de visados, mediante la entrada en vigor del Código de Visados¹²⁰¹ y la puesta en servicio gradual de VIS¹²⁰². Las acciones previstas en este ámbito son:

- Intensificar la cooperación mediante programas de cooperación consular regional en los que se podría incluir en particular y en caso necesario, la creación de centros comunes de solicitud de visados. La acción de cooperación consular se ha vinculado a la acción para combatir el fraude documental mediante la integración de elementos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje¹²⁰³, el intercambio de información sobre la falsificación de los documentos de viaje¹²⁰⁴ y el sistema de archivo de imágenes FADO¹²⁰⁵.

¹¹⁹⁹ Esta propuesta tiene como precedente el Reglamento (CE) nº693/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003, por el que se establece un específico documento de tránsito facilitado (FTD), un documento de tránsito ferroviario facilitado (FRTD) y se modifican la Instrucción consular común y el Manual común, DO L 99 de 17.4.2003.

¹²⁰⁰ Atendiendo a esta orientación, la Comisión ha elaborado la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 20 de julio de 2010, "Panorama general de la gestión de la información en el ELSJ", [COM (2010) 385 final], en la que se ofrece una presentación de los instrumentos europeos que se utilizan para gestionar información personal con fines represivos o de gestión de la migración.

¹²⁰¹ El Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, establece un Código comunitario sobre visados, DO L 243 de 15.9.2009. La entrada en vigor del Código de Visados se produjo el 5 de abril de 2010. Sobre este sistema, cfr. SÁNCHEZ BARRUECO, M.L., "El Código Europeo de Visados y las nuevas garantías reconocidas a los solicitantes de visado", *Revista General de Derecho Europeo*, Nº26, enero 2012. Como precedente al Código Europeo de visados puede citarse el Reglamento (CE) nº 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS), DO L 218, 13.8.2008.

¹²⁰² El 11 de octubre de 2011 entró en funcionamiento el Sistema de Información de visados (VIS en sus siglas inglesas). Las primeras oficinas consulares que estarán conectadas al sistema serán las de África del Norte (Argelia, Egipto, Libia, Mauritania, Marruecos y Túnez.). [Consulta: 16.5.2013], [Comunicado de prensa de la Comisión Europea, IP/11/1169, 11.10.2011].

¹²⁰³ El Reglamento (CE) nº 444/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de mayo de 2009, modifica el Reglamento (CE) nº 2252/2004 del Consejo sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros, DO L 142, 6.6.2009, p.1/4.

¹²⁰⁴ Con origen en la Decisión del Consejo, de 27 de marzo de 2000, relativa a la mejora del intercambio de información para combatir los documentos de viaje falsos, DO L 81 de 1.4.2000.

¹²⁰⁵ Acción común 98/700/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se crea un Sistema europeo de archivo de imágenes (FADO). Se trata de un Sistema europeo de archivo de imágenes destinado a intercambiar, por vía informática y en plazos muy cortos, la información de que disponen los Estados miembros sobre los documentos auténticos y los documentos cuya falsificación se ha constatado. [Consulta: 16.5.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33075_es.htm].

- Acuerdos de facilitación de la expedición de visados con terceros países¹²⁰⁶.
- Lista de terceros países cuyos nacionales están o no sometidos a obligación de visado bajo escrutinio periódico¹²⁰⁷.
- Garantizar el principio de reciprocidad de visados e impedir la (re) introducción de la obligación de visado por parte de terceros países respecto de cualquier Estado Miembro.
- Posibilidad de establecer un mecanismo común europeo de expedición de visados de corta duración¹²⁰⁸.
- Estudiar en qué medida podría complementarse la presunción de riesgo asociado con la nacionalidad del solicitante con una evaluación del riesgo individual¹²⁰⁹.

¹²⁰⁶ Siguiendo el ejemplo de los celebrados con los países de los Balcanes occidentales. Estos acuerdos tienen por objeto simplificar y acelerar los procedimientos de expedición de visados a los nacionales de estos países de los Balcanes occidentales. En principio van acompañados de la celebración de un acuerdo de readmisión. [Consulta: 16.5.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/14578_es.htm]. La vinculación entre los acuerdos de readmisión y de facilitación de visados puede explicarse del siguiente modo: “una política de retorno efectiva exige que los países de origen de los inmigrantes accedan a cooperar y permitan su regreso, y así pues, los principales problemas aparecen cuando los países de origen no están dispuestos a facilitar el regreso de sus nacionales o de nacionales de otros Estados. La conclusión de acuerdos de readmisión con terceros Estados ha sido una prioridad política para el Consejo y para muchos Estados miembros, pero, en cambio, la Comisión se ha enfrentado a considerables obstáculos en su negociación. Los acuerdos de readmisión tienen por objetivo imponer a las partes contratantes obligaciones recíprocas de readmitir a sus nacionales sino reúnen las condiciones de entrada, estancia o residencia en el territorio de un Estado miembro. Desde la perspectiva de la UE se considera importante concluir tales acuerdos de readmisión, porque con ellos se dota de un instrumento jurídico para exigir a los países de tránsito la readmisión no sólo de sus nacionales, sino también de otros nacionales de terceros países, aun cuando la prueba de que hayan llegado a través de dicho país no siempre resulte fácil de aportar. La Comisión pidió al Consejo poder ampliar su margen de negociación para facilitar la conclusión de de estos acuerdos mediante la oferta de nuevos incentivos. En Consejo, de momento, decidió ofrecer el incentivo de la facilitación de los visados, creando un vínculo entre los acuerdos de facilitación de visados y los acuerdos de readmisión”, ESTEVE GARCÍA, F., “Las asociaciones de movilidad y la inmigración circular: ¿nuevos instrumentos de cooperación y nuevos derechos de movilidad en el enfoque global de la UE en materia de migraciones?”, PI LLORENS, M. y ZAPATER DUQUE, E. (Coords.), *¿Hacia una Europa de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia?*, Barcelona: Marcial Pons, 2010, pp.67-104. Recordemos que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa los acuerdos de readmisión tienen una base jurídica específica en el artículo 79.3 del TFUE. En la actualidad la UE está obligada por acuerdos de readmisión con Turquía, Bosnia y Herzegovina, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Georgia, República de Moldova, Montenegro, Rusia, Serbia y Ucrania [Consulta: 20.2.2013], [<http://www.migrarconderechos.es>]

¹²⁰⁷ No se trata en realidad de una innovación del programa, pues ya se había previsto esta acción en el Reglamento (CE) nº539/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, DO L 81 de 21.3.2011.

¹²⁰⁸ Siguiendo el ejemplo del celebrado con la Federación rusa.

¹²⁰⁹ Punto 5 del Programa de Estocolmo. [Consulta: 16.5.2013], [www.acnur.org/biblioteca/pdf/7284.pdf?vview=1].

Todas las propuestas anteriores se insertan por tanto, en una Estrategia Europea de gestión integrada de fronteras exteriores como fenómeno diferenciado a los flujos migratorios internos derivados de la apertura de fronteras internas impuesta por el proceso de integración. Los mecanismos precedentemente expuestos se dirigen a los ciudadanos no comunitarios al tiempo que revelan la conexión entre la dimensión externa e interna del ELSJ.

5.6.1.- La cuestión migratoria.

La inmigración se presenta como un ámbito competencial sensible, también tras el Tratado de Lisboa en la medida en que los Estados miembros se han reservado aspectos claves de la política migratoria como el derecho a establecer volúmenes de admisión o la determinación de medidas de integración. Señala LIROLA DELGADO¹²¹⁰ que el número de inmigrantes irregulares en los Estados miembros sigue siendo muy alto, lo que resulta llamativo porque se trata de uno de los aspectos de la política migratoria en el que, por generarse una mayor relación de interdependencia entre los Estados miembros, ha sido generalmente más sencillo llegar a acuerdos comunes. Esta circunstancia de incremento de la población migrante irregular en el territorio de la Unión, quizá puede también estar relacionada con otra característica de la política migratoria puesta de relieve por la misma autora¹²¹¹, consistente en que la construcción de una política común de inmigración se ve dificultada por una doble tensión: la que se establece entre los intereses de los Estados miembros y los derechos de los inmigrantes y entre los primeros y las instituciones de la Unión.

En el contexto de los importantes desafíos demográficos¹²¹² a que se enfrentará la Unión en el futuro, junto con el aumento de la demanda de mano de obra, el Programa de Estocolmo propugna unas políticas flexibles de inmigración como medio de contribución al desarrollo y a los resultados económicos a largo plazo. Ha de ser, en consecuencia, una política concertada adaptada a las necesidades del mercado laboral nacional. La inmigración

¹²¹⁰ “Elementos de una política común de inmigración de la Unión Europea”, PI LLORENS, M. y ZAPATER DUQUE, E., (Coords), *¿Hacia una Europa de las personas...?*, op. cit. p.50.

¹²¹¹ Ibidem, p.57.

¹²¹² Estos desafíos se exponen en la Comunicación de la Comisión (2009) 262 señalando que en 2006, se registraron en la Unión 1,5 millones de nacionales de terceros países, es decir, casi el 3,8% de la población total. Las presiones migratorias pueden aumentar. Ello se debe al crecimiento demográfico y a la pobreza en varios países de origen así como al envejecimiento de la población europea. Entre 2008 y 2060, el número de personas en edad laboral debería reducirse en un 15%, es decir, aproximadamente 50 millones de personas menos.

laboral puede contribuir al aumento de la competitividad y la vitalidad económica. Han de tenerse debidamente en cuenta las competencias de los Estados Miembros, en especial para la gestión de sus mercados laborales, así como el principio de preferencia de la Unión¹²¹³.

El Programa de Estocolmo pretende reformular los compromisos asumidos en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo¹²¹⁴ de 24 de septiembre de 2008, que tendrá ahora por objeto crear una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la migración y el desarrollo. Esta actividad se ha de llevar a cabo sobre un núcleo principal: África, Europa Oriental y sudoriental, Asia y América Latina¹²¹⁵. Se propugna que la política de migración ha de ser dinámica y global y fundamentarse en los siguientes principios originales: solidaridad, equilibrio y genuina colaboración con los países de origen y tránsito exterior a la Unión, manteniendo el equilibrio entre las tres áreas:

.- Promoción de la movilidad y migración legal optimizando el vínculo entre migración y desarrollo.

.- Prevención de la inmigración ilegal.

.- Lucha contra ella.

En esta regulación, puede llamar la atención la omisión de un principio que ha sido subrayado por la doctrina, cual es el principio de integración. En este sentido, DE LUCAS pone de relieve que la relación entre políticas de inmigración e integración en el ámbito de la Unión Europea no es una constante pacíficamente presente, ni en la Unión Europea ni en la mayoría de sus Estados miembros, hasta muy recientemente, es decir, hasta las Recomendaciones del Consejo Europeo de Tampere. Es a partir de la fecha de dicho Consejo, (15 y 16 de octubre de 1999), cuando se ha tratado de desarrollar en las políticas migratorias el eje de la integración, bien definida en ese texto programático como un proceso bilateral que comporta el

¹²¹³ Este principio se define en el Libro Verde, de 11 de enero de 2005, sobre un enfoque comunitario de la gestión de las migraciones económicas, [COM (2004) 811] del siguiente modo: “Los Estados miembros sólo tendrán en cuenta las solicitudes de entrada en sus territorios por razones laborales cuando los puestos vacantes en el Estado miembro de que se trate no puedan ser ocupados por los trabajadores nacionales o comunitarios, ni por los trabajadores no comunitarios que residan legalmente y de forma permanente en dicho Estado miembro y que formen parte del mercado laboral del mismo”.

¹²¹⁴ Vid también al respecto, como actos conexos del Pacto, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de junio de 2009, Método de seguimiento para supervisar la aplicación del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo [COM (2009) 266 final], Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 6 de mayo de 2010, Primer informe anual sobre inmigración y asilo (2009), que acompaña al informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Primer informe anual sobre inmigración y asilo 2009 [SEC (2010) 535 final] y el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 6 de mayo de 2010, Primer informe anual sobre inmigración y asilo [COM (2010) 214 final].

¹²¹⁵ Ello por cuanto estas zonas geográficas están directamente en relación con los señalados desafíos demográficos que fundamentan la política en materia de inmigración de la Unión.

reconocimiento de condiciones de igualdad y por tanto de la capacidad como agentes de los propios inmigrantes, que no son – no deben ser- meros sujetos pasivos de esas políticas¹²¹⁶. El principio de integración conlleva el respeto de los valores básicos de la UE. Dentro del mismo, el acceso al empleo y la educación constituye una parte fundamental, así como el conocimiento básico del idioma, la historia y las instituciones de la sociedad de acogida. La mejor integración de inmigrantes exige su acceso a las instituciones y a los bienes y servicios tanto públicos como privados, en las mismas condiciones que los ciudadanos nacionales y sin discriminaciones y la interacción frecuente entre inmigrantes y ciudadanos de la UE. Impone también su participación en el proceso democrático y en la formulación de las políticas y medidas de integración. La práctica de diversas culturas y religiones debe quedar salvaguardada¹²¹⁷.

Bajo la fórmula de la integración, se exige también a todos los Estados Miembros que readmitan a sus propios nacionales que están residiendo ilegalmente en el territorio de otro Estado¹²¹⁸, facilitando el retorno voluntario incluso a través del desarrollo de sistemas de incentivos, formación, reintegración y subsidios, y mediante el recurso a las posibilidades que ofrecen los instrumentos financieros existentes. La resolución de repatriación dictada por un Estado Miembro se aplica a toda la UE y las prohibiciones de entrada se registrarán en el SIS II.

La Comisión, FRONTEX, y los Estados Miembros voluntarios, asistirán a los Estados Miembros que se enfrenten a presiones específicas y desproporcionadas, a fin de asegurar la eficacia de sus políticas de retorno respecto de determinados terceros estados. Habrá de elaborarse información sobre las rutas de migración que mejore la comprensión de los flujos migratorios¹²¹⁹, y proceder a la celebración de acuerdos de readmisión e incrementar la

¹²¹⁶ DE LUCAS, J., "Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración", En DE LUCAS, J, et al, *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el s. XXI*. X premio de investigación Francisco Javier de Landaburu Universitas 2011, 1ª ed., Eurobask, enero 2012, Parlamento Vasco, pp, 11-92.

¹²¹⁷ Este es el contenido que atribuye al principio de integración la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 1 de septiembre de 2005, COM (2005) 389 final, y puede considerarse vigente bajo el marco del nuevo Programa, lamentando su falta de explicitación y reformulación a través del mismo.

¹²¹⁸ Bien se trate de un tercer Estado o de un Estado miembro, en este último caso, en los supuestos en que pueda tener lugar por no resultar amparado por la libre circulación de personas.

¹²¹⁹ Según FRONTEX, los cruces irregulares de fronteras están muy concentrados en puntos problemáticos como la frontera oriental, especialmente en la frontera continental de Grecia con Turquía, las rutas del Mediterráneo central (50% y 33% respectivamente del total de la UE) y, cada vez más, la ruta del Mediterráneo occidental (casi un 10% del total). Los emigrantes detectados con más frecuencia procedían

cooperación práctica entre los Estados Miembros. Algunas vías de colaboración podrían ser mediante el flete de vuelos conjuntos de retorno, financiados por FRONTEX, la verificación del Estado de procedencia de los nacionales de terceros países que puedan ser repatriados y la obtención de documentos de viaje por parte de terceros países.

El objetivo de creación de un espacio común de protección ha de basarse en un procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme para las personas a las que se concede protección internacional. Mientras que el sistema europeo común de asilo (SECA)¹²²⁰ debería estar basado en normas de protección de alto nivel, resulta también fundamental¹²²¹ que las personas, independientemente del Estado Miembro en el que se presentó su solicitud de asilo, reciban un nivel de tratamiento equivalente en relación con las condiciones de recepción y el mismo nivel en lo referente a la tramitación del procedimiento¹²²² y la determinación del estatuto. El objetivo debería ser que los casos similares se trataran de forma similar y produjeran el mismo resultado. Si embargo, se constata que existen todavía diferencias significativas entre las disposiciones nacionales y su aplicación. Con el SECA se conseguiría evitar o reducir los movimientos secundarios dentro de la UE y aumentar la confianza mutua entre los Estados Miembros, siendo una de las vías la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y otros Tratados Internacionales para lograr así la sostenibilidad a largo plazo del sistema de asilo y para promover la solidaridad en el marco UE. Por ello, el Programa propone que la UE debería solicitar la adhesión a la Convención de Ginebra y a su protocolo de 1967. El sistema de Dublín sigue siendo una piedra angular en la construcción del SECA, ya que asigna claramente la responsabilidad del examen de la solicitud de asilo.

En consecuencia, a través del Programa, el Consejo Europeo invita al Consejo y al Parlamento Europeo a establecer un procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme de

de Afganistán. Este incremento de flujos se acompaña de un aumento del número de solicitudes de protección internacional. *Frontex Quarterly Report, Issue 3, Julio-Septiembre 2011*, COM (2012) 259 final.

¹²²⁰ Su origen, en cuanto tal sistema común, se sitúa en el Libro Verde, de 6 de junio de 2007, sobre el futuro sistema europeo común de asilo [COM (2007) 301 final] y en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre el asilo: cooperación práctica, calidad del proceso de toma de decisiones en el sistema europeo común de asilo (2006/2184(INI)).

¹²²¹ Es fundamental porque garantiza un reparto equitativo entre los Estados miembros de los solicitantes de asilo y asegura un alto nivel de protección en las normas existentes.

¹²²² Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente el TJUE en la Sentencia de 31 de enero de 2013, Asunto C-175/11, en la que el Alto Tribunal aborda la tramitación prioritaria de las solicitudes de asilo según el país de procedencia del solicitante y la autonomía procesal de los Estados miembros en materia de organización del tratamiento de las solicitudes de asilo.

conformidad con el art. 78 TFUE¹²²³, para las personas a las que se conceda asilo o protección subsidiaria y la posibilidad de crear un marco para la transferencia de protección internacional a sus beneficiarios, cuando ejerzan sus derechos de residencia adquiridos en virtud del derecho comunitario, teniendo presente la división de las responsabilidades y solidaridad entre los Estados miembros y la dimensión exterior del asilo¹²²⁴.

En el mes de marzo de 2013 se llegó un acuerdo político para la aprobación del SECA. Su aprobación formal por el Parlamento Europeo se produjo en el mes de junio de 2013. Las últimas materias pendientes de acuerdo se referían al procedimiento de asilo propiamente dicho y Eurodac¹²²⁵, habiéndose aprobado el Reglamento 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismo de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, el Reglamento 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares y finalmente, el Reglamento 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur)¹²²⁶.

¹²²³ Artículo 78.2 del TFUE: “...el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a un sistema europeo común de asilo que incluya:

- a) un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión;
- b) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria.

¹²²⁴ El SECA comprende varias Directivas y Reglamentos que debieran haber sido aprobados a finales de 2012 (todos los instrumentos legislativos que se están discutiendo son modificaciones de normas ya existentes que tienen por objeto alcanzar una mayor armonización) y son objeto de discusión en el Grupo Asilo y en el SCIFA, como paso previo a su elevación al COREPER.

El SECA es una prioridad de la Presidencia danesa, por lo que están previstos debates de orientación sobre determinadas cuestiones en todos los Consejos de Justicia y Asuntos de Interior a celebrar en el primer semestre de 2012. La Presidencia tiene previsto alcanzar una posición común sobre el Reglamento de Dublín y sobre la Directiva de Condiciones de Acogida. [Consulta: 27.3.2012], [[www.es-eu.org/.../...](http://www.es-eu.org/.../)]. Sobre los Progresos realizados en el SECA se pronuncia la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo III Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2011), COM (2012) 250 final al señalar que se ha alcanzado un acuerdo político sobre la ampliación de la Directiva 2011/51/UE de 11 de mayo sobre ampliación de la condición de residente de larga duración a los beneficiarios de protección internacional y sobre refundición de la Directiva sobre requisitos mínimos, Directiva 2011/95/UE de 13 de diciembre. También se ha avanzado en el trabajo sobre las Directivas de procedimiento de asilo y de condiciones de recepción a raíz de propuestas de modificación presentadas en junio de 2011 y en la transposición de la Directiva de retorno, Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008.

¹²²⁵ [Consulta: 16.5.2013], [euroefe.efc.com/.../1849795_los-veintisiete-muy-cerac-del-acuerdo-para...].

¹²²⁶ Sobre el análisis de esta normativa y en general, del sistema europeo de control de fronteras, consultar BESTERS, M., “Greedy Information Technology: The Digitalization of the European Migration Policy”,

La precedente normativa lleva a preguntarse si la preponderancia del elemento securitario del ELSJ, tantas veces criticada, no resulta ostensible en materia de inmigración irregular. Ello pudiera resultar paradójico desde la perspectiva que analizamos. Considerando los riesgos de incremento de la criminalidad inherentes a la apertura de fronteras, la respuesta comunitaria a la luz de los anteriores Reglamentos ha de considerarse contundente, pero también, y parece que ya es algo ineludible, este afán de eficacia y seguridad suscita las críticas, como un reverso de la moneda, a la posible afectación de derechos fundamentales, esencialmente por la inconsistencia de la regulación en materia de protección de datos recabados mediante elementos biométricos, tildando en otras ocasiones esta política de insolidaria¹²²⁷. Del mismo modo que esta crítica se inició en materia de derechos procesales, podemos preguntarnos si será precisa una ampliación de la acción comunitaria destinada no sólo a proteger los límites fronterizos externos de la emigración irregular sino también a favorecer la integración de los inmigrantes regulares como elemento preventivo, teniendo en cuenta además, que en muchos supuestos el emigrante irregular lo es con posterioridad,

European Journal of Migration and Law, Nº12, 2010, pp. 455-470, BEN HAYES & VERMEULEN, M., The EU's New Border Surveillance Initiatives. Assessing the Costs and Fundamental Rights Implications of EUROSUR and the "Smart Borders" Proposals, HEINRICH BÖLL Foundation, June 2012, FRANKO AAS, K., "Crimmigrant bodies and bona fide travelers: Surveillance, citizenship and global governance", *Theoretical Criminology*, Nº15, 2011, págs.331-346, BROUWER, E., "The use of Biometrics at the Borders: A European Policy and Law Perspective", Reading Materials, EUI Summer University, Florence July 2013, FARRAJ, A., "Refugges and the biometric future: the impact of biometrics on refugees and asylum seekers", *Columbia human rights law review*, 2011, págs. 891-941, PAPADEMETRIOU, D.G. & COLLET,E., A new Architecture for Border Management, Migration Policy Institute, March 2011, REDPATH, J., Biometrics and International Migration, International Organization for Migration, Nº5, 2005, Reading Materials, EUI Summer University, Florence July 2013 y TZANOU, M., "The EU as an emerging 'Surveillance Society': The function creep case study and challenges to privacy and data protection", www.icl-journal.com, Vol 4 3/2010, págs. 407-427.

¹²²⁷ A título de ejemplo, la opinión manifestada por VILA COSTA, B., "El Tratado de Lisboa y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: reflexiones sobre el método y el Programa", en PI LLORENS, M. y ZAPATER DUQUE, E., *¿Hacia una Europa de las personas...*, op. cit. págs. 16 y 17, para quien "En esta breve mirada horizontal a la esencia del contenido del Programa de Estocolmo muchas miradas críticas se concentran en algo: bajo un esfuerzo político en continuar la parte buena de la tarea ya cumplida tras Tampere y La Haya, y en particular en colocar, como hemos dicho, al ciudadano como sujeto de derechos, parecen esconderse grandes limitaciones políticas impuestas por los Estados miembros a la ambición y pomposidad de sus términos. En particular, y por señalar las debilidades más obvias, no se extiende debidamente el reconocimiento mutuo a ámbitos en que sería deseable, por ejemplo, el asilo; no se considera el papel fundamental que cumplen los niveles de administración local o regional en materia migratoria, en particular en la gestión concreta de la inmigración y en las políticas de integración de los inmigrantes, y sobre todo, la mirada dominante del conunto del Programa va dirigida a la consolidación de los mecanismos de seguridad interior –y a su vertiente externa- y a la contundencia de la acción, muy lejana a la óptica de los derechos humanos y a la coherencia de los postulados que exhibe el propio Programa en materia de devolución de inmigrantes ilegales y del trato en general que se les deberá dispensar, nada garantista y propicio a uan consideración puramente instrumental en el marco de la ejecución de una política migratoria eurocentrada" aunque pueda resultar sorprendente que la autora parece considerar que la extensión del principio de reconocimiento mutuo al ámbito del asilo pueda tener un efecto garantista.

habiendo accedido al territorio europeo de modo legal para incumplir posteriormente las condiciones de residencia. Así mismo sería posible completar las acciones normativas con lagunas legales detectadas por la doctrina¹²²⁸, como el hecho de que en materia de lucha contra la inmigración ilegal no se haya contemplado la necesidad de identificar respuestas políticas para aquellos inmigrantes para los que, tras un período de tiempo considerable, el retorno no ha sido posible en la práctica.

5.6.2.- Otra perspectiva de Europa inmersa en un mundo globalizado: la dimensión exterior del ELSJ.

A medida que el ELSJ ha ido adquiriendo un mayor grado de desarrollo se percibe un refuerzo de la conexión entre su dimensión interior y exterior. No es por ello casual que la introducción de esta dimensión internacional se produjera cronológicamente en el Programa de La Haya, a través del diseño de una Estrategia de Seguridad Exterior.

La evolución de la dimensión exterior del ELSJ se produce *ad intra*, pero también *ad extra*. En el primer caso, mediante la configuración de instrumentos orgánicos¹²²⁹, relaciones interinstitucionales¹²³⁰ y nuevos fundamentos jurídicos para la actuación de la Unión frente a terceros¹²³¹. La expansión *ad extra* de la dimensión exterior del ELSJ se produce a través de los Acuerdos Celebrados con terceros Estados y organizaciones internacionales¹²³², sin olvidar que esta dimensión *ad extra* del ELSJ, en razón principal de las materias sobre las que recae¹²³³ se vincula en numerosas ocasiones a otras políticas exteriores. Como ejemplo significativo, la política de cooperación al desarrollo en aras a la disminución de la oferta de drogas.

¹²²⁸ Así lo manifiesta PI LLORENS, M. "El Programa de Estocolmo: el difícil camino hacia la Constitución de una plática transversal de derechos humanos en la Unión Europea", en PI LLORENS, M. y ZAPATER DUQUE, E. (Coords), *¿Hacia una Europa de las personas...*, págs.129-150.

¹²²⁹ Señaladamente la figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y el Servicio Europeo de Asuntos Exteriores.

¹²³⁰ Como ha ocurrido con la diferente intervención de las instituciones comunitarias entorno a los acuerdos PNR.

¹²³¹ Fundamentalmente, la atribución de personalidad jurídica a la Unión Europea y el procedimiento en orden a la celebración de acuerdos internacionales previstos en el Tratado de Lisboa. *In extenso*, MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. "Los acuerdos internacionales...", op. cit.

¹²³² Esencialmente Naciones Unidas y el Consejo de Europa.

¹²³³ Principalmente terrorismo y tráfico de drogas.

Como objeto del presente epígrafe, entramos a continuación a examinar el contenido del Programa de Estocolmo referido al aspecto *ad intra* del refuerzo de la dimensión exterior y la perspectiva *ad extra* de los acuerdos con terceros Estados y organizaciones internacionales a través de las prioridades geográficas.

5.6.2.1.- Refuerzo de la dimensión exterior.

La Unión tiene una política de relaciones exteriores única en este ámbito. La Unión y los Estados Miembros deben trabajar en asociación con terceros países, haciendo pleno uso de todos los tipos de instrumentos de que disponga. En un balance de la dimensión exterior del ELSJ desde la formulación de la Estrategia en el ámbito del Programa de la Haya, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES pone de relieve la esencial función de legitimación de esta política europea llevada a cabo por el Parlamento Europeo y, especialmente a través de su Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) en relación a los denominados “vuelos de la CIA” y del propio Parlamento a través del recurso de anulación de la Decisión del Consejo relativa a la celebración del acuerdo entre la CE y los EEUU sobre tratamiento y transferencia de datos de pasajeros por compañías aéreas a EEUU¹²³⁴.

Sobre este aspecto de la legitimidad de la política exterior de la UE inciden otros autores¹²³⁵ señalando que la política exterior europea en su conjunto, ha experimentado un constante proceso de reforma a medida que su alcance se ha ido ampliando funcional y geográficamente. El doble lema entre políticas eficaces y mayor control democrático ha sido también central en su desarrollo, aunque de manera asimétrica a favor del primero. Así, la preocupación de los principales actores de la política exterior europea y sus reformadores ha sido aumentar la eficacia de la misma, sobre todo intentando remediar sus clásicas

¹²³⁴ Señala el autor, que en efecto, en el marco de la dimensión externa del ELSJ, el PE ha hecho un inteligente y medido uso de las posibilidades de control político que le brindan los tratados constitutivos y ha llevado a cabo una tenaz labor de control político a propósito de algunos de los aspectos más delicados de la misma, en especial en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales dentro de un espacio que, pese a su nombre, se ha escorado en exceso del lado de la seguridad.

¹²³⁵ BARBÉ, E. y HERRANZ, A. “Qué legitimidad para la política exterior europea?, [Consulta: 19.2.2012], [www.iuee.eu/pdf-publicacio/1/Eb2U8FvpC9U5iPpjM3TN.PDF], quienes aluden, igualmente, al denunciado déficit democrático en la dimensión exterior del ELSJ, concluyendo que si bien la necesidad de mayor control democrático en la política exterior ha sido defendida con ahínco por el Parlamento Europeo así como por algunos segmentos del entorno epistémico, cabe reflexionar sobre hasta qué punto esta implicación parlamentaria puede ser capaz de proporcionar mayor legitimidad si previamente no existe una identificación de los ciudadanos con la política exterior que se hace en nombre de la Unión.

limitaciones de falta de continuidad, visibilidad, coherencia, credibilidad o flexibilidad. Mientras que la dimensión del control democrático ha quedado siempre en un más que discreto segundo plano, entre discusiones sobre qué institución debería controlar las diferentes actividades exteriores de la Unión y hasta qué punto es necesario y conveniente este control público.

En materia de relaciones exteriores, el control parlamentario nacional no ha de sustituir la actuación de las instituciones comunitarias por dos motivos. El primero de ellos es la “transpilarización” que se produce en las competencias del Consejo y de la Comisión, que exige una superior coordinación entre ambos¹²³⁶. El segundo, hace referencia a un proceso de “bruselización” de la política exterior: mientras que las competencias permanecen en última instancia en los Estados miembros, la formulación e implementación de la política está cada vez más europeizada y bruselizada por funcionarios y servicios situados permanentemente en Bruselas¹²³⁷.

En lo que concierne a la relación con las organizaciones internacionales, las Naciones Unidas siguen siendo la organización internacional más importante para la Unión. El Tratado de Lisboa crea la base para una participación más coherente y más eficaz de la UE en los trabajos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales¹²³⁸. En opinión de DE BURCA, en los asuntos *Kadi y Al-Barakaat*, la Corte ha sostenido sólidos razonamientos dualistas, enfatizando de una manera reiterada y de diferentes modos la separación y la autonomía del Derecho Europeo, y específicamente del TCE respecto de cualquier otra norma de derecho internacional así como la primacía del TCE. Sin referirse específicamente a la Carta de Naciones Unidas, la Corte ha declarado que un acuerdo internacional no puede afectar a la delimitación o diseño de poderes establecido por los Tratados, así como a la autonomía del sistema legal comunitario. En este sentido, afirma el Tribunal, las obligaciones

¹²³⁶ Citan, a título ejemplificativo el Pacto de Estabilización y Asociación para Europa del Sudeste, la misma Política Europea de Vecindad, o el caso de las misiones PESD de carácter civil-militar. BARBÉ, E. y HERRANZ, A., *Ibidem*.

¹²³⁷ Se expone como ejemplo de ello el Comité Político y de Seguridad (CPS) introducido por el Tratado de Niza, compuesto por embajadores de los Estados miembros, que queda supeditado al Consejo, pero sus miembros llevan a cabo sus tareas en estrecha coordinación con las otras instituciones de la UE basadas en Bruselas, como la Comisión o el Alto Representante. BARBÉ, E. y HERRANZ, A., *Ibidem*.

¹²³⁸ El Presidente de la Comisión Europea, José Manuel Barroso delineó una visión de la política exterior de la UE en los siguientes términos: “We certainly welcome pluralism in international relations but let us not forget that multipolar systems are based on rivalry and competition...In international relations, partnerships and a multilateral approach can achieve so much more...We need a renewed politics of global engagement, particularly with international institutions...because that is the only way we can consolidate and strengthen a stable, multilateral World, governed by internationally-agreed rules.” (Speech at Harvard Law School, 24 September 2008), DE BURCA, G., “The European Court of Justice...”, *op. cit.* p. 2.

impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener un efecto prejudicial sobre los principios constitucionales del TCE. Este Tratado es un sistema legal autónomo e interno que no puede resultar prejuzgado, limitado o condicionado por un acuerdo internacional. Ello no obstante, la Corte también ha enfatizado la particular importancia que para la Comunidad Europea tienen las resoluciones adoptadas por Naciones Unidas, de manera que las razones y objetivos de dichas resoluciones han de ser tenidas en cuenta en las medidas comunitarias adoptadas en su ejecución. En cualquier caso, el argumento central del razonamiento de la Corte, es que, tanto la Carta de Naciones Unidas, como las Resoluciones del Consejo de Seguridad, de igual manera que cualquier otra norma de derecho internacional, existen en un plano separado y no pueden poner en tela de juicio o afectar a la naturaleza, el significado o la primacía de los principios fundamentales del Derecho Comunitario¹²³⁹.

Como señala POSCH¹²⁴⁰, la Sentencia *Kadi* nos dejó varias cuestiones abiertas que giran entorno a sus efectos en la estructura del orden legal internacional. De hecho, el TJUE no estableció una nueva estructura jerárquica en el juego de relaciones entre el derecho internacional y comunitario, sino que enfatizó la primacía de las obligaciones surgidas de la Carta de las Naciones Unidas. Además, puso de relieve que la jurisdicción comunitaria se extiende únicamente a los actos de derecho comunitario y nunca a los actos del Consejo de Naciones Unidas dictados al amparo del Capítulo VII de la Carta, incluso en el supuesto de que se trate del examen de la compatibilidad de una de sus Resoluciones con disposiciones de *ius cogens*. Pero al mismo tiempo, la Corte determinó que su jurisdicción se extiende a la totalidad de los actos comunitarios, incluso cuando están específicamente destinados a dar efecto a las Resoluciones adoptadas por el Consejo de Naciones Unidas.

A la vista de estos planteamientos, concluye POSCH¹²⁴¹ que este criterio de recíprocas concesiones sólo puede funcionar si existe un camino para implementar las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de conformidad con los derechos fundamentales de la Unión Europea. En el supuesto de que la única forma de ejecutar, implementar o llevar a efecto una resolución de dicha organización se opusiera a los derechos fundamentales, si existiera un conflicto real entre las obligaciones que derivan de la Carta de Naciones Unidas, por un lado; y los derechos fundamentales de la Unión como “principios que forman parte de la estructura fundamental del orden legal comunitario” de otro, el derecho comunitario

¹²³⁹ DE BURCA, G., “The European Court of Justice...”, op. cit. p. 28.

¹²⁴⁰ POSCH, A., *The Kadi Case: rethinking the relationship between EU law and International law?* 15 Columbia Journal of European Law, F.1 (2009), [Consulta: 10.10.2012], [www.cjel.net/online/15_2-posch/].

¹²⁴¹ Ibidem.

habría de prevalecer. La aceptación por el Tribunal Europeo de la primacía de la Carta y de la integridad de las Resoluciones del Consejo tiene como límite la ausencia de un poder discrecional para implementar estas resoluciones de una manera libre, en lo que a derechos fundamentales se refiere. Esta ausencia de discrecionalidad implica una obligación de dar prevalencia a los derechos fundamentales, incluso cuando ello pueda suponer brecha en las obligaciones derivadas de la Carta. Desde este planteamiento, la relación y el trabajo con el Consejo de Europa es de particular importancia. Esta organización constituye el centro neurálgico de los valores europeos de democracia, derechos humanos y Estado de Derecho. La UE debe seguir colaborando con el Consejo de Europa, basándose en el Memorando de entendimiento firmado en 2006 y apoyando sus importantes convenios, como el convenio sobre la trata y el convenio para la protección de los niños.

5.6.2.2.- *Acuerdos con terceros países*

La nueva base prevista en el Tratado para la celebración de acuerdos internacionales garantizará que la Unión pueda negociar con mayor eficacia con socios importantes, haciendo necesaria la complementariedad entre la acción de la UE y de los Estados Miembros¹²⁴².

El Consejo Europeo recomienda que se estudie la posibilidad de recurrir con mayor frecuencia a dichos acuerdos, en particular en lo que se refiere a la cooperación judicial, sin dejar de tener en cuenta los mecanismos multilaterales. No obstante, los Estados Miembros conservarán la opción de celebrar acuerdos bilaterales que se ajusten a la normativa de la Unión, ya que se ha creado un marco jurídico para determinados acuerdos bilaterales¹²⁴³.

¹²⁴² Sobre los peligros de fragmentación de la dimensión exterior del ELSJ que persisten tras el Tratado de Lisboa, cfr. SANTOS VARA, J., "The External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice", *European Journal of Law Reform*, Vol. X, nº4, págs. 577-597, [Consulta: 16.5.2013], [<http://www.unc.edu/euce/eusa2009/papers.php?short=author>].

¹²⁴³ En el caso español, pueden mencionarse siguientes acuerdos bilaterales publicados en el año 2011: 1) Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y la República de Croacia en materia de lucha contra la delincuencia y asuntos de seguridad, hecho en Madrid el 24 de octubre de 2011 (BOE de 9.11.2011); 2) Convenio entre el Reino de España y el Reino Hachemita de Jordania sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Amman el 15 de marzo de 2011 (BOE 24.10.2011); 3) Convenio entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Madrid el 25 de junio de 2007 (BOE) 15.9.2011); 4) Canje de notas constitutivo de Acuerdo por el que se enmienda el Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República del Perú de 28 de junio de 1989, hecho en Madrid el 4 de agosto de 2008 y 9 de marzo de 2009 (BOE 12.8.2011); 5) Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y la República de Camerún sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Madrid el 26 de enero de 2011

En el momento de puesta en funcionamiento del Programa de Estocolmo, la UE había firmado los siguientes acuerdos sobre cooperación policial y judicial en materia penal¹²⁴⁴:

b) Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República Popular China sobre los precursores de drogas y las sustancias frecuentemente utilizados en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas¹²⁴⁵.

c) Acuerdo entre la UE y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos, generados en la UE, del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas a los Servicios de Aduanas de Australia¹²⁴⁶.

d) Acuerdo entre la UE y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos¹²⁴⁷.

e) Acuerdo entre la UE y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre seguridad en materia de información clasificada¹²⁴⁸.

f) Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Turquía sobre la participación de la República de Turquía en los trabajos del Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías¹²⁴⁹.

g) Acuerdo entre la UE y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos¹²⁵⁰.

(BOE 15.6.2011); 6) Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y la República de Serbia sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Madrid el 31 de enero de 2011 (BOE 13.4.2011); 7) Objeción de España a la reserva de la República de Yemen al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 (BOE 15.2.2011). Memoria año 2011 de la Unidad de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado. [Consulta: 16.5.2013], [www.fiscal.es/.../Satellite?...Cooperacion+Internacional...].

¹²⁴⁴ A los que han de añadirse los Acuerdos de cooperación policial sobre asistencia administrativa en materia aduanera celebrados por la Comunidad Europea con Japón, China, India, Hong Kong, Canadá y la República de Corea. [Consulta: 16.5.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/police_custins_cooperation/index_es.htm] y los acuerdos de readmisión con Macao y Hong Kong, Pakistán, Países de la Europa Oriental, Rusia, Balcanes Occidentales y Sri Lanka, Georgia.

¹²⁴⁵ DO L 56 de 28.2.2009.

¹²⁴⁶ DO L 213 de 8.8.2008.

¹²⁴⁷ Acuerdo PNR 2007, DO L 204 de 4.8.2007.

¹²⁴⁸ DO L 115 de 3.5.2007.

¹²⁴⁹ DO L 323 de 8.12.2007.

¹²⁵⁰ DO L 298 de 27.10.2006.

h) Acuerdo entre la UE y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la UE e Islandia y Noruega¹²⁵¹.

i) Acuerdo entre la Antigua República Yugoslava de Macedonia y la UE sobre procedimientos de seguridad para el intercambio de información clasificada¹²⁵².

j) Acuerdo entre la UE y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal, entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, y del Protocolo al mismo, de 2001¹²⁵³.

k) Acuerdo de Asistencia Judicial entre la UE y los Estados Unidos de América¹²⁵⁴.

l) Acuerdo de Extradición entre la UE y los Estados Unidos de América¹²⁵⁵.

ll) Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Turquía relativo a los precursores y las sustancias químicas utilizados frecuentemente para la fabricación ilícita de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas¹²⁵⁶.

m) Acuerdo celebrado por el Consejo de la UE y la república de Islandia y el Reino de Noruega para la determinación de los derechos y obligaciones entre Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por un lado, y la República de Islandia y el Reino de Noruega, por otro, en los ámbitos del acervo de Schengen que se apliquen a estos Estados¹²⁵⁷.

n) Acuerdo en forma de Canje de notas entre el Consejo de la UE y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre los comités que asisten a la Comisión Europea en el ejercicio de sus competencias de ejecución¹²⁵⁸.

ñ) Acuerdo celebrado por el Consejo de la UE con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen¹²⁵⁹.

o) Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República del Perú relativo a los precursores y sustancias químicas utilizados con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas¹²⁶⁰.

¹²⁵¹ DO L 292 de 21.10.2006.

¹²⁵² DO L 94 de 13.4.2005.

¹²⁵³ DO L 26 de 29.1.2004.

¹²⁵⁴ DO L 181 de 19.7.2003.

¹²⁵⁵ DO L 181 de 19.7.2003.

¹²⁵⁶ DO L 64 de 7.3.2003.

¹²⁵⁷ DO L 15 de 10.1.2000.

¹²⁵⁸ DO L 176 de 10.7.1999.

¹²⁵⁹ DO L 176 de 10.7.1999.

¹²⁶⁰ DO L 324 de 30.12.1995.

Durante la vigencia del Programa de Estocolmo¹²⁶¹, se han publicado los siguientes acuerdos celebrados por la UE sobre las citadas materias:

- a) Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre readmisión de residentes ilegales y facilitación de expedición de visados¹²⁶².
- b) Decisión del Consejo, de 7 de octubre de 2013, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la readmisión de personas en situación irregular¹²⁶³.
- c) Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes ordinarios¹²⁶⁴ y de pasaportes diplomáticos, de servicio u oficiales¹²⁶⁵.
- d) Decisión del Consejo de 26 de junio de 2012 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales¹²⁶⁶.
- e) Decisión del Consejo, de 7 de junio de 2012, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, y del Protocolo al mismo, de 2001¹²⁶⁷.
- f) Declaración común de las Partes contratantes sobre la asociación específica a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen y Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de

¹²⁶¹ Legislación vigente con fecha de referencia 1.12.2013, [Consulta: 31.1.2014],[<http://eur-lex-europa.eu/es/legis/20131201/chap1950.htm>].

¹²⁶² DO L 289 de 31.10.2013.

¹²⁶³ DO L 282 de 24.10.2013, y también en relación a la República de Cabo Verde, Decisión del Consejo, de 7 de octubre de 2013, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea la República de Cabo Verde sobre la facilitación de la expedición de visados para estancias de corta duración a los ciudadanos de la República de Cabo Verde y de la Unión Europea (DO L 282 de 24.10.2013), Decisión del Consejo, de 4 de febrero de 2013, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la readmisión de personas en situación irregular y Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2012, relativa a la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la facilitación de la expedición de visados para estancias de corta duración a los ciudadanos de la República de Cabo Verde sobre la facilitación de la expedición de visados para estancias de corta duración a los ciudadanos de la República de Cabo Verde y de la Unión Europea.

¹²⁶⁴ DO L 255 de 21.9.2012.

¹²⁶⁵ DO L 66 de 12.3.2011.

¹²⁶⁶ DO L 244 de 8.9.2012.

¹²⁶⁷ DO L 153 de 14.6.2012.

Noruega y la Confederación Suiza, sobre la participación de estos Estados en los trabajos de los Comités que asisten a la Comisión Europea en el ejercicio de sus poderes ejecutivos por lo que se refiere a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen¹²⁶⁸.

- g) Protocolo entre la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable del examen de una solicitud de asilo presentada por un Estado miembro o en Suiza¹²⁶⁹.
- h) Acuerdo entre la UE y Japón sobre cooperación en materia penal¹²⁷⁰.
- i) Acuerdo entre la UE y la República de Mauricio sobre las condiciones de entrega, por la fuerza naval dirigida por la UE a la República de Mauricio, de sospechosos de piratería y de los bienes incautados relacionados, y sobre las condiciones de trato de tales sospechosos después de su entrega¹²⁷¹.
- j) Decisión 2011/118/UE del Consejo, de 18 de enero de 2011, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal¹²⁷².
- k) Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal y facilitación de visados¹²⁷³.
- l) Decisión 2010/649/UE del Consejo, de 7 de octubre de 2010, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Pakistán sobre la readmisión de personas que residan sin autorización.
- m) Acuerdo entre la Comunidad Europea, por una parte, y la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein, por otra, sobre las modalidades de participación de estos Estados en la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea¹²⁷⁴.
- n) Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Islandia, el Reino de Noruega, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre normas

¹²⁶⁸ DO L 103 de 13.4.2012.

¹²⁶⁹ DO L 160 de 18.6.2011.

¹²⁷⁰ DO L 39 de 12.2.2010.

¹²⁷¹ DO L 254 de 30.9.2011.

¹²⁷² DO L 52 de 25.2.2011.

¹²⁷³ DO L 52 de 25.2.2011.

¹²⁷⁴ DO L 243 de 16.9.2010.

suplementarias en relación con el fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007-2013.

o) Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica¹²⁷⁵.

Una observación atenta de los anteriores acuerdos puede permitir corroborar o discrepar de algunas de las conclusiones formuladas por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES¹²⁷⁶ acerca de la dimensión exterior del ELSJ, las cuales pueden resumirse en las siguientes: 1) los acuerdos de readmisión son el ámbito más visible de la acción exterior del ELSJ¹²⁷⁷; 2) tras la comunitarización del ELSJ existe una continuidad en la acción exterior del ELSJ; 3) puede apreciarse una desproporción en la dialéctica seguridad *versus* libertad a favor de la primera; 4) la preocupación por el control de la inmigración irregular ensombrece la aspiración de adoptar un enfoque global al dejar a la sombra la cooperación al desarrollo y la migración legal; 5) la insostenible posición de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca fragmentan un “espacio a la carta”. Nosotros compartimos estas conclusiones matizando que la dialéctica libertad vs seguridad presenta un matiz ficticio en todos los casos en que la seguridad es presupuesto de libertad en el ejercicio de un derecho. En segundo lugar, los aspectos más humanitarios en relación al fenómeno migratorio se encuentran en los reseñados esfuerzos por elaborar un SECA, en relación al asilo y estatuto de refugiado. Este empeño no se ha ensombrecido en la acción posterior al Tratado de Lisboa, durante el Programa de Estocolmo.

5.6.2.3.- Prioridades geográficas de la dimensión exterior.

La acción frente a terceros de la UE en el ámbito de las relaciones exteriores debe focalizarse en algunos países socios, en particular:

- 1.-Países candidatos y países con una perspectiva de adhesión. El principal objetivo sería asistirles en la transposición del acervo de la UE¹²⁷⁸.
- 2.-Países de la vecindad europea.

¹²⁷⁵ DO L 346 DE 15.12.2012.

¹²⁷⁶ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La dimensión exterior...”.

¹²⁷⁷ Han dado lugar a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Evaluación de acuerdos de readmisión de la UE, COM (2011) 76 final, Bruselas, 23.2.2011.

¹²⁷⁸ Son países candidatos Montenegro, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Serbia, Islandia y Turquía. Entre ellos, las negociaciones de los dos últimos países se encuentran en estado de avanzada negociación. Finalmente, figuran como candidatos potenciales, Albania, Bosnia-Herzegovian y Kosovo. [Consulta: 20.2.2013], [http://ec.europa.eu/enlargement/countries/check-current-status/index_fr.htm].

- 3.- Estados del Espacio Económico Europeo y los pertenecientes al espacio Schengen.
- 4.- Estados Unidos de América y la Federación de Rusia.
- 5.- Países centroamericanos en el marco del reciente Acuerdo de Asociación.
- 6.- Otros países y regiones prioritarios, en términos de su contribución a las prioridades estratégicas o geográficas de la UE.
- 7.- Organizaciones internacionales como las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, con las que la Unión tiene que seguir trabajando, y dentro de las cuales debería coordinar su posición.

El Proceso de estabilización y asociación (PEA) constituye el marco político de la UE para los países de los Balcanes Occidentales hasta su adhesión. Todos los países de los Balcanes occidentales tienen la perspectiva de llegar a pertenecer en el futuro a la UE, en lo que constituye un objetivo aprobado por el Consejo Europeo de Feira de junio de 2000, y confirmado por el Consejo Europeo de Salónica en junio de 2003¹²⁷⁹. Los acuerdos de estabilización y asociación están entrando progresivamente en vigor. En la política de visados, se han celebrado acuerdos de facilitación de la expedición de visados y acuerdos de readmisión en el marco de un diálogo global¹²⁸⁰. Los ciudadanos de los países de los Balcanes Occidentales excepto Croacia están sometidos a un régimen de visados para su entrada en el territorio de la UE. La lucha contra el crimen organizado y la gestión de fronteras son algunas de las prioridades, en particular, a través del refuerzo de las capacidades para la cooperación transfronteriza de la policía de las aduanas o la profundización de la cooperación entre los Ministerios fiscales regionales en materia de delincuencia organizada y corrupción¹²⁸¹.

En relación a Turquía, se fija el objetivo de intensificar la cooperación para hacer frente al desafío común de gestionar los flujos de migración y de hacer frente a la migración ilegal, teniendo en cuenta que Turquía linda con las fronteras exteriores de la UE, su proceso de

1279

[Consulta: 28.3.2012],

[http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accesion_process/how_does_a_country_join_the_eu/sap/index_es.htm].

¹²⁸⁰ En enero de 2006, la Comisión Europea ya había adoptado la Comunicación “Los Balcanes Occidentales en la vía hacia la UE: consolidación de la estabilidad y aumento de la prosperidad”. [COM (2006) 27 final].

1281

[Consulta: 28.3.2012],

[http://europa.eu/legislation_summaries/enlargement/western_balkans/r12650_es.htm].

negociación¹²⁸², y la actual ayuda financiera de la UE en las áreas pertinentes, incluido el control de fronteras. La celebración de las negociaciones sobre el acuerdo de readmisión con Turquía constituye una prioridad. Hasta entonces, deberán aplicarse de forma adecuada los acuerdos bilaterales vigentes. A estos efectos, han de tenerse en cuenta las conclusiones contenidas en el Informe de la Comisión¹²⁸³ que señala como avances inducidos por el proceso de adhesión la aprobación de las enmiendas constitucionales sobre la composición del Consejo superior de Jueces y Fiscales, y la limitación de las competencias de los tribunales militares afirmando que no se ha avanzado en lo tocante a la cooperación judicial en materia penal.

A través de la Política Europea de Vecindad¹²⁸⁴, la UE habrá de actuar de manera coordinada, contribuyendo a reforzar la capacidad de las instituciones en lo que se refiere a unas autoridades judiciales y políticas independientes e imparciales, a la lucha contra la corrupción y facilitación de la movilidad de los ciudadanos en los países socios. En el proceso de revisión de la PEV llevado a cabo tras la elaboración del Programa de Estocolmo, la Comisión de libertades civiles, Justicia y Asuntos de Interior se refiere fundamentalmente a las necesidades de reasentamiento surgidas como consecuencia de la primavera árabe¹²⁸⁵.

En relación a los países de la Asociación Oriental¹²⁸⁶ se mantiene la perspectiva de celebrar acuerdos de asociación para propiciar la movilidad de los ciudadanos y, como perspectiva a largo plazo, la liberalización de la expedición de visados en un entorno seguro, teniendo en cuenta la Declaración conjunta de la Cumbre de la Asociación Oriental celebrada en Praga¹²⁸⁷. Estas mismas expectativas se incluían en la Declaración conjunta de la Cumbre

¹²⁸² Acerca de este proceso, [Consulta: 28.3.2012], [www.eur-lex.europa.eu > EUR-Lex Inicio > Documentación temática].

¹²⁸³ [COM (2010) 660 – SEC (2010) 1327].

¹²⁸⁴ LA PEV se aplica a dieciséis países: Marruecos, Argelia, Túnez, Libia, Siria, Líbano, Jordania, Georgia, Armenia, Azerbaijón, Moldavia, Ucrania y Bielorrusia. Sin embargo, respecto a tres de ellos, Libia, Siria y Belarús no se producirá avance alguno hasta que estos Estados den los pasos que la UE les solicita (proceso de democratización en el caso de Belarús, adopción del acervo del Proceso de Barcelona en el caso libio y ratificación del Acuerdo de Asociación en el caso sirio). Extraído de SOLER i LECHA, E. “Las perspectivas de la Política Europea de Vecindad para el Mediterráneo”, [Consulta: 28.3.2012], [www.iuee.eu/pdf-publicacion/1/pVMGTghanljtGdNGarhb.PDF].

¹²⁸⁵ Sobre el proceso de revisión de la PEV, vid. el informe del Parlamento Europeo de 24 de noviembre de 2011, [Consulta: 28.3.2012], [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION...].

¹²⁸⁶ Integrada por Armenia, Azerbaijón, Bielorrusia, Georgia, Moldavia y Ucrania.

¹²⁸⁷ La Asociación Oriental se puso en marcha en 2009 en la Cumbre de Praga plasmando la voluntad de la UE y de sus socios de Europa Oriental de contribuir a promover las reformas económicas y políticas y

celebrada en Varsovia los días 29 y 30 de septiembre de 2011¹²⁸⁸. Tal como se acordó en esta Cumbre, la Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “La Asociación Oriental: plan de trabajo para la Cumbre de otoño¹²⁸⁹, presenta un plan de trabajo con vistas a la próxima cumbre, prevista para el otoño de 2013 que abarca tanto la dimensión bilateral como la multilateral de la Asociación Oriental, y se inspira, en los términos de la Comunicación, en los principios de responsabilidad conjunta, diferenciación y condicionalidad.

A través de “La sinergia del Mar Negro, una nueva iniciativa de cooperación regional”¹²⁹⁰ se pretende fomentar la estabilidad y seguridad de la región. Las actividades deberían centrarse en particular en la gestión de fronteras, la gestión de la migración, la cooperación aduanera y el Estado de Derecho, así como la lucha contra la delincuencia transfronteriza. La Resolución del Parlamento Europeo de 20 de enero de 2011¹²⁹¹, sobre una estrategia de la UE para la región del Mar Negro, pide a la Comisión y al SEAE que elabore una estrategia para la región del Mar Negro de forma paralela con la revisión de la Política Europea de Vecindad. La propuesta es definir un enfoque integrado y global de la UE para abordar los desafíos y oportunidades de la región, dotado de un plan de acción detallado, objetivos claros, iniciativas emblemáticas y valores de referencia e insta a que dentro de dicha Estrategia se aborden las cuestiones de la delincuencia y el tráfico transfronterizos – en particular el narcotráfico y la trata de seres humanos-, así como de la inmigración ilegal, al tiempo que pide que se siga reforzando la cooperación en la gestión de las fronteras y la circulación de las personas. Destaca la necesidad de gestionar mejor los flujos migratorios en y desde la región del Mar Negro, reforzando la integración política, económica y social de los inmigrantes con arreglo a los principios del enfoque general de la migración en la UE.

En el ámbito de la Unión por el Mediterráneo, será necesario impulsar los Trabajos comenzados en el contexto del proceso de Barcelona y de la Asociación Euromediterránea, en particular las migraciones marítimas, la vigilancia de fronteras, la prevención y lucha contra el

ayudar a los países de la región a aproximarse a la UE (Declaración Conjunta de la Cumbre de la Asociación Oriental celebrada en Praga el 7 de mayo de 2009).

¹²⁸⁸ [Consulta: 11.6.2013], [<http://www.european-council.europa.eu/home-page/highlights/eastern-partnership-good-progress.aspx?lang=es>].

¹²⁸⁹ JOIN/2012/013 final, [Consulta: 16.5.2013], [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=JOIN:2012:0013...].

¹²⁹⁰ COM (2007) 0160.

¹²⁹¹ [Consulta: 28.3.2012], [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//...].

tráfico de drogas, la protección civil y la cooperación policial y judicial¹²⁹². Las expectativas que pueda generar esta iniciativa de cooperación regional en el ámbito de la cooperación judicial y policial han de ponerse en relación con el hecho de que obedece al impulso principal de uno de los Estados miembros (Francia) y no se trata de un instrumento específico de cooperación judicial. Las aportaciones pueden proceder de la inclusión de cláusulas de cooperación en los futuros acuerdos de asociación y la gestión conjunta de crisis por países limítrofes¹²⁹³.

En la relación con Estados Unidos y en consonancia con lo que se estableció en la “Declaración de Washington” adoptada por la troika ministerial en octubre de 2009, el diálogo debería continuar, afianzarse y centrarse en la cooperación en materia de lucha contra el terrorismo y delincuencia transnacional, seguridad de las fronteras, política de visados, migración y cooperación judicial. Se propone la celebración de un acuerdo sobre protección de los datos personales intercambiados con fines policiales, y establecer cuanto antes el viaje sin visado entre los EEUU y la UE. Deberían establecerse procedimientos conjuntos para la aplicación de los acuerdos sobre cooperación judicial. Ha de tenerse en cuenta que la nueva doctrina americana de las guerras preventivas erosiona claramente el papel de las instituciones internacionales:

“Hay un abismo entre la manera como Europa y América contemplan el multilateralismo; la inclinación europea de apoyar la instituciones multilaterales como Naciones Unidas se basa en el reconocimiento de que ninguna potencia debe pretender actuaciones en solitario en asuntos de gran importancia; siempre se

¹²⁹² HUICI SANCHO, L. “La Unión por el Mediterráneo, ¿a la espera de otro milagro de la primavera?”, [Consulta: 28.3.2012], [www.idpbarcelona.blogspot.com/.../laura-huici-sancho-la-union-por-el.ht...], en el que la autora pone de relieve las dificultades de la Unión desde su creación, sin señalar entre sus objetivos prioritarios los correspondientes al ELSJ.

¹²⁹³ Estos son los que SOLER i LECHA enumera como puntos débiles y fuertes de la Unión por el Mediterráneo. SOLER i LECHA, E., “Proceso de Barcelona: Unión por el Mediterráneo. Génesis y evolución del proyecto de Unión por el Mediterráneo”, Documento de Trabajo 28/2008 del Observatorio de Política Exterior Española, junio de 2008. En el mismo sentido, BAYÓN manifiesta que la agenda de la Unión Europea para los próximos años será predominantemente económica pero tratando siempre de insertar esta dimensión en una visión global que incluye con aquellas otras de naturaleza política, cultural social y de seguridad que, en su conjunto, dan su pleno sentido al Partnariado Euro-Mediterráneo. BAYÓN, D., “La Unión por el Mediterráneo: al final, una etapa más en el proceso de Barcelona”, UNISCI,, Discussion Papers, Nº17 (Mayo 2008), [Consulta: 17.5.2013],[REVISTAS.UCM.ES/INDEX.PHP/unis/article/download/.../27744]. Sobre estas cuestiones también se han pronunciado la Comisión Europea en su Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo de 20 de mayo de 2008 sobre “El Proceso de Barcelona: Unión para el Mediterráneo”, [COM (2008) 319 final] y el Parlamento Europeo en su Resolución de 19 de febrero de 2009, sobre el Proceso de Barcelona: Unión para el Mediterráneo (2008/2231 (INI).

necesitará establecer amplias coaliciones y alcanzar el consenso en tales asuntos, la tentación de Estados Unidos por actuar en solitario es muy grande, pero lo que les conviene, en el fondo, es actuar en coaliciones, dentro de las que la UE ha de jugar un papel esencial, y por consenso”¹²⁹⁴.

En el campo de la Libertad, Seguridad y Justicia, la colaboración y el diálogo entre Rusia y la UE tiene una importancia creciente, que abarca la facilitación de visados y Acuerdo de Readmisión, el control de fronteras, la lucha contra el terrorismo, la criminalidad organizada y el narcotráfico y la cooperación judicial en materia penal. En junio de 2007 entró en vigor el acuerdo con la UE sobre Facilitación de visados¹²⁹⁵. A pesar de que la UE está cumpliendo plenamente sus compromisos en materia de facilitación de visados, Rusia ha establecido unas nuevas normas de registro de extranjeros que dificultan burocráticamente la presencia de ciudadanos UE en ese país. El acuerdo de readmisión de inmigrantes ilegales está en vigor pero debe ser complementado con la firma de Protocolos bilaterales de Aplicación entre Rusia y cada Estado miembro de la UE. Se ha establecido una estrecha colaboración entre Frontex y el Servicio de Guardia de Fronteras FSB ruso. La UE ha urgido a Rusia a que ratifique y aplique el Convenio del Consejo de Europa sobre Protección de Datos Personales de 1981, para posibilitar la firma de un acuerdo de colaboración entre Rusia y Europol, y un acuerdo con Eurojust que garantice niveles elevados de protección de datos y un acuerdo marco sobre intercambio de información, con la finalidad de facilitar la colaboración en asuntos como lavado de dinero, financiación de actividades terroristas, seguridad de los documentos, criminalidad informática, lucha contra la corrupción, inmigración ilegal y lucha contra el tráfico de drogas y de personas. En materia de cooperación judicial penal, la UE ha pedido a Rusia que adopte el acervo del Consejo de Europa en la materia. Asimismo, ha pedido la plena cooperación rusa en las investigaciones sobre el asesinato de Alexandr Litvinienko¹²⁹⁶.

¹²⁹⁴ BILDT, C. “Pre-emptive military action and the legitimacy of the use off orce”. Centre for European Policy Studies (CEPS). Bruselas (enero 2003). Citado por POU SERRADELL, “Relaciones Unión Europea-China”, *Revista Cidob d’Afers Internacionals*, núm. 63, págs. 101-139, [Consulta: 28.3.2012], [www.cidob.org/ca/content/download/3479/36782/file/63pou.pdf].

¹²⁹⁵ Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación de Rusia sobre la facilitación de la expedición de visados a los ciudadanos de la Unión Europea y de la Federación de Rusia, DO L 129 de 17.5.2007.

¹²⁹⁶ DE LA CÁMARA HERMOSO, M. “Las relaciones entre la Unión Europea y Rusia”, UNISCI Discussion Papers, Nº16 (Enero/January 2008),[Consulta: 8.3.2012], [www.ucm.es/.../UNISCI%20DP%2016%20-%20DE%20la%20Camar...].

En el punto 1.e) de la Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo, de 2 de abril de 2009, sobre el nuevo acuerdo entre la Unión Europea y Rusia¹²⁹⁷ se propone establecer un mecanismo de consulta, bajo la responsabilidad del Alto Representante, que permita a los Estados miembros consultarse entre sí con la suficiente antelación sobre todos los asuntos bilaterales con Rusia – ya se trate de un acuerdo o controversia- que podrían repercutir en otros Estados miembros o en el conjunto de la Unión Europea, con el fin de que éste adopte una posición lo más coherente posible para que los motivos de preocupación de cada Estado miembro se tengan plenamente en cuenta y se evite la posibilidad de que uno solo de los Estados miembros pueda bloquear negociaciones en una etapa ulterior.

La Estrategia conjunta¹²⁹⁸ y el Plan de Acción UE-África de 2007 definían el ámbito de aplicación de la cooperación en materias como la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transnacional y el tráfico de drogas. El diálogo sobre migración habría de centrarse en los países a lo largo de las rutas de migración irregular hacia Europa, incluyendo acuerdos de readmisión con Argelia, Marruecos, Egipto, y, en consonancia con las conclusiones del Consejo Europeo de octubre de 2009, con Libia. De acuerdo con estas previsiones, los días 29 y 30 de noviembre de 2010 se celebró en Trípoli la III Cumbre UE-África. En su seno se adoptó el Plan de Acción 2011-2013. Entre las iniciativas del Plan se encuentran la programación de actividades conjuntas en materia de fronteras y el refuerzo de la cooperación para la erradicación del tráfico ilícito de armas ligeras¹²⁹⁹.

Con China e India, la relación se centrará en la ampliación del diálogo en materia de lucha antiterrorista y cubrir otros ámbitos prioritarios como los derechos de propiedad intelectual, la migración y la cooperación judicial, reclamando que la pena capital sea un

¹²⁹⁷ [2008/2104(INI)].

¹²⁹⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 12 de octubre de 2005, “Estrategia de la UE para África: hacia un pacto euroafricano para acelerar el desarrollo en África”, [COM (2005) 489 final]. El objetivo de esta estrategia para África es proporcionar a la UE un marco exhaustivo, integrado y a largo plazo para sus relaciones con el continente africano en su intento de fomentar el desarrollo sostenible y cumplir los Objetivos de Desarrollo del Milenio. La estrategia fue aprobada al más alto nivel político en diciembre de 2005. MICHEL, L., “La nueva estrategia de la Unión Europea para África”, [Consulta: 17.5.2013], [www.iemed.org/anuaari/2006/earticles/eMichel.pdf].

¹²⁹⁹ LABORIE IGLESIAS, M.A., “La cumbre Unión Europea-África, Documento informativo del Instituto Español de Estudios Estratégicos, Diciembre 2010, [Consulta: 17.5.2013], [www.ieee.es/Galerias/fichero/.../DIEEEI25-2010CumbreUEAfrica.pdf].

aspecto sobre el que no se pueden hacer concesiones¹³⁰⁰. En concreto, el Parlamento Europeo¹³⁰¹ ha manifestado su temor de que el número de prisioneros que se ejecutan con arreglo a la legislación china relativa a la pena de muerte, así como su rápido enjuiciamiento y posterior ejecución, vayan en contra del espíritu del derecho humano a un juicio libre y justo, en la medida en que la celeridad empleada por las autoridades chinas puede hacer que se pasen por alto vicios de nulidad en los juicios y otros errores, dando lugar a la ejecución de personas inocentes; considera que la aplicación de la pena de muerte en un sistema judicial opaco, que carece de una transparencia total y en el que los derechos de los presos siguen sin ser objeto de un pleno desarrollo, es un grave error. Por ello, pide a las autoridades chinas que reconsideren su política sobre la pena capital. El Parlamento se manifiesta igualmente en el sentido de que espera que los Estados miembros otorguen al Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), y especialmente a su delegación en Pekín, un mandato claro para reforzar la asociación estratégica UE-China y se abstengan de poner en práctica iniciativas bilaterales de política exterior que puedan comprometer los esfuerzos realizados por el SEAE.

En el pensamiento del Programa de Estocolmo el diálogo con América Latina y Caribe sobre migración, tráfico de drogas, blanqueo de capitales y otros ámbitos de interés mutuo debe proseguir en el marco regional (UE-ALC) y en el marco del GAFI, así como con Centroamérica a través del nuevo instrumento de asociación. La séptima Cumbre UE-ALC reunió a los Jefes de Estado y de Gobierno de Europa, América Latina y el Caribe en Santiago de Chile los días 26 y 27 de enero de 2013. En esta Cumbre se procedió a la ampliación del plan de acción¹³⁰². Frente a esta actuación algunos señalan que las relaciones europeo-latinoamericanas siguen teniendo una impronta interregional, la cual es una fórmula cada vez menos válida. Ya no tiene mucho sentido tratar a América Latina como un conjunto, aprobando programas regionales que benefician a países tan dispares como Honduras y Brasil¹³⁰³. De hecho, en relación con Brasil, en el propio Programa se prevé que la asociación estratégica y el Plan de Acción conjunto deben aplicarse de manera más eficaz, estudiando

¹³⁰⁰ Cfr. GEERAERTS, G. and GROSS, E., *Perspectives for a European Security Strategy Towards Asia. Views from Asia, Europe and the US*, Brussels University Press, 2011.

¹³⁰¹ En su Informe de 20 de diciembre de 2012 sobre las relaciones UE-China (2012/2137), [Consulta: 17.5.2013], [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//...0...].

¹³⁰² [Consulta: 17.5.2013], [eeas.europa.eu > EUROPA > EEAS > LAC].

¹³⁰³ GRATIUS, S., "Europa y América Latina: la necesidad de un nuevo paradigma", *FRIDE a European Think Tank for Global Action*, Documento de Trabajo nº114, Febrero de 2013, [Consulta: 17.5.2013], [www.fride.org/.../europa-y-america-latina:-la-necesidad-de-un-nuevo-pa...].

medidas más específicas¹³⁰⁴. Ha de tenerse en cuenta que el país sigue luchando contra la corrupción, la criminalidad, un sistema educativo deficiente, y un calamitoso sistema de infraestructuras, que es una de las asignaturas pendientes ante la proximidad del Mundial de Fútbol en 2014 y los Juegos Olímpicos en 2016¹³⁰⁵.

Del mismo modo deberán continuar los trabajos con los países de Asia Central sobre las rutas de tráfico hacia Europa¹³⁰⁶. Respecto de Afganistán e Iraq, habría que centrarse en abordar de forma efectiva la situación de los refugiados mediante una propuesta de conjunto. Hay que dedicarse a abordar los flujos de migración ilegal, celebrando acuerdos de readmisión con ellos, así como con Bangladesh. En todos los países de Asia Central el poder judicial es oficialmente independiente del ejecutivo, pero en la realidad se encuentra subordinado a éste último. Los procesos son muy opacos. La pena de muerte ha sido abolida o se encuentra en moratoria en Kazajistán, Kirguistán y Tayikistán desde finales de los noventa, y desde 2008 en Uzbekistán. En general, la mayor parte de los acusados no pueden elegir a sus abogados, quienes, en muy escasas ocasiones pueden entrevistarse con sus clientes¹³⁰⁷.

Otro de los aspectos que requiere mayor atención en relación a los países de Asia Central se refiere al tráfico de drogas. En estos países el comercio de droga se ha infiltrado en su estructura social, empleando para ello segmentos de población que carecen de otras alternativas económicas. Han florecido mafias de las drogas que han dado lugar a la corrupción del funcionamiento del Estado y los movimientos Islamistas se han beneficiado de esta fuente de ingresos¹³⁰⁸.

¹³⁰⁴ A través de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 30 de mayo de 2007: "Hacia una Asociación Estratégica UE-Brasil" [COM (2007) 281 final] y el Documento de estrategia nacional 2007-2013 para Brasil [Consulta: 17.5.2013], [europa.eu > ... > Relaciones con terceros países > América latina], se definen los objetivos y los programas de acción de la cooperación con la Unión Europea.

¹³⁰⁵ RODRÍGUEZ IGLESIAS, A.I., "La Asociación Estratégica UE-Brasil. Retórica y Pragmatismo en las Relaciones Euro-Brasileñas", (VI), Documento de Trabajo. Serie Unión Europeo. Nº 36/2010, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Fundación Universitaria San Pablo Ceu, [Consulta: 16.5.2013],[www.ideo.ceu.es/Portals/0/.../La-Asociación-Estratégica-UE-Brasil-1.pdf].

¹³⁰⁶ Sobre un análisis cronológico de la actuación Europea en Asia Central, cfr. FERNÁNDEZ SOLA, N., "Asia Central y al Cáucaso Sur en la estrategia de la UE", Documento de Trabajo 21/2009 del Observatorio de Asia Central, Real Instituto Elcano, [Consulta: 17.5.2013], [www.asiacentral.es/.../DT_Fernandez_Sola_Asia_Central_Caucaso_Sur...].

¹³⁰⁷ EMERSON, M. et al., *Into Eurasia Monitoring the EU's Central Asia Strategy*, Centre for European Policy Studies & Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), Madrid: 2010, p. 29

¹³⁰⁸ Ibidem, p. 43.

En relación a estos aspectos problemáticos, el principal cometido de la UE será la ejecución de la Estrategia para el Asia Central¹³⁰⁹. En esta labor será esencial el papel desempeñado por el SEAE, habida cuenta que no todos los Estados miembros tienen una presencia diplomática plena en los países de Asia Central.

¹³⁰⁹ Documento de Estrategia Regional de ayuda a Asia Central durante el período 2007-2013 y programa indicativo 2007-2010, [Consulta: 17.5.2013], [europa.eu > Síntesis de la legislación de la UE > Relaciones exteriores].

**CAPÍTULO VI.-TRANSICIÓN E INNOVACIÓN.
PUESTA EN MARCHA DEL TRATADO DE LISBOA Y
DEL PROGRAMA DE ESTOCOLMO.**

6.1.- Funciones de la Presidencia Española del Consejo: transición e innovación.

La Presidencia de la UE se considera un instrumento de europeización, que comporta varias dinámicas, en vertical (*top-down*, adaptación del Estado a las normas, política y valores transmitidos por las instituciones europeas, y *bottom-up*, proyección a la agenda europea de las ideas y de los intereses del Estado) y en horizontal, como mecanismo de socialización de la administración nacional en las instancias europeas¹³¹⁰.

La Presidencia Española del Consejo se define en su propio Programa como “de transición”¹³¹¹ y ello a pesar de que en el mismo documento se reitera el lema “innovando Europa” como una de sus finalidades. Por ello, resulta preciso abordar en primer lugar las funciones que, con carácter general se vienen atribuyendo a la Presidencia del Consejo, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, cuáles son las circunstancias, institucionales, económicas, o de cualquier otro orden, que pudieran ejercer influencia en el desempeño de dicha actividad, si bien, específicamente referido al proceso de desarrollo del ELSJ.

Las funciones que tradicionalmente vienen asignándose a la presidencia rotatoria del Consejo resultan predicables a la que nos ocupa, si bien, como señalan SORROZA BLANCO y MOLINA¹³¹² aparecen modificadas de manera sustancial como consecuencia de los cambios operados en virtud del Tratado de Lisboa. En concreto, la creación de la figura del Presidente del Consejo con carácter estable, y del Alto Representante de Asuntos Exteriores.

Sintetizan los autores anteriormente mencionados las funciones que hasta ahora se han asignado a las presidencias rotatorias en:

a) *Organización*: tras Lisboa, el Consejo Europeo pasa a tener su propio Presidente estable, y una de las diez formaciones del Consejo –la de Relaciones Exteriores- queda bajo la dirección de la Alta Representante. De otro lado, han comenzado a organizarse los llamados Tríos o

¹³¹⁰ BARBÉ IZUEL, M.E., “Entre la crisis económica y el aprendizaje institucional: la presidencia española de la UE 2010, a la defensiva”, *Anuario internacional CIDOB*, Nº1, 2011, págs. 285-292.

¹³¹¹ Una transición entre el viejo y el nuevo modelo, impuesto por el Tratado de Lisboa, cuya entrada en vigor, como es sabido se produjo poco antes del inicio de la presidencia rotatoria de España. BARBÉ IZUEL, E., *Ibidem*, p. 14, documento también disponible en [www.iuee.eu/pdf-publicacion/194/UricpVMFSq0anTuor8YR.PDF],[Consulta:13.10.2012].En palabras del propio Programa, la transición en relación a la Presidencia Española, implica que le corresponde suplir algunas carencias provisionales de las nuevas Instituciones, con el objetivo de que estos déficits se cubran cuanto antes.

¹³¹² SORROZA BLANCO, A. y MOLINA, I., “La Presidencia Española de 2010 como primera experiencia post-Lisboa”, en SORROZA BLANCO, A. (Coord.). *Presidencia española 2010. Retos en una nueva Unión Europea*, Instituto de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo, Fundación Alternativas y Fundación Real Instituto Elcano (Eds.) 2010, [Consulta: 7.6.2013], [www.realinstitutoelcano.org/.../downloadredictkey.asp?...presidencia_a...] págs. 168-172.

equipos de tres Presidencias consecutivas que establecen un programa consensuado para un horizonte de dieciocho meses. Por estas dos vías se pretende dotar de continuidad y de una visión a medio plazo en los trabajos del Consejo, lo que comporta una mayor complejidad en la coordinación de la presidencia rotatoria.

b) *“Agenda setter”*: establecimiento del orden del día o planteamiento de prioridades. Esta función, viene, de hecho, limitada por el sistema de programación estratégica plurianual que ya establece una serie de reuniones y cumbres en el calendario europeo.

c) *Intermediación*: que se traduce en una actividad de mediación, conciliación y negociación para alcanzar el consenso. En virtud de Lisboa, y a nivel de Jefes de Estado, ha sido asumida por el Presidente del Consejo. Permanece en manos de la presidencia rotatoria a nivel ministerial. La función de intermediación depende de dos factores fundamentales: por un lado, de que la Presidencia se mantenga en una posición neutral e imparcial que se identifique con el interés europeo, lo que le permitirá adquirir la legitimidad necesaria para ser aceptado como un interlocutor fiable por las partes encontradas, y, de otro, es fundamental el conocimiento que se tenga sobre los temas a negociar y las posiciones de cada uno de los actores que participan en el proceso negociador.

d) *Representación*: con una doble dimensión: exterior y ante el resto de las instituciones. El impacto de Lisboa en esta función es de especial relevancia porque el presidente del Consejo Europeo asume el máximo rango en la representación exterior de la Unión en asuntos PESC y además se despoja a la Presidencia rotatoria de la dirección del Consejo de Relaciones Exteriores. En sentido opuesto, la función de representación exterior de la presidencia rotatoria ha adquirido especial intensidad en cuanto a proyección externa en los Asuntos de Justicia e Interior.

En el mismo sentido, y referido a las funciones generalmente asignadas a la Presidencia del Consejo, GONZÁLEZ SÁNCHEZ¹³¹³, sostiene que la cuarta Presidencia española del Consejo de la UE se plantea en un contexto muy específico que condiciona sus realizaciones y explica su consideración como Presidencia de transición. La escisión del antiguo Consejo de Asuntos

¹³¹³ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., *Prioridades de la Presidencia española del Consejo de la UE* (ARI 30/2010), [Consulta: 13.10.2012], [www.realinstitutoelcano.org/.../contenido?...].

Generales y Relaciones Exteriores (CAGRE) en dos nuevos Consejos – el Consejo de Asuntos Exteriores (CAE), presidido por la alta representante, y el Consejo de Asuntos Generales (CAG), presidido por la Presidencia rotatoria- y con una competencia general de coordinación del conjunto de las formaciones del Consejo y de preparación de los trabajos del Consejo Europeo, puede suponer para éste último, y con ello para la Presidencia rotatoria, una influencia especial en la evolución de los trabajos en el marco del Consejo y de la Unión en su conjunto.

Del mismo modo, como factor contextual, la constitución de la nueva Comisión a partir de mediados de febrero de 2010 trajo consigo un obligado retraso en el desarrollo de los trabajos durante la Presidencia española. Solo la nueva Comisión una vez constituida ha considerado oportuno responsabilizarse de la presentación de las necesarias propuestas en las materias de mayor importancia, aún a costa de dar respuesta tardía a las invitaciones incluidas en conclusiones previas del Consejo Europeo y retrasar los debates y la adopción de las correspondientes decisiones. A efectos de tratar de minimizar las consecuencias de dicho retraso, la Presidencia optó por el planteamiento de contactos informales sobre aquellos temas de mayor entidad incluidos en sus prioridades, con el propósito de ir conociendo las posiciones de los diferentes Estados miembros y poder ilustrar a la Comisión en la elaboración de sus propuestas¹³¹⁴.

6.2.- Prioridades de la Presidencia Española: el programa.

Bajo el señalado lema, “innovando Europa”, el Programa elaborado para la Presidencia Española¹³¹⁵, fija las siguientes prioridades centrales:

1. Plena aplicación del Tratado de Lisboa se define como la principal responsabilidad de la Presidencia española¹³¹⁶; su prioridad, de la que dependen todas las demás. Dentro de esta preferencia, se hace mención específica a la puesta en marcha de las nuevas instituciones de

¹³¹⁴ Ibidem.

¹³¹⁵ Editado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Secretaría de Estado para la Unión Europea.

¹³¹⁶ SORROZA BLANCO, y MOLINA, “La Presidencia Española...”, p.170. A juicio de SORROZA BLANCO y MOLINA, la Presidencia española tiene, en definitiva, una doble responsabilidad; por un lado, la difícil tarea de hacer “operativa” esta nueva etapa institucional, y por otro imprimirle un nuevo ritmo a la gran maquinaria europea más acorde con las expectativas y las necesidades reales de los ciudadanos.

la Unión Europea¹³¹⁷, el lanzamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior y también la cláusula de solidaridad en casos de ataque terrorista.

2. Coordinación de las políticas económicas para promover la reactivación y un crecimiento sostenible en toda Europa: lanzamiento de Europa 2020.

3. Refuerzo de la política exterior de la Unión para convertir a ésta en un verdadero actor global, responsable y solidario, poniendo especial énfasis en las relaciones transatlánticas¹³¹⁸ y las negociaciones de ampliación con Croacia, Turquía y Balcanes.

4. Impulso de una Europa de derechos y libertades al servicio de los ciudadanos¹³¹⁹. En este apartado, el programa se refiere a la iniciativa legislativa popular como instrumento de potenciación del principio democrático, la incorporación por el Tratado de Lisboa de la Carta de Derechos Fundamentales con carácter jurídicamente vinculante, el inicio del proceso de adhesión al Convenio Europeo de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales¹³²⁰, la lucha contra la violencia de género mediante la creación de un Observatorio Europeo¹³²¹ y de una Orden Europea de protección a las víctimas, la puesta en

¹³¹⁷ Como tales se relacionan el Presidente del Consejo y la Alta Representante.

¹³¹⁸ Entre estas acciones, IGLESIAS BERLANGA, y QUESADA ALCALA, ponen de relieve la creación de un marco legal para la lucha contra el terrorismo internacional EEUU-UE. "El 21 de enero, los Estados Unidos de América y la Unión Europea suscribieron en Toledo una resolución conjunta, impulsada por España, para crear un marco legal contra el terrorismo internacional que tiene por objeto lograr una mayor seguridad portuaria. Dicha resolución omite, no obstante, toda consideración sobre la implantación de escáneres corporales en los aeropuertos europeos. En el marco de las relaciones transatlánticas, dentro de la lucha contra el terrorismo, los Ministros de Justicia de la UE aprobaron el 3 de diciembre de 2010 el comienzo de negociaciones entre la Unión Europea y los Estados Unidos sobre un acuerdo de protección de los datos personales en la lucha contra el terrorismo o la criminalidad. La Comisión Europea adoptó el proyecto de mandato para negociar dicho acuerdo el 26 de mayo de 2010. El objetivo es garantizar un alto nivel de protección de la información personal tal como los datos de los pasajeros o la información financiera que se transfiere como parte de la cooperación transatlántica en materia penal. Cuando esté vigente, el acuerdo mejorará el derecho de los ciudadanos a acceder, rectificar o suprimir datos cuando estos se tratan con vistas a prevenir, investigar, detectar o enjuiciar delitos, incluido el terrorismo. [Consulta: 20.2.2013], [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1661_es.htm consultado el 20.2.2013], también publicado en IGLESIAS BERLANGA, M. y QUESADA ALCALÁ, C., "Crónica de hechos internacionales: Enero-diciembre 2010", *Revista electrónica de estudios internacionales*.

¹³¹⁹ Como línea orientativa, señala el Programa, que la Unión sólo será más fuerte, como ambicionamos, si es capaz de tejer, al fin, la complicidad con los propios ciudadanos, de recabar su apoyo y participación. Para ello, hay que enriquecer sus derechos como europeos, su libertad y su seguridad y hacer realidad la igualdad efectiva entre las mujeres y los hombres.

¹³²⁰ Ello supondrá que, por primera vez, se someterán los actos de la Unión y sus instituciones a un control judicial externo como es el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Consejo JAI del 4 de junio aprobó el mandato de negociación, sobre la propuesta presentada por la Comisión el 17 de marzo, permitiendo así a la Comisión iniciar la negociación que debe concluir con la adhesión de la Unión al Convenio de Roma de 1950. Balance de la Secretaría de Estado, [Consulta: 12.11.2012], [ec.europa.eu/.../balance-presidencia-espanola-union-europea_es.htm].

¹³²¹ Con la finalidad de elaborar un diagnóstico común sobre este problema.

marcha del Programa de Estocolmo mediante la elaboración de su plan de acción¹³²² y el impulso de la política europea de inmigración y asilo, con mención especial del tráfico de seres humanos y de los menores inmigrantes no acompañados¹³²³.

En relación a esta última prioridad, referida a la Europa de los derechos y libertades, una Europa para los ciudadanos, el Programa destina el epígrafe cuarto a Justicia y Asuntos de Interior, que se divide, a su vez en los subepígrafes dedicados a las cuestiones generales y ámbitos de actuación común, los asuntos de interior, inmigración y asilo y Justicia. En los asuntos de Justicia, se tratan de modo diferenciado, las que se denominan cuestiones horizontales, la justicia penal y la justicia civil y mercantil.

Dentro de las cuestiones generales, se abordan¹³²⁴:

- a) Iniciar el proceso de modificación y sustitución de los actos relativos a la cooperación policial y judicial en materia penal que pudieran verse transformados de acuerdo con los nuevos Tratados y la puesta en práctica del Comité Operativo de Seguridad Interior.
- b) Empezar el proceso de aplicación del Programa de Estocolmo, lo que se llevará a cabo esencialmente a través de la elaboración de su plan de acción, que tendrá por objeto la concreción de las prioridades políticas, las acciones a desarrollar tanto por la UE como por los Estados miembros, el diseño de los instrumentos precisos, tanto para evaluar como para controlar su ejecución y el calendario de adopción. El Programa de la Presidencia vincula también a estos objetivos la definición de una Estrategia Europea de Seguridad Interior de la que predica los caracteres de sostenible, que aporte coherencia y eficacia a los distintos mecanismos y actores que operan en este ámbito y que resulte cercana a los ciudadanos.
- c) Dentro de la dimensión exterior, reforzar la cooperación transatlántica con los EEUU¹³²⁵, los países del Norte de África, de América Latina y el Caribe y Rusia. Esta

¹³²² En el que se concretarán tanto las prioridades políticas de la Unión en este ámbito como las medidas de aplicación y los instrumentos de control de su ejecución.

¹³²³ Adoptando las primeras decisiones en este ámbito, que habrán de tener en cuenta la prevención, la protección y el retorno de los menores con sus familias o a instituciones de tutela de sus países de origen

¹³²⁴ Enunciadas en el texto del Programa de la Presidencia, vid. p.4, nota 6. Contempladas también en BECERRIL, S., "España, al frente de la UE. La presidencia de la crisis", *Estudios de Política Exterior*, Vol. Nº 135, mayo/junio 2010, [Consulta: 21.4.2013], [www.politicaexterior.com/archives/8302/comment-page-1].

¹³²⁵ Resultaría necesario ampliar el ámbito de los asuntos tratados dentro del nuevo Acuerdo de Asociación, en buena medida actualizando las grandes orientaciones ya contempladas en Sevilla hace quince años, desarrollando los valores comunes que fundamentan la alianza entre EEUU y Europa, cuestiones esenciales como la necesaria reforma de la OTAN, la lucha contra el terrorismo y la proliferación nuclear; la promoción de la democracia y de las sociedades abiertas; o la cooperación en áreas de justicia e interior. En todos

cooperación se referirá de modo principal a la lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada y el tráfico de drogas.

En los Asuntos de Interior, los objetivos se centran en la cooperación policial operativa y conjunta, y dentro de ella, la elaboración de un marco ágil mediante la creación de “equipos conjuntos de cooperación”, la adopción de un programa de movilidad entre los alumnos de los centros de formación policial, la facilitación del intercambio de información técnico-balística y el desarrollo de un sistema de alerta transfronteriza en relación con la desaparición de menores y personas de especial riesgo. En materia de lucha contra el terrorismo, se propone la intensificación de las relaciones entre los centros de coordinación antiterrorista, centrándose en la seguridad de los explosivos, el uso de Internet para fines terroristas y el fenómeno de la radicalización. Tratándose de la delincuencia organizada, se pone el énfasis en la ciberdelincuencia, el blanqueo de capitales y la recuperación de activos.

En materia de inmigración y asilo, las principales novedades se centran en la intención de la Presidencia de “lanzar el debate sobre la vinculación de las políticas de empleo y las políticas migratorias”¹³²⁶, enlazando el ELSJ a un contenido social, con la intención de prestar una especial atención al tema de los “menores inmigrantes no acompañados” y la potenciación de los equipos de intervención rápida. En efecto, por iniciativa española, se había incluido en el Programa de Estocolmo un apartado en el que se acordaba desarrollar un plan de acción en el que se incluirían medidas sobre la prevención, la protección y la asistencia al retorno en colaboración con los países de origen. La Presidencia Española, había de recibir una propuesta de Plan de acción de la nueva Comisión para que pudiera tramitarse

estos terrenos es esencial desarrollar vías de acuerdo y plantear una agenda común. ESCOLANO, R. Las relaciones transatlánticas tras la crisis financiera internacional, IGLESIAS BERLANGA, M. y QUESADA ALCALÁ, C., “Crónica de hechos...”, p.100.

¹³²⁶ En línea con las aspiraciones incluidas en el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 8 de octubre de 2008, Reforzar las acciones y los instrumentos para afrontar los desafíos de la integración – Informe para la Conferencia ministerial sobre la integración de 2008 [SEC (2008) 2626]. Este informe presenta los avances a escala europea y nacional en el ámbito de la integración, sobre todo en lo que respecta a participación, gestión de la diversidad y evaluación de las políticas. También presenta las estrategias para futuras acciones, centrándose especialmente en el modo en que el empleo, la inclusión social y la educación refuerzan la participación de los inmigrantes y contribuyen, por lo tanto, a su integración en las sociedades de acogida.[Consulta: 22.4.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/jusice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_in_migration/j10009_es.htm].

y acordarse con los socios comunitarios¹³²⁷. Además, durante la Presidencia española habría de aprobarse la Agenda Social Europea 2011-2015, que complementa la Estrategia Europa 2020, reforzando la protección, inclusión e integración social.

Partiendo de que todas las formas de discriminación son inaceptables, se pretende la plena integración en la sociedad de grupos vulnerables, en especial la comunidad gitana¹³²⁸, promoviendo su inclusión en el sistema de educación¹³²⁹ y en el mercado laboral y adoptando medidas para prevenir la violencia contra ellos.

El Tratado UE, en su artículo 2 reconoce los derechos de las personas pertenecientes a minorías y el artículo 21 de la Carta prohíbe toda discriminación basada en el origen étnico o social o en la pertenencia a una minoría nacional. Gran parte de las personas de origen gitano de la UE sufren seriamente el desempleo, una pobreza extrema, alojamientos pobres, malos niveles sanitarios y dificultad de acceso a la educación. La inclusión social y económica de los gitanos es por ello una prioridad para la UE, como encareció la Comisión el 7 de abril de 2010 en la Comunicación en que esbozaba los principales desafíos que planteaba la integración de los gitanos para todos los Estados miembros de la UE¹³³⁰.

¹³²⁷ PÉREZ PÉREZ, F. La política migratoria en la Unión Europea ¿una verdadera política común? En *Presidencia Española. Retos en una nueva Unión Europea*, págs. 66-7. El autor cita como asuntos en materia de inmigración que habrá de gestionar la presidencia, la aprobación del Plan de Acción del Programa de Estocolmo, la evaluación del Pacto Europeo sobre Asilo e Inmigración, el Plan de Acción para los Menores No Acompañados y la Conferencia de Ministros de Integración.

¹³²⁸ En septiembre de 2010, la Coalición por una Política Europea para la Población Gitana (ERPC) reiteró su llamamiento a que se adoptase de manera urgente una Estrategia europea para la inclusión gitana ante los desalojos forzosos de asentamientos irregulares realizados en Francia, Alemania, Italia y Dinamarca. "La Unión Europea confirma los derechos de la población gitana", [Consulta: 18.3.2012], [www.gitanos.org/areas/ccoperacion_internacional/.../53736.html].

¹³²⁹ Con doce millones de personas, la población gitana constituye la principal minoría de la UE y también la que más discriminación padece. Amnistía Internacional pidió a la Presidencia Española que adoptase una declaración que condenase expresamente los ataques racistas que los gitanos sufren frecuentemente. Un ejemplo de la discriminación en el acceso a la educación que sufre la población romaní se encuentra en la República Checa, Eslovenia y Eslovaquia. La marginación de los gitanos se ha perpetuado mediante su segregación en el sistema educativo de estos países, donde los niños y niñas gitanos son sistemáticamente separados de los demás y enviados a escuelas especiales para niños con discapacidad mental. Según el European Roma Rights Centre y la Roma Education Fund el 80% de los alumnos de las escuelas espaciales para niños con discapacidad de la República Checa son gitanos, cuando éstos no padecen ninguna discapacidad mental. Extraído de UNIÓN EUROPEA. La comunidad gitana: el colectivo más marginado, nota de prensa de 19.8.201 del Centro de Políticas Públicas y Derechos indígenas, [Consulta: 18.3.2013], [www.prensa.politicaspublicas.net/.../unio-europea-la-comunidad-gitana-el...].

¹³³⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "La integración social y económica del pueblo romaní", COM (2010) 133 final).

Todos los ciudadanos de la UE tienen derecho a desplazarse y establecerse en otro país de la UE y el derecho a no ser discriminados¹³³¹. Las autoridades nacionales solo tienen derecho a expulsar a ciudadanos de la UE o a retirarles su derecho de residencia en determinadas condiciones estrictas y claras, definidas en la Directiva Europea sobre libre circulación de 2004¹³³², lo que incluye también salvaguardas procesales para impedir decisiones arbitrarias, discriminatorias o desproporcionadas, con lo que se garantizan los derechos fundamentales, incluida la prohibición de expulsiones colectivas (art. 19.1 CDFUE).

En un planteamiento más estructural, la integración socioeconómica de los gitanos recaba el compromiso activo de los Estados miembros, apoyados por la Unión Europea. Poco tiempo después de los incidentes del verano de 2010¹³³³, la Comisión creó un grupo especial interno para evaluar el uso de los fondos de la UE en los Estados miembros. Las conclusiones preliminares del grupo especial revelan que los Estados miembros no emplean adecuadamente las posibilidades de financiación de la UE para una real integración socioeconómica de los gitanos. Las deficiencias en el desarrollo de estrategias, la carencia de medidas específicas para abordar los problemas a los que se enfrentan los gitanos, la falta de competencia y capacidad administrativa para emplear los fondos de la UE y la ausencia de implicación de la sociedad civil y las comunidades gitanas en el desarrollo y aplicación de medidas de integración son los principales puntos de preocupación que señala el grupo especial¹³³⁴.

¹³³¹ Derecho a no ser discriminados por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados, que recoge el artículo 18 del TFUE. El precepto siguiente, artículo 19 del TFUE prevé la posibilidad de adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en su artículo 21 el derecho a la no discriminación por razón de la pertenencia a una minoría nacional y en el artículo 45.1 el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En su párrafo segundo, prevé la posibilidad de conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.

¹³³² Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DO L 158 de 30.4.2004.

¹³³³ Incidentes consistentes en la expulsión colectiva de romaníes asentados en campamentos ilegales en territorio francés. El 9 de septiembre de 2010, el Parlamento Europeo aprobó una resolución en la que condenaba las expulsiones francesas de ciudadanos rumanos de etnia gitana. Dicha resolución no tiene carácter vinculante. A juicio de IGLESIAS BERLANGA, M. y QUESADA ALCALÁ, C., "Crónica de hechos...", se trataba de ciudadanos a los que Schengen reconocería el derecho a regresar libremente sin necesidad de mostrar siquiera sus documentos de identidad.

¹³³⁴ Informe de la Comisión. Informe sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE 2010 (Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, COM (2011) 160 final.

Específicamente en relación a la población de esta etnia, el 9 de marzo de 2011, el Parlamento Europeo aprobó una Recomendación sobre la Estrategia de la UE en relación a los gitanos. A juicio de TORRES KUMBRIAN la estrategia política europea de integración está correctamente diseñada. Sin embargo, la traducción que los gobiernos nacionales y regionales de los Estados miembros hacen en el ámbito de sus competencias de la estrategia europea de integración es parcial, no sistémica y limitada operativamente.

En esta materia, la posición española es apostar por las estrategias integrales de desarrollo social de la población gitana. Por ello, durante la presidencia española de la Unión se celebró la II Cumbre Europea sobre la población gitana en la que se aprobó la Declaración del Trío de presidencias de la UE sobre inclusión de los gitanos y se estableció la hoja de ruta para los trabajos de la Plataforma Europea de Inclusión de los Gitanos.

Dentro de los Asuntos de Justicia, y bajo la rúbrica “Cuestiones horizontales” se manifiesta la intención de prestar una atención especial a las víctimas de violencia de género y, en materia de protección de datos, la creación de un Registro de Datos de Pasajeros (PNR), la interconexión de los registros y la supervisión del cumplimiento del Plan de Acción de Justicia electrónica y la Orden Europea de Detención y Entrega.

Profundizando dentro de los Asuntos de Justicia, en el ámbito penal, la acción se centrará en el objetivo de avanzar en el desarrollo del principio de reconocimiento mutuo a través de nuevos instrumentos normativos¹³³⁵ como la Orden Europea de Investigación, la adopción de un nuevo instrumento en materia de delincuencia informática, la Orden Europea de Protección, la elaboración de normas mínimas comunes sobre los derechos y garantías procesales penales y la ampliación de la protección del menor frente a la pederastia, otorgando prioridad a la lucha contra la trata de seres humanos.

El Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior de la UE, en su reunión del 23 de abril de 2010¹³³⁶, acordó las que se consideran diez iniciativas prioritarias presentadas por

¹³³⁵ En el balance de la Presidencia publicado por la Secretaría de Estado se hace referencia expresa a los resultados del Consejo JAI de junio, en el que se llegó a un acuerdo sobre el texto de las propuesta de directiva relativa a la lucha contra el tráfico de seres humanos y la protección de sus víctimas, la propuesta de directiva de lucha contra la explotación sexual de menores y pornografía infantil y la adopción, tras un acuerdo en primera lectura con el Parlamento en el pleno de 16 de junio, de la directiva relativa a los derechos de interpretación y traducción en procedimientos penales.

¹³³⁶ Estos objetivos se exponen más ampliamente en el Comunicado de Prensa de La Moncloa publicado en la página web oficial de dicha institución, [Consulta: 22.4.2013], [http://www.lamoncloa.gob.es/Serviciosdeprensa/NotasPrensa/MIR/2010/ntpr20100423_objetivos.htm].

España que, en línea con el trabajo desarrollado en la última década, abogaba por una mayor cooperación policial. Esas diez iniciativas, referidas por tanto, a la cooperación policial en ámbitos de terrorismo, criminalidad organizada, cooperación policial o protección civil son las siguientes:

1.- Creación de un Erasmus Policial mediante la puesta en marcha de un programa de intercambio formativo de funcionarios policiales, inspirado en el programa Erasmus, cuyo desarrollo se encomienda a CEPOL.

2.- Impulso a los equipos conjuntos de cooperación a través de una Resolución del Consejo en el ámbito de la Decisión Prüm que propone un modelo de acuerdo-formulario con el fin de facilitar la constitución de equipos conjuntos de cooperación policial.

3.- Fortalecimiento del control y la seguridad de los explosivos y de la trazabilidad de las transacciones intracomunitarias de explosivos comerciales, evitando su desvío hacia actividades terroristas.

4.- Sistematización de la recogida de información sobre procesos de radicalización a través de la homogeneización del proceso de recogida de información sobre este fenómeno y el análisis de sus variables esenciales. También se ha adoptado una Resolución del Consejo con el objeto de fomentar la creación de equipos multinacionales compuestos por funcionarios policiales de los Estados miembros y de terceros países en relación con procesos de radicalización y, en conexión con éste, de actividades terroristas.

5.- Fomento del desarrollo de centros de coordinación antiterrorista con el objeto de mejorar la cooperación entre los centros y estructuras nacionales de evaluación de la amenaza terrorista, identificar mejores prácticas en el análisis de las amenazas y el intercambio de experiencias.

6.- Puesta en práctica de una estrategia concertada para la lucha contra el cibercrimen mediante un plan de acción específico.

7.- Impulso a la coordinación operativa en la lucha contra la criminalidad organizada y, especialmente, el tráfico de estupefacientes en África Occidental. A propuesta francesa, se ha elaborado y adoptado un Pacto europeo contra el tráfico internacional de drogas que pretende reforzar la acción concertada de los Estados miembros para luchar, principalmente, contra el tráfico ilícito internacional de cocaína y heroína en las rutas de tránsito hacia la UE, así como contra el blanqueo de capitales y bienes producto de ese tráfico¹³³⁷. Añadido a lo

¹³³⁷ En efecto, en su reunión de 14 de abril de 2010, el COREPER llegó a un acuerdo sobre el Pacto europeo de lucha contra el tráfico internacional de drogas. Desarticulación de las rutas de la cocaína y la heroína,

anterior, se ha elaborado y adoptado un documento al objeto de establecer un marco de coordinación que contribuya a mejorar la respuesta de la Unión Europea y sus Estados miembros a la amenaza del crimen organizado procedente de África Occidental a corto y medio plazo, en particular apoyando las preexistentes iniciativas regionales.

En el ámbito del Grupo Horizontal de Drogas, se han analizado los riesgos que el tráfico de drogas plantea a la aviación civil.

8.- Mejora del control administrativo, identificación e intercambio de información e inteligencia sobre lanchas rápidas y embarcaciones de recreo, su seguimiento y localización, para evitar que sean utilizadas en la comisión de delitos.

9.- Promoción y fortalecimiento de la prevención y capacidad de respuesta frente a los incendios forestales. Constituye una de las iniciativas del Consejo en materia de cooperación policial pero su conexión con los objetivos del ELSJ y la criminalidad organizada es difusa.

10.- Progreso en la colaboración en la lucha contra la violencia de género por medio del desarrollo de procedimientos de actuación policial (recogidos en un manual), el intercambio de información y mejores prácticas así como la creación de una red de puntos de contacto nacionales.

Además de las anteriores iniciativas señaladas en el Consejo de Ministros, durante la Presidencia Española se han llevado a cabo las siguientes operaciones policiales conjuntas: a) Operación de Seguridad Interior; b) Operación de control del tráfico ilícito de vehículos en las fronteras exteriores de la UE; c) Operación transrail y d) Ejercicio de respuesta rápida.

Otras iniciativas de cooperación policial se han llevado a cabo en el ámbito de los Grupos de Trabajo Fronteras, Documentos Falsos y CIREFI, habiéndose centrado en el intercambio de información en materia de inmigración ilegal y fronteras. En concreto, las iniciativas pueden sintetizarse en las siguientes: a) Realización de un formato común de alertas sobre documentos auténticos y falsos para los Estados miembros de la Unión Europea; b) Recopilación de información sobre el estado actual de las tarjetas de identidad en los Estados miembros y creación de un fichero específico en Europol para el intercambio de información sobre organizaciones criminales relacionadas con la falsificación de documentos de identidad y de viaje¹³³⁸.

que figura en el documento 8495/10 JAI 294 COSI 18 CORDROGUE 38 CRIMORG 74 JAIEX 36 + COR 1, que posteriormente ha sido complementado con el pacto europeo contra las drogas de síntesis, especialmente encaminado a la detección de laboratorios clandestinos dedicados a la fabricación de euforizantes legales.
¹³³⁸ Todas estas iniciativas pueden consultarse en el documento del Ministerio de Interior ¿Más seguridad, más justicia, ciudadanos más libres-50 acciones para seguir avanzando?, disponible en [<http://www.interior.gob.es/file/11/11184/11184.pdf>], [Consulta: 19.2.2014].

Las prioridades señaladas por este Consejo de Ministros y las iniciativas de cooperación policial desarrolladas acentúan la vertiente represiva contra la criminalidad organizada, en contraposición a las prioridades consignadas en el Programa de la Presidencia, que transmiten un mayor contenido social, traducido también en las iniciativas legislativas, centradas en la protección de derechos de los implicados en el proceso. Puede concluirse, sin embargo, que existe una adecuación de las actividades promovidas por la Presidencia con los objetivos señalados en el Programa de Estocolmo.

6.2.1. Aplicación del Tratado de Lisboa

El Programa de la Presidencia española prevé entre sus prioridades la aplicación de las disposiciones contenidas en el Tratado de Lisboa relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal. Ello no obstante, esta actividad se encuentra necesariamente condicionada por las propias previsiones que el Tratado contiene sobre esta cuestión, contenidas en el Protocolo N^o36 sobre las disposiciones transitorias. Teniendo esto en cuenta, exponemos a continuación su contenido.

El Título VII del Protocolo 36 del Tratado de Lisboa, que comprende los artículos nueve y diez, lleva por rúbrica “Disposiciones transitorias relativas a los actos adoptados en virtud de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa” y regula el régimen tanto de los actos jurídicos del tercer pilar como de las novedades instauradas en el ámbito de las facultades atribuidas a las instituciones de la Unión. El apartado cuarto del artículo 10 contiene un opt-out del Reino Unido en la materia. (sólo habla el precepto de Reino Unido y no se menciona Irlanda, no creo que a falta de disposición expresa quepa deducir nada, simplemente Irlanda adopta el régimen transitorio ordinario).

En primer lugar, respecto de los actos jurídicos, el artículo 9 del Protocolo establece: *“Los efectos jurídicos de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión adoptados en virtud del Tratado de la Unión Europea antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se mantienen en tanto dichos actos no hayan sido derogados, anulados o modificados en aplicación de los Tratados.*

Lo mismo ocurre con los convenios celebrados entre los Estados miembros sobre la base del Tratado de la Unión Europea.”

Este precepto ha de ser interpretado en el sentido de la pervivencia de la totalidad de la vigencia, de los efectos jurídicos, de los actos adoptados por las instituciones en el ámbito del tercer pilar en la medida en que estos efectos jurídicos no resulten contrarios a lo dispuesto en el propio Tratado o resultaren incompatibles con los actos jurídicos adoptados sobre las mismas materias por las instituciones de la Unión con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Comprende la totalidad de los actos jurídicos que se prevén en el Tratado de la Unión en el ámbito del tercer pilar, las posiciones comunes, las decisiones marco y las decisiones, así como los convenios entre Estados miembros. De ello se extrae también la conclusión de que tales actos podrán ser derogados por los nuevos actos jurídicos sin necesidad del transcurso de período transitorio alguno, lo que supone que los nuevos actos jurídicos, reglamento, directiva y decisión (en principio únicamente aquellos que producen efectos jurídicos vinculantes) serán aptos para modificar la totalidad de las prescripciones contenidas en los actos jurídicos preexistentes, incluidos los convenios entre Estados miembros.

El régimen transitorio de las nuevas facultades atribuidas a las instituciones se contiene en el artículo 10 del Protocolo *“1. Con carácter transitorio y con respecto a los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que hayan sido adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las atribuciones de las instituciones en la fecha de entrada en vigor de dicho Tratado serán las siguientes: las atribuciones de la Comisión en virtud del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no serán aplicables y las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del título VI del Tratado de la Unión Europea, en su versión vigente antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, seguirán siendo las mismas, aun cuando hayan sido aceptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 35 del mencionado Tratado de la Unión Europea.*

3. En cualquier caso, la medida transitoria mencionada en el apartado 1 dejará de tener efectos cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.”

El apartado primero del artículo 10, contempla únicamente las modificaciones relativas a la facultad atribuida a la Comisión, de interponer ante el Tribunal de Justicia recurso de

incumplimiento frente a un Estado miembro, la cual queda diferida en un período de cinco años. Ello conlleva la correlativa disposición de que las atribuciones del Tribunal de Justicia no se verán ampliadas hasta el transcurso de cinco años, durante los cuales sus competencias serán las previstas en el artículo 35. 2 del TUE en su redacción anterior al Tratado de Lisboa.

Las previsiones contenidas en el artículo 10.1 del Protocolo nº 36 se completan con el contenido de la Declaración nº 50 relativa al artículo 10 del protocolo sobre las disposiciones transitorias que establece *“La Conferencia invita al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión a que, en el marco de sus respectivas atribuciones, se esfuercen por adoptar, en los casos pertinentes y, en la medida de lo posible, en el plazo de cinco años mencionado en el apartado 3 del artículo 10 del Protocolo sobre las disposiciones transitorias, actos jurídicos que modifiquen o sustituyan a los actos contemplados en el apartado 1 del artículo 10 de dicho Protocolo.”*

El carácter diferido de la competencia de la Comisión para la interposición ante el Tribunal del recurso de incumplimiento frente a los Estados miembros en el ámbito del ELSJ, y la consiguiente competencia del Tribunal para su conocimiento tiene la importante excepción contenida en el apartado segundo del artículo 10 *“2. La modificación de un acto contemplado en el apartado 1 conllevará que se apliquen, respecto del acto modificado y en relación con los Estados miembros a los que vaya a aplicarse el mismo, las atribuciones de las instituciones mencionadas en dicho apartado que establecen los Tratados.”* Lo que conlleva que la inaplicación de las facultades otorgadas a la Comisión y al Tribunal de Justicia de la Unión se refiere únicamente a los actos adoptados con carácter previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Respecto de los actos adoptados por las instituciones con posterioridad a su vigencia, siempre que se trate de actos que modifiquen actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, la competencia podrá ejercerse aun cuando no haya transcurrido el plazo de cinco años de vigencia.

Los apartados 4 y 5 del artículo 10, pese a incluirse en el Título VII, relativo a las disposiciones transitorias, incluyen un opt-out del Reino Unido sobre la aplicación del Título V del TFUE. Este precepto ha de completarse con lo dispuesto en el Protocolo 21 sobre la posición del Reino Unido e Irlanda respecto del ELSJ.

El apartado quinto del artículo 10 del Protocolo nº 36 dispone que en un período máximo de los seis meses anteriores a la finalización del período transitorio quinquenal, el Reino Unido

podrá notificar al Consejo su voluntad de no aceptar, respecto de los actos adoptados en el ámbito de la cooperación judicial y policial en materia penal, la competencia de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión, para la interposición y el conocimiento, respectivamente, del recurso de incumplimiento frente a los Estados miembros. Esta posibilidad presenta respecto del Reino Unido la misma excepción que con carácter general prevé el apartado segundo del artículo 10, por lo que no resulta aplicable a los actos dictados tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa modificativos de los anteriores, en las condiciones ya vistas. Ello no impide que, con posterioridad, el Reino Unido pueda notificar al Consejo su voluntad de que tales actos le sean aplicados.

En resumen, la situación creada por este Protocolo se define de modo preciso en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación, por los Estados miembros, de las Decisiones Marco 2008/909/JAI, 2008/947/JAI y 2009/829/JAI, relativas al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad, medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas y medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional¹³³⁹. Dicho documento, que fija como fecha en la que el TJUE alcanzará la plenitud de sus competencias de conformidad con las disposiciones del Tratado, el 1 de diciembre de 2014, establece entre sus conclusiones que los Estados miembros han creado de tal suerte un ordenamiento jurídico vinculante comparable al que impera en otros ámbitos del Derecho de la UE, si bien no se dispondrá del mecanismo de ejecución correspondiente hasta el final del periodo transitorio que establece el Protocolo 36 del Tratado de Lisboa.

El Programa de la Presidencia, como se acaba de exponer, fija por tanto, como primera prioridad la aplicación de las prescripciones contenidas en el Tratado de Lisboa, pero también realiza una selección de las que tienen cabida dentro de ella. Dentro de esta prelación de objetivos, se hace referencia a las previsiones precisas para la aplicación de la cláusula de solidaridad establecida en el artículo 222 del TFUE.

Puede observarse que dentro de las novedades orgánicas, la Presidencia realiza un filtro de opciones que incluye la puesta en marcha del Servicio Europeo de Acción Exterior y el Comité Operativo de Seguridad Interior, haciendo una omisión que pudiera resultar sorprendente, pues en modo alguno se menciona la figura del Ministerio Público Europeo, igualmente previsto en el Tratado. Ello no obstante en la Conferencia de clausura “El futuro

¹³³⁹ Bruselas, 5.2.2014, COM (2014) 57 final.

de Europa: perspectivas de desarrollo del espacio judicial europeo” con ocasión de la celebración del foro sobre “Justicia y ciudadanía europea en el Tratado de Lisboa”, el Fiscal General del Estado Español, Excmo. Sr. CONDE-PUMPIDO abordó la cuestión en el sentido de que

“Hechas ya las oportunas advertencias acerca de la diferencia entre construir el nuevo órgano ‘a partir de Eurojust’, y la indebida confusión de ambas instituciones, huelga decir que el refuerzo de las competencias de Eurojust en que también estamos comprometidos constituye una línea de desarrollo de la cooperación coordinada perfectamente compatible con el despliegue del Tratado de Lisboa, y no una alternativa a la creación de la Fiscalía. Lo más adecuado, de hecho, sería propiciar que la futura Fiscalía Europea tenga conexiones con Eurojust de tipo institucional y material, de soporte presupuestario y administrativo, pero no tanto de tipo funcional, ámbito este en el que, como he puesto de manifiesto, sus cometidos y sus posibilidades son claramente diferentes”¹³⁴⁰.

En la regulación contenida en el propio Tratado, el apartado tercero del artículo 86 del TFUE delimita el ámbito material de los reglamentos de creación de la Fiscalía. Dichas normas habrán de regular su estatuto, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquéllas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones.

Su contenido se refiere, por tanto, no sólo a cuestiones puramente internas de organización de la propia Fiscalía, tales como la sede, composición y funcionamiento interno, cuya inclusión resultaría obvia, sino que trasciende a la actuación de los fiscales en el proceso, ya que incluye las cuestiones sobre admisibilidad de prueba y control jurisdiccional de los actos procesales. Ello es especialmente predicable en este último supuesto, pues afecta más bien a las funciones propiamente jurisdiccionales que a las fiscales y no es sino consecuencia lógica de la necesidad de incardinar en el “proceso europeo” a una nueva parte procesal, de carácter público. Así, en el proceso penal español, la admisibilidad de la prueba es ordinariamente facultad jurisdiccional y a la fiscalía corresponde su proposición¹³⁴¹. En relación al control jurisdiccional de los actos procesales, debe entenderse como referencia inequívoca al sistema de recursos. En el sistema procesal penal español no cabe recurso alguno contra los actos procesales del Fiscal¹³⁴², y hasta la última reforma procesal, que

¹³⁴⁰ [Consulta: 30.5.2013], [www.fiscal.es/.../Satellite?c...PFiscal%2FFG...PFiscal].

¹³⁴¹ Tal como se regula en los artículos 656 y 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹³⁴² De un modo directo, pues cosa distinta es la posibilidad de recurso jurisdiccional frente a resoluciones denegatorias de actuaciones solicitadas por el propio Ministerio Fiscal.

introdujo los recursos contra las resoluciones del Secretario Judicial, las únicas resoluciones procesales susceptibles de recurso eran las emanadas del propio órgano jurisdiccional¹³⁴³. Tales prescripciones vienen a constituir, por tanto, importantes indicaciones de lo que supondrá la posición en el proceso del futuro fiscal europeo. Sobre estos aspectos, el Fiscal General Español, en la intervención mencionada, se pronuncia en el sentido de formular una traslación desde el principio del juez nacional como juez ordinario comunitario, al Ministerio Fiscal, y también mediante la constitución a nivel nacional de redes de Fiscales especialistas. En efecto, propone:

“Esa actuación, bajo un ‘doble sombrero’, que en España hemos ensayado con rotundo éxito en el caso de las Fiscalías Especiales y de las redes de Fiscales especialistas, y que ya se apuntaba como una de las posibles soluciones en el Libro Verde de la Comisión, aseguraría la eficacia del nuevo órgano. El porcentaje de fracasos que hoy experimentan, por ejemplo, las investigaciones iniciadas por OLAF, se debe a la falta de integración de las mismas en los parámetros procesales del Estado concreto en que después se pretende ejercer la acción penal. Obviamente eso no pasaría si el aspecto jurídico de la investigación estuviera dirigido desde el primer instante desde dentro de ese concreto sistema procesal, por un Fiscal perfectamente conocedor del mismo, simplemente porque es su propio sistema. Y, de paso, ese modelo de Fiscal nacional con doble dependencia puede contribuir a eliminar algunas de las reticencias de ciertos Estados acerca del importante grado de cesión de soberanía que comporta la pérdida de competencia de sus Fiscalías nacionales para perseguir ciertos delitos.”

La puesta en marcha de la Fiscalía Europea no ha sido un objetivo prioritario de la Presidencia Española debido a que se ha considerado preciso como paso previo a esta actuación la actividad armonizadora. En efecto, y como señala la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal¹³⁴⁴, la Comisión analizó el impacto de las distintas alternativas políticas basándose en los resultados de un estudio externo finalizado en

¹³⁴³ El régimen de recursos ordinarios contra las resoluciones procesales en el ámbito del proceso penal se encuentra regulado en los artículos 216 a 238 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹³⁴⁴ COM (2012) 363 final, Bruselas, 11.7.2012, Propuesta que sustituye a la propuesta de Directiva relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, COM (2001) 272 final, de 23.5.2011, modificado por el COM (2002) 577 final de 16.10.2002 y deroga el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995 y sus Protocolos, de 27 de septiembre de 1996 y 29 de noviembre de 1996.

febrero de 2012¹³⁴⁵. Tras considerar las posibles opciones, la evaluación del impacto concluye que debe preferirse una solución que, en particular, ampliaría los tipos de algunos delitos relacionados con el fraude, introduciría sanciones mínimas y armonizaría la prescripción penal de estos tipos.

6.2.1.1.- Configuración del Servicio Europeo de Acción Exterior

El nuevo cuerpo diplomático fue creado por Decisión 2010/427/UE del Consejo, de 26 de julio¹³⁴⁶. La Decisión del Consejo distingue dos características importantes para la administración del Servicio Europeo de Acción Exterior (en adelante SEAE): una en el orden central y otra en el periférico. Al tener su sede central en Bruselas, el organismo será gestionado por un Secretario General Ejecutivo que será asistido por dos subsecretarios, quienes a su vez coordinan a una serie de departamentos encargados de planificar y aplicar las políticas instruidas de acuerdo a su naturaleza¹³⁴⁷; así se definen las Direcciones Generales.

En cuanto al ámbito periférico, las oficinas dependientes del Alto Representante se organizarán en delegaciones exteriores (actualmente en ejercicio) a modo de misiones diplomáticas y estarán sujetas a la evaluación periódica del Secretariado. Cada delegación estará bajo la autoridad de un funcionario llamado Jefe de Delegación.

Como “organismo de la Unión funcionalmente autónomo”¹³⁴⁸, el SEAE podría adoptar un papel preeminente en el señalado objetivo de desarrollo de la dimensión exterior del ELSJ, a través, fundamentalmente de la función de colaboración de sus agentes con las agencias de la Comisión y OLAF, y quizás, también en funciones de protección consular de víctimas de

¹³⁴⁵ Contrato específico nº JUST/2011/EVAL/FW/1023/A4- *Study on the legal Framework for the protection of EU financial interests by criminal law* (Estudio sobre el marco jurídico para la protección de los intereses financieros de la UE a través del Derecho penal).

¹³⁴⁶ De forma oficial, el SEAE inició su actividad el 1 de diciembre de 2010, fecha del primer aniversario de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. De manera efectiva, el SEAE entró en funcionamiento el 1 de enero de 2011. El Servicio Europeo de Acción Exterior: un elemento novedoso de la diplomacia de la UE, [Consulta: 6.2.2012], [www.unitedexplanations.org/.../el-servicio-europeo-de-accion-exteri...].

¹³⁴⁷ La ubicación de la sede del SEAE y su gestión orgánica se interrelacionan en la medida en que el SEAE está compuesto por funcionarios procedentes de los servicios competentes de las Secretarías Generales del Consejo de Ministros y de la Comisión y por personal de los servicios diplomáticos nacionales en comisión de servicios. Lógicamente, este servicio también trabajará en colaboración con los servicios diplomáticos de los Estados miembros. [Consulta: 22.4.2013], [europa.eu >EUROPA > Síntesis de la legislación], [Consulta: 22.4.2013]. El organigrama del SEAE se encuentra disponible en su web oficial, [Consulta: 22.4.2013], [http://eeas.europa.eu/background/docs/organisation_en.pdf].

¹³⁴⁸ Así se define en el documento del Parlamento Europeo (Comisión de Asuntos Exteriores) que contiene el proyecto de informe Elmar Brok sobre el establecimiento de la organización y el funcionamiento del SEAE. [Consulta: 22.4.2013], [www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/.../822324es.pdf].

delitos, ya que la creación del SEAE ha supuesto un cambio en la institución diplomática que ha visto cómo emerge un servicio diplomático nuevo que nada tiene que ver con los otros.

El Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) puede convivir bien con la definición de “diplomacia estructural”¹³⁴⁹. De hecho, la UE es uno de los actores que más y mejor se ha adaptado a los cambios sufridos por la Comunidad Internacional – ampliación de la Agenda, entrada de actores no estatales o gusto por lo multilateral- y, además, recoge dos características fundamentales que están implícitas en la definición:

1.-La UE es una nueva realidad cuya naturaleza está a caballo entre una organización internacional y un Estado. Si la nueva diplomacia está vinculada a nuevos conceptos de soberanía, este sería desde luego el caso de la UE.

2.- Su naturaleza normativa hace que su política exterior trate no sólo de dialogar y negociar con los otros sujetos de derecho internacional sino de influir en ellos y en la medida de lo posible modificar algunos de sus elementos para promover algunos de los valores propios de la UE como pueda ser el desarrollo económico, la democracia o la defensa de los derechos humanos¹³⁵⁰.

Si bien es cierto que el mayor protagonismo político que el Tratado de Lisboa aspira a conferir a la UE se refleja de manera más visible en la creación de las figuras del Presidente estable del Consejo Europeo y del Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, el SEAE está llamado a ser el principal instrumento internacional de la UE una vez completamente constituido y en plena actividad. Esto se debe a que el SEAE permitirá ejecutar las decisiones del Consejo de forma más eficaz y coherente al haberse superado los obstáculos que suponían las dicotomías entre la Comisión y la Secretaría General del Consejo, que fue el mayor problema al que hubo de enfrentarse el ex alto representante del UE para la Política Exterior y de Seguridad Común y Secretario General del Consejo de la UE¹³⁵¹.

¹³⁴⁹ La “diplomacia estructural puede definirse como *the process of dialogue and negotiation by which actors in the International system seek to influence or shape sustainable external political, legal, economic, social and security structure at different relevant levels in a given Geographic scene*. KEULKELEIRE, & Mac Naughtan, J., *The foreign policy of the EU*, Nueva York, Palgrave, 2009, p. 146. Apud. Priego, A., “El servicio Europeo de Acción Exterior: ¿una revolución para el proceso de integración y para la diplomacia?”, [Consulta: 2.3.2013], [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?...].

¹³⁵⁰ Estas características, añadimos, son especialmente visibles en materia de lucha contra el terrorismo, previniendo la radicalización violenta del Islam.

¹³⁵¹ GUADALIX ESTEBAN, M., “Los inicios del Servicio...”, p. 52.

Estrechamente relacionada con esta cuestión, se encuentra un aspecto del ELSJ específicamente previsto en el Programa de Estocolmo. Se trata del derecho a la protección de las personas en los Estados no miembros, en concreto, la protección consular. Los Tratados consagran el Derecho de un ciudadano de la Unión que viaje o resida en un país no perteneciente a la UE en el que su país no esté representado, a obtener la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado Miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, facilitando así la protección consular, de conformidad con el art. 23 TFUE¹³⁵². A ello han de añadirse las funciones de cooperación con los servicios diplomáticos nacionales asumidas por el SEAE en virtud del Art. 221 TFUE¹³⁵³, debiendo tenerse en cuenta que el art. 20.2 TFUE entronca este derecho con el concepto de ciudadanía de la Unión¹³⁵⁴.

Ello confiere un derecho individual a los ciudadanos de un Estado miembro a gozar de un trato igual por las autoridades consulares de otro Estado miembro en el territorio de un tercer país en el que su propio Estado miembro no esté representado. A estos efectos, el estatuto de ciudadano de la Unión debería constituir el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros¹³⁵⁵.

Sobre las condiciones de dicha protección, señala GUADALIX ESTEBAN¹³⁵⁶, que muchos ciudadanos europeos desconocen que gozan de este derecho. Además, antes de que un Estado miembro preste asistencia a un ciudadano europeo de otro, debe haber obtenido la autorización del Estado miembro del que es nacional quien la requiere.

¹³⁵² El artículo 23 del TFUE recoge el derecho a la protección consular de los ciudadanos de la Unión del siguiente modo: *“Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección.*

Sobre la cuestión de la cooperación consular vid. FERNÁNDEZ PASARÍN, A. M., “La dimensión externa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El caso de la Cooperación consular local” *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 91, p. 87-104 y el Libro verde de la Comisión sobre la protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países [COM (2006) 712, noviembre de 2006].

¹³⁵³ En efecto, dispone dicho precepto que *“2. Las delegaciones de la Unión estarán bajo la autoridad del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Actuarán en estrecha cooperación con las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros”.*

¹³⁵⁴ Art. 20.2 TFUE *“Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho:*

c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

¹³⁵⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 23.3.2011, COM (2011) 149 final.

¹³⁵⁶ “Los inicios del Servicio...”, p.38.

Apunta la autora precedentemente citada hacia la dicotomía entre las expectativas de los Estados miembros acerca del futuro papel del SEAE en la protección consular, pues, de un lado existen países que no disponen de recursos suficientes para tener una red consular importante por lo que aspiran a que el SEAE integre todos los aspectos de la acción exterior de la UE. De otro lado, existen países que no están tan interesados por el aspecto consular ya que pretenden mantener sus competencias en este ámbito y por ello prefieren que el SEAE no vaya más allá de las atribuciones habituales de la PESC y la PCSD. Sobre esta cuestión, el artículo 5 de la Decisión del Consejo por la que se crea el SEAE establece una obligación de cooperación de las delegaciones con los servicios diplomáticos nacionales y, específicamente, en materia de protección consular, atribuye a las delegaciones una función de apoyo de los Estados miembros que se prestará a petición de éstos¹³⁵⁷.

Pero la actividad normativa de la Unión en la concreción de este derecho, proclamado también en el artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales, no se limita a la citada Decisión. En cumplimiento de las previsiones del Tratado de Lisboa, que confiere a la Comisión el derecho de proponer directivas que establezcan las medidas de cooperación y coordinación necesarias para facilitar el derecho a los ciudadanos de la UE sin representación de su país a obtener de otros Estados miembros la misma protección consular que otorgan a sus propios nacionales¹³⁵⁸, se elaboró la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre Protección consular para los ciudadanos de la UE en terceros países: Situación actual y perspectiva futura¹³⁵⁹. En dicho texto, la Comisión declara que el derecho a la protección consular de ciudadanos no representados, incorpora una dimensión externa al concepto de ciudadanía de la Unión, añadiendo que se trata de un derecho sometido a control jurisdiccional, revisable por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y aplicable por los órganos jurisdiccionales nacionales, de manera que la denegación de una solicitud de protección consular puede ser objeto de un recurso judicial y puede generar responsabilidad del Estado por el perjuicio causado.

¹³⁵⁷ En relación al caso español, cfr. MOLINA, I. y SORROZA, A., "El impacto del Servicio Europeo de Acción Exterior en la diplomacia española", *Real Instituto Elcano*, ARI 92/2012, 21.12.2012, [Consulta: 22.4.2013], [www.realinstitutoelcano.org/.../contenido?...diplomacia...].

¹³⁵⁸ Artículo 23.2 del TFUE "El Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, directivas en las que se establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha protección."

¹³⁵⁹ Bruselas, 23.3.2011 COM [2011] 149 final.

Esta iniciativa pretende poner fin a la situación jurídica previa a Lisboa, en la que los Estados miembros habían de establecer entre ellos las medidas de cooperación necesarias, haciendo uso de las posibilidades de coordinación incorporadas con la creación del SEAE y sustituyendo la normativa anterior, constituida por la Decisión 95/ 553/CE, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones diplomáticas y consulares¹³⁶⁰.

Las acciones que requiere la mayor eficacia de este derecho comprenden:

A.- La información de los ciudadanos de la UE por lo que se refiere al derecho a dirigirse a embajadas o consulados de Estados miembros distintos al suyo propio, habida cuenta que a través de los estudios llevados a cabo por la propia Comisión, se trata de un derecho, en gran parte desconocido por sus beneficiarios. Este deber de información constituye una responsabilidad conjunta de la Comisión y los Estados miembros que comprende el deber de comunicar a los ciudadanos lo que pueden y no deben esperar, poniendo como ejemplo, la Comunicación, el hecho de que los Estados miembros, generalmente no intervienen en litigios judiciales. El deber de información podría hacerse efectivo a través de los sitios web de los Ministerios nacionales de Asuntos Exteriores, incluyendo información relativa a este derecho, así como un enlace al sitio de la Comisión, y también en el trámite de expedición de pasaportes.

B.- Sensibilizar a los funcionarios consulares nacionales por lo que respecta a la dimensión de la protección consular de la UE, fundamentalmente a través de programas de formación.

C.- Aumentar la seguridad jurídica delimitando su ámbito de aplicación, condiciones y procedimientos de ejercicio.

En orden a salvar los obstáculos derivados de la necesidad de anuencia de los terceros países en la prestación de dicha asistencia consular respecto de los no nacionales, la Comisión

¹³⁶⁰ Decisión 95/553/CE de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones diplomáticas y consulares, DO L 314 de 28.12.1995 págs. 0073-0076.

propone la inclusión de una cláusula de consentimiento en los futuros acuerdos bilaterales y mixtos con terceros países, esto es, una cláusula que prevea que el tercer país acepte que las autoridades consulares y diplomáticas de un Estado miembro representado puedan ofrecer protección a los nacionales de Estados miembros no representados, en las mismas condiciones que a sus propios nacionales. Con la finalidad de aumentar la seguridad jurídica, se estudiará la posibilidad igualmente de incluir cláusulas de consentimiento sobre el fondo, en cuestiones relativas al acceso a los detenidos y a los menores extranjeros no acompañados.

En cuanto a los recursos, se proponen los siguientes:

.- Mecanismo de Protección Civil de la UE (“El mecanismo”) en supuestos de gestiones de crisis, que incluyen los atentados terroristas, cuando así lo soliciten las autoridades consulares de los Estados miembros. El funcionamiento del mecanismo es el siguiente: cuando se activa, el Centro de Control e Información (CCI) de la Comisión Europea, que es el centro operativo del mecanismo, proporciona acceso a una amplia red de recursos y la posibilidad de intercambiar información¹³⁶¹.

.- “Consular on-line”: Coordinación de la asistencia consular mediante teleconferencias y la red segura de la UE para compartir información con las autoridades consulares de la UE, servicios que son proporcionados por el Centro de Situación de la UE¹³⁶².

Con fundamento en las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta los mecanismos operativos preexistentes, el Consejo ha elaborado la Propuesta de Directiva relativa a la protección consular de los ciudadanos de la Unión en países extranjeros¹³⁶³. Este texto, tiene por objeto aportar claridad y seguridad jurídica precisando determinados conceptos. Pretende, por ello, determinar el ámbito de beneficiarios, el significado y extensión de la “ausencia de representación consular”, identificar el Estado obligado a

¹³⁶¹ Como ejemplos de activación del mecanismo se citan en la Comunicación los atentados terroristas de Bombay, en noviembre de 2008, en los que un avión de evacuación sanitario sueco, cofinanciado por la Comisión a través del CCI, evacuó a seis europeos heridos. El mecanismo volvió a activarse en la reciente crisis de Libia, para ayudar a las autoridades consulares a evacuar a los ciudadanos de la UE.

¹³⁶² Este recurso fue empleado en las recientes crisis de Libia, Egipto, Haití y la nube de cenizas volcánicas de Islandia.

¹³⁶³ Bruselas, COM (2011) 881 final de 14.12.2011. Aprobado en votación única el 25 de octubre de 2012.

prestar asistencia¹³⁶⁴ y establecer medidas de coordinación e intercambio de información, incluidos los supuestos de gestión de crisis. Delimita igualmente los tipos normales de asistencia que prestan los Estados miembros en las circunstancias más frecuentes (arresto¹³⁶⁵ o detención, ser víctima de un delito, accidente grave o enfermedad grave, fallecimiento, medidas de ayuda y repatriación en caso de dificultades y expedición de documentos provisionales de viaje), actuaciones todas ellas en las que expresamente se determina el respeto a la voluntad del interesado (por ejemplo, en lo relativo a las personas a quien ha de notificarse la situación de privación de libertad o el modo de proceder con el cadáver).

En relación a la primera de las cuestiones, referida a la delimitación del ámbito subjetivo del derecho, se extiende a los ciudadanos de la Unión y también a sus familiares. Para la determinación de las personas que han de ser consideradas miembros de la familia, se estará a lo dispuesto en los arts. 2 y 3 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹³⁶⁶.

Sobre el segundo de los conceptos, la ausencia de representación, se adopta una interpretación extensiva, al hacerla sinónimo de accesibilidad, de manera que la vigencia del derecho se producirá con la misma amplitud, en todos aquellos supuestos en que pese a existir la representación consular, no sea accesible a quien la precise, por razones de distancia, dificultad del transporte o condiciones físicas particulares¹³⁶⁷.

Entre las medidas de coordinación y cooperación entre autoridades, la Propuesta acoge las iniciativas de la Comisión en cuanto a la utilización de la web del SEAE y la precisión ya señalada del contenido de la asistencia, aclarando que tal enumeración carece de la consideración de *numerus clausus* y especificando el contenido de la asistencia en los

¹³⁶⁴ El artículo 4.2 de la Propuesta confiere libertad de elección al ciudadano sin representación para elegir la embajada o el consulado.

¹³⁶⁵ Interpretamos la expresión arresto como sinónimo de nuestra medida cautelar de prisión provisional.

¹³⁶⁶ DO L 158/77 de 30.4.2004.

¹³⁶⁷ Artículo 3 “Se considerará que una embajada o un consulado establecidos con carácter permanente en un tercer país son accesibles si pueden prestar una protección efectiva y se puede llegar a ellos con seguridad tras un trayecto y un tiempo de viaje razonables.

Un ciudadano de la Unión necesita poder llegar a la embajada o consulado y regresar a su lugar de partida en el mismo día utilizando los medios de transporte usuales en el tercer país, a no ser que la urgencia del asunto requiera una asistencia más rápida. Si la embajada o el consulado no pudieran prestar una protección efectiva, especialmente si estuvieran cerrados temporalmente en una situación de crisis, se considerará que no están accesibles.”

supuestos de arresto, detención así como en aquellos otros en los que la persona necesitada de protección se halle en esta situación al haber sido víctima de un delito.

Frente a una situación de prisión provisional (art. 8), la prestación de asistencia consular a cargo de las embajadas o consulados de los Estados miembros comprende la obligación de ayudar a informar a los familiares u otras personas próximas del ciudadano¹³⁶⁸, visitarlo y comprobar que reciba un trato mínimamente digno en la prisión, así como informarle de los derechos que le correspondan como detenido y proporcionar la información de que dispongan al Estado del que sea nacional el detenido. Para el mejor desarrollo de las anteriores actividades, entre las propias autoridades diplomáticas, y a nivel de reuniones de cooperación local, se hará un intercambio regular de información, que comprenderá, entre otros aspectos, las condiciones de encarcelamiento y el acceso consular (art. 14).

En relación a las víctimas de un delito, las autoridades diplomáticas de los Estados miembros están compelidas por el mismo deber de información respecto de los familiares y Estado de su nacionalidad., al que se añade, en este caso particular, el deber de asistencia a la víctima en materia jurídica y sanitaria.

La actividad desarrollada por el SEAE tiene su mayor potencial de difusión en relación con las actividades desarrolladas en el marco de la PESD, cuestión que se relaciona con el objetivo principal de convertir a la Unión en un actor global con una sola voz en la esfera internacional¹³⁶⁹. Las actividades del nuevo cuerpo diplomático europeo están llamadas, no obstante, a cumplir funciones más amplias, algunas de ellas con especial trascendencia en la elaboración del ELSJ en la medida en que la coordinación de los servicios diplomáticos coadyuva a la sinergia de la actuación diplomática y la actividad jurisdiccional, esencialmente referidas a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo y el correlato de principio de auxilio judicial directo, contribuyendo de este modo a definir las funciones que habrán de corresponder a las autoridades diplomáticas y jurisdiccionales.

¹³⁶⁸ Este auxilio sólo se prestará a solicitud del preso preventivo.

¹³⁶⁹ En ASHTON, C., "El cuerpo diplomático de la Unión Europea: comentarios a un año de su instrumentación", Secretaría de Relaciones Exteriores, Año 2, nº 5, Julio 2012, [Consulta: 30.5.2013], [www.sre.gob.mx/images/stories/doccja/bjcsept2012.pdf], se realiza un balance de la actuación del SEAE en el año 2011 y se fijan sus retos futuros.

6.2.1.2. Respuestas a las necesidades de coordinación operativa: el Comité Operativo de Seguridad Interior

La nueva redacción del artículo 71 del TFUE dispone que *“Se creará un comité permanente en el Consejo con objeto de garantizar dentro de la Unión el fomento y la intensificación de la cooperación operativa en materia de seguridad interior.”* El principal objetivo del Comité Operativo de Seguridad Interior (en adelante COSI)¹³⁷⁰, es propiciar, fomentar e intensificar la coordinación de las actuaciones operativas entre los Estados miembros de la UE en materia de seguridad interior. Este papel de coordinación se referirá, fundamentalmente, a la cooperación policial y aduanera, a la protección de las fronteras exteriores y a la cooperación judicial en materia penal, también a nivel operativo, en materia de seguridad interior. El Comité informará regularmente sobre estas actividades al Consejo -identificando las deficiencias y recomendando las medidas oportunas para corregirlas- quien a su vez remitirá esta información a los Parlamentos nacionales y al Parlamento Europeo. En caso de ataques terroristas o grandes catástrofes, el Comité ofrecerá asistencia al Consejo de Justicia e Interior. Otra de las tareas del COSI es la coordinación de la acción de las agencias europeas con competencias en materias de justicia e interior, como Europol, Eurojust, Frontex y CEPOL, a las que se reconoce el importante y creciente papel desarrollado, para el cual requieren de un intenso intercambio de información.

La función de cooperación se fortalece en el ámbito policial, determinando el artículo 88 del TFUE que *“la Unión desarrollará una cooperación policial en la que participen todas las autoridades competentes de los Estados Miembros, incluidos los servicios de policía, los servicios de aduanas y otros servicios con funciones coercitivas especializados en la prevención y en la detección e investigación de infracciones penales”*. A estos efectos, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a *“la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente”*, pretendiendo así que esta fluidez suponga un importante impulso político para la cooperación.

¹³⁷⁰ Instituido mediante Decisión 2010/131 del Consejo, de 25 de febrero de 2010, por la que se crea el Comité permanente de cooperación operativa en materia de seguridad interior, DO L 52 de 3.3.2010.

Inciendo en la implementación del Tratado de Prüm¹³⁷¹, firmado en Alemania el 27 de mayo de 2005, la creación del nuevo Comité, plantea además, el desarrollo de un modelo integral de intercambio de información basado en la confianza mutua, que culmine en el principio de disponibilidad de la información. Para que las autoridades en materia de seguridad puedan prevenir y actuar anticipadamente deben disponer, en el momento adecuado, del mayor número de datos posible sobre hechos delictivos y sus autores, *modus operandi*, tipología de las víctimas, vehículos utilizados y demás circunstancias relevantes. En esta línea, busca la creación de un modelo europeo de intercambio de información seguro y estructurado que incluya todas las bases de datos de la UE¹³⁷² que resulten relevantes para reforzar la seguridad en la Unión permitiendo la interacción entre éstas. La Presidencia española ha enfatizado algo que ha quedado claro en los últimos años: máximo intercambio de información en inteligencia pero con pleno respeto al derecho a la privacidad y la protección de datos personales y permite vislumbrar una política europea de inteligencia y unas estructuras comunes que le den apoyo: elementos como la Estrategia de Seguridad

¹³⁷¹ Vid. nota 617.

¹³⁷² Un intento de recopilación incluiría las siguientes:

- *Europol Information System* (EIS): intercambio de información entre Estados miembros y terceros países para colaborar en investigaciones en temas criminales
- *Europol Analysis System*: permite a los analistas autorizados almacenar datos y explotar la información relevante de patrones criminales y relaciones que puedan establecerse.
- *Europol Index System*: permite a los usuarios autorizados verificar si los datos incluidos en el *Europol Analysis System* sobre su Estado miembro, y sólo se confirma su existencia, no su contenido
- *Eurodac*: asiste en la gestión de las múltiples peticiones de asilo a través de la comprobación de huellas dactilares y facilita la aplicación de la Convención de Dublín.
- *Customs Information System* (CIS): incrementa la efectividad de la cooperación así como los procedimientos de control de las diferentes autoridades aduaneras.
- *Customs File Identification Database* (FIDE): su objetivo es permitir que las autoridades nacionales responsables para llevar a cabo las investigaciones aduaneras identifiquen a las autoridades responsables de llevar a cabo tales investigaciones en otros países.
- *Europol Secure Communication Network* (ESCN): proporciona infraestructura técnica para dar apoyo al intercambio encriptado de datos e información de voz entre Europol y las respectivas unidades nacionales.
- *European Anti-Fraud Office* (OLAF); fortalece los medios para la prevención del fraude y combate de la corrupción y cualquier otra actividad irregular incluyendo conductas impropias en las instituciones europeas.
- *Anti-Fraud Information System* (AFIS): gestionado por OLAF, asiste en la prevención, investigación y persecución de operaciones que están en la base de la vulneración de las legislaciones de aduanas a través de un procedimiento más rápido.
- *Europol INFOEX/Liaison Network*: sistema empleado para el intercambio de información entre las oficinas de enlace y las oficinas de Europol.

Extraído de DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M., op. cit. p. 237.

Interior o el COSI son instrumentos que muestran el camino emprendido por la Unión Europea para gestionar su seguridad¹³⁷³.

Las funciones cuyo desarrollo compete al COSI no se agotan en la mera coordinación, sino que este nuevo organismo será también responsable de evaluar la orientación general y la eficiencia de la cooperación operativa con el objetivo de determinar posibles deficiencias y adoptar recomendaciones para resolverlas. En el ejercicio de dichas funciones podrá invitar a representantes de Eurojust, Europol, Frontex y otros organismos pertinentes a sus reuniones, y en principio contribuirá a garantizar una actuación coherente de dichos organismos.

Junto con el Comité Político y de Seguridad (CPS), asistirá al Consejo con arreglo a la llamada “cláusula de solidaridad” (art. 222 TFUE), según la cual la UE “movilizará todos los instrumentos de que disponga”, para ayudar a un Estado miembro que haya sido objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano. No está prevista, sin embargo, la participación del nuevo Comité en la elaboración de actos legislativos ni en la dirección de operaciones. Respecto de los primeros, el COREPER, reunión de los embajadores de los Estados miembro de la UE, sigue siendo el único responsable de la preparación de actos legislativos con la ayuda de los distintos grupos de trabajo del Consejo.

Por su función operativa, los miembros del COSI tendrán su base en los ministerios nacionales, a quienes corresponderá su designación. Así, cada Estado miembro decidirá si designa un solo representante para todos los temas o bien, diferentes representantes, con un número limitado, a efectos de garantizar la eficacia en el trabajo del Comité. Los delegados del COSI contarán con el apoyo de las representaciones permanentes de los Estados miembros ante la UE en Bruselas y de la Secretaría del Consejo y los Consejeros JAI de las representaciones permanentes se reunirán según proceda en las reuniones principales del COSI.

La creación de este nuevo Comité afectará de modo necesario a los trabajos de otros comités en el seno del Consejo y hará preciso revisar las funciones del Comité del art. 36 (CATS)¹³⁷⁴ y el Comité Estratégico de Inmigración, Fronteras y Asilo (CEIFA). Para ello, se señaló el 1 de enero de 2012, como fecha en que el Coreper volvería a evaluar los trabajos del CATS y el CEIFA teniendo en cuenta la eficacia y coherencia de las estructuras de trabajo

¹³⁷³ DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M. “La construcción de una capacidad de inteligencia durante las presidencias españolas de la Unión Europea”, *Revista CIDOB d’Affers Internacionals*, núm. 91, págs. 147-171.

¹³⁷⁴ Señaladas en el epígrafe 2.2.2.

del Consejo. Hasta dicha fecha, ambos comités habrían de centrar sus debates en las cuestiones estratégicas en las que el COSI no pueda contribuir o reunirse en la medida necesaria. Además, participarán, cuando se considere adecuado, en el trabajo legislativo, si bien, como se ha indicado, el Coreper seguirá siendo el único responsable de la elaboración de los actos legislativos¹³⁷⁵.

Una visión crítica de la funcionalidad del Comité es recogida por el investigador ARTEAGA¹³⁷⁶. En la medida en que los ministros JAI delegan el desarrollo, supervisión e implementación de la ESI al COSI, podría en su momento, dar respuesta a las cuestiones pendientes. Pero a juicio del autor, sigue siendo, sin embargo dudoso que la delegación funcione porque este órgano no tiene el nivel necesario para elaborar políticas o diseñar estrategias ni por el rango y procedencia de sus miembros (directores generales de policía) ni por su diseño, pensado para el día a día de la coordinación operativa de los Estados miembros. De hecho, la Decisión 16515/09 del Consejo de 27 de noviembre sobre el COSI, que le excluye de funciones legislativas y de ejecución, sólo prevé la asistencia de representantes de Eurojust, Europol, Frontex u otros como observadores bajo invitación, con lo que también estaría pendiente de definir la relación operativa entre el COSI y las agencias de la Comisión.

La creación de este nuevo órgano sirve para reflexionar sobre una cuestión que pone de relieve ARTEAGA¹³⁷⁷ y consiste en que se viene generalizando la práctica, a nivel de la Unión, de crear determinados órganos sin previa definición de sus funciones, como ocurre en el caso del COSI, en el que una vez dispuesta su creación en el propio Tratado, la determinación de sus concretas atribuciones se reserva a la Presidencia española. En ocasiones, esto trae como consecuencia que determinados órganos, una vez creados, carezcan de competencias porque no se llega a acuerdo en su atribución, lo que conlleva otro riesgo, el de que en defecto de acuerdo sobre esta cuestión a un determinado nivel, se produzca la delegación de la competencia para ello, con la consiguiente confusión entre los niveles estratégico y operativo del planeamiento en el ámbito JAI. ARTEAGA¹³⁷⁸, en atención a estas consideraciones

¹³⁷⁵ Los efectos del Tratado de Lisboa en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior (JAI): más codecisión y nuevas estructuras de trabajo, [Consulta: 21.3.2011], [Press.office@consilium.europa.eu – <http://www.consilium.europa.eu>].

¹³⁷⁶ ARTEAGA, F., La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea, [Consulta: 21.3.2011], [www.almendron.com/.../la-estrategia-de-seguridad-interior-de-la-union-europea].

¹³⁷⁷ Ibidem.

¹³⁷⁸ Ibid.

concluye que si en el ámbito de la Unión existe, como él afirma, una larga lista de instituciones JAI a la espera de resultados prácticos que justifiquen su creación, es que el órgano precede a la función y en consecuencia, la técnica prima sobre la estrategia y este planteamiento quizá, debiera ser revisado invirtiendo el orden de los factores, dando prevalencia a la segunda sobre la primera.

6.2.1.3.- Significado de la cláusula de solidaridad en caso de ataque terrorista

La denominada cláusula de solidaridad aparece regulada en el artículo 222 del TFUE como un mecanismo de actuación conjunta de la Unión y sus Estados miembros en los supuestos de ataque terrorista o catástrofe, sea ésta de origen natural o humano. Mediante la aplicación de esta cláusula, la UE trata de dar expresión tangible al principio de solidaridad consagrado en el Tratado de Lisboa¹³⁷⁹. De conformidad con la cláusula de solidaridad, la Unión ha de movilizar todos los instrumentos de que disponga, incluidos los medios militares, con la finalidad de actuar en prevención de ataques terroristas, así como proteger a las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas.

La asistencia comunitaria se prestará a petición de las autoridades políticas del Estado afectado y las actuaciones de coordinación de esta actividad se llevarán a cabo en el seno del Consejo. A estos efectos, el Consejo estará asistido por el Comité Político y de Seguridad, con el apoyo de las estructuras creadas en el marco de la política común de seguridad y defensa, y, como se ha visto, por el COSI, que le presentarán, en su caso, dictámenes conjuntos.

En lo que concierne a las circunstancias relativas a la concreta aplicación de la cláusula de solidaridad, el propio Tratado prevé que las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad serán definidas mediante decisión adoptada por el Consejo, a propuesta conjunta de la Comisión y del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. El Parlamento Europeo habrá de ser informado y sólo en el supuesto de que la decisión tenga repercusiones en el ámbito de la defensa, el Consejo habrá de pronunciarse por unanimidad, conforme al artículo 31.1 del TUE, resultando en otro caso suficiente la mayoría cualificada (art. 16.3 TUE). En efecto, el que el Tratado de Lisboa

¹³⁷⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2011) 790 final, Primer Informe anual sobre la aplicación de la Estrategia de Seguridad Interior de la UE.

instituya una cláusula de solidaridad que prevé, en el marco de la PCSD, la posibilidad de utilizar los medios militares de los EEMM en el interior de las fronteras de la UE ante un ataque terrorista permite a la Unión una aproximación a las amenazas no estatales y la racionalización de los instrumentos de los que dispone para responder. De acuerdo con el TUE, los medios reservados, al día de hoy, a la PCSD podrían intervenir frente a crisis que necesitan de instrumentos civiles para su resolución. Sobre la base de la cláusula de solidaridad, la PCSD es susceptible de movilizarse para apoyar otras políticas como el ELSJ¹³⁸⁰.

En el origen y configuración de la cláusula de solidaridad, la doctrina¹³⁸¹ encuentra las siguientes propuestas: A) Los esfuerzos de los EEMM no son suficientes para prevenir y perseguir a los grupos delictivos, por lo que, cada vez más, es necesario un enfoque genuinamente europeo. B) Son imprescindibles unas relaciones aún más estrechas entre los expertos locales, regionales y nacionales que constituyen la espina dorsal de las estrategias europeas de intervención en la materia. C) Se tiene que producir un incremento de herramientas basadas en el reconocimiento mutuo, para compartir información y para facilitar investigaciones y operaciones conjuntas, además de implementar mejores mecanismos que evalúen el sentido de las actuaciones europeas y estatales. D) Es necesario el reconocimiento de los valores que ha sustentado, desde el origen, el proceso de integración europea. E) Una unidad multinacional europea para emergencias tiene que ser relevada por organizaciones institucionales o no gubernamentales en cuanto éstas estén operativas en la zona de la catástrofe.

La cláusula de solidaridad, aun cuando su denominación pudiera inducir a confusión, en el ámbito del ELSJ enlaza directamente con el objetivo securitario, y sólo de forma secundaria y derivada, con los objetivos de libertad y justicia. Sin perjuicio del devenir de su puesta en práctica, su configuración se relaciona directamente con la prevención y represión de la actividad terrorista, que incluye, como acabamos de señalar, tanto la que se desarrolla nivel internacional como la nacional intracomunitaria. Ha de afirmarse, sin embargo, que el diseño

¹³⁸⁰ RUBIO GARCÍA, D. Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad introducidas por el Tratado de Lisboa: el refuerzo de la seguridad y la defensa en la Unión Europea, p. 15. Documento de trabajo 57/2011, [Consulta: 14.11.2012], [www.ieee.es/Galerias/.../RefuerzoSeguridadDefensaUE_OPEX.pdf]. En opinión de la autora, la cláusula de solidaridad introduce un marco conceptual para la programación política y de su redacción se desprende que se articula, como acción de apoyo, coordinación o complemento de la acción estatal y resulta de aplicación tanto al terrorismo nacional intraeuropeo como externo. págs.41 y 50.

¹³⁸¹ Ibidem.

de la cláusula no limita su ámbito de actuación en relación con determinadas formas de criminalidad, sino que es susceptible de ser utilizada en relación a cualesquiera que puedan desarrollarse en el territorio de la Unión, o fuera del mismo y con relevante impacto en su interior¹³⁸² y entrar por ello dentro de las competencias y políticas insertas en el ELSJ.

6.2.2. La puesta en marcha del Programa de Estocolmo

A diferencia de lo que ocurre con el Tratado de Lisboa, en relación al Programa de Estocolmo, su puesta en marcha no se relaciona como una de las cuatro prioridades de la Presidencia Española, sino que se incluye formando parte del impulso de una Europa de los derechos y libertades, donde se menciona de modo expreso la elaboración del correspondiente plan de acción, al que, más adelante, se vincula la Estrategia de Seguridad Interior (en adelante ESI). En esta actividad, de puesta en marcha del último Programa de Trabajo quinquenal, mediante la elaboración de su plan de acción y la ESI, habían de tenerse en cuenta las objeciones formuladas *ab initio* al Programa desde diversos sectores. En efecto, el Programa de Estocolmo ha recibido importantes críticas provenientes de las ONG por el profundo impacto que tendrá en el derecho a la privacidad de los ciudadanos europeos los procesos paralelos de un aumento del intercambio de información y la falta de unos estándares más efectivos de protección de datos personales¹³⁸³.

En la cámara del Parlamento Europeo¹³⁸⁴ también se ha reprochado que el Programa no incluya un compromiso más claro de los gobiernos europeos respecto de los derechos de los

¹³⁸² Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de noviembre de 2012, sobre las cláusulas de defensa mutua y de solidaridad de la UE: dimensiones política y operativa, procedimiento: 2012/2223 (INI).

¹³⁸³ Declaración de la European Civil Liberties Network sobre el Programa de Estocolmo, [Consulta: 23.4.2013], [stockholm.noblogs.org/.../2009/.../declaraci-n-del-ecln-acerca-del-progra...], Apud. ARGOMANIZ, J. y BERMEJO CASADO, R., "Un balance entre presidencias españolas".

¹³⁸⁴ El procedimiento de elaboración y aprobación del Programa de Estocolmo se describe como antecedente en la nota de la Presidencia al Consejo de Asuntos Generales, doc. nº 16484/1/09 REV 1 JAI 866 + ADD 1 del siguiente modo: "El proyecto del Programa de Estocolmo fue presentado por la Presidencia el 16 de octubre de 2009. El COREPER mantuvo un primer cambio de impresiones sobre el Programa durante sus reuniones de los días 21 y 22 de octubre de 2009. Con posterioridad, los Consejeros JAI examinaron el texto entero en tres reuniones, respectivamente el 30 de octubre y el 6 y el 13 de noviembre. El Coreper ha examinado el texto también tres veces, los días 4, 11 y 20 de noviembre.

En su sesión de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2009, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior mantuvo un extenso cambio de impresiones sobre el Programa, que concitó un amplio consenso. Se plantearon varios problemas, por lo que el texto ha sido reelaborado, según consta en el anexo de la presente nota, de modo que reflejara dichos debates, con miras a la aprobación del Programa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 TFUE, y a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea." [Consulta: 23.4.2013], [www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7284.pdf?view...].

prisioneros y de las víctimas, particularmente aquellas afectadas por la violencia de género, terrorismo y tráfico de personas; además, llama a un mayor esfuerzo para garantizar las dimensiones de libertad y de justicia en aspectos como la lucha contra la discriminación y el acceso a la educación, sanidad pública y sistemas jurídicos nacionales de los emigrantes, mientras rechaza las expulsiones masivas a países donde los derechos humanos no son respetados. Estas demandas simbolizan un mayor autoconvencimiento por parte de los europarlamentarios y su confianza en que, tras los cambios institucionales de Lisboa, se produzca por primera vez un control democrático formal de la versión final de un Programa para el ELSJ¹³⁸⁵.

Para BLANCO-MORALES LIMONES, más que en el contexto de la crisis económica, el Programa de Estocolmo ha recogido las reflexiones sobre sus causas y presta atención a la prevención de las conductas que pueden afectar al correcto funcionamiento del mercado y concibe las cuestiones de la cooperación judicial como herramienta de apoyo a la actividad económica, prestando especial atención a las medidas provisionales que deberán armonizarse para agilizar los procedimientos y garantizar que las resoluciones judiciales sean ejecutadas más eficazmente¹³⁸⁶.

Algunas de las anteriores críticas realizadas al nuevo Programa efectivamente han sido atendidas en la Primera Presidencia. En este sentido, en relación con la violencia de género, una de las principales propuestas legislativas se centra en la adopción de la Orden Europea de Protección. En lo que respecta a las críticas formuladas por el Parlamento Europeo, interpretándose como una exigencia de intervención en la elaboración y aprobación de estos Programas, entendemos que no encuentran fundamento en precepto alguno del nuevo Tratado y resultan mediatizadas por el hecho de que las opciones legislativas se van a tramitar con carácter general por el procedimiento de codecisión. A nuestro juicio, tales pretensiones supondrían desconocer el contenido del artículo 68 del TFUE y las normas que atribuyen la iniciativa legislativa. El refuerzo de la legitimidad democrática en la actuación de la Unión y la responsabilidad de sus instituciones no ha de llevar a interpretaciones exacerbadas que

Por tanto, las críticas al Programa del Parlamento Europeo se producen al margen de su elaboración y aprobación.

¹³⁸⁵ ARGOMANIZ, J. y BERMEJO CASADO, R., "Un balance entre...".

¹³⁸⁶ BLANCO-MORALES LIMONES, "La Presidencia Española de la UE 2010: contribuciones del Derecho Internacional Privado para el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 18, 2009, [Consulta: 23.4.2013], [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3149850.pdf].

propugnen la intervención parlamentaria como garantía de legitimidad en cualesquiera actuaciones institucionales.

6.2.2.1.- Plan de acción del Programa de Estocolmo

El Consejo invitó a la Comisión a presentar en el primer semestre de 2010 un plan de acción que debería adoptar el Consejo, traduciendo los objetivos y prioridades del Programa de Estocolmo en acciones concretas. Debería incluir una propuesta de calendario para la transformación de instrumentos a la luz de un nuevo fundamento jurídico. Con tal finalidad se adoptó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 sobre el Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo¹³⁸⁷.

En dicha Comunicación se expone que el impulso principal a la acción de la Unión en este ámbito en los próximos años consistirá en “progresar en la Europa de los ciudadanos”, con la garantía de que éstos puedan ejercer sus derechos y disfrutar plenamente de las ventajas de la integración europea. En esta línea, la protección de los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales debería convertirse en el eje de todas las normativas y políticas de la UE. La Comisión aplicará una “política de tolerancia cero” frente a las violaciones de la Carta.

Haciéndose eco de las críticas señaladas al Programa de Estocolmo, en cuanto a la necesidad de una mayor intensidad en la protección del derecho a la intimidad, la Comisión reconoce que la Unión debe garantizar la aplicación coherente del derecho fundamental a la protección de datos, reforzando la posición de la UE en cuanto a la protección de los datos personales en el contexto de todas las políticas de la UE, incluida la represión policial y la prevención de la delincuencia, así como en las relaciones internacionales.

En el ámbito del proceso penal, se pretende unificar las garantías de que disfrutaban las víctimas de delitos y del terrorismo en el conjunto de los entonces 27 Estados miembros para aumentar su protección. Garantizar también, un alto nivel de protección de los derechos de los acusados, abordando, igualmente, las condiciones de la detención y la prisión.

En materia de ciudadanía el objetivo es hacer que este concepto se convierta en una realidad tangible, puesta de manifiesto en la vida cotidiana de los ciudadanos de los

¹³⁸⁷ COM (2010) 171 final.

Estados miembros, de manera que se superponga como un valor añadido a la ciudadanía nacional.

Para ello, debe incrementarse la movilidad eliminando las barreras que un ciudadano pueda encontrar cuando pretenda trasladarse a otro Estado. Se contemplan específicamente como instrumentos para ello, la asistencia consular, la potenciación del derecho de sufragio activo y pasivo y de la iniciativa ciudadana.

Se reconoce que el derecho penal es un ámbito relativamente nuevo de la acción de la UE respecto del cual el Tratado de Lisboa establece un marco jurídico claro y la política de la UE en materia de aproximación del Derecho penal sustantivo y procesal debe basarse en una estrategia de justicia penal que respete plenamente los principios de subsidiariedad y coherencia. Esta estrategia se llevará a cabo en estrecha colaboración con el Parlamento Europeo, los parlamentos nacionales y el Consejo y en ella se reconocerá, dispone el plan, que la cuestión principal sigue siendo el reconocimiento mutuo, y que la armonización de los delitos y las sanciones se realizará en casos determinados. Sin embargo, diferencias injustificables entre los sistemas judiciales de los Estados miembros no deben favorecer la impunidad del delincuente que decida cruzar la frontera. Por ello, se hace precisa una sólida base procesal común europea.

En materia de seguridad, la puesta en común de las capacidades policiales de los Estados miembros en relación con las drogas y rutas específicas será una primera respuesta operativa concreta. Y también lo será, pero en relación con la libre circulación, la liberalización del régimen de visado con los países vecinos y la entrada en funcionamiento de los sistemas SIS II¹³⁸⁸ y VIS.

En el ámbito de la política migratoria se parte de que la inmigración cumple la valiosa función de respuesta al reto demográfico de la Unión, y de garantizar unos resultados económicos notables a largo plazo; contribuir en gran medida a la estrategia Europa 2020 proporcionando una fuente adicional de crecimiento dinámico. Para ello, se establecerán marcos nuevos y flexibles para la admisión de inmigrantes legales, lo que permitirá a la Unión adaptarse a la creciente movilidad y a las necesidades de los mercados nacionales,

¹³⁸⁸ Al que se refiere el Reglamento (UE) nº 1273/2012 del Consejo, de 20 de diciembre de 2012, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), DOUE L 359, 29, que deroga el Reglamento (CE) nº1104/2008 del Consejo, DO L 299 de 8.11.2008. Sobre el desarrollo del SIS II, cfr. PARKIN, J., The Schengen Information System and the EU Rule of Law, Inex Policy Brief, Nº 13/June 2011.

respetando al mismo tiempo las competencias de los Estados miembros¹³⁸⁹. Un nivel uniforme de derechos y obligaciones de los inmigrantes legales unida a una gestión eficaz de la reagrupación familiar, reforzará la competitividad. La situación de los niños no acompañados será objeto de atención especial. El derecho al asilo se configura como un derecho fundamental que incluye el principio de no devolución.

6.2.2.2.- Estrategia de Seguridad.

Los retos para la seguridad interior de la UE en el momento de puesta en funcionamiento del Programa de Estocolmo se centran en el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico de estupefacientes, la corrupción, la trata de seres humanos, la introducción ilegal de personas y el tráfico de armas¹³⁹⁰. Por ello, a través del Programa de Estocolmo, el Consejo Europeo insta al Consejo y a la Comisión a definir una estrategia detallada de seguridad interior de la UE, basada, en particular, en la claridad de reparto de tareas entre la UE y los Estados Miembros, la reflexión sobre un planteamiento anticipatorio y basado en la inteligencia, la necesidad de una proyección horizontal y transversal para poder abordar crisis complejas o desastres naturales y el recurso a las iniciativas regionales y a la cooperación regional.

¹³⁸⁹ PAPADEMETRIOU, D. & COLLETT, E., A New Architecture for Border Management, Migration Policy Institute, March, 2011.

¹³⁹⁰ La Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia de Seguridad Interior para el período 2010-2014 (Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo "La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura" COM (2010) 0673) señalaba cinco ámbitos prioritarios en los que la UE puede aportar un valor añadido, a saber, la lucha y la prevención contra las formas graves de delincuencia y la delincuencia organizada, el terrorismo y la ciberdelincuencia, la mejora de la gestión de las fronteras exteriores y el aumento de la resistencia y la capacidad de recuperación ante catástrofes naturales o antropogénicas. A juicio del Parlamento Europeo (expresado en el Informe de 24.4.2012 sobre la Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea (2010/2308 (INI), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, siendo Ponente: Rita Borsellino) estos objetivos no son exhaustivos y se podría haber estructurado mejor el orden de prioridades. El Parlamento señala que la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada constituye y debe seguir constituyendo una prioridad fundamental de la ESI; considera que debe abordarse también la cuestión de la resistencia y la capacidad de recuperación ante catástrofes antropogénicas y naturales, incluidos los fallos de infraestructuras críticas; señala, no obstante, que no parece plenamente justificado ni apropiado tomar medidas en el ámbito del respeto de los derechos de propiedad intelectual – materia que forma parte de un debate específico en profundidad- en el marco de la ESI.

De este modo, la Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción¹³⁹¹ destacaba las grandes prioridades de la UE para los próximos cuatro años:

1) Desarticulación de las redes de delincuencia internacional mediante la recogida de los Registros de Nombres de Pasajeros de vuelos que penetran en el territorio de la UE o que salen de él, el favorecimiento de la creación de los ECI, la lucha contra la corrupción en la medida interesada por el Consejo a través del Programa de Estocolmo, que solicita a la Comisión la fijación de indicadores para medir los esfuerzos de los Estados miembros en la lucha contra la corrupción, decomiso y recuperación de los activos procedentes de la delincuencia.

2) Prevención del terrorismo y necesidad de hacer frente a la radicalización y la captación de miembros mediante la creación de una red de la UE para la sensibilización frente a la radicalización, la extracción y análisis de datos de mensajería financiera¹³⁹² y la atención especial a la seguridad en el transporte¹³⁹³.

3) Aumento de los niveles de seguridad de los ciudadanos y las empresas en el ciberespacio mediante la creación de un Centro europeo de lucha contra la ciberdelincuencia¹³⁹⁴, el establecimiento de Equipos de respuesta a incidentes de seguridad de la información (CERT), la creación de un grupo de trabajo UE/EEUU sobre ciberseguridad y ciberdelincuencia¹³⁹⁵, la conformación, junto con el SEAE, de una posición europea acerca de las recientes iniciativas sobre uso correcto de Internet.

4) Refuerzo de la seguridad a través de la gestión de las fronteras. Se está creando la red EUROSUR¹³⁹⁶, que permitirá el intercambio seguro de información entre los centros

¹³⁹¹ Comunicación de la Comisión: La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: Cinco medidas para una Europa más segura- COM (2010) 673/3.

¹³⁹² La UE adoptó en marzo de 2012 una Decisión que tenía por objeto ordenar el cese inmediato de todas las comunicaciones financieras con personas y entidades iraníes sujetas a congelación de activos por cooperar en el programa nuclear de Teherán e incluía la red Swift (Sociedad para la Telecomunicación Financiera Interbancaria Mundial).

¹³⁹³ La UE firmó el Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo con los Estados Unidos (TFTP-EEUU), que constituye el marco jurídico para la transferencia de datos de mensajería financiera de la UE a los EEUU con fines antiterroristas. La evaluación llevada a cabo en marzo de 2011 puso de manifiesto su eficacia en la lucha contra el terrorismo.

¹³⁹⁴ La Comisión ha encargado un estudio de viabilidad para determinar el momento y las modalidades de creación del Centro europeo de lucha contra la ciberdelincuencia. Dicho estudio, se inició en mayo de 2011 y a la espera de sus resultados, Europol decidió, en junio de 2011, reorganizar sus competencias en materia de ciberdelincuencia, procediendo a una redistribución de los recursos.

¹³⁹⁵ Este grupo se concentró en la protección de los recursos esenciales de Internet frente a los abusos y en la prevención y la persecución de los actos de pederastia en línea.

¹³⁹⁶ Sobre esta iniciativa, cfr. HAYES, B. & BVERMEULEN, M., Borderline, The EU's New Border Surveillance Initiatives. Assessing the Costs and Fundamental Rights Implications of EUROSUR and the "Smart Borders" Proposals, Heinrich Böll Foundation, June 2012.

nacionales de coordinación y Frontex¹³⁹⁷, el establecimiento del Sistema de Información sobre Visados¹³⁹⁸ y la gestión común de riesgos relacionados con la circulación de mercancías entre países¹³⁹⁹. En concreto, en relación a EUROSUR, el Reglamento (UE) Nº 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur)¹⁴⁰⁰ da nacimiento a este nuevo sistema de vigilancia de fronteras, referido exclusivamente a las fronteras exteriores de la Unión, cuya determinación a los efectos de esta norma corresponde a los propios Estados miembros (art. 14). El Reglamento no resulta de aplicación a las medidas judiciales adoptadas en relación a la delincuencia transfronteriza o cruces no autorizados de personas de las fronteras exteriores (art. 2.3) aportando una definición de delincuencia transfronteriza a los efectos de delimitación de su propio ámbito de aplicación en el art. 3.e)¹⁴⁰¹.

5) Aumento de la resistencia de Europa frente a las crisis y las catástrofes. Lo que se pretende gestionar a través de la aplicación de la cláusula de seguridad, la evaluación de riesgos y directrices para la gestión de catástrofes y enfoques nacionales de la gestión de riesgos, la mejor protección respecto de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la protección de la información clasificada mediante una coordinación efectiva entre las instituciones, organismos y agencias de la UE y la creación de una Capacidad Europea de Respuesta Urgente¹⁴⁰².

ARTEAGA pone de relieve que la seguridad interior es una responsabilidad nacional¹⁴⁰³, por lo que cada Estado potencia sus capacidades individuales recurriendo a marcos bilaterales, multilaterales, regionales o internacionales según sus intereses y prioridades de

¹³⁹⁷ En el contexto de EUROSUR y en estrecha cooperación con el COSI, varios Estados miembros meridionales iniciaron los preparativos de la red regional "SEAHORSE Mediterráneo" en la que participan determinados países vecinos africanos. De forma paralela, Frontex, la Agencia Europea de Seguridad Marítima (EMSA) y el Centro de Satélites de la UE EUSC) desarrollaron conjuntamente un concepto de utilización común de satélites, sistemas de notificación de buques y otros instrumentos de vigilancia.

¹³⁹⁸ Los llamados ensayos operativos del sistema y ensayos de aceptación provisional del sistema concluyeron con éxito en el segundo y en el tercer trimestre de 2011, tras lo cual, el VIS entró en funcionamiento en la primera región de lanzamiento (Norte de África).

¹³⁹⁹ El 1 de enero concluyó el proceso de aplicación de la modificación del Código Aduanero y del marco común de gestión de riesgos.

¹⁴⁰⁰ DO L 295 de 3.11.2013.

¹⁴⁰¹ Del siguiente tenor: "cualquier delito grave con una dimensión transfronteriza cometido en las fronteras exteriores o en sus proximidades".

¹⁴⁰² COM (2011)790 final.

¹⁴⁰³ Con fundamento jurídico en el artículo 72 del TFUE "El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior."

seguridad. La cooperación europea es uno de los marcos disponibles que ofrece a los Estados miembros mayor valor añadido, preservando siempre un carácter subsidiario. A juicio de este autor, la seguridad interior ha perdido protagonismo en el Tratado de Lisboa, conclusión que extrae del hecho de su ubicación sistemática, de la circunstancia de que figure en la parte de funcionamiento del Tratado, dentro de las políticas y acciones internas de la Unión y compartiendo sus competencias con la Comisión. En contraposición, la cooperación en asuntos de exterior y seguridad dispone de escaparate propio en el Tratado de la UE (TUE), tiene visibilidad en el entramado orgánico y político de Bruselas, dispone de un interlocutor – el alto representante para la PESC- y de órganos y personal para desarrollar unas políticas cada vez más intergubernamentales.

El desarrollo, supervisión y aplicación de la ESI debería convertirse en una de las tareas prioritarias del COSI, creado en virtud del artículo 71 del TFUE. Para garantizar la aplicación efectiva de la ESI, habrá de ocuparse también de los aspectos de seguridad relacionados con una gestión integrada de las fronteras y, cuando corresponda, de los aspectos de la cooperación judicial en materia penal que sean pertinentes para la cooperación operativa en materia de seguridad interior. La ESI también debería tener en cuenta la estrategia de seguridad exterior elaborada por la UE, así como otras políticas de la UE, en especial las relacionadas con el mercado interior. Asimismo deberían valorarse las posibles repercusiones en las relaciones con los países vecinos de la UE y, en especial, con los países candidatos potenciales. En cumplimiento de tales previsiones, el 25 de febrero de 2010, el Consejo aprobó una Estrategia de Seguridad Interior de la UE, lo que constituía una de las prioridades de la Presidencia española. Dicho documento proclama que:

La seguridad interior de la UE significa la protección de las personas y los valores de libertad y democracia, para que todos puedan disfrutar de sus vidas cotidianas sin temor. También refleja la visión compartida de Europa de los desafíos de hoy y nuestra determinación de hacer un frente común para encarar estas amenazas, cuando sea necesario, con políticas que aprovechen el valor añadido de la UE¹⁴⁰⁴.

Esta cuestión no resulta novedosa, y se abordaba ya en la Comunicación de la Comisión: hacia una estrategia sobre la dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y

¹⁴⁰⁴ Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea *Hacia un modelo europeo de seguridad*, [Consulta: 20.3.2012], [www.tsa.ondemand.flumotion.com/tsa/ondemand/.../Seguridad_ES.pdf].

justicia¹⁴⁰⁵ dejando patente cómo los aspectos exteriores de la justicia en los asuntos de interior a nivel mundial contribuyen a crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el territorio de la Unión Europea¹⁴⁰⁶. La promoción del Estado de Derecho en el exterior de la Unión Europea a través de la cooperación es fundamental y contribuye al desarrollo sostenible. Las sociedades basadas en la buena gobernanza y la democracia son más resistentes a las amenazas internas que pueden también desestabilizar la seguridad internacional.

La Comunicación de la Comisión hace hincapié en el fortalecimiento de la cooperación internacional. La libre circulación en el seno de la UE, la apertura de las fronteras y la integración global han añadido una nueva dimensión a la cooperación internacional. La gestión eficaz de las fronteras resulta de crucial importancia para la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, al tiempo que contribuye a mantener buenas relaciones entre Estados vecinos. La cooperación con las autoridades turcas, a título de ejemplo, ha permitido incautar importantes cantidades de droga en el interior de la Unión.

A través de la Comunicación, la Comisión aconseja la promoción del Estado de Derecho como medio de cooperación con el fin de garantizar la seguridad tanto en el interior como en el exterior de la Unión. Del mismo modo se hace preciso favorecer la cooperación regional, ya que la experiencia ha demostrado que la mejor manera de hacer frente a los retos transfronterizos como la migración y la gestión de fronteras suele ser la acción concertada a nivel regional. La Comisión aboga por el multilateralismo¹⁴⁰⁷ en las organizaciones

¹⁴⁰⁵ COM (2005)491 final.

¹⁴⁰⁶ Como apuntan RODRÍGUEZ, J.M., y SORROZA BLANCO, A. *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y la próxima Presidencia Española de 2010. Parte 2ª: el Programa de Estocolmo – más derechos, más seguridad, más Europa en el mundo-*, ARI N° 174/2009, [Consulta: 15.11.2012], [km2.isn.ethz.ch/serviceengine/Files/ESDP/145983/ipublicatio--], “¿Quién duda de que seguridad interior y exterior estén profundamente interrelacionadas?...Se han dado en los últimos años pasos en la dirección adecuada como la aprobación de una Estrategia o la creación de un grupo en el Consejo (JAIEX) encargado de aportar una visión exterior a los asuntos del ELSJ. Estas cuestiones deben ser además estudiadas en el marco más amplio del Servicio Europeo de Acción Exterior. El principal problema que se debe abordar aquí es de método, ¿cómo conseguir que la evidente interrelación entre seguridad exterior e interior se manifieste en la acción y en las instituciones de la UE? ¿Quién se ha de responsabilizar de la vertiente exterior del ELSJ? ¿Cuál será el grado de participación de la Comisión y de los Estados Miembros? La Presidencia española, junto con la Comisión, el Consejo y el Parlamento, tendrá la gran responsabilidad de definir un criterio para el futuro.”

¹⁴⁰⁷ Entendido éste como la aplicación de los principios democráticos a las relaciones internacionales, tal como lo define MOREAU DEFARGES, P., “El multilateralismo y el fin de la Historia”, *Politique étrangère*, otoño 2004, [Consulta: 25.2.2013], [www.diplomatie.gouv.fr/es/IMG/pdf/0104-MOreau-espAVB-2.pdf]. El autor también distingue entre también entre un multilateralismo “duro” (al igual que las instituciones europeas), y un multilateralismo “blando”, o moderado, que privilegia los comportamientos (por ejemplo, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático [ASEAN]). En lo que se refiere al multilateralismo y su

internacionales con vistas a aumentar el peso de la Unión en el seno de las instancias internacionales y de fomentar la elaboración de nuevos instrumentos internacionales.

Este instrumento señala también los principios que deben regir la política dirigida a los terceros países estimando como tales:

1.- La fijación de prioridades geográficas en las políticas de ampliación, de desarrollo y de relaciones exteriores en función de las relaciones especiales de la UE con determinadas regiones o países.

2.- Adaptar las estrategias con el fin de dar una respuesta individual a la situación específica de un país o región, flexibilizando la programación con el fin de garantizar la adecuación a las nuevas prioridades.

3.- Coordinar la acción en materia de libertad, seguridad y justicia con la PESC teniendo en cuenta que ello requiere una concertación estrecha entre el Consejo y la Comisión para garantizar la coherencia de las actividades exteriores de la UE, empleando también a tal fin la asociación con terceros países en las políticas de ampliación, relaciones exteriores y desarrollo.

4.- Valorar la pertinencia de la acción exterior, de forma que exista un vínculo claro entre las actividades interiores dirigidas a crear el espacio de libertad, seguridad y justicia, y las acciones exteriores destinadas apoyar este proceso; lograr un valor añadido a través del intercambio regular de información entre los Estados Miembros y la Comisión sobre las actividades realizadas en terceros países y realizar una evaluación comparativa de modo que todas las acciones incluyan mecanismos de evaluación de los progresos realizados en los terceros países y de la pertinencia de la acción en relación con los objetivos.

En orden a la coordinación de la ESI con la aplicación de la Estrategia de Seguridad Exterior ha de tenerse en cuenta que la Unión dispone de una amplia gama de instrumentos con el fin de adaptar las modalidades de su cooperación exterior a la situación de cada país, tales como los acuerdos bilaterales, política europea de vecindad y su correspondiente plan de acción, programas de ayuda exterior (CARDS, TACIS, MEDA...), así como instrumentos de cooperación regional al ejemplo de las cumbres Asia-Europa (ASEM) y, finalmente, regímenes individuales.

relación con la actividad de la Unión, vid. MONTORBIO, M., "Consideraciones sobre el multilateralismo...", op. cit.

El seguimiento de la aplicación de la estrategia revela que su eficacia y coherencia deben mejorarse a través de la coordinación entre los grupos de trabajo geográficos del Consejo y los grupos encargados de las cuestiones de justicia, libertad y seguridad. El COREPER desempeña una función de coordinación importante en este ámbito. También mediante la reacción rápida frente a necesidades repentinas o nuevos tipos de amenaza y el reforzamiento de la función de la Unión en el seno de organizaciones internacionales.

Sobre la base de estos precedentes, ya el Consejo Europeo de los días 16 y 17 de junio de 2005 había formulado la necesidad de adoptar por primera vez una estrategia relativa a la dimensión exterior del ELSJ. Dicha estrategia, habría de formar parte integrante de la política de la Unión en materia de relaciones exteriores e incluiría la acción exterior en materia de terrorismo¹⁴⁰⁸.

La interconexión entre la dimensión exterior del ELSJ y la política PESC se pone también de relieve en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo que incluye el Primer Informe Anual sobre la aplicación de la Estrategia de Seguridad Interior de la UE¹⁴⁰⁹. En dicho documento, y bajo la rúbrica “aspectos transversales” se enumeran algunas iniciativas adoptadas con la finalidad de asegurar una cooperación y una coordinación más estrechas en el ámbito de la seguridad. Con este fin se han reunido el COSI, el Comité Político de Seguridad y el SEAE¹⁴¹⁰ para intercambiar opiniones sobre la manera de potenciar las sinergias entre los aspectos interior y exterior de la seguridad de la UE. Asimismo, la Comisión ha redactado un documento conjunto sobre la intensificación de los vínculos entre la PESC y los actores de las políticas de Libertad, Seguridad y Justicia. En dicho documento, tal como afirma el citado informe de la Comisión, se incluyen algunas recomendaciones específicas en relación al intercambio de información que permitan la anticipación frente a la reacción. Teniendo en cuenta que las misiones de policía de la PESC presentan objetivos comunes o complementarios con los Asuntos JAI, se propugna que Europol colabore de una manera más estrecha con las misiones de policía de la PESC y que el sector JAI participe en el proceso desde el inicio, especialmente en la fase de determinación y valoración de la necesidad de intervención de la UE en una crisis. La principal dificultad detectada reside en cómo hacer

¹⁴⁰⁸ Esta acción y perspectiva se reitera en el actual Programa de Estocolmo, [Consulta: 23.4.2013], [http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_migration/16014_es.htm].

¹⁴⁰⁹ COM (2010)0790.

¹⁴¹⁰ La primera de estas reuniones tuvo lugar el 1 de junio de 2011.

posible el intercambio directo con Europol de datos personales recogidos en el transcurso de las misiones de policía de la PESC¹⁴¹¹.

A estos efectos, el Consejo europeo considera que las políticas de libertad, seguridad y justicia deberían integrarse en las políticas generales de la Unión. El Tratado de Lisboa ofrece nuevas posibilidades para que la UE actúe con mayor eficacia en el ámbito de las relaciones exteriores. El Alto Representante, que es también vicepresidente de la Comisión, el Servicio Europeo de Acción Exterior y la Comisión habrán de garantizar una mejor coherencia entre los instrumentos tradicionales de política exterior y los instrumentos internos que tengan dimensiones exteriores significativas, como el ámbito de libertad, seguridad y justicia. Es preciso considerar el valor añadido que puede lograrse existiendo una competencia específica de libertad, seguridad y justicia en las delegaciones de la UE en algunos países socios estratégicos. Además, la personalidad jurídica de la Unión debería permitirle actuar con mayor contundencia en las organizaciones internacionales.

Hoy por hoy, la Unión Europea tiene sus mayores activos en el ámbito de prevención de conflictos, que, en el fondo, representan el intento de exportar su modelo político social, considerado como un factor de paz y estabilidad. Pero la UE precisa también de visibilidad sobre el terreno si de verdad quiere ser un actor global. Las misiones de la PESD¹⁴¹² también

¹⁴¹¹ Como ejemplo, el informe hace referencia a la misión en Kosovo. Tras la adopción, el 17 de noviembre de 2008, del proyecto de conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre los posibles mecanismos de cooperación entre las misiones civiles de la PESC y Europol en lo que respecta al intercambio mutuo de información, se ha implantado un mecanismo de intercambio de datos personales entre Europol y EULEX Kosovo. Los datos personales se transfieren entre EULEX (a través de la Oficina de la Unión Europea para la investigación sobre delincuencia) y EUROPOL (a través de las Unidades nacionales de EUROPOL o ENU situadas en las capitales de tres Estados miembros: FI, SV, UK).

¹⁴¹² La PESD se ha materializado con la puesta en marcha de 23 operaciones y misiones desde enero de 2003, cuando comenzó en Bosnia-Herzegovina la Misión de Policía de la Unión Europea. En el año 2010 fueron un total de 12, aunque 10 de ellas tenían una naturaleza civil, de contenido policial, judicial, y de reforma de estructuras administrativas y de seguridad. Hasta ahora podemos hablar de tres misiones cívico-militares en el marco de la PESD: el apoyo a la Misión AMIS II de la Unión Africana, entre julio de 2005 y diciembre de 2007, para vigilarla observancia del alto el fuego entre el Gobierno sudanés y los rebeldes de Darfur, la EUSEC en la República democrática del Congo, desde junio de 2005, para asistir a las autoridades congoleñas en la reforma del sector de la seguridad, cuyo principal objetivo será la integración de todos los militares y combatientes de la oposición en un nuevo modelo de Fuerzas Armadas; y la EU SSR, desde febrero de 2008, en la que también se asiste a la República de Guinea-Bissau en el mismo objetivo. Extraído del documento de seguridad y defensa nº37, De las operaciones conjuntas a las operaciones integradas. Un nuevo desafío para las fuerzas armadas. [Consulta: 28.3.2012], [www.es.scrib.com/.../Las-misiones-de-la-PESD-enfoques-opuestos-y-...]. Desde otra clasificación, "...En lo geográfico, las operaciones de la UE cubren tres continentes: Europa, Asia, África. Temáticamente incluyen operaciones militares (por ejemplo, la EUFOR en Althea en Bosnia-Herzegovina o EUFOR RD Congo en la República Democrática del Congo), misiones de policía (por ejemplo, EUPOL COPPS en los Territorios Palestinos o EUPOL Kinshasa en la República Democrática del Congo)." La UE también ha realizado funciones de asistencias en la frontera de

hacen una importante contribución a la seguridad interior de la UE en sus esfuerzos por apoyar la lucha contra las formas graves de delincuencia transnacional en sus países de acogida, así como al respeto del Estado de Derecho¹⁴¹³. Tienen, por tanto, objetivos compartidos. En este sentido, los documentos estratégicos más recientes han incluido un “enfoque integral de la seguridad por el que todos los desafíos a la misma han de abordarse empleando de forma integrada todos los instrumentos a su disposición. La aplicación práctica de dicho concepto requiere el empleo integrado de capacidades militares y civiles en unas operaciones que, por ello, adquieren un nuevo carácter y se han denominado “operaciones integradas”.

6.2.2.3.- El fenómeno de los Menores Extranjeros No Acompañados.

El Programa de la Presidencia Española vincula el fenómeno de los Menores Extranjeros no Acompañados a la plena realización de derechos y libertades. Se trata, no obstante, de una cuestión estrechamente vinculada a la inmigración.

En relación al fenómeno de los menores extranjeros no acompañados (MENA), el Programa de Estocolmo preveía la posibilidad de desarrollar un plan de acción a iniciativa de la Comisión, bajo el prisma de que para muchos de ellos, el interés superior es su reagrupación con sus familiares y su desarrollo dentro de su propio entorno social y cultural, iniciativa que se materializó en una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo¹⁴¹⁴ y en la aprobación del correspondiente Plan de Acción (2010-2014) por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión en sesión de 4 de junio de 2010. Dicho instrumento venía a colmar la laguna detectada por la doctrina¹⁴¹⁵ en el sentido de previsión del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados de manera individualizada, ya que hasta la fecha únicamente se contenían referencias aisladas en los actos normativos

Moldavia y Ucrania. BRUMMER, K. “La Política Europea de Seguridad y Defensa: avances y deficiencias”. [Consulta: 28.3.2012], [www.fuhem.es/media/.../Politica_europea_segurida_y_defensa.pdf].

¹⁴¹³ Vid, al respecto, SIMÓN NAVARRO, “La Presidencia española y la PESD: es hora de tomarse en serio la capacidad de la Unión para la planificación y la dirección de las operaciones militares”, [Consulta: 28.3.2012], [www.realinstitutoelcano.org/WPS/portal/.../contenido?WCM...].

¹⁴¹⁴ COM (2010) 213 final.

¹⁴¹⁵ SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Colección Estudios Jurídicos, Murcia: Fundación Diagrama 2008, págs. 27 y 28.

adoptados en materia de inmigración¹⁴¹⁶. Especialmente, no se contenía disposición alguna relativa al tratamiento de los MENA infractores¹⁴¹⁷.

Los motivos que habrían de justificar la actuación comunitaria se centraban en la característica de transnacionalidad del fenómeno, la especial vulnerabilidad de los menores implicados y el incremento cuantitativo experimentado en los últimos años respecto de los menores que acceden en estas condiciones al territorio de la Unión¹⁴¹⁸. En términos cuantitativos, en 2008 se recibió un total de 11.292 solicitudes de asilo presentadas por menores no acompañados en los veintidós Estados miembros que participaron en el estudio elaborado por la Red Europea de Migración, frente a las 8030 solicitudes de asilo formuladas en 2007, lo que representa un incremento del 40,6%¹⁴¹⁹.

Respecto de la motivación que subyace en la inmigración de menores, se puede afirmar que suele obedecer a situaciones profesionales y económicas muy precarias, con escasas posibilidades de formación, de la que huyen hacia las mejores expectativas que les ofrecen los países comunitarios. En estos supuestos, la intención es conocida y en ocasiones apoyada por las propias familias. Puede responder también a otras motivaciones, tales como la huida de catástrofes naturales, desestructuración familiar, desprotección institucional, miedo a la persecución, a sufrir las consecuencias de un conflicto armado o a graves disturbios en su país de origen o de situaciones que impliquen violaciones de derechos humanos, si bien,

¹⁴¹⁶ Así en la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, 97/C221/03 y en las Directivas 2001/55/CE, 2003/9/CE, 2003/86/CE, 2004/81/CE y 2008/115/CE.

¹⁴¹⁷ Nos referimos con esta expresión a los Menores Extranjeros No Acompañados que incurren en comportamientos delictivos de acuerdo con la legislación del país de destino. Como respuesta a esta situación, la propia Comisión propone la modificación de los actos siguientes: Directiva 2003/9/CE del Consejo por la que se aprueban las normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo, COM (2008) 815; Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, COM (2008) 820; Reglamento (CE) nº 2725/2000 del Consejo relativo a la creación del sistema "Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín, COM (2008) 825; Directiva 2005/85/CE del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, COM (2009) 554; y Directiva 2004/83/CE del Consejo, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, COM (2009) 551.

¹⁴¹⁸ Sólo las Comunidades Autónomas españolas, entre el 1 de enero de 2004 y el 30 de junio de 2005, tutelaron a 11.411 MENA. GOENECHEA PERNISAN, C. "Menores Inmigrantes No Acompañados: un estudio de su situación en la actualidad", [Consulta: 19.9.2011], [weib.caib.es/Documantacio/jormades/Web_I_Cong_Medit/.../menors2.pdf].

¹⁴¹⁹ Los datos no incluían a Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Luxemburgo ni Rumanía y la síntesis e informes nacionales se encuentran disponibles en el sitio Web de la Red Europea de Migración: [http://emn.sarenet.es/Download/prepareShowFiles.do?directoryID=115].

especialmente en los Estados con escasa tradición como países de asilo, la motivación económica resulta preponderante¹⁴²⁰.

Una vez que los menores llegan al país de destino, y a grandes rasgos, pueden encontrarse en diferentes situaciones. En primer lugar, están los que son introducidos por mafias de tráfico de personas que en muchas ocasiones les conduce a situaciones de cuasi esclavitud, abusos y explotación sexual. Están también los menores que ya vivían en situación de riesgo o desamparo en sus países de origen, sin una familia de referencia, que terminan viviendo en la calle y manteniéndose cometiendo pequeños delitos. Y finalmente un tercer grupo, que sería el formado por los menores que consiguen insertarse en la sociedad a través de los sistemas de protección de la infancia y regularizar su situación administrativa¹⁴²¹.

Los aspectos que requieren atención en relación a los MENA hacen referencia a la debida identificación y determinación de la edad de los menores, la localización de la familia de origen, el aseguramiento del retorno en debidas condiciones de seguridad y la evitación del alto porcentaje de fugas que se producen desde los centros de acogida. A nivel internacional, los inconvenientes vendrían dados por la variabilidad de los países de origen. Si en los años 2006 y 2007, la mayoría de menores, en lo que a España se refiere, procedían de Rumanía, Marruecos y Senegal¹⁴²², la Comunicación de la Comisión cita como principales países de origen Irak, Afganistán y algunos países africanos.

El nuevo Plan de Acción pretende hacer frente a todas estas cuestiones, que identifica, y a cuya resolución pone a disposición los medios diseñados en el ámbito de su política migratoria¹⁴²³ y del ELSJ, aportando un enfoque común que encuentra su fundamento en los principios de solidaridad y corresponsabilidad con los países de origen y tránsito, la cooperación reforzada con las organizaciones especializadas de la sociedad civil y las organizaciones internacionales y el pensamiento de que el éxito de las actuaciones que se

¹⁴²⁰ LÓPEZ AZCONA, A. "Problemática Jurídica de los Menores Extranjeros No Acompañados" Ponencia expuesta el 13 de noviembre de 2007 en el marco de los Decimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. [Consulta: 19.9.2011], [www.icam.es/docs/ficheros/200607250008_6_16.doc].

¹⁴²¹ DURÁN RUIZ, F.J. "Las Administraciones Públicas ante los Menores Extranjeros No Acompañados: entre la represión y la protección". Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, [Consulta: 19.9.2011], [www.refdugr.com/documentos/articulos/4.pdf].

¹⁴²² LÓPEZ AZCONA, A., "Problemática Jurídica de...", p.18.

¹⁴²³ Señaladamente la biometría, cfr. BROUWER, E., The Use of Biometrics at the Borders: A European Policy and Law Perspective, en VAN DER HOF, S. & GROOTHUIS, M., M., *Innovating Government, Normative, Policy and Technological Dimensions of Modern Government*, The Netherlands: Asser Press, 2011.

proponen exige un tratamiento individualizado del menor en atención a su situación personal (solicitantes del asilo, víctimas de la trata de seres humanos, menores que entran ilegalmente en el territorio de la UE con el fin de trabajar u otros, entre los que sorprendentemente, la Comunicación de la Comisión no menciona a los menores infractores) Del mismo modo, se tendrá en cuenta el país o la región de origen.

Una vez formulados los anteriores principios inspiradores, se diseñan cuatro ejes de actuación¹⁴²⁴:

- Enlazar el fenómeno de los MENA con la cooperación al desarrollo en atención a las causas de la migración de menores.
- Promoción de actividades específicas de sensibilización y formación en países de origen y tránsito con la finalidad de identificar y proteger de forma temprana a las víctimas.
- Actividades de información a los menores en los propios países de origen acerca de los riesgos que conlleva la migración, las posibilidades a su alcance a nivel formativo y profesional y destrucción de falsos mitos acerca de la vida en Europa. Evaluación a través de personal especializado de las situaciones de riesgo y adopción de medidas en la fase incipiente.
- Desarrollo de sistemas de protección frente a los riesgos de violencia, abuso, explotación y negligencia, en particular, mediante el apoyo a los sistemas de registro de nacimientos.

Como mecanismos de realización de las actividades anteriores la UE habrá de utilizar los instrumentos de cooperación exterior, y en particular, la introducción de las cuestiones de protección a la infancia en el marco de los diálogos sobre derechos humanos y migración, así como la posibilidad de introducir de manera sistemática en los acuerdos con terceros países, cláusulas específicas que contemplen a los MENA.

Entre las concretas medidas de protección que se arbitran, se encuentra la designación de un representante legal del menor y la prevención de que las garantías procesales pertinentes serán aplicables a partir del momento en que se detecte un menor no acompañado en las fronteras exteriores o en el territorio de la UE.

Además, se propone la utilización del SIS y del VIS en orden a la identificación de menores fugados o desaparecidos, la introducción de mecanismos de control de las

¹⁴²⁴ Cfr., SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., "El plan de acción (2010-2014) de la Comisión Europea. ¿Un verdadero avance de las políticas comunitarias relativas a los menores no acompañados?", *Revista Mugak*, nº 56, 2011, [Consulta: 23.4.2013], [www.mugak.eu > Revista Mugak].

representaciones legales de los MENA, la colaboración de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo en las actividades de acogida e integración de los MENA y en la formación sobre la evaluación de la edad, así como de FRONTEX, proporcionando asistencia técnica a las autoridades fronterizas. En el registro en las bases de datos de Eurodac se tendrán en cuenta las particulares circunstancias de los MENA en cuanto a la determinación de la edad y protección de datos personales.

En cuanto a las medidas de carácter definitivo, se parte de que, siempre bajo la óptica del superior interés del menor, lo más beneficioso para él será el retorno a su familia de origen, creciendo en su propio entorno sociocultural. No obstante, ha de tenerse en cuenta la voluntad del menor, dando preferencia al retorno voluntario y estudiando otras opciones en caso de negativa, tales como la concesión del estatuto de refugiado, si bien se reconoce que la legislación comunitaria sólo prevé el retorno y deja a las legislaciones nacionales las posibles soluciones alternativas.

6.3.- Los actos legislativos relativos a la cooperación judicial durante la Presidencia Española.

Las orientaciones normativas en este período de tiempo vienen reflejadas en el modo ya expuesto en el Programa de la Presidencia. En línea con la finalidad de progresar en la implantación del principio de reconocimiento mutuo, se dirigen esencialmente a fortalecer los derechos procesales tanto del sospechoso como de la víctima, a través de la unificación del estatuto de esta última, incluyendo específicamente la propuesta de adopción de una orden europea de protección a las personas víctimas de actos de violencia de género. Desde la perspectiva del derecho penal material, se muestra la voluntad de incidir en materia de tráfico de seres humanos y ciberdelincuencia, especialmente en aquellos comportamientos dirigidos frente a personas menores de edad, como la pornografía infantil cometida a través de las redes.

Veamos a continuación los actos normativos sobre aspectos procesales impulsados durante la Presidencia Española del Consejo a la luz de las directrices instauradas por los Planes de Trabajo y los resultados en que estas iniciativas normativas se han concretado

6.3.1.- Plan de Trabajo diseñado por el Consejo.

El 30 de noviembre de 2009, el Consejo adoptó una Resolución¹⁴²⁵ por la que aprobaba un plan de trabajo que tenía como finalidad reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales. Este Plan de Trabajo fue impulsado por la Presidencia sueca del Consejo, a lo largo del segundo semestre del año 2009 y trae su causa directa en la precedente experiencia relativa a la propuesta de Directiva sobre derechos del procesado de 2004¹⁴²⁶. Dentro de los Considerandos de la Resolución, se vincula esta acción específica al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuyo respeto fundamenta la noción de confianza en los sistemas judiciales de los Estados miembros y viene a legitimar el principio de reconocimiento mutuo. Resulta novedoso en dichos Considerandos que la acción específica de la Unión Europea orientada hacia el fin de construir un ELSJ, en los textos emanados de las instituciones comunitarias, se relaciona siempre con el presupuesto de la internacionalidad o de la transnacionalidad¹⁴²⁷, y casi

¹⁴²⁵ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales (2009/C 295/01).

¹⁴²⁶ En efecto, como expone RANGIL LLORENTE, A., *Algunas cuestiones sobre Derecho Penal de la Unión Europea*, p.124, [Consulta: 26.2.2014],[books.google.es/books?id=c61PA9PE_5cC], la Comisión presentó el 28 de abril de 2004 la Propuesta de Decisión Marco COM (2004) 328 final, precedida del Libro Verde COM (2003) 75 final, de 19 de febrero, sobre la que se pronunció el Parlamento Europeo mediante Resolución legislativa en la que se reconocían los siguientes derechos: a) Acceso a la representación por abogado defensor, tanto antes como durante el juicio; b) Acceso a la interpretación y a la traducción; c) Comunicación a sospechosos e inculpados de sus derechos ("Carta de derechos"); d) Garantía de una protección adecuada a sospechosos e inculpados vulnerables (edad, estado mental, físico o emocional; e) Asistencia consular a detenidos extranjeros. Como es sabido, dicha propuesta no llegó a buen fin. Fruto de la reflexión acerca de este precedente es el nuevo Plan de Trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en procesos penales, y su consecuencia directa, como veremos a continuación, es el desarrollo de cada uno de estos derechos un un acto normativo individualizado. Así se expone en JIMENO-BULNES, M., "Towards Common Standards on Rights of Suspected and Accused Persons in Criminal Proceedings in the EU?", Centre for European Policy Studies, February 2010 y en ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2011", *Revista General de Derecho Europeo*, Nº24, 2011. Un análisis más pormenorizado de esta primera Propuesta de 2004 se realiza por la misma autora en "Garantías procesales de los sospechosos e imputados", en DE HOYOS SANCHO, M., (Coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, op. cit. págs.138-165.

¹⁴²⁷ DELGADO MARTÍN, J., "La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea, Derecho Penal supranacional y cooperación penal internacional", *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid 2004. págs.289.290. Profundiza más en el concepto distinguiendo entre *internacionalización* y *transnacionalización* de la delincuencia. La internacionalización expresa la idea de grupo criminal que opera en el territorio de varios Estados. La transnacionalización hace referencia a la cooperación de distintos grupos criminales de diversas nacionalidades para gestionar más eficazmente determinados mercados criminales. Como puede observarse, el autor también asocia estas dos nociones a la de grupo organizado.

siempre, con el crimen organizado, como elemento *sine qua non* que legitima y justifica la acción a este nivel, y por exigencia también, del principio de subsidiariedad.

Esta perspectiva es sin embargo abandonada en la presente Resolución, al adoptar un punto de vista estrictamente personal, que a nuestro entender no viene exigido por la naturaleza de la materia sobre la que habrían de versar los actos legislativos que se proponen, omitiendo de modo deliberado la noción de organización, y centrándose intencionadamente en la perspectiva personal. Si el fenómeno de la internacionalización y la transnacionalización asociada al crimen organizado constituye el fundamento de la acción comunitaria en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, carece de lógica y justificación alguna, que esta perspectiva se abandone cuando se trata de regular los derechos de los sospechosos o procesados.

En efecto, el Considerando Tercero de la Resolución expresa literalmente “La Unión Europea ha establecido con éxito un espacio de libre circulación y residencia, del cual los ciudadanos se benefician al viajar, estudiar y trabajar cada vez más en países distintos de su país de residencia. Sin embargo, la supresión de las fronteras interiores y el creciente ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia han conducido, como consecuencia inevitable, a un aumento del número de personas que se ven involucradas en procesos penales en un Estado miembro distinto del de residencia. En estas situaciones, los derechos procesales de los sospechosos o los acusados tienen una importancia especial a la hora de salvaguardar el derecho a un juicio justo.”

Tenemos ejemplos en nuestro sistema procesal penal en los que la pertenencia a una organización criminal conlleva ciertas particularidades en el tratamiento de los derechos procesales del sospechoso (esencialmente en cuanto al derecho de comunicación). De acuerdo con los fundamentos y finalidades de la acción comunitaria en materia de cooperación judicial penal, el supuesto ordinario lo constituye el hecho de que el sospechoso pertenezca o esté vinculado al crimen organizado, por lo que resulta sorprendente la perspectiva estrictamente individual adoptada por el Plan de trabajo del Consejo, en el que al referirse a personas que “se ven involucradas en procesos penales” parece hacer alusión a la situación de la víctima en lugar de al propio responsable penal. Ello plantea la cuestión de si la regulación que propone el Plan de Trabajo del Consejo, responde a una realidad distinta, lo que no encontraría justificación explícita ni en la propia Resolución del Consejo.

Si partimos del supuesto de hecho del Considerando tercero de la Resolución del Consejo, precedentemente transcrito, parece atenderse a los supuestos de delincuencia

individual relacionada con situaciones de carencia asociada a la migración, pero también a delincuentes ocasionales en infracciones como puedan ser los delitos contra la seguridad vial¹⁴²⁸. En estos supuestos, es cierto que el elemento de extranjería (por desconocimiento de la lengua y del propio sistema jurídico del país donde se producen los hechos que resultará ordinariamente el competente para juzgarlos) da lugar a situaciones de anomia en las que es preciso reforzar el derecho de defensa (fundamentalmente a través de la asistencia letrada) o prestar atención especial a determinados aspectos de ella (tales como la traducción e interpretación). Pero, como decimos, se trata de realidades de hecho distintas, que reclaman respuestas jurídicas diferenciadas¹⁴²⁹, y también en este aspecto, el principio de subsidiariedad ha de ser respetado. Si bien la figura del delincuente individual internacional, por este sólo componente, puede justificar la intervención normativa comunitaria¹⁴³⁰, no debería limitarse a este supuesto de hecho, el desarrollo normativo de las garantías procesales del sospechoso, sino que, ya desde el inicio, en las iniciativas legislativas, deberían tenerse en cuenta, los dos componentes vinculados al delincuente sobre el que van a actuar: la transnacionalidad¹⁴³¹ y la pertenencia al crimen organizado. Desde nuestro punto de vista, son estos factores los que aportan el valor añadido a la acción normativa comunitaria, y en relación a los demás supuestos, delincuencia individual relacionada con situaciones de anomia o precariedad económica, es perfectamente apta y suficiente la acción de los Estados

¹⁴²⁸ A los que se refiere de modo expreso la Directiva 2012/13/UE del Parlamento y del Consejo de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DOUE L 142, de 1 de junio), p.17.

¹⁴²⁹ Esta cuestión, ya ha sido ampliamente abordada desde la perspectiva del derecho penal material. Como sintetiza VÍGANO, F., "Lucha contra el terrorismo y protección de los derechos fundamentales", ARROYO ZAPATERO, L., et al., *Piratas, mercenarios, soldados, jueces...*, op. cit., págs. 77-86 ha de reconocerse la inevitabilidad de una doble vía para la criminalidad común y para ciertas formas de criminalidad organizada (*in primis* el terrorismo), y por consecuencia la inevitabilidad de una modelación diversificada de las garantías y de los derechos fundamentales normalmente protegidos. Las consideraciones de este autor pueden ser transpuestas desde el derecho penal material al derecho procesal teniendo siempre en cuenta que lo que se busca es la manera de reforzar las garantías de personas que se ven involucradas en un proceso por su participación en actividades delictivas organizadas, cuya persecución reviste una mayor complejidad, y esto es precisamente lo que legitima la acción a nivel de la Unión, como único mecanismo que asegure la posibilidad de persecución eficaz de estas formas de criminalidad al tiempo que se fortalecen los derechos procesales de quienes las ejecutan. Aquí está a nuestro juicio el verdadero objetivo de esta nueva legislación.

¹⁴³⁰ Lo que a nuestro juicio resulta muy discutible, a pesar de que parece responder a la solicitud uniforme de la doctrina, como se desprende del contenido de las críticas realizadas a la forma en la que se viene desarrollando normativamente el principio de reconocimiento mutuo.

¹⁴³¹ Internacionalidad, también si se entiende este término como diferenciado de transnacionalidad en el sentido doctrinalmente expuesto.

miembros para atender a estas circunstancias específicas, por lo que la armonización, no resulta, a priori, debidamente justificada¹⁴³².

La Resolución del Consejo incluye también un anexo sobre el plan de trabajo que especifica los concretos derechos de los sospechosos en procesos penales, con carácter orientativo, en cuanto tal como precisa en su texto “tienen por objeto dar una indicación de la acción propuesta y no tienen por objetivo reglamentar por adelantado el alcance y el contenido precisos de las medidas correspondientes”. Se recogen en dicho anexo el derecho a la traducción e interpretación, la información sobre derechos e información sobre los cargos, el asesoramiento jurídico y justicia gratuita, la comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares, las salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables¹⁴³³ y la posible adopción por la Comisión de un Libro Verde sobre la detención provisional¹⁴³⁴.

El establecimiento de este plan de trabajo por el Consejo no surge *ex nihilo*, sino que se elabora siguiendo la Recomendación del Parlamento Europeo, de 7 de mayo de 2009, destinada al Consejo, sobre el desarrollo de un espacio de justicia penal en la UE¹⁴³⁵. En este documento, el Parlamento, tras reflexionar sobre el estado de aplicación de los instrumentos europeos de cooperación judicial penal, pero partiendo como premisa de que las mafias y la delincuencia organizada se han convertido en un fenómeno transnacional con un impacto social, cultural, económico y político en los Estados miembros y países vecinos, que es necesario combatir también a nivel social, cooperando con la sociedad civil y las instituciones democráticas, recomienda al Consejo que reinicie los trabajos relativos a la salvaguarda de los derechos fundamentales y, en particular, a que adopte sin dilación los siguientes instrumentos y medidas:

A).- Un instrumento jurídico sobre las salvaguardias procesales en los procesos penales, basado en el principio de presunción de inocencia, el derecho a una notificación escrita de los derechos (“Carta de los derechos”), el derecho a la asistencia jurídica gratuita si procede,

¹⁴³² Véase al respecto, en lo que se refiere al ejercicio de los poderes otorgados por el Tratado a favor de las Instituciones, la Sentencia del TJCE recaída en el Asunto C-376/98, *Germany v. Parliament & Council*, [2000] ECR I-8419 en la que la Corte, por primera vez, anula una Directiva por extralimitación de los poderes otorgados a la Comunidad por los Tratados.

¹⁴³³ En razón de su edad o condición mental o física.

¹⁴³⁴ Lo que se justifica porque el lapso de tiempo que una persona puede pasar en situación de privación de libertad antes del juicio y durante el procedimiento judicial varía considerablemente de un Estado miembro a otro. Un período excesivamente prolongado de privación de libertad previa al juicio es perjudicial para la persona, puede tener un efecto negativo para la cooperación judicial entre los Estados miembros y no representa los valores que defiende la Unión Europea.

¹⁴³⁵ [2009/2012 (INI)].

antes y durante el juicio, el derecho a presentar pruebas, el derecho a ser informado en una lengua comprensible para el sospechoso/acusado sobre la naturaleza y/o los motivos de la acusación y/o las bases de sospecha, el derecho de acceso a todos los documentos pertinentes en una lengua que el sospechoso/acusado comprenda, el derecho a un intérprete, el derecho a ser oído y a la defensa, la protección de los sospechosos/detenidos que no puedan comprender o seguir el procedimiento, las normas mínimas de detención, las condiciones y la protección de los sospechosos/acusados juveniles, así como unas vías efectivas y accesibles para que las personas puedan obtener información.

B).- Un marco jurídico global que ofrezca a las víctimas la máxima protección, incluida la adecuada compensación y protección de los testigos, en particular cuando se trate de procesos contra la delincuencia organizada.

C).- Un instrumento jurídico sobre la admisibilidad de las pruebas en los procesos penales.

D).- Medidas para establecer normas mínimas sobre las condiciones de detención y prisión y un conjunto común para la UE de derechos de los detenidos que recojan, entre otros el derecho a la comunicación y asistencia consular a los detenidos.

E).- Medidas para actuar como el primer impulsor y apoyo de la sociedad civil y las instituciones en sus esfuerzos por luchar contra las mafias, así como para la adopción de un instrumento legislativo sobre el decomiso de activos financieros y propiedades de las organizaciones delictivas internacionales y su reutilización con fines sociales.

En estos dos documentos, se pedía por tanto la adopción, con arreglo a un planteamiento “gradual”, de medidas referidas a los derechos procesales más básicos y se invitaba a la Comisión a presentar las propuestas necesarias a tal fin como integrantes de un completo paquete legislativo que se iría presentando a lo largo de los próximos años. Las iniciativas presentadas durante la Presidencia Española, responden a esta orientación.

6.3.2.- Los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales¹⁴³⁶.

En ejecución del Plan de Trabajo del Consejo, se ha adoptado la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales¹⁴³⁷. Con fundamento en el artículo 82 del Tratado de Lisboa, tiene por objeto el establecimiento de unas normas mínimas para los países de la UE, a excepción de Dinamarca, sobre el derecho a interpretación y traducción en los procesos penales, así como en los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea y viene a explicitar el contenido lingüístico inherente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹⁴³⁸. Esta perspectiva del multilingüismo como seña de identidad europea¹⁴³⁹ enlaza de modo directo con el lema “unidos en la diversidad” y los objetivos del Programa de Estocolmo, lo que desde un inicio avala la pertinencia de esta actuación comunitaria que reconoce el derecho a la interpretación y traducción con los caracteres que tradicionalmente viene asignándole la doctrina, un derecho instrumental, limitado y esencialmente gratuito¹⁴⁴⁰.

Entrando en la concreta regulación del nuevo acto normativo, en cuanto a su ámbito subjetivo, deberá facilitarse el derecho a interpretación y a la traducción a toda persona que no hable o no entienda la lengua del proceso¹⁴⁴¹. La vigencia del derecho se corresponde con

¹⁴³⁶ CALDERÓN CUADRADO, M.P., se refiere, sin embargo a esta cuestión empleando los términos derechos del “imputado-acusado” en relación al derecho de defensa, “La dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad”, IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y CALDERÓN CUADRADO, M^a PÍA, (Coords.), *El Espacio Europeo de Libertad,...*, op. cit., págs.228-233.

¹⁴³⁷ DO L 280, de 26.10.2010. La propuesta, tramitada conforme al procedimiento de codecisión, fue transmitida al Parlamento y al Consejo el 18 de marzo de 2010, pronunciándose en primera lectura el 16 de junio y 7 de octubre respectivamente, firmando la aprobación el 20 de octubre siguiente.

¹⁴³⁸ URRUTIA LIBARONA, I., “Derechos fundamentales y derechos lingüísticos en el ámbito de la justicia”, en GERPE, M. y CABELLOS, M.A., (Coords.), *Poder Judicial y Modelo de Estado*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 164. Precisa el autor, en relación con la cuestión de la oficialidad de la lengua, que la tutela judicial solo garantiza el uso de las lenguas en la medida que la comprensión de las actuaciones no quede asegurada y únicamente alcanza a esa medida. Su fundamento es el carácter instrumental de la lengua como medio de ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁴³⁹ Ya la estrategia sobre multilingüismo adoptada en 2008 y denominada “Multilingüismo: una ventaja para Europa y un compromiso compartido” sobre la base de una Comunicación de la Comisión de 2005 considera el multilingüismo como un factor clave de armonización social y de unificación de Europa.

¹⁴⁴⁰ PARDO IRANZO, V., “El derecho a la interpretación y traducción gratuitas”, IGLESIAS BUHIGUES J.L. y CALDERÓN CUADRADO, M^a PÍA, *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad ...*, op. cit., págs.361-389 pone de relieve estas características y su naturaleza de verdadero derecho fundamental del inculpaado y no un mero instrumento en beneficio del juez o del fiscal, enlazando su contenido y naturaleza con el derecho a un juicio justo.

¹⁴⁴¹ ARANGÜENA FANEGO, C. “Nuevas directivas sobre derechos procesales de sospechosos e imputados en el proceso penal” , *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, p. 280 “No se trata,

la del proceso penal, iniciándose con la imputación y extendiéndose hasta que la resolución definitiva recaída hubiere alcanzado firmeza. En los supuestos de infracciones administrativas susceptibles de recurso jurisdiccional, el derecho alcanzará únicamente a la instancia jurisdiccional, excluyéndose la administrativa. Es importante señalar, por tanto, que quedan excluidas las actuaciones policiales, y que el término sospechoso ha de entenderse en un sentido técnico, como sospechoso en el ámbito de un proceso judicial, es decir, imputado. Ello tiene implicaciones relevantes, como la no inclusión exclusivamente en el ámbito de la directiva del derecho de traducción del atestado con carácter preceptivo¹⁴⁴², o de la asistencia de intérprete en diligencias policiales. El derecho a traducción escrita, en efecto, comprende todos los documentos que resulten esenciales. Dentro de ellos, con carácter obligatorio, se encuentran la resolución que priva a una persona de libertad, el escrito de acusación y la sentencia. A estos efectos, se ha de habilitar, un mecanismo¹⁴⁴³ que tenga por objeto la determinación de la necesidad de traducción o interpretación. La decisión sobre esta necesidad ha de ser recurrible por el interesado, que tendrá derecho a presentar una reclamación en relación a la calidad de la interpretación o traducción solicitada, facultad ésta que enlaza con el derecho a un proceso equitativo. Sin llegar a mencionar la cuestión del estatuto de los profesionales intérpretes y traductores, la Directiva se refiere de modo indirecto a esta cuestión estableciendo la exigencia de una determinada calidad de la interpretación y la obligación de los Estados miembros de establecer registros de intérpretes. En efecto, la plena vigencia y efectividad de este derecho está muy en relación con el estatuto del personal que lo lleva a cabo y esta es una cuestión que parece marginada en algunos Estados miembros. No lo es, a nuestro juicio la cuestión relativa al control de la misma,

por lo demás, de una cuestión de nacionalidades o de lugar de residencia; es indiferente que el sujeto sea ciudadano de la Unión Europea o de terceros países, lo que se halla en armonía con la lógica de la teoría de los derechos fundamentales que exige no hacer distinción a efectos de la titularidad de tales derechos. El requisito para ser beneficiario de este derecho lo constituye el que efectivamente se desconozca la lengua del proceso. “Se incluyen también entre los beneficiarios a quienes se consideran en situación de especial vulnerabilidad en relación a este derecho: los menores y personas con dificultades auditivas y de expresión oral.

¹⁴⁴² Sí se preveía, sin embargo su traducción de modo preceptivo en la “Iniciativa de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales” de 15.12.2009, DROIPEN 164 copen 238/16801/09 ADD. VIDAL FERNÁNDEZ, B. realiza un análisis de dicho documento en “El derecho a intérprete y a la traducción en los procesos penales en la Unión Europea. La iniciativa de 2010 de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la interpretación y traducción”, en ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, op. cit. págs. 183-222.

¹⁴⁴³ Vid. VIDAL FERNÁNDEZ, B. “El Estatuto de la víctima en el proceso penal en la Unión Europea”, *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*. págs.222-223. La elaboración y aplicación de este mecanismo resulta de la competencia de los Estados miembros.

fácilmente verificable a través de la grabación de las actuaciones y de la formación del intérprete o traductor. Son, por tanto, la formación del profesional que presta la interpretación o traducción, la gratuidad del servicio y la atención a su ámbito material los aspectos que requieren mayor atención en un derecho cuyo potencial ámbito subjetivo necesariamente ha de ir en aumento, y que por ello debe requerir de especial atención¹⁴⁴⁴.

En la misma línea, y siguiendo el mencionado plan de trabajo, un año y medio más tarde, ha sido aprobada la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales¹⁴⁴⁵.

Este nuevo acto normativo comparte con la anterior norma analizada el objeto de establecimiento de normas mínimas, y la vigencia durante el proceso del derecho que contempla también es la misma: desde la imputación, hasta la resolución definitiva y firme; del mismo modo, el supuesto relativo a las resoluciones administrativas recurribles en vía jurisdiccional ya que el derecho alcanza la vía jurisdiccional, excluyéndose la administrativa previa; comprende, al igual que la anterior Directiva, la extensión al procedimiento de la orden europea de detención y entrega y el enlace con el derecho a un proceso equitativo.

La Directiva sobre el derecho a la información, difiere sin embargo de la Directiva reguladora del derecho a la interpretación y traducción en la delimitación de su ámbito subjetivo, precisando que el derecho a la información ha de aplicarse a las personas sospechosas y acusadas, independientemente de su situación jurídica, ciudadanía o nacionalidad.

En lo que se refiere al concreto contenido del derecho, el sospechoso habrá de recibir información de sus derechos procesales según se apliquen con arreglo a la legislación nacional¹⁴⁴⁶. En la aplicación práctica de este derecho a la información, la Directiva distingue entre las distintas situaciones procesales en las que puede encontrarse el titular del derecho regulado en esta norma, recogiendo, no obstante, con carácter previo, en el artículo tercero, un derecho a la información sobre los derechos con carácter general y por tanto con independencia de la situación procesal, que comprende el derecho de acceso a un abogado,

¹⁴⁴⁴ In extenso sobre este instrumento, vid. ARANGÜENA FANEGO, C. "El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, *RGDE*, Nº24 (2011).

¹⁴⁴⁵ DOUE, 1.6.2012 I.142/1.

¹⁴⁴⁶ El apartado 1 del artículo 3 de la Directiva especifica que la información de derechos ha de realizarse de conformidad a la aplicación que de ellos se realice con arreglo a la legislación nacional con la finalidad de permitir su ejercicio efectivo.

el eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a interpretación y traducción y el derecho a permanecer en silencio¹⁴⁴⁷.

El artículo siguiente, regula separadamente y bajo la rúbrica “Declaración sobre los derechos en el momento de la detención”, no solamente la información de derechos que se produce con ocasión de la misma sino más genéricamente cuando la persona se halle privada de libertad¹⁴⁴⁸. En estos supuestos, en los que el titular del derecho a la información se halla privado de libertad, la información se extiende a los derechos mencionados en el artículo anterior, a los que se añaden el derecho de acceso a los materiales del expediente, el derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona, el derecho de acceso a atención médica urgente y a conocer cuánto tiempo estará privado de libertad antes de ser llevado ante una autoridad judicial. Esta información habrá de proporcionarse verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta, en particular, las específicas necesidades de los sospechosos o acusados que sean personas vulnerables. Cuando el sospechoso se halle privado de libertad, la declaración de derechos se facilitará por escrito y se incluirá la información básica relativa a las posibilidades, con arreglo igualmente a la legislación nacional, de impugnar la legalidad de la detención, la posibilidad de obtener una revisión de la misma o de solicitar la libertad provisional. También se tiene en cuenta la posible privación de libertad para regular el derecho de acceso a los materiales del expediente, de manera que en caso de privación de libertad el detenido o preso, por sí, o a través de su abogado, ha de tener acceso a los documentos del expediente precisos para la impugnación de dicha privación de libertad. Tratándose de persona no privada de libertad, se prescribe el acceso personal, o a través de abogado, a la totalidad de las pruebas materiales¹⁴⁴⁹. En ambos casos, libertad o detención, se fija como momento preclusivo para el acceso del imputado o procesado al acervo probatorio, aquél en que los motivos de la

¹⁴⁴⁷ A nuestro juicio, se debiera incluir el derecho a ser reconocido por el médico forense, que parece ser el gran olvidado de la nueva regulación no sólo en esta norma, sino en el ámbito del Plan de Trabajo y piénsese en la relevancia de un informe de imputabilidad al inicio de un proceso.

¹⁴⁴⁸ Puede comprender los supuestos no sólo de detención sino de entrega voluntaria del interesado a las autoridades y de prisión provisional, dada la mención que se realiza al régimen de recursos.

¹⁴⁴⁹ La importancia de este aspecto del contenido del derecho a la información, consistente en el acceso a los autos y en general a todos los documentos, ha sido puesta de relieve por la doctrina señalando que la posibilidad de que el abogado pueda conocer el contenido del atestado desde un primer momento tiene especial trascendencia en el correcto ejercicio del derecho de defensa, así como la novedad que supone la posibilidad de que le sea entregada la declaración de su defendido. En este sentido, SERRANO MASSIP, M., “El necesario equilibrio entre los derechos de la acusación y la defensa: un análisis desde la perspectiva europea”, Instituto de Estudios Europeos de Valladolid, 21 de febrero de 2014.

acusación se presenten a la consideración del Tribunal¹⁴⁵⁰. Este derecho no tiene carácter absoluto sino que puede ser objeto de denegación, únicamente en relación con el acceso a determinados materiales por las razones que determina el artículo siete de la Directiva y que aluden a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, entre los que se citan el riesgo de perjudicar una investigación en curso o el menoscabo grave de la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal.

De manera diferenciada, y con independencia de la situación de libertad, o de privación de la misma, se regula el derecho a ser informado de la acusación¹⁴⁵¹ formulada. La información sobre la acusación o imputación formulada se extiende a la determinación de la infracción penal sobre la que recae, lo que incluye su naturaleza y tipificación jurídica, así como la naturaleza de la participación en ella del acusado. Lo más relevante de esta regulación es que establece un momento preclusivo exacto y preciso para el cumplimiento de la obligación de información, al expresar que los Estados miembros garantizarán que *“a más tardar en el momento en que el contenido de la acusación se presente a un Tribunal”*¹⁴⁵² se facilitará la información detallada sobre la acusación. Dicho precepto puede interpretarse en el sentido de que la obligación de información surge desde la admisión de la correspondiente denuncia o querrela y se hace efectiva con la puesta a disposición del órgano jurisdiccional del sospechoso en los casos de privación de libertad o en la toma de declaración en caso contrario.

Señala ARANGÜENA FANEGO¹⁴⁵³ que desde un principio ha existido un extenso apoyo a los principales ejes de la Propuesta: facilitar de manera inmediata al sospechoso información básica sobre sus derechos procesales y al acusado información detallada sobre el delito imputado, permitiéndole el acceso a los documentos que obren en poder de las autoridades competentes para permitir su defensa. Mayores problemas ha planteado en cambio la determinación de dos extremos relacionados con los referidos derechos del acusado: precisar

¹⁴⁵⁰ Se trata de una expresión no demasiado precisa, ambigua, y que no parece referirse a un acto procesal concreto, ya que se aplica a los supuestos de libertad y detención. Puede producirse con la simple remisión del atestado al Juzgado, pero en todo caso la realización efectiva del derecho exige la intervención del sospechoso en el proceso, por sí o a través de abogado.

¹⁴⁵¹ Ha de entenderse la acusación no en sentido formal, sino lato, comprensiva también de la imputación que da inicio al proceso y a la situación de sospechoso.

¹⁴⁵² En efecto, el artículo 6 de la Directiva, lleva por rúbrica “Derecho a recibir información sobre la acusación” y contiene esta prescripción en su apartado tercero.

¹⁴⁵³ “Nuevas directivas sobre...”, op. cit, págs. 296 y 297.

el momento previo al juicio a partir del cual deba comunicarse de forma completa la imputación y permitirse el acceso a los materiales y documentos probatorios así como concretar cuáles pueden ser objeto de este acceso. Y ello, explica la autora precedentemente citada, porque se trata de cuestiones muy relacionadas con el modelo procesal de cada Estado miembro y, como ha señalado la Presidencia del Consejo, habrá que tener en cuenta la posible adaptación de la Directiva a sus tradiciones jurídicas sin que éste pueda rebasar el ámbito de aplicación para el que está previsto ni modificar la estructura del proceso penal, tal como la definen las legislaciones nacionales de cada Estado miembro.

En la misma línea de los actos normativos anteriores se inscribe la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad¹⁴⁵⁴. Esta norma ha optado por un tratamiento diferenciado del derecho de asistencia jurídica gratuita a través de otro acto normativo, con justificación, como expresaba la Exposición de Motivos de la propia Propuesta elaborada por la Comisión, en su propia complejidad¹⁴⁵⁵. El derecho a la asistencia de abogado, tal como se prevé y en atención a su contenido, hace mención específica a la asistencia consular¹⁴⁵⁶, a la modificación de la posición procesal, cuando ésta se transforme de testigo a imputado y a la condición de menor del imputado. Como novedad, en relación a la regulación de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra la prescripción contenida en el artículo 3.3.a) que establece con carácter obligatorio para los Estados miembros la posibilidad de que el sospechoso se entreviste de modo reservado con el abogado con carácter previo al interrogatorio policial.

¹⁴⁵⁴ DOUE 294, de 6 de noviembre de 2013. Esta norma tiene fijada como fecha límite de transposición del 27 de noviembre de 2016.

¹⁴⁵⁵ Justificación que se realiza porque en el Plan de Trabajo elaborado por el Consejo, el tratamiento de la justicia gratuita aparecía ligada a la del acceso a un abogado. Se expone igualmente que el Programa de Estocolmo hace referencia al plan de trabajo del Consejo como parte integrante del programa plurianual e invita a la Comisión a que presente las propuestas oportunas para su rápida aplicación. También precisa la Exposición de Motivos, que la utilidad de la legislación de la UE no se percibirá plenamente en tanto no se hayan incorporado todas las medidas en un instrumento legislativo. Esta complejidad de la norma que justifica el tratamiento diferenciado de ambos aspectos tiene reflejo en su estructura, dada la amplitud de su Exposición de Motivos en relación a la brevedad de su articulado.

¹⁴⁵⁶ La Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963 preveía ya que todo extranjero arrestado o detenido tiene derecho a que se informe a su consulado de su detención y a recibir visitas de funcionarios consulares.

Ha de señalarse que la tramitación de esta norma no ha resultado sencilla. La inicial propuesta de la Comisión fue sometida al Consejo en sesión de 8 de junio de 2012. En dicha fecha, el Consejo informó que era preciso iniciar las negociaciones con el Parlamento en orden a fijar el texto definitivo de la Directiva, si bien el relativamente largo período de tiempo que ha llevado su tramitación¹⁴⁵⁷ puede tener su causa en la sensibilidad de la materia sobre la que versa, en cuanto la Directiva trata de aproximar el derecho de los Estados miembros en un campo en el que existen diferencias substanciales entre los sistemas nacionales y en las que los Estados miembros no están de acuerdo en lo que concierne a la interpretación ofrecida por el TEDH sobre estos derechos¹⁴⁵⁸. Ello ha motivado que la Propuesta de la Comisión chocase con una postura crítica de los Estados miembros, de manera que el texto sometido al Consejo, incluye importantes modificaciones respecto de la propuesta inicial, que responden a la intención de asegurar el equilibrio entre las diferentes posiciones de los Estados miembros¹⁴⁵⁹.

En opinión del Consejo¹⁴⁶⁰, el elemento más innovador de la propuesta presentada por la Comisión, finalmente incorporado al texto definitivo, se incluye en el artículo tercero que versa, como acabamos de señalar, sobre los esfuerzos que ha de desplegar un Estado miembro para asegurar a un sospechoso el derecho de acceso a un abogado. En efecto, el texto definitivo de la Directiva recoge en su artículo tercero, bajo la rúbrica del Derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, las diferentes actuaciones procesales en las que

¹⁴⁵⁷ Pues efectivamente esta posición del Consejo tiene lugar un año después del sometimiento de la propuesta por la Comisión.

¹⁴⁵⁸ En la Exposición de Motivos de la Propuesta de la Comisión, tal como resulta de la evaluación del impacto de la misma, se expresa que el número de denuncias sobre el derecho de acceso a un abogado ha aumentado constantemente durante los últimos años. Sin una aplicación adecuada de la jurisprudencia del TEDH es probable que los Estados miembros tengan que pagar costes importantes derivados de las indemnizaciones concedidas por el Tribunal a los demandantes que ganen el pleito.

¹⁴⁵⁹ En concreto, cinco Estados Miembros mostraron su oposición a la propuesta durante su tramitación, mientras que el Consejo General de la Abogacía Europea expresó su explícito apoyo a la Propuesta y su preocupación por el hecho de que estas vicisitudes en su tramitación pudiesen vaciarla de contenido, desvinculándola de la jurisprudencia sobre los derechos regulados en esta iniciativa normativa, instaurada por el TEDH. [Consulta: 24.4.2013], [www.reicaz.org/circubol/eurbreve/eb_0589.pdf].

¹⁴⁶⁰ El resultado de las posiciones de los Estados Miembros, expresadas en el debate del Consejo pueden resumirse del siguiente modo: "A number of member states underlined that, in their opinion, the Commission proposal would entail the risk of prejudicing criminal proceedings by complicating them and slowing them down, as well as by imposing substantial resource burdens on criminal justice systems. They also explained that the Commission proposal went substantially beyond the European Convention on Human Rights and its Protocols, as interpreted in the case law of the European Court of Human Rights, although this was not clearly articulated in the proposal, nor had the impact of this been assessed. Five countries also issued a note ahead of the meeting. Many member states noted that substantial further work would be needed to ensure that the legislation was clear, precise and workable, and that it reflected the Diversity in member states' justice systems." [Consulta: 24.4.2013], [http://europa.eu/rapid/press-release_PRESS-11-320_en.htm?locale=en].

se considera necesaria la actuación, sin distinguir entre sospechosos que se encuentran o no privados de libertad, pero precisando que esta asistencia es necesaria sin demora tras dicha privación.

La Propuesta inicial de la Comisión, tal como fue sometida al Consejo, incluía también las siguientes cuestiones, que han trascendido al texto final:

- 1.- Principio de confidencialidad en las comunicaciones entre el abogado y el sospechoso o acusado.
- 2.- Derecho del sospechoso o acusado privado de libertad a comunicarse con las autoridades diplomáticas o consulares de su país.
- 3.- Posibilidad de establecer restricciones temporales a concretos derechos en circunstancias excepcionales y únicamente con motivo de razones imperativas.
- 4.- Derecho de las personas requeridas en virtud de una orden de detención europea a tener acceso a un abogado en el Estado de ejecución de dicha orden de detención¹⁴⁶¹.

Además, la norma delimita de forma cuidadosa su ámbito aplicación en el artículo segundo, al precisar que la aplicabilidad de la Directiva se extiende a todos los procesos penales, desde que la imputación llega a conocimiento del sospechoso, hasta su finalización por resolución definitiva, que incluye la fase de recurso y ejecución. El concepto de proceso penal se precisa mediante la exclusión de los procedimientos en que se impongan sanciones por autoridades distintas de un tribunal competente en materia penal, recurrible ante éste, y aquellos procedimientos en los que no pueda imponerse una sanción privativa de libertad.

Finalmente, el artículo noveno regula la posibilidad de renuncia del interesado al ejercicio de este derecho, siempre con respeto a las disposiciones del derecho nacional, lo que ha de considerarse como una manifestación de la participación activa del sospechoso en su propia defensa¹⁴⁶².

Sobre la valoración que merece esta normativa, recogemos la opinión expresada por DE HOYOS SANCHO¹⁴⁶³ en el sentido de que “En todo caso, aunque queda aún mucho trabajo por hacer, a mi juicio las líneas o aspectos esenciales de la armonización han de seguir su

¹⁴⁶¹ OD del Consejo de 8.6.2012, PRES/2012/241. En lo que se refiere a la orden de detención europea, ARANGÜENA FANEGO, C., La Directiva sobre la asistencia letrada, “El necesario equilibrio entre los derechos de la acusación y la defensa: un análisis desde la perspectiva europea”, Instituto de Estudios Europeos de Valladolid, 21 de febrero de 2014, pone de relieve la eficacia potencial de este derecho en orden a la alegación de posibles causas de oposición a dicha orden.

¹⁴⁶² Con mayor amplitud, sobre este acto legislativo, vid. ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho a la asistencia letrada en la Directiva 2013/48/UE”, *RGDE*, N°32 (2014).

¹⁴⁶³ “Armonización de los procesos penales...”, op. cit., p. 52.

curso en torno a las siguientes pautas: el mayor respeto posible de los elementos básicos o definidores de cada sistema penal y procesal penal nacional; además, ha de tratarse de una armonización de los aspectos nucleares siempre 'hacia arriba', es decir, a través de normas con alta calidad legislativa y exigentes en materia de derechos y garantías de los sujetos procesales. Por tanto, deberá ser calificada de absolutamente insuficiente una armonización 'de mínimos comunes' haciendo uso de una normativa tan básica que pueda ser asumida sin esfuerzo por todos, y en la que prime absolutamente la eficacia en la persecución de los delitos transnacionales más graves." Y ello porque las citadas normas, que se autodefinen como normas mínimas, realmente resultan de mínimos, hasta tal punto que la última de ellas, se remite insistentemente a la jurisprudencia del TEDH justificando su incorporación normativa, lo que, en principio habría de constituir ya, una exigencia previa a la propia adhesión del Estado a la Comunidad, y no se ha de perder con ello una valiosa oportunidad para realizar una acción de reforzamiento de las garantías del imputado (en sentido amplio) en el proceso penal, que de forma uniforme y constante viene reclamando la doctrina y también la práctica forense.

Esta aspiración expresada por la autora precedentemente citada, sí parece estar en mente de las instituciones comunitarias a la luz de los instrumentos que se encuentran ya en tramitación, relativos al derecho a la presunción de inocencia¹⁴⁶⁴, a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en procesos penales¹⁴⁶⁵ y al derecho a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea¹⁴⁶⁶, que tienden a completar el trabajo, siendo deseable que tal intencionalidad se refleje con la misma intensidad en las iniciativas que en el contenido final de los textos aprobados.

¹⁴⁶⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo pro la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales [COM (2013) 821 final, 27.11.2013].

¹⁴⁶⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales [COM (2013) 822 final, 27.11.2013]. Esta medida se presenta junto a una Recomendación de la Comisión relativa a las garantías procesales penales y de las personas vulnerables sujetas a procedimientos relativos a la orden de detención europea [C 2013 8178].

¹⁴⁶⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea [COM (2013) 824 final, 27.11.2013]. Se presenta junto con una Recomendación de la Comisión sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los sospechosos o acusados en los procesos penales que se propone promover cierta convergencia en la evaluación de los requisitos para obtener asistencia jurídica gratuita en los Estados Miembros así como animar a éstos a adoptar medidas para mejorar la calidad y la eficacia de la administración y de los servicios de asistencia jurídica gratuita [C (2013) 8179]. Así lo expone ARANGÜENA FANEÑO, C. en "El derecho a la asistencia letrada...", op. cit. págs. 4 y 5.

6.3.3.- Protección a las víctimas de delitos: estatuto jurídico de la víctima.

En materia de protección a las víctimas de delitos, bajo la vigencia del Programa de Estocolmo, destacan dos iniciativas¹⁴⁶⁷: la primera de ellas, la unificación del estatuto de la víctima, y, en segundo lugar, la aprobación de la orden europea de protección.

A través del Programa de Estocolmo, el Consejo ha invitado a la Comisión y a los Estados Miembros a estudiar la posibilidad de crear un único instrumento jurídico global sobre la protección de las víctimas, fundiendo las Directivas sobre indemnización a las víctimas de delitos¹⁴⁶⁸ y la Decisión Marco sobre el estatuto de las víctimas¹⁴⁶⁹.

La protección de los derechos de la víctima es una parte esencial de una serie de políticas o instrumentos de la Unión Europea relativos a la trata de seres humanos, el abuso sexual y la explotación sexual de menores, la violencia contra las mujeres, el terrorismo, el crimen organizado y las infracciones de tráfico¹⁴⁷⁰. En esta línea, en su Resolución de 10 de junio de 2011 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales, el denominado “Plan de Budapest”, el Consejo declaró que

¹⁴⁶⁷ No como iniciativa ex novo, sino en línea con las Conclusiones del Consejo JAI de octubre de 2009, 2969ª Sesión del Consejo JAI de 23.10.2009, 14936/09 (Presse 306) como pone de relieve ARANGÜENA FANEGO, C., “Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la orden europea de protección”, en MARTÍN OSTOS, J., *El derecho procesal en el espacio judicial europeo*, Barcelona: Atelier libros, 2013, p.46. Sobre las iniciativas previas véase la enumeración realizada por BARONA VILAR, S., “Influencia de la Unión Europea e instancias supranacionales en la tutela penal de la víctima, en la justicia restaurativa y la mediación penal”, y CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A.M., “Un nuevo impulso a las garantías procesales de las víctimas en la Unión Europea (La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre), ambas en MARTIN OSTOS, J. (Coord.), *El derecho procesal...*, op. cit. págs.83-106 y 174-188.

¹⁴⁶⁸ Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos, DO L 261/15 de 6.8.2004. El objetivo de la directiva es crear un sistema de colaboración para facilitar a las víctimas de delitos el acceso a una indemnización en situaciones transfronterizas. Este sistema funciona sobre la base de los regímenes vigentes en los Estados miembros para la indemnización de las víctimas de la delincuencia intencionada cometida en sus respectivos territorios.

¹⁴⁶⁹ Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, DO L 82/1 de 22.3.2001. Sobre este acto normativo, vid. VIDAL FERNÁNDEZ, B., “El estatuto de la víctima en el proceso penal en la Unión Europea”, en DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, op. cit. pp. 208-227, TAMARIT SUMALLA, J., “La política europea sobre las víctimas de delitos”, DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derecho de las víctimas...*, op. cit., págs.36-47 y sobre ambos actos normativos derogados, vid. PELAYO LAVÍN, M., “La protección de la víctima en la Unión Europea”, BUJOSA VADELL, L., *Hacia un verdadero...*, op. cit. págs.331-354.

¹⁴⁷⁰ Memoria de la Fiscalía de Sala Delegada para la Protección y tutela de las Víctimas en el Proceso penal, p.7, [Consulta: 9.12.2012], [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol...vol1...].

debían tomarse medidas a escala de la Unión para reforzar los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹⁴⁷¹.

La reforma de la Decisión Marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal obedece a la necesidad de mejorar su contenido y también a la finalidad de reforzar sus efectos vinculantes para los Estados miembros, revisando y complementando los principios que la inspiran. El objetivo es, pues, precisar las disposiciones del texto y fijar obligaciones específicas para los Estados en esta cuestión, así como, comunitarizar la materia, adoptando un enfoque global, más comprensivo y garantista¹⁴⁷², y estableciendo un marco horizontal que engloba las necesidades de todas las víctimas de los delitos, independientemente del tipo de delito y de las circunstancias o el lugar en que se haya cometido¹⁴⁷³.

El contenido de la inicial Propuesta, referido exclusivamente a las víctimas de infracciones penales, se dirigía fundamentalmente a regular la asistencia inmediata a la víctima, su derecho a la interpretación y a la prestación de apoyo psicológico, el derecho a recibir información de forma precisa, fomento de la videoconferencia para la toma de declaraciones a víctimas en caso de delitos transfronterizos, reembolso de los gastos ocasionados a la víctima por el proceso, las organizaciones de apoyo a las víctimas, (con obligación de constituir una organización, al menos, en cada Estado, así como su financiación), la mediación, a la que sólo podrá acudir en los supuestos de aceptación

¹⁴⁷¹ Para TAMARIT SUMALLA, J., "La política europea sobre...", op. cit., págs. 32 y 46, las políticas sobre víctimas trascienden el estricto ámbito de la política criminal ya que la configuración de su estatuto es una pieza relevante en la construcción de una Europa de los ciudadanos en la medida en que las víctimas desempeñan un papel protagónico en la concepción de la justicia como servicio público al ciudadano.

¹⁴⁷² La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, fue presentada el 18 de mayo de 2010 y la primera reunión del grupo de trabajo dedicada a su examen tuvo lugar ya bajo la Presidencia húngara, los días 12 y 13 de julio.

La Presidencia húngara propició un debate de orientación en el CATS para recibir opiniones de los Estados miembros alrededor de tres aspectos concretos de la propuesta: la no reapertura de los artículos de la Decisión marco de 2001 que han sido trasladados sin cambios a la propuesta de Directiva, la extensión del concepto de víctima a los familiares de ésta cuando se ha producido su fallecimiento como consecuencia del delito, y la categorización de las víctimas vulnerables en atención a diversos criterios.

La negociación continuó bajo Presidencia danesa, a la luz de alcanzar no más que un enfoque general parcial en diciembre. [Consulta: 18.3.2012], [www.es-ue.org/.../JAI%20JUST%2003%DIRECTIVA%20VICTIM...].

¹⁴⁷³ Memoria de la Fiscalía de Sala Delegada para la protección y tutela de las Víctimas en el Proceso Penal, p.7, [Consulta: 9.12.2012], [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol...vol1...]. Este es en efecto uno de los fines de la nueva Directiva, pero a nuestro juicio no constituye una nota diferenciadora de la Decisión Marco de 2001, que también lo pretendía. Sin embargo, ha de recordarse que, en materia de indemnización a la víctima, la Directiva de 2004 la reconoce únicamente en relación a los delitos dolosos violentos.

expresa de la víctima, la definición de víctima vulnerable (menores¹⁴⁷⁴, personas particularmente indefensas o víctimas de delitos especialmente graves) contemplando medidas específicas de protección respecto de ella: evitación de careos, toma de una sola declaración, uso de la videoconferencia u otros medios que eviten el contacto directo con el agresor.

Al tiempo, la nueva regulación incide en la relación entre la acusación y la defensa, a través de los derechos que otorga a la víctima en el ámbito del proceso y también en su relación con el ofensor, por lo que debe resultar cuidadosa en conjurar riesgos potencialmente contrarios al necesario mantenimiento de la igualdad de armas o inexcusable equilibrio de los derechos de acusación y defensa, evitando que la víctima utilice el proceso como medio para vencer su propio trauma o que la víctima resulte instrumentalizada al convertirse en un foro la investigación judicial¹⁴⁷⁵.

Dicha iniciativa o propuesta legislativa ha dado lugar a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

En sus Considerandos décimo a decimotercero, la norma precisa su finalidad y ámbito de aplicación, al disponer que constituye su objeto el establecimiento de normas mínimas de protección que configuran el estatuto de la víctima, susceptibles de incremento o mejora a través de la acción de los Estados miembros. Con carácter negativo, el ámbito de aplicación de la norma, no se extiende a las condiciones de residencia de la víctima, de manera que las medidas de protección no han de supeditarse a los conceptos de residencia de la víctima, su ciudadanía o nacionalidad. En sentido inverso, la condición de víctima en un proceso penal seguido ante un Estado miembro no genera derecho alguno respecto del estatuto de residencia de la víctima. Del mismo modo, los derechos que la Directiva otorga a la víctima, lo son “sin perjuicio” de los derechos del infractor, entendida esta expresión como la persona condenada, imputada o sospechosa en un proceso penal en uno de los Estados miembros. En relación a su aplicación territorial, la norma confiere derechos a las víctimas únicamente en relación a los procesos penales seguidos ante los órganos jurisdiccionales de un Estado

¹⁴⁷⁴ Respecto de los menores, la nueva Directiva, en el art. 22.4 establece una presunción de su carácter de víctima necesitada de especial protección fundada en su susceptibilidad de victimización.

¹⁴⁷⁵ Lo que pone de relieve VERVAELE, J.A.E., “El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal?”, DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables...*, Op. cit, p. 30.

Miembro, por delitos igualmente cometidos en su territorio y también a las víctimas de infracciones extraterritoriales cuando su persecución se realice a través de un proceso penal seguido en un Estado miembro¹⁴⁷⁶.

La virtualidad de los derechos que se reconocen a la víctima del delito aparece condicionada por las diferentes posiciones procesales que los sistemas nacionales la otorgan, y a estos efectos, los Estados miembros deben decidir qué criterio¹⁴⁷⁷ aplican para determinar el alcance de los derechos reconocidos en la Directiva, en los casos en que se haga referencia al estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal correspondiente. El momento inicial de virtualidad de estas normas mínimas coincide con el del propio proceso, y ello tanto en el caso de inicio de oficio como en virtud de denuncia.

Finalmente, en lo que se refiere a los destinatarios de la protección instaurada en la Directiva, el artículo segundo contiene una norma de interpretación auténtica conforme a la cual se entiende por víctima, no sólo a “la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio”, sino también a “los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona.” No comprende este concepto, por tanto, a la persona jurídica, una de las cuestiones que se había suscitado a través de la cuestión prejudicial y a la que el TJUE había dado respuesta negativa de modo reiterado¹⁴⁷⁸.

A diferencia de las Directivas elaboradas como normas mínimas relativas a la protección y configuración de los derechos del imputado, en este acto normativo se contempla el estatuto de la víctima de un modo global e integral, incluyendo los derechos que configuran

¹⁴⁷⁶ Quedan excluidas las denuncias presentadas ante las autoridades competentes fuera de la Unión, entre las que se cita expresamente las embajadas, las cuales no generan los derechos reconocidos en la Directiva.

¹⁴⁷⁷ En el Considerando 20 de la Directiva se alude expresamente a tres criterios: si el sistema nacional reconoce un estatuto jurídico de parte en el proceso penal; si la víctima está sometida a la obligación legal o a la recomendación de participar activamente en el proceso penal, por ejemplo como testigo; o si la víctima tiene legalmente reconocido en virtud del Derecho nacional un derecho a participar de modo activo en el proceso penal en los supuestos en que no se le reconozca la condición de parte procesal.

¹⁴⁷⁸ Ya en el asunto *Dell’Orto* (C-467/05) el TJUE había afirmado que la Decisión marco de 2001 debía interpretarse en el sentido de que, en un proceso penal y, más específicamente, en un procedimiento de ejecución posterior a una sentencia definitiva de condena, el concepto de “víctima” a efectos de dicha Decisión marco no incluye a las personas jurídicas que hayan sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro. Y en su sentencia de 21 de octubre de 2010, asunto *Eredics y Sàpi*, (C-205/09), el TJUE afirmó que la Decisión marco de 2001 debía interpretarse en el sentido de que el concepto de víctima no incluye a las personas jurídicas a efectos de impulsar la mediación en las causas penales a que se refiere la propia norma.

ese canon y también su concreto contenido¹⁴⁷⁹. Estos derechos comprenden algunos de naturaleza estrictamente procesal, como el derecho a la indemnización¹⁴⁸⁰ y algunos de naturaleza más controvertida, como los dirigidos a evitar la victimización secundaria (mediante instalaciones adecuadas que eviten la confrontación con el agresor, o propiciando que las declaraciones de la víctima se presten ante la misma autoridad policial o una autoridad policial de su mismo sexo a su requerimiento). No obstante, todos ellos están estrictamente vinculados a la existencia y desarrollo del proceso penal.

La Directiva contempla en el Capítulo segundo y bajo la rúbrica de información y apoyo, el derecho a entender y ser entendido, el derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente, los derechos que asisten a la víctimas como consecuencia de la interposición de una denuncia y al interponerla, el derecho a recibir información sobre su causa, derecho a traducción e interpretación y el derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas¹⁴⁸¹. En lo que concierne al derecho de información, como señala la Instrucción 8/2005 de la Fiscalía General del Estado española, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal¹⁴⁸², “en un mundo en que la información no es un bien escaso, la víctima del delito es con no poca frecuencia olvidada como destinataria de una información individualizada que a ella incumbe. La víctima de cualquier delito y, especialmente las más vulnerables, tienen derecho a ser informadas con claridad, con lenguaje accesible, de sus derechos, de lo que pueden o no esperar, dónde acudir en su caso para instar las ayudas sociales, económicas, psicológicas, a saber en definitiva cuál es la respuesta prevista por el ordenamiento jurídico en defensa de sus intereses”. De otro lado, ha de tenerse en cuenta que no todos los hechos delictivos requieren idéntico nivel de información a la víctima. No se trata de establecer un criterio discriminatorio en la protección a la víctima en el proceso, sino de atender prioritariamente a aquéllas que por la naturaleza y características del hecho delictivo de que se trata, se revelan necesariamente como más vulnerables.

¹⁴⁷⁹ Sobre su contenido e incidencia en el derecho nacional, vid. DE HOYOS SANCHO, M., “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y su transposición al ordenamiento español”, *RGDP*, Nº34 (2014).

¹⁴⁸⁰ Que han de completarse con la jurisprudencia del TJUE preexistente y en concreto respecto del derecho de indemnización el asunto C-79/11, STJUE de 12 de julio de 2012, en relación a la obligación de indemnizar a cargo de personas jurídicas.

¹⁴⁸¹ Previene el artículo 8.4 que los servicios de apoyo a las víctimas y cualquier servicio de apoyo especializado podrán establecerse como organizaciones públicas o no gubernamentales, con carácter profesional o voluntario.

¹⁴⁸² [Consulta: 24.4.2013], [www.fiscal.es/.../Satellite?...filename%3DINSTRUCCION_8-2005%2C0...].

En el capítulo tercero, y bajo la rúbrica, “participación en el proceso penal”, son contemplados como derechos de la víctima, el derecho a ser oído¹⁴⁸³, el derecho a recurrir la decisión de sobreseimiento, el derecho a garantías contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o represalias en los casos en que se faciliten los servicios de justicia reparadora¹⁴⁸⁴, derecho a justicia gratuita¹⁴⁸⁵, derecho a reembolso de gastos¹⁴⁸⁶, derecho a la restitución de bienes¹⁴⁸⁷ y el derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal¹⁴⁸⁸.

En esta misma línea de instrumentos que, ampliando el principio de reconocimiento mutuo¹⁴⁸⁹, pretenden reforzar los derechos y la protección de las víctimas de infracciones

¹⁴⁸³ Este derecho de la víctima ha sido objeto de interpretación jurisprudencial en la STJUE de 15 de septiembre de 2011, asunto *Gueye y Salmerón* C-483/09 y C-1/10 en el sentido positivo de que su derecho a ser oída debe proporcionarle, junto a la posibilidad de describir objetivamente cómo se produjeron los hechos, también la oportunidad de exponer su punto de vista. En sentido negativo, el derecho a ser oída no implica facultad alguna en cuanto a la determinación de las clases ni la graduación de las penas aplicables a los autores de los hechos en virtud de las normas del derecho nacional.

¹⁴⁸⁴ El concepto de justicia reparadora se aporta por la Directiva en su artículo segundo como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”. Sobre esta cuestión también se había pronunciado anteriormente el TJUE en el asunto *Eredic y Sàpi*, concluyendo que la Decisión marco de 2001 no obliga a los Estados miembros a permitir la mediación para todas las infracciones cuya conducta típica, definida por la normativa nacional, coincida con la de las infracciones para las que esta normativa sí prevé expresamente la mediación.

¹⁴⁸⁵ Este derecho se otorga únicamente en los supuestos en los que la víctima ostente la condición de parte procesal de acuerdo con el derecho nacional, y con las previsiones ya expuestas respecto de los diferentes criterios admitidos en las legislaciones nacionales.

¹⁴⁸⁶ En referencia a los gastos derivados por su participación activa en el proceso. Las condiciones de reembolso se determinarán en el Derecho nacional.

¹⁴⁸⁷ Son bienes restituibles, los incautados en el curso de un proceso penal. Las condiciones de restitución se determinan por el Derecho nacional. Sobre la cuestión de la obligación de restitución se pronuncia el TJUE en su sentencia de 28 de junio de 2007, asunto *Dell’Orto*, y con más extensión la Abogada General Sra. Kokott en sus Conclusiones sobre este asunto. En las conclusiones 94 y 95 se afirma que la restitución no puede verse impedida por cualquier controversia sobre la propiedad. Si en el proceso penal se ha declarado con carácter firme a quién pertenece la propiedad, por ejemplo en el caso de objetos robados, tal declaración debe ser relevante para la restitución. En cambio, la víctima no puede reclamar la devolución de la propiedad controvertida si el proceso penal no ha conducido a la correspondiente declaración.

¹⁴⁸⁸ Se permite que el Derecho nacional estipule que dicha decisión se adopte en otro procedimiento judicial. En los supuestos en que la obligación de indemnizar se exija a una persona jurídica, vid. STJUE (Sala Segunda) de 12 de julio de 2012, Asunto C-79/11 y las citadas en ella sobre la necesidad de ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección (sentencia de 9 de octubre de 2008, *Katz*, C-404/07, Rec. p. I-7607, apartados 42 y 46, sentencia de 15 de septiembre de 2011, *Gueye y Salmerón Sánchez*, C-483/09 y C-1/10, Rec. p. I-0000, apartado 52 y sentencia de 28 de junio de 2007, *Dell’Orto*, C-467/05, Rec. p. I-5557, apartados 53 y 57).

¹⁴⁸⁹ JIMENO BULNES, M., “Un proceso europeo...”, op. cit., págs.127 y 128 enfatiza el modo en que este nuevo instrumento contribuye a la realización del principio de reconocimiento mutuo en la medida en que no sólo se ocupa de otorgar el valor en el territorio de todos los Estados miembros a la medida acordada en uno de ellos, sino que también prevé que el dictado de tal orden de protección se realice de forma

penales se inscribe la Directiva 2011/99/UE¹⁴⁹⁰ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección¹⁴⁹¹.

La propia norma, en su artículo segundo, da una definición de lo que ha de considerarse “Orden europea de Protección”, describiéndola como *“una resolución adoptada por una autoridad judicial o autoridad equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección, en virtud de la cual una autoridad judicial o equivalente de otro Estado miembro adopta la medida o medidas oportunas con arreglo a su propio derecho nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida.”*

La Directiva tiene en su punto de mira un supuesto de hecho no infrecuente en el que el elemento transnacional, y, con ello el interés comunitario y la salvaguarda del principio de subsidiariedad es claro: en ocasiones, la víctima del delito modifica el lugar de residencia o domicilio tras la comisión del hecho, mientras que la adopción de una medida cautelar o una pena se veían, hasta la fecha limitadas en su vigencia y eficacia al ámbito territorial del Estado en el que se dictó. A través de esta medida, durante la vigencia de la medida cautelar o de la pena, la protección que otorgan se extiende, en virtud de su reconocimiento, a todo el territorio de la Unión¹⁴⁹². Este es uno de los motivos por los que la Orden Europea de Protección no se limita a los delitos constitutivos de violencia de género¹⁴⁹³, sino que

homogénea y obligatoria en todos los Estados miembros para el caso de que la legislación de alguno de ellos no contemplara una medida de esta naturaleza. También se atribuye esta función de profundización en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a este nuevo acto legislativo, DE HOYOS SANCHO, M., “La orden europea de protección: estudio de la iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección”, en ARANGÜENA FANEGO, C. “Cooperación judicial civil y penal...”, op. cit, págs. 250-268.

¹⁴⁹⁰ DO L 33/2 de 21.12.2011.

¹⁴⁹¹ Este nuevo acto legislativo encuentra sus precedentes en la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, posteriormente refrendada por la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2010, sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea. DÍAZ PITA, M.P., “La orden europea de protección (Directiva 2011/99/UE del parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011): su adopción en el ámbito de la violencia doméstica y de género en el marco del derecho procesal penal español”, en MARTÍN OSTOS, J., “El derecho procesal en ...”, p. 207.

¹⁴⁹² Sobre las líneas de actuación que se recomiendan en el caso de que la víctima resida en un lugar distinto en el que se comete la infracción y las víctimas de violencia de género como parte, vid. ARMENTA DEU, T., “Código de buenas prácticas para la protección de las víctimas vulnerables en Europa”, en DE HOYOS SANCHO, M., “Garantías y derechos de las víctimas...”, op. cit., págs. 309-326.

¹⁴⁹³ Como diferencia señalada con la orden europea de protección diseñada en nuestro derecho nacional. Un estudio comparado de ambos instrumentos se realiza por BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La orden europea de protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español”, en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El derecho procesal...*, op. cit., Págs. 107-116.

comprende todos los hechos constitutivos de delito que atenten contra la vida, la integridad física o psicológica, la dignidad, la libertad individual o la integridad sexual.

Así, en su artículo 5 delimita con carácter de *numerus clausus* las prohibiciones o restricciones que únicamente pueden constituir el contenido de una orden de protección:

a) Prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta.

b) Prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio.

c) Prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

Este precepto es objeto de crítica por ARANGÜENA FANEGO, C.¹⁴⁹⁴, en cuanto el catálogo de medidas que se introducen resulta exiguo y no se justifica debidamente su introducción como medidas comunes aplicables de manera uniforme, habida cuenta de las posibilidades que se ofrecen al Estado de ejecución para su sustitución por otras medidas.

Como complemento de esta normativa, un año más tarde, se ha dictado el Reglamento (UE) Nº 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. En sus Considerandos octavo y noveno, este acto legislativo delimita con precisión su ámbito de aplicación al determinar que el hecho de que una persona sea objeto de una medida de protección dictada en materia civil no necesariamente excluye que esa persona sea definida como “víctima” a efectos de la Directiva sobre el estatuto de la víctima de 2012. Ahora bien, el Reglamento se aplica únicamente a las medidas de protección de las víctimas dictadas “en materia civil” lo que no se identifica con tal calificación de la autoridad que la otorga, de modo que las medidas de protección de la víctima “en materia penal”, se someten a lo dispuesto en la orden europea de protección. Este paquete de medidas¹⁴⁹⁵ permiten cuestionarse la finalidad proclamada por la Directiva sobre el estatuto de la víctima en cuanto afirma su propósito uniformizador, para concluir que de un estudio comparado con la precedente Decisión marco de 2001 y de 2004, en realidad el objeto que se desprende del texto de la norma es la

¹⁴⁹⁴ “Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la orden europea de protección”, en MARTÍN OSTOS (Coord.), *El derecho procesal...*, op. cit. p. 65.

¹⁴⁹⁵ Que para ARANGÜENA FANEGO, C., *Ibidem*. p. 47, comprende también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 18.5.2011, COM (2011) 274 final.

profundización y desarrollo de sus derechos, antes que una uniformización de su régimen, al tiempo que asume la jurisprudencia, no escasa, del TJUE recaída sobre la materia, todo ello sin perjuicio de lo que los posteriores informes de evaluación revelen acerca de los efectos reales que el nuevo acto legislativo tenga como consecuencia de la actuación receptora de los Estados miembros.

6.3.4. Otras iniciativas de interés

Las iniciativas legislativas que fueron objeto de atención durante la Presidencia Española no se ciñen a los aspectos vistos, derechos de sospechosos y acusados y protección de la víctima, sino que, siguiendo las directrices del Programa de Estocolmo y la hoja de ruta fijada en el Plan de Trabajo de Budapest, fueron objeto de debate treinta y una iniciativas legislativas relativas a la cooperación judicial en materia penal, las cuales tienen por objeto propuestas que van desde la creación de una red europea de puntos de contactos nacionales para la justicia reparadora, hasta la lucha contra las acciones delictivas de dimensión transfronteriza relacionadas con vehículos. Dentro de estas iniciativas y desde el punto de vista de los resultados prácticos obtenidos, reviste especial trascendencia el Reglamento (UE) Nº 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010 por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo, la Directiva 2014/41 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3.4.2014 reactiva a la orden europea de investigación en materia penal¹⁴⁹⁶ y la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE.¹⁴⁹⁷

La Oficina de Apoyo, como organismo de la Unión dotado de personalidad jurídica responde a la estructura orgánica y funcional propia de las Agencias de la Comisión vinculadas al ELSJ. Sus funciones principales se enumeran en el Considerando 13 del Reglamento de su creación. Incluyen la contribución a la aplicación del SECA, el apoyo a la cooperación práctica entre Estados miembros en materia de asilo, y el apoyo a los Estados miembros sujetos a presiones especiales. Para el cumplimiento de estos cometidos, se habilita a la Oficina de Apoyo para celebrar acuerdos de trabajo con países distintos de aquellos que apliquen el derecho de la Unión, constituir equipos de apoyo al asilo, grupos de trabajo y foros consultivos como mecanismos de interacción con la sociedad civil. Durante la Presidencia

¹⁴⁹⁶ DO L 130 de 1.5.2014.

¹⁴⁹⁷ DO L 127 de 29.4.2014.

española, el Consejo y el Parlamento Europeo decidieron situar la sede de la Agencia en La Valeta (Malta). La nueva Oficina dio inicio a sus actividades en noviembre de 2010, siendo plenamente operativa en junio de 2011. Entre sus actividades puede reseñarse la firma en Grecia de un plan operativo para el despliegue en ese país de equipos de ayuda en materia de asilo de las Naciones Unidas y la publicación de los Informes anuales sobre la situación del Asilo en la UE y las actividades de la propia oficina.

De entre estas iniciativas, otras se inscriben en el reiterado fin de aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Por su relación más directa con nuestro objeto de estudio y los motivos añadidos que a continuación exponemos pasamos a analizar la orden europea de vigilancia y la orden europea de investigación.

El primero de estos instrumentos, referido a la orden de vigilancia, si bien fue adoptado durante el período de vigencia del Programa de La Haya, pues su entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009, el plazo de transposición finalizó el 1 de diciembre de 2012. Se trata de la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional¹⁴⁹⁸.

Esta norma atiende a una situación de hecho específica: cuando un ciudadano de la Unión, sospechoso de haber cometido una infracción penal, es presentado ante la autoridad judicial, la probabilidad de ser sometido a una medida cautelar personal privativa de libertad aumenta si la persona en cuestión no tiene su residencia habitual en el territorio del Estado miembro en que se sospecha que la infracción haya sido cometida, y ello con independencia de que tal requisito concurra en relación al territorio de cualquier otro Estado miembro.

Se estima que tal situación pudiera entrar en conflicto con el principio de libre circulación de personas establecido en el artículo 18 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, viéndose además afectados derechos fundamentales reconocidos en el

¹⁴⁹⁸ DO L 294 de 11.11.2009. Apunta ARANGÜENA FANEGO, C., “De la orden europea de vigilancia al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo”, en ARANGÜENA FANEGO, C., “Espacio Europeo de Libertad...”, op. cit., págs. 224-267 que la denominación del nuevo acto legislativo no es cuestión baladí, pues como se observa, en la jerga del grupo de trabajo, era conocido por su acrónimo inglés ESO (European Supervision Order). Esta denominación, que se ha extendido en el ámbito legislativo y doctrinal de la Unión Europea no ha sido sin embargo acogida en la propia rúbrica del instrumento por un motivo sustantivo, consistente en que se prescinde de establecer un único título europeo en el sentido de instrumento ejecutivo uniforme, como fue el caso de la euro-orden.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, tales como el derecho a la libertad personal y el derecho a la presunción de inocencia.

Este supuesto de hecho tiene su origen en la propia configuración de la prisión provisional, en relación a los riesgos que dicha medida pretende conjurar y que, en este concreto extremo, responden a un fundamento y regulación común en los Estados Miembros, a saber: el riesgo de fuga, la reiteración delictiva y la posible ocultación o destrucción de fuentes de prueba.

No sólo desde un punto de vista teórico, sino también, fácilmente constatable a través de la práctica de los tribunales es que el riesgo de que el imputado no comparezca ante la autoridad judicial competente, o no pueda ser hallado a efectos de la práctica de notificaciones, está estrechamente ligado a la circunstancia de que el imputado tenga establecida su residencia fuera del territorio nacional respectivo. La Decisión marco en análisis pretende poner fin a tal situación, sustituyendo la medida de prisión por medidas menos aflictivas para los derechos del imputado, respetando, al mismo tiempo la finalidad asegurativa del correcto desarrollo del procedimiento.

Presupuesto lo anterior, a efectos de determinar la oportunidad de una acción comunitaria en este concreto aspecto, se encargó a una entidad consultora externa la evaluación de impacto de la iniciativa en la que se realiza un análisis estadístico de la situación de la prisión provisional en el conjunto de la Unión. Los datos estadísticos obtenidos mediante estudios de campo permiten determinar que aproximadamente 10.000 ciudadanos de la Unión son sometidos a la medida de prisión provisional en un Estado Miembro distinto de aquél en el que tienen establecida su residencia habitual. Existe asimismo una desproporción entre la población carcelaria total y la proporción de ciudadanos europeos que sufren esta medida con carácter cautelar. El riesgo de discriminación aumenta en tanto los resultados revelan que la media de duración del período en prisión provisional difiere notablemente de unos Estados a otros (de 42,5 días a 365 días), siendo la media de 5,5 meses. Así, considerando como infracciones graves, el homicidio, la violación y el robo, se estima que el ochenta por cien de los imputados sometidos a prisión provisional, podrían beneficiarse de la aplicación de la orden europea de vigilancia. El número de personas afectadas podría ascender a ocho mil, en el conjunto de la Unión, cifra que previsiblemente, y, en virtud de la libre circulación irá en aumento.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, resultaría oportuno valorar si uno de los principales campos en los que se produce el valor añadido y una mayor eficacia procesal

de los instrumentos normativos comunitarios es precisamente el ámbito propio de las medidas cautelares personales, especialmente las relacionadas con el derecho a la libertad del inculcado en orden a que pueda servir de guía a futuras iniciativas legislativas. De otro lado, algunos autores¹⁴⁹⁹ apuntan a la conexión de este instrumento con el principio de resocialización, observación que compartimos y que puede contribuir a despejar los temores que inspiraba aquel caballo de Troya preconizado por SCHÜNNEMAN.

En lo que concierne a las restantes iniciativas enunciadas, el 29 de abril de 2010, siete Estados miembros completaron una propuesta de “Orden europea de investigación” (en adelante OEI). Esta propuesta, que ha dado lugar a la Directiva 2014/41 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal¹⁵⁰⁰ no trata únicamente de reemplazar los instrumentos existentes en el ámbito de la asistencia mutua (la “Orden Europea de prueba”, la “Decisión marco sobre decomiso”, y la “Decisión marco sobre ejecución de resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas”), sino que también pretende reemplazar otros instrumentos legales en esta área como el Convenio sobre asistencia mutua en asuntos penales de 1959, el Primer y Segundo Protocolo de este Convenio y parte del Convenio Schengen (en concreto, arts. 48 a 53) y alguno de sus protocolos .

Siguiendo a JIMÉNEZ-VILLAREJO¹⁵⁰¹, algunos de los aspectos más significativos incluidos en la propuesta origen del nuevo acto legislativo son: mientras la Orden europea de prueba está basada en el tipo de prueba que debe llevarse a cabo, la OEI estaría basada en las medidas de investigación como tales. Una de las más significativas diferencias entre la OEI y el exhorto europeo de prueba residen en que la primera está basada en una medida o diligencia de investigación a ejecutar, mientras que el exhorto europeo de prueba se refiere a la obtención de un elemento probatorio concreto. El Estado demandante decidiría qué es lo que quiere y qué material debe ser recogido por parte del Estado ejecutante; la OEI cubriría todas las medidas de investigación con muy pocas excepciones, excluidas éstas de manera explícita¹⁵⁰²

¹⁴⁹⁹ PÉREZ MARÍN, M.A., “Dos ejemplos de medidas cautelares penales en el espacio judicial europeo: las medidas alternativas a la prisión provisional y el embargo preventivo previo al decomiso de los efectos procedentes del delito”, MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), “El derecho procesal en...”, p. 374.

¹⁵⁰⁰ DO L 130, de 1.5.2014.

¹⁵⁰¹ “Orden europea de investigación: ¿adiós a las comisiones rogatorias?”, en ARANGÜENA FANEGO, C.,(Coord.), *Cooperación judicial civil y penal...*, op. cit. págs. 175-203.

¹⁵⁰² Esta ventaja de la OEI es también puesta de relieve por JIMENO BULNES, M., “El modelo de espacio judicial europeo en materia penal antes y después de Lisboa: ¿justicia versus seguridad o seguridad versus justicia?”, en MARTÍN OSTOS, J. “El derecho procesal en...”, op. cit. p. 317, quien señala que el objeto de

La Directiva deja fuera de su cobertura la constitución de un ECI y la obtención de elementos probatorios en el marco del mismo. La exclusión también abarca dos modalidades de intervención de telecomunicaciones para las que existe una compleja regulación prevista en los arts. 18 a 22 del Convenio MLA 2000. Concretamente, la intervención de telecomunicaciones vía satélite así como la intervención de telecomunicaciones con transmisión inmediata al Estado requirente; la autoridad demandante decidiría qué medida debe ser ejecutada por la autoridad ejecutora, el Estado ejecutor no tendría capacidad para decidir otra, salvo de manera menos coercitiva y más apropiada para lograr el objetivo perseguido, con un número limitado de excepciones; debe usarse el formulario de la OEI, estableciéndose claros límites al respecto; una OEI puede instruirse tanto para procesos penales como administrativos. En efecto, la OEI está básicamente proyectada para su emisión en procedimientos judiciales penales, sin excluir aquellos procedimientos administrativos que tengan una dimensión penal; oficiales de la autoridad demandante están autorizados a asistir a la ejecución en la autoridad ejecutoria; casi no existen motivos de denegación (*ne bis in idem*, doble criminalidad, territorialidad, etc, no son motivos de rechazo) la Directiva se caracteriza por introducir una severa reducción de los motivos de no reconocimiento o ejecución, que se singularizan por ser facultativos y excepcionales¹⁵⁰³; no existe mención alguna a los derechos de defensa, y los derechos humanos se abordan únicamente de manera general, no hay asesoramiento de impacto en las posibles violaciones de derechos humanos de la propuesta . Ello no obstante, a juicio de ARMENTA DEU¹⁵⁰⁴ la propuesta sí incide de modo deliberado en la protección de los derechos fundamentales en una doble dirección: a) Ampliando los motivos de denegación en relación a medidas especialmente invasivas y b) Posibilitando al Estado de ejecución la sustitución de las medidas de investigación solicitadas.

JIMÉNEZ-VILLAREJO¹⁵⁰⁵ pone de relieve que en relación a esta Directiva se han reproducido algunas de las cuestiones que plantearon debate doctrinal en relación al

Exhorto europeo de prueba tenía un ámbito de actuación, que en cuanto limitado al reconocimiento de resoluciones jurisdiccionales dictadas por autoridades judiciales de otros Estados miembros con el fin de reunir objetos, documentos u otros datos destinados a ser utilizados en un proceso penal sin contemplar cualesquiera otros medios probatorios más allá de este carácter documental, resultaba desde un inicio en exceso reducido.

¹⁵⁰³ Vid. al respecto BACHMAIER WINTER, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, *Diario La Ley*, Nº7992, 2012 y, de la misma autora, “La Orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº25, 2011.

¹⁵⁰⁴ “Europeización del proceso penal y derechos fundamentales: guía y condicionante”, en MARTÍN OSTOS (Coord.), “El derecho procesal...”, op. cit. p. 77.

¹⁵⁰⁵ “Orden europea de investigación: ¿adiós a las comisiones rogatorias?”, op. cit. p. 184.

principio de reconocimiento mutuo en general, tales como el posible quebranto de la paridad de armas entre las partes del proceso y la posibilidad de que este tipo de instrumentos sea cauce de expansión del derecho penal más represivo. Lo expone el autor señalando que su aparición ha dado lugar a una serie de enérgicas reacciones de asociaciones de abogados, grupos de libertades civiles, que se suman a las reticencias de conocidas y relevantes autoridades académicas europeas, entre las que puede citarse a PEERS

“ Una persona que comete un acto que es legal en el Estado miembro en el que el mismo es llevado a cabo puede ser sometido a registros corporales, domiciliarios y mercantiles, investigaciones financieras, ciertas formas de vigilancias encubiertas, o cualquier otra clase de diligencias de investigación dentro del ámbito de la Directiva en relación con cualquier ‘crimen’ que esté previsto en la ley de cualquier otro Estado miembro, si ese Estado miembro extiende su jurisdicción para ese crimen más allá de su propio territorio. Advertir que no existe previsión en el Derecho de la UE o cualquier otro conjunto de reglas en este ámbito que restrinja a un Estado de extender su jurisdicción territorial sobre infracciones penales. “

Alcanzar las ventajas propias del principio de reconocimiento mutuo y soslayar a un mismo tiempo sus inconvenientes requiere, en consecuencia, hallar un modo con que compatibilizar aquel principio con la diferente protección que, a los derechos fundamentales que están en solfa en la investigación delictiva, se reconoce en los respectivos ordenamientos internos de los Estados miembros; un modo – dicho más llanamente- de lograr la cuadratura del círculo.

En la Directiva analizada parece haberse encontrado el camino de hacerlo. Este camino pasa, en esencia, por establecer regímenes distintos en función del diverso grado de injerencia que, en la esfera de los derechos fundamentales de la persona investigada, supone la realización de la concreta pesquisa reclamada por otros Estados miembros. Así las cosas, lo que viene a disponerse en esta Propuesta es, dicho muy genéricamente, una mayor potenciación del principio de reconocimiento allí donde menor incidencia tiene la pesquisa en los derechos fundamentales de la persona investigada. Y a la inversa: una menor presencia del principio de reconocimiento mutuo allí donde la pesquisa reclamada incide más profundamente en la esfera de los derechos y garantías fundamentales.

CONCLUSIONES

I

El concepto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia tiene su origen en un determinado contexto político y surge como corolario de la realización de las cuatro libertades clásicas en las que se fundamenta la creación del mercado único europeo. De un modo particular, estrechamente vinculado a la materialización de la libre circulación de personas y de capitales, configurándose como la necesidad de establecer medidas compensatorias al posible incremento de la criminalidad derivado de la apertura de fronteras y de la consiguiente libre circulación de delincuentes. Asimismo, por estas circunstancias contextuales, el término de Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia fue empleado por primera vez en instancias políticas en 1976, con la finalidad de crear un instrumento procesal destinado a la extradición automática. Más allá de esta concreción en cuanto a sus fines, lo cierto es que ya desde su inicio el concepto de Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia hace referencia a un triunvirato de valores que proclama entre ellos una cierta primacía de la libertad y se concibe en términos sociales de accesibilidad ciudadana, haciendo referencia a la idea de Unión de pueblos europeos. Por ello, el concepto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia supone un valor añadido que se vincula a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y es respetuoso con la autonomía de los Estados Miembros.

II

La materia sobre la que versa el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y la parte que nosotros analizamos exclusivamente, esto es, la cooperación judicial y policial penal, se encuentra estrictamente relacionada con aquellas potestades incluidas en el núcleo duro de la soberanía de los Estados miembros. Entre ellas se incluye el ejercicio del *ius puniendi*. Ello ha determinado su naturaleza híbrida y transitoria, en la medida en que, fundamentalmente debido a su objeto, en su origen se configuró de modo estrictamente intergubernamental, caminando en su evolución hacia la supranacionalidad. Su carácter derivado o secundario en consideración a la realización del mercado único, ha determinado una inercia respecto del proceso de integración económica favorecida por criterios cronológicos, y una marcada indefinición de objetivos que permiten su calificación como proceso *in fieri*. Desde esta consideración, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia puede definirse como un objetivo más del proceso de integración europea, la transformación de Europa en un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que va más allá de la noción de una política comunitaria, al tiempo que se sirve de algunas de ellas. Si inicialmente se

hallaba muy vinculado a la política migratoria y la propia Comisión lo definió como una prioridad estratégica, en la actualidad, esa íntima relación subsiste, y deriva hacia las políticas sociales, mientras se ve fomentada por la ausencia de una auténtica política criminal a nivel comunitario.

Ello no obstante, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia ha adoptado, o bien, se ha integrado, en el denominado método comunitario, al tiempo que ha elaborado instrumentos específicos de actuación de las autoridades judiciales nacionales. Su capital exponente es el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales cuya formulación tiene también asiento en los principios de eficacia, legitimidad, coherencia, solidaridad y cooperación leal.

III

La cooperación judicial se muestra como una de las principales vías de realización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y por ello se asocia a la noción de Espacio Judicial Europeo. En efecto, éste último, comprende ámbitos geográficos y jurídicos que difieren de los propios del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia pero ambos comparten instrumentos y técnicas jurídicas. De hecho, el germen de la cooperación judicial europea se encuentra en los Tratados bilaterales y posteriormente multilaterales celebrados en el seno del Consejo de Europa. Esta forma de cooperación suponía ya un avance respecto de la situación anterior, representada por el denominado auxilio judicial, en la medida que facilitaba la colaboración entre autoridades judiciales al producir una cierta homogeneización del derecho aplicable. Los instrumentos ideados en el seno del Consejo de Europa respondían a una concepción de la soberanía y de las relaciones entre Estados diametralmente opuesta a los objetivos comunitarios, y en concreto al concepto de supranacionalidad. Por ello, se hizo precisa la creación de nuevas modalidades de actuación conjunta, acordes con el incipiente proceso de integración que implicasen una evolución respecto de las formas de cooperación judicial estrictamente intergubernamentales.

En esta línea, en el derecho primario, el abordaje de la cooperación judicial fue contemplado antes incluso del surgimiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. En concreto, a través de la creación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de su procedimiento y principio estrella: la cuestión prejudicial y el juez nacional como juez comunitario. Y aún en el presente estadio de evolución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia ha de propugnarse la efectiva implementación de políticas comunitarias a nivel nacional y la apuesta por el principio del juez nacional como juez comunitario antes que la ampliación de la estructura jurisdiccional comunitaria en orden a la atribución de competencias específicas en materia penal o de un pretendido proceso penal europeo.

Esencialmente, y en lo que a la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se refiere, la cuestión prejudicial institucionaliza un cauce permanente de consulta y contacto entre la jurisdicción comunitaria y nacional que incluye a todos los órganos jurisdiccionales nacionales y los hace partícipes de la aplicación del derecho comunitario. La unidad jurídica europea se muestra por ello dialógica y pluralista por oposición a los criterios de centralización y jerarquía. En el orden internacional, el Tribunal de Justicia, sin embargo, se ha mantenido en una posición fuertemente constitucionalista.

IV

Con el Tratado de Maastricht nace la estructura de pilares, que sitúa la cooperación en Asuntos de Justicia e Interior, embrión del actual Espacio Judicial Europeo, en el tercero de ellos y entraña algunas características que posteriormente se revelarían como sus mayores lastres. Se trata de la exigencia de unanimidad del Consejo en el proceso decisorio, la escasa intervención del Parlamento, la limitación de la facultad de iniciativa de la Comisión en beneficio de los Estados Miembros y la falta de obligatoriedad de la jurisdicción del Tribunal de Justicia.

El Tratado llevó a cabo una importante labor de institucionalización de los grupos de trabajo existentes. Creó una compleja estructura de cinco niveles de actuación, estableciendo un nuevo sistema de fuentes propio y específico del tercer pilar en el que algunos instrumentos previstos, posición y acción común, carecían de efectos jurídicos vinculantes.

Con la finalidad de promover la implementación del espacio Schengen, bajo el Tratado de Maastricht se introdujo el modelo uniforme de visado y se celebró el Convenio Europol y el Convenio Europeo de Extradición permitiendo por primera vez, un contacto directo entre autoridades judiciales.

V

Con el Tratado de Amsterdam el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia sufre una transpilarización, en la medida en que la materia correspondiente a asilo e inmigración sigue la misma suerte que la cooperación judicial civil y se comunitariza, produciéndose un intento de superar las limitaciones derivadas de la intergubernamentalidad en el tercer pilar fomentando los poderes de las instituciones comunitarias. Los Acuerdos de Schengen se integran en el derecho primario y se crea la Dirección General de "Justicia y Asuntos de Interior" en la Comisión Europea, suprimiendo los diferentes niveles de los grupos de trabajo, que se sitúan al lado de los Comités

como órganos preparatorios. El Tratado crea también un nuevo sistema de fuentes propio del tercer pilar con efectos jurídicos más vigorosos que el precedente. Al mantener el Tratado la exigencia de unanimidad en el Consejo, nacen entonces las cooperaciones reforzadas, representando un intento de superar los posibles bloqueos y de apertura a la flexibilidad.

VI

El Tratado de Niza supuso el intento de paliar algunas de las anteriores dificultades mediante la instauración del procedimiento de codecisión en las materias comunitarizadas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el reforzamiento de las competencias del entonces Tribunal de Primera Instancia y de la posición del Parlamento Europeo, ampliando su legitimación en el sistema jurisdiccional comunitario, facultándolo para interponer el recurso de anulación. Otros méritos atribuibles al Tratado en la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, son, sin duda, la regulación efectuada de las cooperaciones reforzadas y la inclusión de Eurojust en el tercer pilar.

En este período merece especial mención, por su trascendencia y actual valor normativo, la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

VII

Paralelamente a esta evolución del derecho primario, de modo vinculado al desarrollo del método comunitario y con el fin específico de la cooperación policial y judicial en materia penal, se fueron creando organismos descentralizados de carácter sectorial denominados agencias. A estos entes les resulta aplicable la denominada doctrina *Meroni* sobre los límites en la delegación de competencias por parte de las instituciones comunitarias y la posibilidad de atribución de poderes discrecionales y normativos. Las agencias han potenciado mecanismos de vinculación estable entre los jueces y agentes policiales nacionales, contribuyendo de modo decisivo a fortalecer la confianza recíproca.

La agencia Eurojust se ha configurado como la primera red permanente de autoridades judiciales del mundo. Tiene facultades para solicitar el inicio de investigaciones judiciales, la adopción de planes de investigación conjuntos y de evitar conflictos de jurisdicción. Los principales inconvenientes detectados en la práctica del funcionamiento de esta Agencia se han centrado en el cumplimiento de las solicitudes de inhibición cursadas a las autoridades judiciales nacionales en el ámbito de procesos judiciales en curso.

Europol es la agencia comunitaria que gestiona la información criminal, con funciones de prevención de determinadas formas de delincuencia internacional que pueden verse ampliadas mediante decisión del Consejo. Está dotada de un *treaty making power* que la permite celebrar acuerdos con terceros Estados y organizaciones internacionales, con incidencia por ello en la dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Esta capacidad normativa ha de sujetarse a estrictos límites que quizá debiera incluir el control parlamentario, y, en todo caso, el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Los principales inconvenientes identificados hasta la fecha en el funcionamiento de esta agencia policial europea tienen como causa la reticencia o deficiente transferencia de información por parte de los Estados miembros, lo que hace precisa una flexibilización del *Management board* y el control de que las unidades nacionales sean las adecuadas.

Existen también otras agencias, de las que resultan predicables los caracteres y naturaleza de las anteriores. A pesar de no haberse concebido como específicamente vinculadas al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, desarrollan funciones relacionadas con él. Se trata del Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías, la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales, la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información y la Agencia Europea para la gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores.

VIII

A través del Tratado de Lisboa se realiza una distribución de poderes entre las instituciones comunitarias que finaliza con el pretendido déficit democrático de la Unión, permaneciendo fiel al principio de equilibrio institucional desde una perspectiva funcional y aproximándose a la división de poderes desde una perspectiva orgánica. Este diseño funcional y orgánico aparece difuminado por la regulación de los denominados actos de delegación y de ejecución, la permisividad de la sospechosa creatividad institucional mediante actos atípicos y el abandono de la terminología empleada por el proyecto de Constitución. En esta distribución de poderes, la creación del Consejo Europeo actúa en detrimento de la Comisión en el aspecto relativo a su facultad de iniciativa legislativa, la cual se ve reforzada en materia de implementación de políticas y actuaciones legislativas en virtud de la legitimación para accionar frente a los Estados miembros a través del recurso de incumplimiento. La nueva distribución de competencias y la unificación del sistema de fuentes pretende igualmente evitar futuras acciones de nulidad, fundamentadas en la incorrección de la base jurídica del acto debida a la indefinición de límites interpilares.

El Tratado de Lisboa se muestra especialmente respetuoso con los principios de atribución y subsidiariedad regulando un mecanismo de control a favor de los parlamentos nacionales a través de un sistema de alerta temprana, el mecanismo de frenacelerador y la iniciativa legislativa popular.

En virtud de lo acordado en Lisboa, se introduce un nuevo procedimiento de elaboración de Tratados Internacionales en el que se refuerza la intervención del Parlamento y el control jurisdiccional. El Tratado incluye una cláusula de ampliación y una de exención de jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que plantean cuestiones de interpretación acerca de sus límites.

La respuesta aportada por el Tratado de Lisboa a la tendencia actual de la criminalidad organizada es la previsión de la creación de un Ministerio Público Europeo. En orden a su futura configuración, las opciones propuestas apuntan en la línea de organización en red antes que a la creación de nuevas estructuras comunitarias, postura a la que nos adherimos. También se propugna la actuación del Fiscal Europeo ante los propios órganos jurisdiccionales nacionales, asumiendo la investigación de los hechos bajo control jurisdiccional. Su actividad ha de ceñirse, en un primer momento, a los denominados “delitos contra el euro”, y es susceptible de posterior ampliación, lo que conecta con la finalidad primaria de la Unión, siendo deseable su posterior ampliación a los delitos armonizados.

IX

Las novedades introducidas por el Tratado de Lisboa en materia de fuentes del derecho y en la extensión de la jurisdicción del Tribunal de Justicia tienen un impacto profundo en la implementación de las políticas relacionadas con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La repercusión se produce a través del efecto directo de sus normas y de la ampliación de legitimación de la Comisión.

La posición de la ley penal en el proceso de integración no resulta sustancialmente modificada a la luz de las disposiciones del Tratado de Lisboa. A estos efectos, la Unión Europea no es en principio competente en materia de derecho penal ni en materia de derecho procesal penal más que a título subsidiario. Ello no es óbice para que pueda dictar normas en virtud de las cuales las autoridades nacionales resulten compelidas a aplicar sanciones penales para combatir los graves atentados a los objetivos comunitarios. La comunidad carece de una “competencia universal” para armonizar los derechos criminales de los Estados miembros y está habilitada para actuar en virtud del principio de atribución únicamente en relación a determinadas figuras delictivas de

alcance transnacional. Del mismo modo, queda excluida la actuación comunitaria respecto de aquellas materias que, incluidas en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, precisen un tratamiento exclusivamente horizontal, si bien esta conclusión pudiera ser objeto de revisión a la exclusiva luz de las directivas contempladas en el artículo ochenta y dos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El Tratado de Lisboa no aporta elementos que permitan dar una definición técnica y sirvan para diferenciar las acciones de “armonizar”, “aproximar” legislaciones y establecer “normas mínimas”. La doctrina, que de forma unánime y vigorosa ha reclamado tal actuación, tampoco ha elaborado tales distinciones. Al respecto, podría proponerse la acepción según la cual tanto la armonización como la aproximación supongan la eliminación de las discordancias entre las legislaciones nacionales en la medida que traigan consigo obstáculos para la realización de objetivos comunitarios, y puedan favorecer elementos criminógenos tales como los Estados santuario. Las normas mínimas, no tienden a la eliminación de incompatibilidades legislativas, sino que suponen una acción más profunda, ya que unifican los derechos nacionales y por ello su ámbito de actuación es más restringido, circunscribiéndose a la definición de los delitos y la fijación de las penas. Así entendida, la armonización puede también definirse como el mecanismo para el establecimiento de normas mínimas en un proceso de uniformización de legislaciones y de este modo instaurar una distinción con el concepto de aproximación. La primera conlleva la uniformidad y la segunda carece de estos efectos permitiendo la diversidad legislativa a nivel nacional en la medida en que ello no suponga obstáculo alguno a los objetivos comunitarios ni a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

X

Especial relevancia en la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia revisten los programas de actuación quinquenales al revelarse como el instrumento elegido por el Consejo para el ejercicio de sus facultades de dirección política, posteriormente ejecutados y seguidos por las restantes instituciones comunitarias y nacionales en una línea de continuidad hoy indiscutida.

XI

El primero de estos programas, el de Tampere, propugnó una mayor accesibilidad del ciudadano a la Justicia. En su seno se elaboraron las primeras normas sobre el tratamiento de la víctima y se dieron los primeros pasos para avanzar hacia un catálogo mínimo de derechos del

acusado. Se sitúan también en este momento los inicios de la dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, al contemplar una cierta colaboración en los Asuntos de Justicia e Interior en los Acuerdos de Asociación que entraron en vigor en el año 2000. La política migratoria es objeto de especial atención. A través de ella se pretende un enfoque comprensivo de los flujos migratorios, el tratamiento justo de nacionales de terceros Estados, y la colaboración con los países de procedencia. En materia de seguridad, la acción se centra en el blanqueo de capitales y prevención del terrorismo.

Pero sin duda la principal formulación de Tampere consiste en la extrapolación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal desde el ámbito de la libre circulación de mercancías al propio del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La doctrina se ha esforzado, sin embargo, por detectar los riesgos que implicaba este nuevo modo de proceder y ha señalado como tales la posibilidad de expansión del derecho penal nacional más punitivo, la inseguridad jurídica originada por la indefinición de conductas en las eurolistas de delitos a causa de la supresión del requisito de la doble incriminación, la indeterminación de la extensión del principio non bis in idem y la posible introducción de discriminaciones inversas.

XII

El Programa de La Haya se corresponde con la etapa de consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia lo que va a implicar la propuesta de diez prioridades que pretenden trazar una línea de desarrollo a través de la cual se ponga fin a su evolución desordenada. Lejos de formular políticas propias, a través del Programa se pretende la integración de los Asuntos de Justicia e Interior en las políticas preexistentes de la Unión.

A pesar de los propósitos expresados por el Consejo, el resultado de las evaluaciones intermedias de la ejecución del programa puso de relieve una dificultad que persiste en la actualidad, y a la que han tratado de hacer frente tanto el Tratado de Lisboa como el posterior Programa de Estocolmo. Nos referimos al carácter irreal de parte del acervo perteneciente al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia por falta de implementación de políticas, y, fundamentalmente, de normas. Los resultados de dicha acción de evaluación centraron en dos las causas de esta situación: la imposibilidad de llevar ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al Estado infractor, y la exigencia de unanimidad en el Consejo, que comportaba ineludiblemente la adopción de acuerdos suavizados.

Estas conclusiones relativas al Programa de La Haya, tienen, sin embargo, la importante excepción de la dimensión exterior, a la que el Programa dotó de coherencia mediante la

formulación de una estrategia que respondía al propósito de fijar los principios que debían dirigir la política con terceros países ampliando a las cuestiones propias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, esencialmente a la migración y terrorismo, los instrumentos preexistentes de cooperación exterior.

XIII

En el estudio realizado con carácter previo a la adopción del Programa de Estocolmo, la Comisión asumió como enfoque la posición del ciudadano e identificó los progresos más lentos por contraposición a los progresos considerables. Aquéllos se identifican como la salvaguarda de la libertad a través de la protección de datos, superar la fragmentación de la justicia y facilitar su acceso al ciudadano, elaborar una estrategia de seguridad que incluya un plan de acción contra la delincuencia organizada, hacer frente a la mayor presión ejercida por los flujos de inmigración ilegal y fomentar la integración de las políticas relacionadas con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en las políticas generales de la Unión Europea.

Con la finalidad de hacer frente a los déficits revelados durante la vigencia del Programa de La Haya, se propugna ampliar la supervisión política de la actuación de las agencias y potenciar las competencias de Eurojust al tiempo que se refuerza su control parlamentario. Este último planteamiento, en relación a la agencia Eurojust no es pacífico, ya que suscita la suspicacia de los Estados en la medida en que puede suponer la evaluación del proceso de toma de decisiones de sus órganos jurisdiccionales y en este sentido, resultar afectada su independencia.

XIV

Si bien el Programa de Estocolmo revela como una de sus aspiraciones la existencia de un auténtico derecho penal europeo, su ámbito de actuación viene predeterminado por las previsiones del Tratado en cuanto a las conductas y bienes jurídicos. El examen de éstos últimos constituye una de las razones de mayor peso para sustentar la afirmación de que el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia constituye un objetivo propio y específico de la Unión, en la medida en que ampliamente sobrepasan los intereses económicos inherentes a la construcción del mercado único. Sus caracteres propios son la administrativización y su índole expansiva, por la gestión punitiva de riesgos generales que patrocina la extensión de las medidas de control policial y de los servicios de inteligencia. La doctrina subraya por una parte, la importancia de evitar el retorno a un derecho penal del enemigo por el recurso a la sanción comunitaria ante la insuficiencia de la actuación nacional; y por otra parte, la difuminación del principio de legalidad

por la creación de tipos penales difusos que llevan a su vez a una disminución de garantías procesales. Aun cuando en el ámbito del derecho comunitario es rescatable el concepto de alarma social en la medida en que facilita el consenso, como ocurrió en el caso de la orden europea de detención tras los atentados terroristas.

Desde el punto de vista de los flujos de información y la capacidad de generar inteligencia, el Programa de Estocolmo aboga por el principio de disponibilidad y la maximización del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales. En este momento la cuestión se centra en compatibilizar un mayor flujo de información y la necesaria coherencia con la estrategia de protección de datos personales. Las principales dificultades se han centrado en las limitaciones para obtener determinadas informaciones, en la dificultad de los agentes para actuar en el territorio de otro Estado y en la inexistencia de determinados métodos informales de trabajo a nivel comunitario que vienen funcionando en el plano nacional.

La actuación contra los fenómenos delictivos transnacionales se convierte en el primer objetivo de la cooperación policial. Ello no obstante, como ocurría con los propios conceptos de armonización y aproximación, no se ha elaborado un concepto comunitario de “transnacionalidad” relativa al hecho criminal.

XV

La Presidencia española del primer semestre de 2010 con carácter general, y de un modo no específicamente referido al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se calificó como de innovación y transición entre el viejo y el nuevo modelo impuesto por el Tratado de Lisboa. Sus principales cometidos venían definidos por la puesta en marcha de las disposiciones del nuevo Tratado y del nuevo Programa de Trabajo de Estocolmo, señaladamente a través de la elaboración de su plan de acción, teniendo en cuenta que las principales críticas del Programa, *ab initio*, se habían centrado en las posibles intromisiones en el derecho a la intimidad. Algunas de estas modificaciones, como la creación de las figuras del Presidente del Consejo con carácter estable y del Alto Representante y la creación del trío de presidencias, han tenido una influencia directa en el desarrollo de las funciones tradicionalmente asignadas a la Presidencia del Consejo.

En este específico contexto, a través de su Programa, la Presidencia fijó como prioridades, el lanzamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior con el consiguiente refuerzo de la política exterior, fundamentalmente en las relaciones transatlánticas y las negociaciones de ampliación, la configuración del nuevo Comité Operativo de Seguridad Interior y la estrategia de seguridad. En materia de derechos fundamentales, la acción habría de centrarse en la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con carácter

vinculante y el inicio del proceso de adhesión a la Convención Europea de Derechos Humanos. Los aspectos relativos a la inmigración y asilo han pretendido dotarse de un mayor contenido social, incidiendo en el fenómeno de los Menores Extranjeros no Acompañados, mediante la elaboración de su propio plan de acción.

Uno de los principales cometidos de la Presidencia ha sido la conformación del nuevo Comité Operativo de Seguridad Interior. Este propósito se ha asociado a la creación de un modelo europeo de intercambio de información seguro y estructurado que incluya todas las bases de datos de la UE bajo un lema elaborado por la Presidencia: máximo intercambio de información en inteligencia pero con pleno respeto al derecho a la privacidad y la protección de datos personales en aras a vislumbrar una política europea de inteligencia con estructuras comunes que le den apoyo.

XVI

El Plan de Acción del Programa de Estocolmo, elaborado durante la Presidencia Española y ejecutado durante el quinquenio que acaba de concluir, se centra en compatibilizar la cooperación operativa con estándares elevados y comunes de protección de datos personales, en la protección de los derechos de los sospechosos en procesos penales dentro de una estrategia de armonización plenamente respetuosa con los principios de subsidiariedad y coherencia, que, dentro de los comportamientos delictivos, priorice la lucha contra el tráfico de drogas y la trata de seres humanos, especialmente de menores; y, finalmente, en la protección de las víctimas, con particular atención a las que lo son a consecuencia de un acto de terrorismo. Las evaluaciones intermedias han revelado no obstante que en la consecución de estos objetivos persisten algunas dificultades relativas al carácter virtual del acervo legislativo, la necesidad de homogenizar los regímenes jurídicos limitando las cláusulas de exclusión y las excepciones del procedimiento legislativo ordinario y la necesidad de incidir en los aspectos procesales frente a la anterior preponderancia de los aspectos sustantivos. Aspectos especialmente problemáticos se manifiestan en los centros de detención y en la medida de prisión provisional, debiendo considerarse que el programa para reforzar los derechos de los sospechosos no tiene un carácter exhaustivo.

XVII

Dentro de la Estrategia de Seguridad Interior, se ha fijado como finalidad la desarticulación de las redes de delincuencia internacional. Para ello, la Estrategia prevé el

favorecimiento de la creación de Equipos Conjuntos de Investigación, la sensibilización frente a la radicalización violenta, la vigilancia de la mayor seguridad en el ciberespacio mediante la creación de un grupo de trabajo específico sobre la materia y una posición europea sobre el uso correcto de Internet.

El plan de acción relativo a los Menores Extranjeros No Acompañados presenta la ventaja de acercarse a este fenómeno de manera singularizada mejorando con ello el tratamiento precedente, que lo contemplaba como un aspecto dentro del objeto más amplio de los instrumentos de la política de migración. No constituye su materia de conocimiento, sin embargo, el tratamiento del menor infractor. La justificación de esta nueva forma de aproximación, se encuentra en razones cuantitativas, en la característica de transnacionalidad del fenómeno y en la especial vulnerabilidad de los implicados.

XVIII

La principal iniciativa legislativa desarrollada en la Presidencia española, ha sido la orden europea de protección. Esta propuesta se inscribe en el Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, a través del cual se pretende la configuración de un régimen jurídico uniforme con independencia de la naturaleza del delito y del lugar de comisión. La orden europea de protección otorga este tipo de amparo extraterritorial a la víctima al dotar de potencial eficacia transnacional en todo el territorio de la UE a las medidas acordadas en un proceso penal. Por las medidas que incluye y su extraterritorialidad comporta un fuerte valor añadido que ha de relacionarse con el objetivo de protección desde la perspectiva del ciudadano, en el que incide reiteradamente el Programa de Estocolmo.

La última de las propuestas legislativas presentadas durante la Presidencia Española de mayor calado en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se refiere a la orden europea de investigación, dirigida a poner fin a la fragmentación en el ámbito de la prueba poniendo énfasis en la realización del principio de “libre circulación de la prueba”, instrumento que también profundiza en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en acertado equilibrio con el respeto de los derechos fundamentales.

La actuación normativa dentro de la Presidencia española ha seguido además las directrices marcadas por el Plan de Trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales, que se inscribe dentro del objeto más amplio de progresar en la implantación del principio de reconocimiento mutuo. El análisis de las normas

tramitadas durante la presidencia española, en un examen comparativo realizado exclusivamente respecto de nuestro ordenamiento, lleva a concluir que se trata de normas armonizadoras “de mínimos”. Sin embargo, estas consideraciones no pueden llevarse más allá de los concretos actos normativos relativos a los derechos del sospechoso o procesado, pues la Unión ha elaborado instrumentos realmente eficaces en materia de protección del sospechoso en el ámbito de las medidas cautelares, que permiten eludir la prisión provisional por medidas mucho menos restrictivas para la libertad de la persona a la que se imponen, y habrá igualmente que esperar al resultado de la regulación de las normas mínimas sobre las condiciones de la detención y la prisión. Puede no obstante afirmarse que en relación de causa a efecto con este resultado se encuentra el abandono de la perspectiva transnacional y la circunstancia de la pertenencia del sospechoso al crimen organizado, adoptando un enfoque meramente personal que desconecta esta regulación de los principios de subsidiariedad que inspiran la actuación comunitaria, restándole eficacia.

XIX

Las próximas acciones en el ámbito que nos ocupa con el horizonte dos mil veinte, requieren prestar atención a la concreción de algunas de las propuestas que ya se han formulado, y en concreto, la implementación de la Fiscalía Europea, la reestructuración de algunas de las Agencias y continuar en la línea de profundización en los derechos procesales, reaccionando de este modo a las críticas vertidas sobre la preeminencia injustificada del valor seguridad sobre la libertad, definiendo en esta evolución la actuación y el papel de los nuevos instrumentos institucionales, orgánicos y normativos. En este aspecto incide la propuesta de la Comisión para la elaboración del nuevo reglamento de Europol, que atiende específicamente a la finalidad de evitar la fragmentación de la cooperación policial.

En materia de derechos fundamentales la posición del Tribunal de Justicia, ha evolucionado desde una inicial neta división de funciones con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta la actual necesidad de adopción de instrumentos precisos para evitar la colisión entre ambos, la Carta de Derechos Fundamentales y la posibilidad de adhesión a la Convención Europea de Derechos Humanos. El contenido del dictamen emitido por el Tribunal de Justicia con ocasión de la negociación del instrumento de adhesión, responde a esta necesidad antes que reflejar un supuesto estado de protección de derechos en el territorio de la Unión.

En materia de garantías procesales, especialmente de sospechosos y acusados en el proceso pena, la idea se centra en completar el catálogo y, dando un paso más, estudiar la conveniencia

de codificarlos en un único instrumento, lo que sin duda redundaría en su mayor difusión y conocimiento y en el refuerzo de la confianza mutua sobre la que se asienta el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1.- LIBROS, CAPÍTULOS DE LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

ACOSTA GALLO, P. "La evolución hacia una Administración europea de los asuntos de Libertad, Seguridad y Justicia", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 91, pp. 105-123, [Consulta: 28.2.2012] [www.cidob.org/en/content/download/.../5_PABLO+ACOSTA.pdf].

AGUADO CORREA, T., "Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº15, 2013, [Consulta: 24.1.2014], [criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf].

AGUILAR GRIEDER, H., "La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, Nº1, (Marzo 2010), págs. 308-33, [Consulta: 20.3.2013], [e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/.../104-], ISSN 1989-4570.

AIXALÁ, A., "La estrategia de la UE ante el terrorismo internacional y la defensa de los derechos y libertades ciudadanas", en BARBÉ IZUEL, M.E. y HERRANZ SURRALLÉS, A., *Política exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*, 2007, págs. 51-65, ISBN 978-92-823-2183-6.

ALARCÓN GARCÍA, G., "El *soft law* y nuestro sistema de fuentes", en BÁEZ MORENO, A. (Coord) et al., *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Vol. 1, 2010, págs. 271-298, ISBN 978-84-9903-468-3.

ALISTE SANTOS, T.J., "Orden europea de detención y entrega y respeto a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales", en BUJOSA VADELL, L., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*. Granada: Comares, 2008, ISBN, 978-84-9836-461-3.

ALLÚE BUIZA, A., “La posición del Parlamento Europeo en la etapa de integración abierta en Niza”, CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Coord.), *La reforma institucional en el Tratado de Niza*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

ALLUE BUIZA, A., “El procedimiento de única lectura en la consulta al Parlamento Europeo para la adopción de actos comunitarios”, en *Anales de estudios económicos y empresariales*, Nº4, 1989, págs. 227-246, [bddoc.csic.es:8080/buscarIndice.html?..._],ISSN 0213-7569.

ALONSO GARCÍA, R., *Derecho de la Unión Europea. Textos y materiales*. 1ª Ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.

ALONSO GARCÍA, R., *Estudio preliminar al Tratado de Lisboa*. 1ª Ed. Pamplona: Thomson Civitas, 2008.

ALONSO GARCÍA, R., “El soft law comunitario”, *Revista de Administración Pública*, Nº 154, 2001, págs. 63-94, [Consulta: 25.5.2013],[www.upf.edu/constitucional/.../Alonso_GArcxax_Ricardo.pdf].

ALVAREZ CONDE, E. y LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A., “Los Parlamentos Nacionales y la Unión Europea: el mecanismo de alerta temprana”, *Revista de Derecho Político*, núm. 65, 2006, págs. 149-188.

ALVAREZ FERNÁNDEZ, A.B., “La prueba testifical por videoconferencia”, en BUJOSA VADELL, L., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, 1ª Ed. Granada: Comares, 2008.

ALVAREZ GARCÍA, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Pamplona: Aranzadi, 2010, pags. 183-192, ISBN 978-84-9876-884-8.

ALVES COSTA, J.A., “Cooperación judicial entre Portugal y España. Los equipos conjuntos de investigación”, en ARANGÜENA FANEGO, C., *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, 1ª Ed. Granada: Comares, 2011.

ALVES COSTA, J.A., “La creación de la Fiscalía Europea”, ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, págs. 85-100.

AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, 1ª Ed., Barcelona: Atelier, 2008, ISBN: 978-84-96758-59-9.

AMBOS, K., “La internacionalización del Derecho Penal y América Latina” (trad. Muñoz Conde), en AMBOS, K., *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006, 535 págs., [Consulta: 7.6.2013], [books.google.es/books?isbn=8497682874].

ANDER-EGG, E., *Técnicas de investigación social*, 23ª Ed., México: El Ateneo, 1993.

ANDRIJASEVIC, R., *Migration, Agency and Citizenship in sex trafficking*, 1ª Ed. UK Open University: Plagrove Macmillan, 2010.

ANGUITA OLMEDO, C., “La delincuencia organizada: un asunto interior de la Unión Europea. Concepto, características e instrumentos para su neutralización”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, N°2 (2010), [Consulta: 7.6.2013], [reri.difusionjuridica.es/index.php/RERI/.../25/26 -], ISSN: 1989-6565.

ARANDA ALVAREZ, E., “La alerta temprana en el procedimiento legislativo de la UE. Una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española”, *REDCE*, N° 44, enero/abril 2013, págs. 101-153.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la orden europea de protección”, en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El derecho procesal en el espacio judicial europeo*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber amicorum), Barcelona: Atelier libros-jurídicos, 2013.

ARANGÜENA FANEGO, C. y FONSECA MORILLO, F., “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, MARTÍN DE LA GUARDIA, R. y CALONGE VELÁZQUEZ, A., *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 143-214, ISBN: 978-84-9033-628-1.

ARANGÜENA FANEGO, C., “La acción de la Unión Europea en materia de e-Justicia”, DE LA OLIVA SANTOS et al. (Coords), *La e-Justicia en la Unión Europea. Desarrollos en el Ámbito Europeo y en los Ordenamientos Nacionales*, 1ª Ed., Navarra: Thomson Reuters, 2012, págs. 23-62, ISBN: 978-84-9903-982-4.

ARANGÜENA FANEGO, C. (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, 1ª Ed. Granada: Comares, 2011.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Perspectivas de la e-Justicia en Europa”, en SENÉS MOTILLA, C. (Coord.), *Presente y Futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, 1ª Ed., Navarra: Thomson Reuters, 2010, págs. 29-79, ISBN: 978-84-9903-537-6.

ARANGÜENA FANEGO, C., “De ‘la orden europea de vigilancia’ al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la decisión marco 2009/829/JAI del Consejo”, ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2010, págs. 224-267, ISBN: 978-84-9898-212-1.

ARANGÜENA FANEGO, C., “La efectividad del acceso a la justicia: autodefensa, defensa técnica y asistencia jurídica gratuita”, en CALDERÓN CUADRADO, M.P.; IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2009, ISBN: 978-84-8355-932-1.

ARANGÜENA FANEGO, C., *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea. Procedural Safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, 1ª Ed. Valladolid: Lex Nova, 2007.

ARANGÜENA FANEGO, C., (Coord.), *Nuevas directivas sobre derechos procesales de sospechosos e imputados en el proceso penal, Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la Orden Europea de Detención y Entrega*, Instituto de Estudios Europeos, 1ªEd, Valladolid: Lex Nova, 2006.

ARANGÜENA FANEGO, C., "La reforma jurisdiccional operada en virtud del Tratado de Niza, en CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Coord.), *La reforma institucional en el Tratado de Niza*, Lex Nova, 2004.

ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho a la asistencia letrada en la Directiva 2013/48/UE, *Revista General de Derecho Europeo*, Nº32, 2014.

ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, *Revista General de Derecho Europeo*, Nº24, 2011.

ARANGÜENA FANEGO, C., "Garantías procesales en la Directiva de retorno", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 50, 2008, págs. 73-92.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T., "La interpretación del derecho constitucional europeo", *Videtur quod Anuario del pensamiento crítico*, 2010, [Consulta: 10.3.2013],[www.liberlex.com/archivos/interpretatio_DCE.pdf],ISSN 1989/3167.

ARENAS HIDALGO, N., "El derecho de asilo en el marco de la política comunitaria de contención de flujos migratorios. Tendencias", *Revista de Estudios Europeos*, Nº50, 2008, págs. 125-146.

ARENDRT, H., *The promise of politics*, 1ª Ed., New York: Schocken Books, 2005.

ARGOMANIZ, J. "El proceso de institucionalización de la política antiterrorista de la Unión Europea", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 91, 2010, págs. 125-145,[Consulta: 16.3.2012],[www.cidob.org/ca/content/.../24688/.../6_JAVIER+ARGOMANIZ.pd...].

ARGOMANIZ, J. y BERMEJO CASADO, R., "Introducción: el ELSJ de la UE: un balance entre presidencias españolas (2002-2010), *Revista CIDOB d'afers internacionals*, Nº91, 2010, págs.. 7-27,[Consulta: 16.3.2012], [st-andrews.academia.edu/JavierAegomaniz/.../El_Espacio_de_Liberta...], ISSN: 2013-035X.

ARMENTA DEU, T., “Código de buenas prácticas para la protección de las víctimas vulnerables en Europa”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ARMENTA DEU, T., “Europeización del proceso penal y derechos fundamentales: guía y condicionante”, en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El derecho procesal en el espacio judicial europeo*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber amicorum), Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2013.

ARMENTA DEU, M.T.; GASCÓN INCHAUSTI, F.; BACHMAIER WINTER, L.; CEDEÑO HERNÁN, M. (Coords.), *El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, 1ª Ed., Madrid: Colex, 2006. ISBN 84-8342-007-4.

ARROYO ROMERO, F.J., *El impacto de la legislación de la Unión Europea en el proceso penal español*, 1ª Ed. Madrid: Dykinson, 2004.

ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Drs.), MUÑOZ DE MORALES, M., BAILONE, M. (Coords.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Eds. de la Universidad de Castilla La-Mancha, 2010, Colección Marino Barbero Santos, ISBN: 978-84-8427-748-4.

ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, 1ª Ed. Cuenca: Eds de la Universidad de Castilla La-Mancha, 2007, ISBN: 978-84-8427-580-0.

ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *La orden de detención y entrega europea*, 1ª Ed., Cuenca: Ed. Castilla La Mancha, 2006.

BABY, S., “Estado y violencia en la transición española: las violencias policiales”, en BABY, S., et al., *Violencia y transiciones políticas a finales del Siglo XX. Europa del Sur América Latina.*, 1ª Ed., Madrid: Casa de Velázquez, 2009, págs. 179-198, ISBN: 978-84-96820-31-9, ISSN: 1132-7340.

BACIGALUPO SASGESSE, S., “Derecho penal y política transnacional”, en CANCIO MELIÁ, M. y BACIGALUPO SAGESSE, S. (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona: Ariel, 2005, págs.: 116-150, ISBN 84-96354-49-0.

BACIGALUPO SAGESSE, M., “La reforma del sistema jurisdiccional de la Unión Europea: de Niza al proyecto de Constitución Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 6, 1º semestre 2004, [Consulta: 7.4.2012], [e-espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19141&dsID...pdf].

BADIE, F., “Las actividades de puesta en contacto y de enlace entre las autoridades competentes en materia de cooperación judicial”, *Revista del Ministerio Fiscal*, Nº9, 2001, [Consulta: 8.1.2012], [books.google.es/books?id=gaAs4gQvnDIC...].

BALAGUER CALLEJÓN, F., La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea, *ReDCE*, nº1, (Enero-Junio de 2004), págs. 307-322[www.ugr.es/.../...-], ISSN 1697-7890.

BALAGUER CALLEJÓN, F. “Constitución normativa y ciencia del derecho” en AAVV, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid: Tecnos, 1997.

BALDUS, C y VOGEL, F., “Metodología del derecho privado comunitario: problemas y perspectivas en cuanto a la interpretación literal e histórica.”, traducción de ANDRÉS SANTOS, F.J., Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº10, 2010, págs. 77-89,[Consulta: 9.3.2013],[ruc.udc.es/dspace/bistream/2183/.../AD-10-5.pdf], ISSN 1138-039X.

BALDUZZI, R., “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: un esempio di constitutional drafting?”, *Quaderni Regionali: Revista trimestrale di Studio e documentazione*, 2003, págs. 381-414.

BARBE, E., *L’espace judiciaire européen. Avant-proposal de Valéry Giscard D’Estaing*, 1ª Ed., Paris: Collection réflexion Europe, 2007.

BARBÉ, E. (Coord.), *España en Europa 2004-2008*, núm. 4, Institut Universitari d’Estudis Europeus, núm. 4, Febrero 2008, Barcelona: Monografías del Observatorio de Política Exterior Europea.

BARBÉ, E. y HERRANZ, A., ¿Qué legitimidad para la política exterior europea?, en BARBÉ, E. y HERRANZ, A., *Política Exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*, IUEE Institut Universitari D'Estudis Europeus, 2007, ISBN 978-92-823-2183-6.

BARBÉ IZUEL, E. (Ed.), "Entre la crisis económica y el aprendizaje institucional: La presidencia española de la Unión Europea (2010)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 21, junio 2011, Institut Universitari d'Estudis Europeus, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2011, págs. 285-292, [Consulta: 13.10.2012],[www.iuee.eu/pdf-publicacio/194/UricpVMFSq0anTuoR8YR.PDF],ISSN: 1133-2743.

BARÓN GOIRIENA DE GANDARIAS, A., "El problema del déficit democrático y su resolución parlamentaria en el seno de la Unión Europea", *Revista Española de Relaciones Internacionales*. Núm. 1, 2009, [Consulta: 16.4.2013], [eri.difusionjuridica.es/index.php/RERI/article/download/10/10],ISSN 1989-6565.

BARONA VILAR, S., "Influencia de la Unión Europea e instancias supranacionales en la tutela penal de la víctima, en la justicia restaurativa y la mediación penal", en MARTÍN OSTOS, J., *El derecho procesal en el espacio judicial europeo*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber amicorum), Barceona: Atelier libros jurídicos, 2013.

BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso penal*, con MONTERO AROCA, J, GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, 1ª Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

BASCUÑÁN VALDÉS, A., *Manual de técnicas de la investigación jurídica*, 3ª Ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961, [Consulta:5.3.2013] [biblio.juridicas.unam.mx.libros/4/1933/4.pdf].

BASIOUNI, C., MILITELLO, V. and SATGER, H., *European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives*, Milan: CEDAM, 2008.

BECERRIL, S., "España, al frente de la UE. La presidencia de la crisis", *Estudios de Política Exterior*, Nº 135, mayo/junio 2010, [Consulta: 21.4.2013],[www.politicaexterior.com/archives/8302/comment-page-1].

BELL, J. "The Role of European Judges in an Era of Uncertainty", en PATRICK BIRKINSHAE; MIKE BARNEY, *The European Order after Lisbon*, 1ª Ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

BERMEJO CASADO, R., "El proceso de institucionalización de la cooperación en la gestión operativa de las fronteras exteriores de la UE, la creación de Frontex", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 91, 2010, págs. 29-62, [www.cidob.org/es/content/download/.../fie/2_RUT+BERMEJO.pdf],[Consulta:28.2.2012].

BERMEJO CASADO, R., "El proceso de institucionalización de la cooperación en la gestión operativa de las fronteras externas de la UE, la creación de Frontex", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 91, Año 2010, págs. 29-62, [www.cidob.org/es/content/download/.../file/2_RUT+BERMEJO.pdf],[Consulta: 28.2.2012].

BESTERS, M., "Greedy Information Technology: The Digitalization of the European Migration Policy", *European Journal of Migration and Law*, Nº12, 2010, págs.455-470.

BIGLINO CAMPOS, P., "Tratado de Lisboa y pluralidad de ciudadanías", en MATIA PORTILLA, J. (Dir.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, 1ª Ed. Granada: Comares, 2009.

BIRKINSHAW, P.; BARNEY, M., *The European Order after Lisbon*, 1ª Ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

BLAKE, T., "The principle of subsidiarity in Lisbon Treaty", en BRUUN, N.; LÖRCHER; SCHÖMANN, *The Lisbon Treaty and Social Europe*, 1ª Ed., Oregon: Oxford and Protald, 2012, ISBN 9781849462532.

BLANCO CORDERO, I., "Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en material de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito", ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, págs. 350-379, ISBN: 978-84-9898-212-1.

BLANCO CORDERO, I., “Derechos Humanos y Terrorismo: las listas negras de sospechosos de actividades terroristas”, DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal en la UE: garantías esenciales*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2008, págs. 306-334.

BLANCO CORDERO, I. y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, *Revista Penal*, N°6 (2000) ,[www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/.../72],[Consulta: 21.1.2013].

BLANCO CORDERO, I., “¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?”, *Athena Intelligence Journal*, Vol. 4, 2009, [Consulta: 7.6.2013],[journaldatabase.org/Journal/issn1988-5237],ISSN: 1988-5237].

BLANCO-MORALES LIMONES, P. “La Presidencia Española de la UE 2010: Contribuciones del Derecho Internacional Privado para el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 18, 2009, [Consulta: 23.4.2013],[dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3149850.pdf].

BLASCO LOZANO, I. “Armonización del derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid: Mateu Cromo, 2004, ISSN: 1134-9670, ISBN: 84-96228-40-1.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “La dimensión mediterránea del Espacio de libertad, seguridad y justicia. Del proceso de Barcelona a la Unión Europea por el Mediterráneo.”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº19, junio 2010, [Consulta: 20.2.2012],[www.reei.org/index.php/revista/num19/articulos].

BLAZQUEZ RODRÍGUEZ, I., La libertad de establecimiento en los acuerdos europeos: ¿nuevos derechos de entrada y residencia para lo ciudadanos de la Europa del Este? (A propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany e.a.), *Revista de Derecho Comunitario*

Europeo, Año nº6, Nº13, 2002, págs. 943-960, [Consulta: 25.1.2013][www.helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/2874/7.pdf?sequence...].

BOULOIS, J., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 5ª Ed., Paris: Montchrestien, 1995, ISBN: 2-7076-0632-4.

BRAMMETZ, S., "La Red Judicial Europea. Primer balance y perspectivas de futuro", *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 9, 2001.

BROUWER, E., "The Use of Biometrics at the Borders: A European Policy and Law Perspective", en VAN DER HOF, S. & GROOTHUIS, M., *Innovating Government, Normative, Policy and Technological Dimensions of Modern Government*, The Netherlands: Asser Press, 2011, ISSN 1570-2782, ISBN 978-90-6704-730-2.

BUENO ARÚS, F., *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, 1ª Ed., Madrid: Ed. Dykinson, 2008.

BUJOSA VADELL, L., "Proceso penal europeo y enjuiciamiento de menores", en BUJOSA VADELL, L. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*, 1ª Ed. Granada: Comares, 2008.

BUJOSA VADELL, L., "Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales: estado de la cuestión en la Unión Europea", en *Cuadernos de derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid: Mateu Cromo, 2004. ISSN: 1134-9670, ISBN: 84-96228-40-1.

BUJOSA VADELL, L., "Reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras", *La ley*, nº5, 2001.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., "La orden europea de protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español", en MARTÍN OSTOS (Dir.), *El derecho procesal en el espacio judicial europeo*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber amicorum), Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2013.

BURGOS NIETO, A., “La política de asilo e inmigración en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, Nº50, 2008, págs. 57-72.

BUSUIOC, M., GROENLER, M. y TRONDAL, J. *The agency phenomenon in the Europea Union. Emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, 1ª Ed., Manchester University Press, 2012, ISBN 978-0-7190-8554-3.

BUSUIOC, M., “Accountability, Control & Independence: the Case of European Agencies”, *European Law Journal*, Vol. 15, Nº5, September 2009.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., “La dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad”, en CALDERÓN CUADRADO, M.P.; IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2009, ISBN: 978-84-8355-932-1.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., “Contra la armonización positiva –y procesal- en la Unión Europea”, DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. (Dir.), *La armonización del derecho procesal tras el Tratado de Lisboa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 126 y ss.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., “¿Hacia una europeización del proceso?”, en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El derecho procesal en el espacio judicial europeo, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber amicorum)*, Barcelona: Atelier libros juridicos, 2013.

CALDUCH CERVERA, R., *Introducción en Las Fronteras Exteriores de la Unión Europea*, Monografías del CESEDEN 104(Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional), febrero 2008,[Consulta: 11.4.2013],[www.bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/.../grupo.cmd?...], ISBN: 978-84-97813969.

CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Dir.), *Derecho básico de la Unión Europea*, Granada: Comares, 2011, ISBN: 978-84-9836-880-2.

CALVO SÁNCHEZ, C y BUJOSA VADELL, L., “Aspectos jurídico-procesales de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores en Europa”, en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El derecho procesal en el espacio judicial europeo*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (liber amicorum), Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2013.

CALVO SÁNCHEZ, M.C., Prólogo en BUJOSA VADELL, L. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, 1ª Ed. Granada: Comares, 2008.

CARMONA CONTRERAS, A.A., “La incidencia del Tratado de Lisboa en la organización territorial de los Estados miembros de la Unión Europea: especial referencia al caso español”, en MATIA PORTILLA, J. (Dir.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, 1ª Ed., Granada: Comares, 2009.

CARMONA RUANO, M., “Formas específicas de asistencia judicial (II). La adaptación a las (así llamadas) nuevas tecnologías”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid: Mateu Cromo, 2004, ISSN: 1134-9670, ISBN: 84-96228-40-1.

CARMONA RUANO, M., GONZÁLEZ VEGA, I.U. y MORENO CATENA, V. (Dirs.), *Cooperación Judicial Penal en Europa*, Ed. CGPJ, Madrid, 2013.

CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la Orden de detención europea”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº14, diciembre 2007, [Consulta: 22.2.2012],[www.reei.org/.../requiem-decisiones-marco-proposito-orden-detencio...].

CARRILLO DE LA ROSA, “Crítica al concepto de ciencia y de ciencia jurídica”, *Revista de Diálogos de Saberes* nº29, julio-diciembre de 2008, págs. 239-254,[Consulta: 5.3.2013], [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3003632.pdf], ISSN 0124-0021.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Madrid: Tecnos, 1974.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “Instrumentos de asistencia policial en la Unión Europea: de Schengen a las estructuras orgánicas de cooperación policial”, en BUJOSA VADELL, L. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*, Granada: Comares 2008, ISBN, 978-84-9836-461-3.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Europol y las investigaciones transfronterizas”, en ARROYO ZAPATERO et al, *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Eds. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, ISBN: 978-84-8427-748-4.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Espacio Schengen”, CARMONA RUANO, M., GONZÁLEZ VEGA, I., MORENO CATENA, V. (Dir.), *Cooperación Judicial Penal en Europa*, Ed. CGPJ, Madrid 2013.

CECCHERINI, E., “La nueva estructura institucional de la Unión Europea”, en MATIA PORTILLA, J. (Dir.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Granada: Comares, 2009.

CHAUMONT, CH., “Cours general de droit International public”, nº 129, *RCADI*, (1970-I),

CHIAVARIO, M., “European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives”, en CULLEN, P. y JUND, S. (Eds.), *Criminal Justice Co-Operation in the European Union after Tampere*, Köln: Series of Publications Academy of European Law Trier, 2002, ISBN 3-89817-196-5.

CHIAVARIO, M., “Private parties: the rights of the defendant and the victim”, en DELMAS-MARTY y SPENCER J.R., *European Criminal Procedures*, 1ª Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2005, ISBN-13: 978-0521678483.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid: Mateu Cromo, 2004, ISSN: 1134-9670, ISBN: 84-96228-40-1.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., “Un nuevo impulso a las garantías procesales de las víctimas en la Unión Europea (la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre)”, en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El derecho procesal en el espacio judicial europeo*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber amicorum), Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2013.

CHUECA SANCHO, A., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona: Bosh, 1999, ISBN: 9788476765364.

CLARO QUINTÁNS, I., "La configuración de una política común de inmigración y asilo en la Unión Europea", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Nº69, septiembre-diciembre, 2006, ISSN: 02 12-7377.

COBO DEL ROSAL, M., "El extravagante delito del blanqueo de capitales", *Economist & Jurist*, Vol. 13, Nº 93, 2005,[www.belt.es/articulos/articulo.asp?id=2987].

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de derecho penal al programa de judicatura. Parte general*, 1ª Ed. Madrid: Colex, 1996.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Conflictos de jurisdicción, *non bis in idem* y litispendencia internacional en la Unión Europea", en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Eds. de la Universidad de Castilla La Mancha 2007, ISBN: 978-84-8427-580-0.

CORDON GARCÍA, J.A., LÓPEZ LUCAS, J. y VAQUERO PULIDO, J.R., *Manual de investigación bibliográfica y documental. Teoría y práctica*, Madrid: Pirámide, 2001, ISBN: 84-368-1565-3.

CORNAGO PRIETO, N., "Materialismo e idealism en la teoría crítica de las relaciones internacionales", *REDI*, Universidad del País Vasco, vol.LVII, Nº2 (2005), págs. 665-693.

CORNAGO PRIETO, N., "Materialismo e idealismo en la teoría crítica de las relaciones internacionales", *REDI*, Universidad del País Vasco, vol. LVII, Nº2 (2005), págs.665-693,[Consulta: 24.3.2013][www.academia.edu/.../Materialismo_e_idealismo_...].

CORTÉS MAISONAVE, A., "La reinención del nexo migración y desarrollo desde el Sur de Europa: el caso de Ecuador y España", *Revista de Relaciones Internacionales*, núm. 14, junio de 2010, [Consulta: 2.5.2013],[www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/view/214/193.html].

CURTIN, D. & DEHOUSSE, R. "European Union Agency: tipping the balance?", en BUSUIOC, M. et al, *The agency phenomenon in the European Union. Emergence, Institutionalisation and Everyday Decision-Making*, Manchester University Press, 2012, ISBN 9780719085543.

D'AGOSTINO, G., "La cooperación procesal en materia penal con Italia", en BUJOSA VADELL, L. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*, Granada: Comares, 2008.

DANNECKER, *Evolución del derecho penal y sancionador comunitario europeo*, Barcelona: Marcial Pons, 2001.

DASTIS QUEICEDO, A. y DE AREILZA CARVAJAL, J.M. "Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº1, Nº1, 1997, págs. 9-28, ISSN 1138-4026.

DE BURCA, G., "The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi", *Harvard International Law Journal*, Vol. 1, Nº 51, New York University, 2009, [Consulta: 9.10.2012],[www.papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1321313].

DE FARAMIÑAN GILBERT, J.M. "El Tratado de Lisboa (un juego de espejos rotos)", Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº17, junio 2009,[Consulta: 6.4.2012] [www.reei.org/index.php/revista/num17], ISSN 1697-5197.

DE HOYOS SANCHO, M., "La orden europea de protección: estudio de la iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección", en ARANGÜENA FANEGO, C., (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada: Comares, 2011, ISBN: 978-84-9836-830-7.

DE HOYOS SANCHO, M., "Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos", ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2010, págs. 152-183.

DE HOYOS SANCHO, M., “Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Valladolid: Lex Nova, 2008.

DE HOYOS SANCHO, M., “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y su transposición al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Procesal*, Nº34 (2014)

DE HOYOS SANCHO, M., “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la UE ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, *REDCE*, nº 22, septiembre 2005, págs. 807-842.

DE KERCHOVE, G., y WEYEMBERGH, A., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale dans l'Union européenne. Mutual recognition of judicial decisions in the penal field within the European Union*, Bruselas: ULB, 2000.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, en CGPJ, *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid, 1999, págs. 323-373.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10-09, 2008, [Consulta: 7.6.2013],[criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-09.pdf],ISSN 1695-0194.

DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M. (Coords.), *La e-Justicia en la Unión Europea. Desarrollos en el Ámbito Europeo y en los Ordenamientos Nacionales*, 1ª Ed., Navarra: Thomson Reuters, 2012, ISBN: 978-84-9903-982-4.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. (Dir.), *La armonización del derecho procesal tras el Tratado de Lisboa*, Aranzadi, Cizur Menor 2012.

DELGADO MARTÍN, J. “El juez en la construcción del espacio judicial europeo”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *El proceso penal europeo: garantías procesales*, Instituto de Estudios Europeos, Valladolid: Lex Nova, 2008.

DELGADO MARTÍN, J., “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea, Derecho Penal supranacional y cooperación penal internacional”, en CGPJ, *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, 2004, ISSN: 1134-9670, ISBN: 84-96228-40-1.

DELGADO MARTÍN, J., “Reflexiones sobre el papel del juez en la construcción del espacio judicial europeo”, en Publicaciones del CEJ, *La prueba en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid: Aranzadi, 2006.

DELGADO MARTÍN, J., “Presente y futuro del Espacio Judicial Europeo Civil y Mercantil: el principio de reconocimiento mutuo”, *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, año III, núm. 28, junio 2006.

DELISCOSTOPOULOS, J.S., “Towards European procedural primacy in national legal systems”, *European Law Journal*, 2003, vol. 9, nº5, págs. 599-613.

DELMAS-MARTY y VERVAELE, J.A.E., *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Iuris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, 1ª Ed. Madrid: Dykinson, 2004.

DELMAS-MARTY y VERVAELE, J.A.E., *La mise en oeuvre du Corpus Iuris dans les Etats Membres*, 4, rols, Ed. Intersentia, Antwerp-Groningen-Oxford, 2000.

DE LUCAS, J., “Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración”, en QUIÑONES, A.; CAMPELO, P.; IZAOLA, A. y ZUBERO, I., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el S.XXI*, País vasco: Universitas Eurobask, 2012.

DE LUCAS MARTÍN, I., “La prueba en el proceso penal en el contexto de la Unión Europea”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Instituto de Estudios Europeos, Valladolid: Lex Nova, 2008.

DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “El espacio judicial comunitario”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LÍÑÁN NOGUERAS, D.J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

DEL POZO PÉREZ, M., “La entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional”, en BUJOSA VADELL, L. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*, Granada: Comares, 2008.

DEL ROSAL BLASCO, B., ¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11-08, 2009, págs. 08:1-08:64,[Consulta: 7.6.2013],[<http://criminet.ugr.es/recpc/11-08.pdf>], ISSN 1695-0194 [RECP 11-08 (2009)].

DÍAZ CREGO, M., “Los derechos fundamentales de los nacionales de terceros Estados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Estudios Europeos*, Nº50, 2008, págs. 35-56.

DÍAZ FERNÁNDEZ, A. M. (Coord.), JIMÉNEZ, O.J. y REVENGA SÁNCHEZ, M. *Cooperación europea en inteligencia. Nuevas preguntas, nuevas respuestas*, 1ª Ed. Madrid: Aranzadi, 2009.

DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M., “La construcción de una capacidad de inteligencia durante las presidencias españolas de la Unión Europea”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 91, septiembre-octubre 2010, págs. 147-171, [Consulta: 7.6.2013], [www.cidob.org/en/content/download/24689/.../7_ANTONIO+DIAZ.pdf], ISSN 1133-6595.

DÍAZ PITAL, M.P., “La orden europea de protección (Directiva 2011/99/UE del parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011): su adopción en el ámbito de la violencia doméstica y de género en el marco del derecho procesal penal español”, en MARTÍN OSTOS, J., *El*

derecho procesal en el espacio judicial europeo, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber amicorum), Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2013.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., “La competencia consultiva del Tribunal de Justicia”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LÍÑÁN NOGUERAS, D.J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas 1993.

DÍEZ –PICAZO, L.M. y NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010.

DÍEZ-PICAZO, L.M., “Hacia una teoría de la coacción en el Derecho de la Unión Europea”, en ORTEGA ALVAREZ, L. et al., *La seguridad integral europea*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2005, 133 págs., ISBN: 84-8406-666-5.

DOMÍNGUEZ-RUIZ, L., “La orden europea de retención de cuentas”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, Nº4, (octubre-diciembre 2014), pags. 243 -256.

DOMÍNGUEZ-RUIZ, L., *Reclamación de deudas transfronterizas*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

DURÁN RUIZ, F.J., “Las Administraciones Públicas ante los Menores Extranjeros No Acompañados: entre la represión y la protección”, Año 2007, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, disponible en [Consulta: 7.66.2013],[www.refdugr.com/documentos/articulos/4.pdf].

DUVERGER, M., *Métodos de las Ciencias Sociales*, Barcelona: Ariel, 1962.

ECO, U., *Cómo se hace una tesis*, Barcelona: Gedisa, 2010, ISBN: 84-7432-896-9.

ESCOLANO, R. “Las relaciones transatlánticas tras la crisis financiera internacional”, en SORROZA BLANCO, A. (Coord.), *Presidencia española 2010. Retos en una nueva Unión Europea*, Instituto de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo, Madrid: Fundación Alternativas y Fundación Real Instituto Elcano, 2010, págs. 75-101, [Consulta:

7.6.2013],[www.realinstitutoescano.org/.../downloadredirectkey.asp?...presidencia_a...],ISBN: 978-84-936991-8-5.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., *Terrorismo, Narcotráfico, blanqueo de Capitales, trata de Personas, tráfico ilícito de Migrantes, tráfico ilícito de Armas: lucha Global contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Madrid: Liber Factory, 2009, 356 págs,[Consulta: 7.6.2013],[books.google.com/books?id=YLgjzA4AG8gC&lr=&hl=es],ISBN: 978-84-9869-704-9.

ESPINA RAMOS, J.A., “¿Hacia una fiscalía europea?”, ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2010, págs. 101-121, ISBN: 978-84-9898-212-1.

ESPINA RAMOS, J.A. y VICENTE CARBAJOSA, I., *La futura Fiscalía Europea*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, NIPO: 054-08-003-0,[Consulta: 5.6.2013],[www.cej.justicia.es].

ESTEVE GARCÍA, F., “Las asociaciones de movilidad y la inmigración circular: ¿nuevos instrumentos de cooperación y nuevos derechos de movilidad en el enfoque global de la UE en materia de migraciones?”, en PI LLORENS, M. y ZAPATER DUQUE, E. (Coords.), *Hacia una Europa de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia?*, Barcelona:Marcial Pons, 2010.

ESTEVE GARCÍA, F., “El Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes comunitario y su influencia en los ordenamientos estatales”, en MATIA PORTILLA, J. (Dir.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Granada: Comares, 2009.

ESTRADA CUADRAS, A., “Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2005”, Universitat Pompeu Fabra, *Indret* 2/2006, [Consulta: 20.3.2013], [www.indret.com/pdf/341_es.pdf].

ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “Principio de disponibilidad y protección de datos personales: a la búsqueda del necesario equilibrio en el espacio judicial europeo”, *Eguzkilore*, núm. 23, San Sebastián 2009, [Consulta: 10.9.2011],[www.ivac.ehu.es/p278-content/es/...23.../27].

FARRAJ, A. "Refugges and the biometric future: the impact of biometrics on refugees and asylum seekers", *Columbia human rights law review*, 2011, págs. 891-941.

FERNÁNDEZ APARICIO, J.M, "El nacimiento del Fiscal Europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, núm. 17, enero-abril 2004, [Consulta: 5.6.2013],[bicej.files.wordpress.com/2010/.../fiscalia-europea-jm-fdez-aparicio.p...].

FERNÁNDEZ MARTÍN, J.M., "¿Hacia la Europa de las regiones? El principio de subsidiariedad, la integración europea y el futuro de las entidades subestatales", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), núm. 90. Octubre-Diciembre 1995.

FERNÁNDEZ PASARÍN, A.M. "La dimensión externa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El caso de la cooperación consular local". *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 91, p. 87-104., traducción revisada de "Local Consular Cooperation: Administering EU Internal Security Abroad", *European Foreign Affairs Review*. Vol. 14 (2009), Issue 4, pp. 607-622, Wolters Kluwer Law & Business, [Consulta: 7.6.2013],[www.cidob.org/en/content/.../4_ANA+MAR+FERNANDEZ.pdf].

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea", *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, págs. 1867-1881, ISSN: 0211:2744.

FERNÁNDEZ SEGADO, "El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello." *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 13, julio-diciembre 2005, [Consulta: 18.10.2012],[www.juridicas.unam.mx/publica/rev/const/cont/13/ard/ard2.ht-120k].

FERRER MARTIN DE VIDALES, C., "El Consejo de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa", *Revista Universitaria Europea*, Nº13. Julio-Diciembre 2010: 51-84, [Consulta: 24.3.2013], [www.ucm.es/info/tudesco/RUE/092010.pdf], [ISSN: 11139-5796].

FIGUERUELO BURRIEZA, A., "Proceso penal europeo y garantías jurisdiccionales de los derechos en la Europa Unida", en BUJOSA VADELL, L. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*, Granada; Comares, 2008.

FONSECA MORILLO, Prólogo en ARANGÜENA FANEGO, C. (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada: Comares, 2011.

FONSECA MORILLO, F., "El derecho de asilo en tanto derecho fundamental en el marco del derecho comunitario", *Revista de Estudios Europeos*, Nº 50, 2008, págs. 9-24.

FONSECA MORILLO, F., "La orden de detención y entrega europea", *Revista de Derecho Comunitario*, Año nº7, Nº14, 2003, ISSN 1138-4026.

FRANKO AAS, K., "Crimmigrant bodies and bona fide travelers: Surveillance, citizenship and global governance", *Theoretical Criminology*, Vol. 15, 2011, págs.331-346.

FUCITO, F., "Concepción sociológica del derecho", Cuadernos de Investigaciones, Nº10, 1989, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A., [Consulta: 4.3.2013], [www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_...-].

FUENTETAJA PASTOR, J.A., "Las agencias europeas de la cooperación policial y judicial", *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº10, 1º semestre 2006, [Consulta: 4.3.2012], [e-spacio.uned.es/fez/eesrv.php?pid=bibliuned:19805&dsID...pdf].

FUNTOWICZ, S. & STRAND, R., "Models of Science and Policy", en TRAAVIK, T. & LIM, L.C., *Biosafety First: Holistic Approaches to Risk and Uncertainty in Genetic Engineering and Genetically Modified Organisms*, Trondheim: Tapir Academic Press, 2007.

GALENDE DÍAZ, J.C. y GARCÍA RUIPÉREZ, M., "El concepto de documento desde una perspectiva interdisciplinar: de la diplomática a la archivística", *Revista General de Información y Documentación*, 13, núm. 2, 2003, [Consulta: 25.3.2013], [revistas.ucm.es/index.php/RGID/article/.../9914-], ISSN: 1132-1873.

GALLEGO-CASILDA GRAU, Y., “El Libro Verde de la Comisión Europea sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea”, en CGPJ, *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, 2004, ISSN: 1134-9670, ISBN: 84-96228-40-1.

GALLEGO SÁNCHEZ, G., “La violencia contra la mujer en la Unión Europea. La Directiva 2011/99/UE: la Orden Europea de Protección”, *Revista de Jurisprudencia*, Vo. 4, 29.3.2012,[Consulta:25.4.2013], [www.elderecho.com/.../Union-Europea-Directiva-Orden-Proteccion_11_...].

GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito del tráfico de órganos (art. 156 bis)” en ALVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a las Reforma Penal de 2010*, Pamplona: Aranzadi, 2010, pags. 183-192.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., “Derecho al interrogatorio de testigos en la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: un examen a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”, en CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2009, ISBN: 978-84-8355-932-1.

GARCÍA MORENO, J.M., “La cooperación judicial penal en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia después del Tratado de Lisboa”, Unión Europea, Aranzadi, Nº10, 2009, [Consulta: 21.3.2013], [www.elderecho.com/.../Principales-Convenios-Con...], ISSN 1579-045.

GARCÍA MORENO, J.M., “La asistencia penal internacional a través de la videoconferencia”, *Revista de Jurisprudencia*, Nº1, 2012, [Consulta: 11.5.2013].[www.elderecho.com/.../asistencia-penal-internacional-traves-videoconfer...].

GARCÍA-VALDECASAS y FERNÁNDEZ, R., “El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LÍÑÁN NOGUERAS, D.J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., “Inmigración ilegal y trata de personas en la UE: la desprotección de las víctimas”, *Revista de derecho constitucional europeo*, Año 5, nº10, 2008,[Consulta: 6.5.2013], [www.ugr.es/redce/ReDCEsumario10.htm], ISSN: 1967-7890.

GARZÓN GLORIANA, G., “Las fuentes del derecho comunitario”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LÍÑÁN NOGUERAS, D.J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “La e-Justicia en la Unión Europea: balance de situación y planes para el futuro (en diciembre de 2009)”, en SENÉS MOTILLA, C. (Coord.), *Presente y Futuro de la e-Justicia y la Unión Europea*, 1ª ed., Navarra: Thomson Reuters, 2010, págs. 83-123, ISBN: 978-84-9903-537-6.

GEERAERTS, G. y GROSS, E., *Perspectives for a European Security Strategy Towards Asia: Views from Asia, Europe and the US*, Brussels: Academic and Scientific Publishers, 2011, 241 págs., ISBN: 97890548777769.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “La cuestión prejudicial comunitaria: negativa del juez nacional a plantearla ante el TJUE”, en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El derecho procesal en el espacio judicial europeo*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber amicorum), Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2013.

GIMENO SENDRA, V., “La prisión provisional y derecho a la libertad”, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, N°5, Año 2000, págs. 429-444, ISSN 1577-7219.

GIOSTRA, G., *European Juvenile Justice Systems*, 1ª Ed., Milano: Giuffrè, 2007.

GLESS, S., “Police and Judicial Cooperation between the European Union Member States. Results and Prospects.”, en FUJNAUT & OUWERKERK (eds), *The Futures of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Netherlands: Koninklijke Brill, 2010, págs. 25-48, ISBN: 978 90 04 18204 2.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude. (El Proyecto ‘Corpus iuris’)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 6, 2000, [Consulta: 17.4.2013], [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt4.pdf].

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, M., “El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros”, *Revista de Derecho Europeo*, nº10, 1º semestre 2006.

GÓMEZ-JARA, “Proyecto de Constitución Europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho penal federal europeo?”, *Revista de Estudios Criminais*, 16 (2004), ISSN: 1676-8698.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Constitución Europea y Derecho Penal: ¿hacia un derecho penal federal europeo?” en BACIGALUPO SAGESSE, S. y CANCIO MELLÁ, M., *Derecho penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005, págs.153-2008, [Consulta: 30.7.2011][portal.uclm.es/descargas/idp.../articulo%20carlos%20gomez%20jara.pdf], ISBN: 8496354490.

GONZÁLEZ CANO, “La armonización de las garantías procesales penales en la Unión Europea, GÓMEZ COLOMER, J.L. et al, *El derecho procesal penal español del siglo XXI a golpe de tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, 2012, págs. 1273-1296, ISBN:9788490048504.

GONZÁLEZ CANO, M.I., “ La Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en procesos penales”, *Unión Europea Aranzadi*, ISSN 1579-0452, Nª4, 2010, págs. 7-23.

GONZÁLEZ CANO, M.I., “Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in ídem en los procedimientos penales”, MUÑOZ CONDE, F.J. (coord.). *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GONZÁLEZ CANO, M.I., “Espacio judicial europeo y cooperación judicial penal: notas sobre su configuración en la Constitución Europea”, en *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho*, Nª Extra 3, 2005 (Ejemplar dedicado a Estudios Jurídicos sobre la Constitución Europea).

GONZÁLEZ CANO, M.I., "La ejecución condicionada del mandamiento de detención y entrega europeo", *Unión Europea Aranzadi*, Vol. 30, Nº6, 2003.

GONZÁLEZ CUÉLLAR y SERRANO, N., "La Euroorden: hacia una Europa de los carceleros", *Diario La Ley*, nº 6619, 2006.

GONZALEZ ENRIQUEZ, C. y SORROZA BLANCO, A. "Hacia una política europea de inmigración. Un desafío para la presidencia española de la Unión Europea." en GONZÁLEZ ENRIQUEZ y SORROZA BLANCO, A., Presidencia Española. Retos en una nueva Unión Europea, Instituto de Estudios Europeos Universidad San Pablo CEU, Fundación Alternativas y Fundación Real Instituto Elcano, Madrid, 2010 [Consulta: 22.1.2013],[www.raco.cat/index.php/revistacidob/.../280784 -].

GONZÁLEZ-VIADA, N., *Derecho Penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Madrid: Marcial Pons, 2009, ISBN 97884976886280.

GUILLÉN LÓPEZ, E., "Metodología del Derecho Constitucional Europeo. Un derecho constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico", *ReDCE* nº12, (julio-diciembre de 2009), [Consulta: 10.3.2013],[[www.ugr.es/redce/REDCE!"/.../07Guillen.htm](http://www.ugr.es/redce/REDCE!)].

GUTIÉRREZ FRANCES, M., "Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy (en torno a la ley penal en el espacio virtual)", Redur, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº3, 2005,[Consulta: 24.6.2011],[www.Unirioja.es/dptos./dd/redur/numero3/gutierrez.pdf], ISSN-e 1695-078X.

GUTIÉRREZ ZARZA, A., "Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust", ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2010, págs. 72-84, ISBN: 978-84-9898-212-1.

HERNÁNDEZ I SAGRERA, "FRONTEX: ¿Proyección a nivel europeo de la visión de España sobre el control de fronteras?", en BARBÉ, E., *España en Europa 2004-2008*, núm. 4, Febrero 2008, Barcelona: Monografías del Observatorio de Política Exterior Europea.

HERRERO HERRERO, C., *Criminología (Parte General y Especial)*, 3ª Ed., Madrid: Dykinson, 2007.

HERRERO HERRERO, C., *Política Criminal Integradora*, Madrid: Dykinson, 2007.

IGLESIAS BERLANGA, M., y QUESADA ALCALÁ, C., “Crónica de hechos internacionales: Enero-diciembre 2010”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº21, 2011, [Consulta: 20.2.2013],[http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1661_es.htm], ISSN-e 1697-5197.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “Derechos fundamentales y derecho comunitario”, en CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (Coords.), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, 1ª Ed. Navarra: Aranzadi, 2009, ISBN: 978-84-8355-932-1.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Cuadernos de integración europea*, Nº4, 2006, págs. 34-46, [Consulta: 28.5.2013], [<http://www.cuadernosie.info>], ISSN-e 1885-1754.

INGHELAM, J.F.H., *Legal and institutional aspects of the European Anti-fraud Office (OLAF), An analysis with a look forward to a European Public Prosecutor's Office*, Groningen: Europe Law Publishing, 2011, ISBN: 978-90-8952-100-2.

IRURZUN MONTORO, F., “La convención europea. Líneas de desarrollo en materia de cooperación judicial penal”, en CGPJ, *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, 2004, ISSN: 1134-9670, ISBN:84-96228-40-1.

IZQUIERDO SANS, C., “Las Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2000, págs.133-189,[Consulta: 9.11.2012],[dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/.../ADI_XVI_2000_05.pdf].

JAULT-SESEKE, F. et LELIEUR, J. *L'espace judiciaire européen civil et pénal: regards croisés*, Paris: Dalloz, 2009.

JIMÉNEZ, R., “Eurojust, un paso más en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, en CGPJ, *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, 2004, ISSN: 1134-9670, ISBN: 84-96228-40-1.

JIMÉNEZ, J.O. y CASTRO MORAL, L. “La criminalidad organizada en la Unión Europea . Estado de la cuestión y respuestas institucionales”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 91, págs. 173-194, [www.cidob.org/es/cintent/download/24690/.../8_OSCAR+JAIME.pd...],[Consulta: 29.2.2012].

JIMÉNEZ FORTEA, F.J., “La respuesta procesal penal al terrorismo en el marco de la UE”, en CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2009, ISBN: 978-84-8355-932-1.

JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Los acuerdos internacionales de la UE y el test democrático de la Declaración de Laeken: la encrucijada convencional y las expectativas de los ciudadanos”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº9 – 2º semestre 2005, [Consulta: 15.2.2012],[e-espacio-uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:119793&dsID=Ac...].

JIMÉNEZ VILLAREJO, F., “Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias. Comentarios a la ley 1/2008, de 4 de diciembre”, ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2010, págs. 304-349, ISBN: 978-84-9898-212-1.

JIMÉNEZ VILLAREJO, F., “Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Instituto de Estudios Europeos, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2008.

JIMÉNEZ VILLAREJO, F., “Cooperación judicial internacional y Ministerio Fiscal: cuestiones prácticas”, en AAVV, *Mecanismos de Cooperación Judicial Internacional*, Navarra: Aranzadi, 2006, ISBN: 84-8355-038-5.

JIMENO BULNES, M., “El modelo de espacio judicial europeo en materia penal antes y después de Lisboa: ¿justicia versus seguridad o seguridad versus justicia?”, en MARTÍN OSTOS, J., *El derecho*

procesal en el espacio judicial europeo, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber amicorum), Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2013.

JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, 1ª Ed., Pamplona: Aranzadi, 2011.

JIMENO BULNES, M. (Coord), *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, ISBN:978-84-9876-938-8.

JIMENO BULNES, M., “Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal”, ARANGÜENA FANEGO, C., (Dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2010, págs. 30-71, ISBN: 978-84-9898-212-1.

JIMENO BULNES, M., “Medidas cautelares de carácter personal”, en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., (Coords.), *La orden de detención y entrega europea*, Cuenca: Eds. de la Universidad de Castilla La Mancha, 2006.

JIMENO BULNES, M., “Orden europea de detención y entrega: garantías esenciales”, en DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Instituto de Estudios Europeos, Valladolid: Lex Nova 2008.

JIMENO BULNES, M., *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Madrid: Bosch, 2007, ISBN 847698796X.

JIMENO BULNES, M., *La cuestión prejudicial del art. 177TCE*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.

JIMENO FERNÁNDEZ, F., “Algunas reflexiones sobre el principio ne bis in idem y el artículo 54 del Convenio de Aplicación de Schengen [Comentario a la STJCE Van Esbroeck, (C-436/2004) de 9 de marzo de 2006”, *La Ley*, año XXVII, Número 6496, 2 de junio de 2006,[Consulta: 6.4.2012], [www.nodo50.org/ala/comisiones/.../laleynebisinidem.htm.doc].

JORRIT, R., "Hybrid agentification in the area of Freedom, Security and Justice and its inherent tensions: the case of Frontex", en TRONDAL, J.; BUSUIOC, M. y GROENLEER, M., *The Agency Phenomenon in the European Union*, Manchester: Manchester University Press, July 2012, ISBN10: 0-7190-8554-3.

JUNG, H., "Due process versus Crime-control-The European Dimension", en CULLEN, P. y JUND, S. (Eds.), *Criminal Justice Co-Operation in the European Union after Tampere*, Köln: Series of Publications Academy of European Law Trier, 2002, ISBN 3-89817-196-5.

KAPLAN, R.S. and NORTON, D.P., "Using the Balanced Scorecard as a Strategic Management System", *Harvard Business Review*, July-August 2007, [Consulta: 7.5.2013], [www.hbrreprints.org].

KELEMEN, R.D., "The political foundation of judicial independence in the European Union.", *Journal of European Public Policy*, Vol. 19, January 2012, págs. 43-58.

KLIP, A., "European integration and harmonisation and Criminal Law", en CURTIN, D.M.; SMITS, J.M.; KLIP, A. y MCCAHERY, *European integration and Law. Four contributions on the interplay between European integration and European and national Law to celebrate the 25th anniversary of Maastricht University's Faculty of Law*, Oxford: Intersentia, 2006.

KOTZUR, M., La Constitución Europea: proceso y sentido histórico. Los objetivos de la Unión. Una contribución a la identidad y finalidad constitucional de la Unión Europea. Traducción de Azpitarte Sánchez, M., *ReDCE*, nº2, julio-diciembre de 2004, págs. 33-60, [Consulta: 15.3.2013],[www.ugr.es/.../objetivos%20de%20la%20union%...-].

LECOURT, R., *L'Europe des Juges*, Collection Droit de l'Union Européenne, Bruxelles: Bruylant, 2008.

LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, M., "La cooperación penal en el Tratado de Lisboa", en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.), *El derecho procesal en el espacio judicial europeo*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber Amicorum), Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013, ISBN: 978-84-15690-35-1.

LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, M., *Las Garantías Procesales en el Espacio Europeo de Justicia Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “La ciudadanía de la Unión Europea”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

LIROLA DELGADO, “Elementos de una política común de inmigración europea”, en PI LLORENS, M. y ZAPATER DUQUE, E. (Coords.), *¿Hacia una Europa de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia?*, Barcelona: Marcial Pons, 2010.

LÓPEZ, E., *Europa busca modelo: los referenda nacionales sobre la Constitución Europea*, 1ª Ed., Madrid: Dykinson, 2007, ISBN: 978-84-9849-056-5.

LÓPEZ CASTILLO A., “Derechos fundamentales y estatuto de ciudadanía en el tratado constitucional de la Unión”, *ReDCE*, Nº4, Julio-Diciembre 2005, [Consulta: 19.11.2013],[www.ugr.es/redce/REDCE4/articulos/07lopezcastillo.htm].

LOURIDO RICO, A.M., *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, ISBN: 978848442931.

MANCINI, F., “La circulación de trabajadores por cuenta ajena”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

MANES, V., “La incidencia de las Decisiones marco en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio de 2005- Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº9 , 2007, [Consulta: 31.7.2011], [criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09.html], ISSN 1695-0194.

MANGAS MARTIN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, 2010.

MANGAS MARTÍN, A. “Relaciones entre Derecho Comunitario y derecho interno”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

MANSO PORTO, T., “El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado”, *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Vol. 31, 2011, [www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/.../142 -],[Consulta: 7.6.2013].

MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº8, 2006, págs. 8-44,[Consulta: 19.3.2012], [<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-rl.pdf>], ISSN 1695-0194 [RECPC 08-rl (2005), 7 mar].

MAPELLI MARCHENA, C., *El modelo penal de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2014.

MARTÍN DE LA GUARDIA, R. Y CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Coords.), *Políticas comunitarias. Bases Jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, ISBN: 978-84-9033-628-1.

MARTÍN DIZ, F., “La conveniencia de procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea”, en BUJOSA VADELL, L. (Coord.) *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*, Granada: Comares, 2008.

MARTÍN RETORTILLO, L., *La Europa de los derechos humanos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998, ISBN: 9788425910517.

MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La posición del Parlamento Europeo en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en BARBÉ IZUEL, M.E., y HERRANZ SURRALLÉS, *Política Exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*, IUEE Institut Universitari D’Estudis Europeus, Barcelona: Oficina del Parlamento Europeo, 2007, ISBN 978-92-823-2183-6.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia: en busca de una acción de la Unión eficaz, coherente y coordinada”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, 2012, págs. 23-48,[Consulta: 16.5.2013] [www.marcialpons.es/static/pdf/90112119.pdf], ISBN 978-84-9890-200-6.

MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J., “La posición del Parlamento Europeo en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en BARBÉ IZUEL, M.E. et al, *Política exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*, 2007, págs. 67-83,[Consulta: 20.3.2013] [www.recercat.net/bitstream/.../7%20cap%205.pdf?...], ISBN: 978-92-823.

MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., *Los acuerdos internacionales de la Unión Europea en el tercer pilar*, 1ª Ed., Pamplona: Aranzadi, 2009.

MARTINEZ MARTINEZ, E.M., “Futura configuración de la arquitectura jurídico-constitucional de la UE a través de las sucesivas reformas del Estatuto del Tribunal de Justicia previstas en el Tratado de Niza.”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº3, 2º semestre 2002, [Consulta: 8.4.2012], [e-espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:929&desID...pdf].

MARTÍNEZ PÉREZ, F. y POZA CISNEROS, M., “El principio de disponibilidad, antecedentes penales y Convenio de Prüm”, CARMONA RUANO GONZÁLEZ VEGA, I., MORENO CATENA, V. (Dir.), *Cooperación Judicial Penal en Europa*, Ed. CGPJ, Madrid 2013.

MATA MARTÍN, R., “UE y armonización legislativa en materia antiterrorista”, en DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal en la UE: garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., “La Unión Europea y su incidencia en los derechos penales nacionales”, *Diario La Ley*, 1995, p. 939, tomo 2, Wolters Kluwer, [Consulta: 14.3.2013],[http://www.wke.es/salaprensa/White/white_16.html].

MATTHEWS, R., “The Myth of Punitiveness”, en *Theoretical Criminology*, Vol. 9, núm. 2, 2005, p.178-179,[Consulta: 7.6.2013],[tcr.sagepub.com/content/9/2/175.abstract-].

MERTON, R.K., *Social Theory and Social Structure*, 3ª Ed., New York: Free Press, 1968.

MIRANDA RODRIGUES, A. "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia", en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, 1ª Ed. Valladolid: Lex Nova, 2008.

MIRANDA RODRIGUES, A., "El papel del Tribunal de Justicia en el Espacio de libertad, seguridad y justicia", en ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN, A., (Coords.), *La orden de detención y entrega europea*, Cuenca: Eds. de la Universidad de Castilla La Mancha, 2006

MOITINHO DE ALMEIDA, J.C., "Protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LÍÑÁN NOGUERAS, D.J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

MONAR, "The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs", *European Foreign Affairs Review* Nº9, 2004, págs. 395-415, [Consulta: 15.2.2012], [www.law.ed.ac.uk/.../44_i%20monar-...-].

MONNET, J. *Mémoires*, París: Arthème Fayard, 1976.

MONTERO AROCA, J., "Derecho a un juez independiente e imparcial", en CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (Coords.), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, 1ª Ed. Navarra: Aranzadi, 2009, ISBN: 978-84-8355-932-1.

MONTERO AROCA, J., *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MONTOBBIO, M., "Consideraciones sobre el multilateralismo efectivo y la gobernanza global como conceptos guía de la Estrategia Global Europea", *European Global Strategy Project*, EGS 1/2013, 19.3.2013, [Consulta: 26.2.2014], [www.realinstitutoelcano.org/.../EGSMadrid-Montobbio-gobernanza-gob...].

MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España”, ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2010, págs. 380-410, ISBN: 978-84-9898-212-1.

MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco”, en CGPJ, *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid 2004, ISSN: 1134-9670, ISBN: 84-96228-40-1.

MORAN MARTÍNEZ, R.A y GUAJARDO PÉREZ, I. (Coords), Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Fiscalía General del Estado, 2004,[Consulta: 28.2.2012],[www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata].

MOREAU DEFARGES, P., “El multilateralismo y el fin de la Historia”, *Politique Étrangère*, otoño 2004, [Consulta: 25.2.2013],[www.diplomatie.gouv.fr/es/IMG/pdf/0104-Moreau-espAUB-2.pdf].

MUERZA ESPARZA, J., “Derechos de la defensa”, en CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (Coords.), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2009, ISBN: 978-84-8355-932-1.

MUÑOZ DE MORALES, M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Ed. Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

MURPHY, C.C., “The European Evidence Warrant: Mutual Recognition and Mutual (Dis) Trust?”, *Social Science Electronic Publishing*, (September 1, 2010). CRIME WITHIN THE AREA OF FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE: A EUROPEAN PUBLIC ORDER, Eckes, Konstadinides, eds., Cambridge University Press, 2011, [Consulta: 25.4.2013],[<http://ssrn.com/abstract=1701956>].

NAVALMUEL GONZÁLEZ, D., “La ciudadanía como categoría en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº3, 2002, [info4.juridicas.unam.mx/jusbiblio/.../251106.htm?...]

NIETO MARTÍN, A., “El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional”, en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Eds de la Universidad de Castilla La-Mancha, 2007, ISBN: 978-84-8427-580-0.

OLESTI RAYO, A., “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *ReDCE* Nº10, Julio-Diciembre de 2008, [Consulta: 15.5.2013],[www.ugr.es/redce/REDCE10/articulos/01AndreuOlestiRayo.htm].

OLESTI RAYO, A. “La Unión Europea y la reducción de la oferta ilícita de drogas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año Nº6, nº11, 2002, págs. 113-152, [Consulta: 23.6.2011],[www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_011_113.pdf],ISSN 1138-4026.

OLESTI RAYO, A. “La Unión Europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería”, *Revista catalana de dret public*, nº40, 2010, págs. 21-52, [Consulta: 7.6.2013],[dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3213509],ISSN-e 1885-5709.

ONIDA, V., “Il problema della giurisdizione”, en PACIOTTI, E., (Coord), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma: Meltemi, 2003.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “Europa en juego: ¿por qué en el deporte europeo Bosman ha sido más decisivo que Cruyff? A propósito de la Resolución de 2 de febrero de 2012, del Parlamento Europeo sobre la dimensión europea del deporte”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, Nº35, 2012, págs. 171-194, [Consulta: 11.5.2013] [www.legalprestigia.aranzadi.es/.../europa-en-juego-por-qué-en-el-deport...], ISSN 1575-8923.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, en ARMENTA DEU, M.T.; GASCÓN INCHAUSTI; F. BACHMAIER WINTER, L. y CEDEÑO HERNÁN, M. (Coords.), *El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid: Colex, 2006.págs. 37-74,ISBN 84-8342-007-4.

ORTEGA ALVAREZ, L. (Dir.), *La seguridad integral europea*, 1ª Ed., Valladolid: Lex Nova, nov. 2005, ISBN: 84-8406-666-5.

ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A. "La libre circulación de capitales, la jurisprudencia comunitaria y el ordenamiento español", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LÍÑÁN NOGUERAS, D.J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

PALOMO DEL ARCO, A., "Intercambio de información sobre condenas penales en el espacio judicial europeo. Descripción y apuntes críticos", en ARANGÜENA FANEGO, C. (Coord.), *Cooperación Judicial Civil y Penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada: Comares, 2011.

PALOMO DEL ARCO, A., "Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios", en CGPJ, *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, 2004, ISSN: 1134-9670, ISBN: 84-96228-40-1.

PALOMO DEL ARCO, A., "Antecedentes penales (registro de condenas) en el ámbito europeo", DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal en la UE: garantías esenciales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008.

PAMFIL, M.L., "Judicial Cooperation Based on a European Evidence Warrant", *Social Science Electronic Publishing*, (May 15, 2009), [Consulta: 25.4.2013], [<http://ssrn.com/abstract=1412332>].

PARDO IRANZO, V., "El derecho a la interpretación y traducción gratuitas", en CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (Coords.), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2009, ISBN: 978-84-8355-932-1.

PARDO IRANZO, V., *Sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

PARRA GARCÍA, A., "El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal", en CGPJ, *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, 2004, ISSN: 1134-9670, ISBN: 84-96228-40-1.

PASCUALSERRATS, R., “El derecho a ser informado de la acusación (una aproximación al mismo a través de la jurisprudencia del TEDH)”, en CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (Coords.), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2009, ISBN: 978-84-8355-932-1.

PASTOR BORGONÓN, B., “El sistema jurisdiccional de la Comunidad Europea tras el Tratado de Niza”, en VILATA MENADAS, S. El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del derecho europeo. Situación y perspectiva tras cincuenta años, Universitat de Valencia, Valencia, 2005, ISBN: 84-370-6192-X, [Consulta: 7.6.2013], [books.google.es/books?isbn=8480214155].

PELAYO LAVÍN, M., “La protección de la víctima en la UE”, en BUJOSA VADELL (Coord.), L., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Granada: Comares, 2008, págs.331-354.

PEREIRA PUIGRAT, S. “El derecho a la asistencia letrada en la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo”, *Revista General de Derecho Europeo* Nº30 (2013).

PÉREZ ALVAREZ, F., *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, 1ª Ed. Salamanca: Aquilafuente, 2007, ISBN: 978-84-7800-346-4.

PÉREZ BUSTAMANTE, R., *Los Consejos Europeos 1998-2001. Edición y estudio preliminar*, 1ª Ed., Madrid: DYKINSON, 2005, ISBN: 84-9772-688-X.

PÉREZ BUSTAMANTE, R., *Los Consejos Europeos 1998-2001. Edición y estudio preliminar*, 1ª Ed. Madrid: DYKINSON, 2005, Universidad Rey Juan Carlos, [Consulta: 26.4.2013], [books.google.es/books?isbn=849772688X], ISBN: 84-9772-688-X.

PÉREZ CEBADERA, M.A., *La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega*, Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

PEREZ FRANCESCH, J.L., “Cooperación policial y judicial en la Convención de Prüm”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº7, 2007, págs. 119-136, [Consulta: 21.3.2012], [www.meh.es/Documentacion/Publico/SGT/e-administracion.pdf], ISSN 1697-7890.

PÉREZ MARÍN, M.A., *La lucha contra la criminalidad organizada en la Unión Europea*, Barcelona: Atelier, 2013.

PÉREZ MARÍN, M.A., “Dos ejemplos de medidas cautelares penales en el espacio judicial europeo: las medidas alternativas a la prisión provisional y el embargo preventivo previo al decomiso de los efectos procedentes del delito”, en MARTÍN OSTOS, J., *El derecho procesal en el espacio judicial europeo*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber amicorum), Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2013.

PÉREZ PÉREZ, F., “La política migratoria en la Unión Europea ¿una verdadera política común? Perspectivas para la Presidencia española 2010”, en SORROZA BLANCO, A. (Coord.), *Presidencia española 2010. Retos en una nueva Unión Europea*, Instituto de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo, Fundación Alternativas y Fundación Real Instituto Elcano (Eds.), 2010, [Consulta: 7.6.2013],[www.realinstitutoescano.org/.../downloadredirectkey.asp?...presidencia_a...] ISBN: 978-84-936991-8-5.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 8ª Ed., Madrid: Marcial Pons, 2002.

PÉREZ ROYO, J., *Las Fuentes del Derecho*, 4ª Ed. Madrid: Tecnos, 1988, ISBN: 84-309-1600-8.

PERRON, W. “¿Son superables las fronteras nacionales del Derecho Penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de Derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1998.

PESCATORE, P., “Las cuestiones prejudiciales”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LÍÑÁN NOGUERAS, D.J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

PISANI, M., “*Ne bis in idem* y cooperación judicial europea”, en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Eds de la Universidad de Castilla La Mancha, 2007, ISBN: 978-84-8427-580-0.

POSCH, A., "The Kadi Case: rethinking the relationship between EU law and International law?", *Columbia Journal of European Law*, Nº15, 2009, [Consulta: 10.10.2012],[www.cjel.net/online/15_2-posch].

POU SERRADELL, "Relaciones Unión Europea-China, *Revista Cidob d'Afers Internacionals*, núm. 63, 2003, pags.101-139, [Consulta: 28.3.2012],[www.cidob.org/ca/content/download/3479/36782/file/63pou.pdf].

POZA CISNEROS, M., "El Convenio de 2000", CARMONA RUANO, M., GONZÁLEZ VEGA, I.V., MORENO CATENA, V., *Cooperación penal en la UE*, Ed. CGPJ, Madrid 2013.

PUNTE ABA, M. et al, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Granada: Comares, 2008, ISBN 978-84-9836-421-7,[Consulta: 24.6.2011],[www.ciidpe.com.ar/.../FACTOR_TECNOLOGICO_EN_CRIMEN_ORGANIZADO_RUIZ_Y_GONZALEZ.pdf].

POZUELO PÉREZ, L., "El futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos" Recensión a Miguel Angel Cano Paños, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España*, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Nº1,2009, [Consulta: 3.2.2012], [www.INDRET.com], ISSN-e 1698-739X.

PUEYO LOSA, J., "El Tribunal de Justicia y el futuro constitucional de la Unión Europea", en PUEYO LOSA et al, *Constitución y ampliación de la Unión Europea*, 1ª Ed., A Coruña: Andavira, 2004, págs. 129-182, ISBN: 84-8408-291-1.

RAGONE, S., "Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación", *ReDCE* Nº16, julio-diciembre 2011, [Consulta: 29.5.2013],[www.ugr.es/redce/REDCE16/articulos/02SRagone.htm].

RALLO LOMBARTI, A., "El terrorismo internacional y sus conflictos: seguridad vs. privacidad", en *Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, vol. 3, diciembre-2007-junio 2008, págs. 114-121, ISSN: 1887-293X.

RANGIL LLORENTE, A., Algunas cuestiones sobre Derecho Penal de la Unión Europea, [Consulta: 26.2.2014],[books.google.es/books?id=c61PA9PE-5cC].

RIDOLA, P., “La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea. Entre democracia representativa y democracia participativa”, (traducción de SÁNCHEZ BARRILAO, J.F.), *ReDCE*, nº3, Enero-Junio 2005, págs.21-41, [Consulta: 17.4.2013],[www.ugr.es/redce/ReDCE3/02paoloridola.htm].

RIJKEN, C., “Joint Investigation Teams: principles, practice and problems. Lessons learnt from the first efforts to establish a JIT”, *Utrecht Law Review*, Volume 2, Issue 2 (December) 2006, págs. 99-118,[Consulta: 14.3.2014],[<http://www.utrechtlawreview.org/>].

ROBLES CARRILLO, M. “La articulación jurídica del sistema de competencia en la UE: el Proyecto de Tratado Constitucional de la Convención Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, Nº4, 2004,[Consulta: 28.5.2013], [www.iustel.com/revistas].

RODRÍGUEZ CÁRCAMO, J.M., “La prevención de la financiación del terrorismo: derecho internacional e interno”, *Cuadernos de derecho judicial*, [Consulta: 20.6.2011],[www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/abogados.../ABOGA10.pdf].

RODRÍGUEZ CEPEDA, B.P., *Metodología jurídica*, Universidad Autónoma de Tamaulipas, 1ª Ed. México: Oxford University Press, 1999, [Consulta: 26.3.2013],[descargas.institutosisigloxxi-moodle.com/.../...], ISBN: 970-613-492-1.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensiones transfronterizas”, en BUJOSA VADELL, L. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*, Granada: Comares, 2008.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Aprendiendo del pasado en el proceso de creación de la Fiscalía Europea”, *Revista General del Derecho Europeo*, Nº31 (2013).

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., en *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (Coord.), *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

RODRÍGUEZ SOL, L., “La recuperación de activos: un nuevo enfoque de la lucha contra el crimen organizado”, en ARANGÜENA FANEGO, C., (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada: Comares, 2011.

RODRÍGUEZ VERGARA DÍAZ, A., “Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (de nuevo en torno a las listas antiterroristas y la intimidad de los usuarios de las líneas aéreas”, *Revista de Derecho Europeo de la Unión Europea*, nº10, 1º semestre 2006.

ROMÁN PUERTA, L., “Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional”, en CGPJ, *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid 2004, ISSN: 1134-9670, ISBN: 84-96228-40-1.

ROXIN, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

RUIZ-JARABO COLOMER, D. “El juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. en *El derecho comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

RUIZ-JARABO COLOMER, D., *La Justicia de la Unión Europea*, Pamplona: Civitas, junio 2011.

RUIZ RODRÍGUEZ-GONZÁLEZ AGUDELO, “El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado ¿Menores en riesgo?”, en PUENTE ABAD, L.M., *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Granada: Comares 2008.

RUIZ TARRÍAS, S., “Las tradiciones constitucionales comunes en el ordenamiento europeo. Su valor jurídico en el Tratado de Lisboa.”, en MATIA PORTILLA, J. (Dir.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Granada: Comares, 2009.

SALINAS DE FRÍAS, A., “La cooperación judicial en materia civil en la Unión Europea: origen, evolución y fundamento”, *Revista Seqüência*, Nº46, julio 2003, [www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/.../13899], [Consulta: 17.3.2013].

SALINAS DE FRÍAS, A., “La cooperación penal internacional y la Unión Europea: ¿hacia un derecho penal comunitario?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV, 2004, págs. 405-415, [Consulta: 17.3.2013],[www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/download/561/529].

SALINERO ROMÁN, F., “El cobro de las pensiones alimenticias en el ámbito internacional. Especial referencia a los reglamentos comunitarios”, en ARANGÜENA FANEGO, C., *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada: Comares, 2011.

SÁNCHEZ BARRIOS, I., “Las comisiones rogatorias como instrumento de cooperación judicial”, en BUJOSA VADELL, L. *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*, Granada: Comares, 2008.

SÁNCHEZ BARRUECO, M.L., “El Código Europeo de Visados y las nuevas garantías reconocidas a los solicitantes de visado”, *Revista General de Derecho Europeo*, Nº26, enero 2012.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson, 2005, ISBN: 84-9772-714-2.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La Euro-Orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 14, diciembre 2007, [Consulta: 14.3.2012],[[www.reei.org/reei%2014/SanchezLegido\(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/SanchezLegido(reei14).pdf)].

SÁNCHEZ ZORRILLA, M., “La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar el derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº14, 2011, págs. 317-358,[Consulta:24.3.2013], [www.rtfed.es/numero14/11.pdf], ISSN 1575-7382.

SANCHÍS CRESPO, C., “Derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa”, en CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (Coords.), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2009, ISBN: 978-84-8355-932-1.

SANJUAN GARCÍA, P., “La Agencia Europea de Derechos Fundamentales”, *Lex Nova, La Revista*, Enero/Marzo 2007, [Consulta: 11.4.2013],[portalcorporativo.lexnova.es/revista_In/Revista48/24_AExamen.pdf].

SANTOS VARA, J. “The External Dimension of the Area of Freedom. Security and Justice”, *European Journal of Law Reform*, Vol. X, Nº4, 2008, págs. 577-597,[<http://www.unc.edu/euce/eusa2009/papers.php?short=autor>],[Consulta: 16.5.2013].

SANZ HERMIDA, A.M., “Cooperación internacional en la transmisión de informaciones procedentes de muestras de ADN versus protección de datos personales en el espacio europeo de justicia penal: el difícil equilibrio entre la seguridad y el derecho a la intimidad”, en SENÉS MOTILLA, C. (Coord.), *Presente y Futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2010, ISBN: 978-84-9903-537-6.

SANZ MORÁN, A., “Presente y futuro de la armonización del derecho penal material”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Valladolid: Lex Nova, 2008.

SARMIENTO, D., “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TJCE”, en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Eds de la Universidad de Castilla La Mancha, 2007, ISBN: 978-84-8427-580-0.

SARMIENTO, D., “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La Sentencia María Pupino y el efecto directo de las decisiones marco”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº10, 2005, [Consulta: 20.3.2013],[[www.reei.org/index.php/revista/num10/D.Sarmiento\(reei10\).pdf](http://www.reei.org/index.php/revista/num10/D.Sarmiento(reei10).pdf)].

SAVIANO, R., *Gomorra*, Barcelona: Ediciones de bolsillo, 2008, ISBN 13: 9789173370721.

SAVONA, E.U., “Tendencias y causas de la criminalidad organizada transfronteriza en Europa”, en CUELLEN, P. & JUND, S., *Criminal Justice Cooperation in the European Union after Tampere*. Vol. 33. Series of Publications by the Academy of European Law in Trier, Köln: Herausgegeben, 2002.

SCHERMERS et al. (Eds.) *Free Movement of Persons in Europe*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993.

SCHOLTEN, M., “Independent, hence unaccountable? The Need for a Broader Debate on Accountability of the Executive”, *Review of European Administrative Law*; Vol. 4, Paris Legal Publishers, 2011, págs. 5-44,[Consulta: 7.5.2013], [www.montesquieu-institute.eu/...=/europeaward_sch...].

SCHÜNEMANN, B., “¿Peligros para el estado de derecho a través de la europeización de la administración de justicia penal?”, en ARMENTA DEU, M.T.; GASCÓN INCHAUSTI, F. ; BACHMAIER WINTER, L. y CEDEÑO HERNÁN, M. (Coords.), *El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid: Colex, 2006. ISBN 84-8342-007-4.

SCHÜNEMANN, B., “Proyecto Alternativo de Persecución Penal Europea”, traducido por REY SANFIZ, L.C., JAÉN VALLEJO, M. et al., Madrid: DYKINSON, 2007, ISBN: 978-84-9772-975-8.

SENÉS MOTILLA, C., “El embargo telemático de cuentas bancarias. (Propuesta de regulación en derecho europeo).”, DE LA OLIVA SANTOS, A., et al. (Coords.), *La e-Justicia en la Unión Europea. Desarrollos en el Ámbito Europeo y en los Ordenamientos Nacionales*, 1ª Ed., Navarra: Thomson Reuters, 2012, págs. 91-110, ISBN: 978-84-9903-982-4.

SENÉS MOTILLA, C. (Coord.), *Presente y Futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2010, ISBN: 978-84-9903-537-6.

SENÉS MOTILLA, C., “Derecho a un proceso equitativo, público y en un plazo razonable”, CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (Coords.), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, 1ª Ed., Navarra: Aranzadi, 2009, ISBN: 978-84-8355-932-1.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Colección *Estudios Jurídicos*, Murcia: Fundación Diagrama 2008, ISBN: 978-84-612-8914.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., “El plan de acción (2010-2014) de la Comisión Europea. ¿Un verdadero avance de las políticas comunitarias relativas a los menores no acompañados?”, *Revista Mugak*, nº 56, 2011, [Consulta: 23.4.2013],[www.mugak.eu > Revista Mugak].

SIEBER, U., “El futuro del Derecho penal europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo”, en ARROYO ZAPATERO, L. et al, *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Eds. de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2010, ISBN:978-94-8427-748-4.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica”, en *RP*, nº 13, enero 2004, págs. 138-150.

SOBRIDO PRIETO, M., “El sistema judicial comunitario y las exigencias de eficacia y uniformidad del derecho comunitario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, Nº6, 2002, págs. 809-830,[Consulta: 5.6.2013], [www.ruc.udc.es/dspace/bistream/2183/2194/1/AD-6-38.pdf],ISSN 1138-039X.

SOLER i LECHA, “Las perspectivas de la Política Europea de Vecindad para el Mediterráneo” en BARBÉ IZUEL, E. y HERRANZ SURRALLÉS, A., *Política exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*, 2007, págs. 89-101,[Consulta: 28.3.2012], [www.iueee.eu/pdf-publicacion/1/pVMGTqhanljtGdNGarhb.PDF],ISBN 978-92-823-2183-6.

SORROZA BLANCO, A. (Coord.), Presidencia española 2010. Retos en una nueva Unión Europea, Instituto de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo, Fundación Alternativas y Fundación

Real Instituto Elcano (Eds.), 2010, [Consulta: 7.6.2013],[www.realinstitutoescano.org/.../downloadredirectkey.asp?...presidencia_a...], ISBN: 978-84-936991-8-5.

SORROZA BLANCO, A. y MOLINA, I., “La Presidencia Española de 2010 como primera experiencia post-Lisboa”, en SORROZA BLANCO, A. (Coord.), *Presidencia española 2010. Retos en una nueva Unión Europea*, Instituto de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo, Fundación Alternativas y Fundación Real Instituto Elcano (Eds.), 2010, [Consulta: 7.6.2013],[www.realinstitutoescano.org/.../downloadredirectkey.asp?...presidencia_a...], ISBN: 978-84-936991-8-5.

SOTELO, J. y SIERRA, J., “El Déficit Informativo como parte del Déficit Democrático en la Unión Europea”, *Revista de Comunicación*, nº 7, 2008.

TAMARIT SUMALLA, J., “La política europea sobre las víctimas de los delitos”, en DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

TIRADO ROBLES, C., *Eurojust: la coordinación de la cooperación judicial penal en la Unión Europea*, Zaragoza: Cometa, 2002, Monografías del Real Instituto de Estudios Europeos, Nº4, ISBN: 84-95929-03-1.

TRAAVIK, T. & LIM, L.C., *Biosafety First: Holistic Approaches to Risk and Uncertainty in Genetic Engineering and Genetically Modified Organisms*, Trondheim: Tapir Academic Press, 2007.

TZANOOU, M., “The EU as an emerging Surveillance Society: The function creep case study and challenges to privacy and data protection”, www.icljournal.com, Vol. 4, 3/2010, págs. 407-427.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “La iniciativa normativa en el procedimiento legislativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa”, *Indret*, vol. 3, Barcelona, 2010, [Consulta: 15.4.2013],[www.indret.com/pdf/743_es.pdf].

URREA CORRES, M., *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Madrid: Colex, 2002, ISBN: 84-7879-748-3.

URRUTIA LIBARONA, I., “Derechos fundamentales y derechos lingüísticos en el ámbito de la justicia”, en GERPE, M. y CABELLOS, M.A. (Coords.), *Poder Judicial y Modelo de Estado*, Barcelona: Atelier, 2013, ISBN: 978-84-15929-85-7.

VAN OTRIVE, L. “HISTORIA DEL ACUERDO Y DEL CONVENIO DE SCHENGEN”, *Fundació Cidob, Afer Internacionals*, núm. 53, págs.43-61, [Consulta: 18.3.2013],[www.raco.cat/index.php/revistacidob/.../28050].

VALLINES GARCÍA, E., *Los ECI penal en el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión Europea*, Madrid: Colex, 2006.

VARELA PEDREIRA, D., *Gobierno de la Unión Europea*, 1ª Ed. La Coruña: Netbiblo, 2007.

VERVAELE, J.A.E., “El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal?”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

VERVAELE, J.A.E., “Harmonisation of criminal law between first and third pillar of the EU: The European Community and the harmonisation of the criminal enforcement of community policy: *ignoti nulla cupido?*” en BASIOUNI, C., MILITELLO, V. and SATGER, H., *European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives*. Milan: CEDAM, 2008.

VERVAELE, J.A.E., “El Ministerio Fiscal Europeo y el Espacio Judicial Europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un derecho procesal penal europeo”, *Revista Penal*, Nº9, 2002, [Consulta: 17.4.2013],[igitur-archive.library.uu.nl/.../...].

VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Instrumentos procesales penales. Protección de las víctimas en el proceso penal”, JIMENO BULNES, M., *Nuevas aportaciones al ELSJ*, Ed. Comares, Granada, 2014.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., “El estatuto de la víctima en el proceso penal en la Unión Europea”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *El proceso penal de la Unión Europea: garantías esenciales*, Valladolid: Lex Nova, 1ª Ed. 2008, págs. 208-229.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., “La reforma de las instituciones: propuestas para el futuro de la justicia europea”, CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Coord.), *La reforma institucional en el Tratado de Niza*, Lex Nova 2004.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Significado del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”, *REE*, nº7, 1994.

VILA COSTA, B., “El Tratado de Lisboa y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: reflexiones sobre el método y el Programa”, PI LLORENS, M., y ZAPATER DUQUE, E. (Coords.), *¿Hacia una Europa de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia?*, Barceona: Marcial Pons, 2010.

VÍGANO, F., “Lucha contra el terrorismo y protección de los derechos fundamentales”, en ARROYO ZAPATERO, L. et al, *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Eds. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, ISBN: 978-84-8427-748-4.

VILATA MENADAS, S. (Coord.), *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del derecho europeo. Situación y perspectiva tras cincuenta años*, Universitat de Valencia, Valencia, 2005, ISBN: 84-370-6192-X.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de seres humanos”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº13, 2011, [Consulta: 22.3.2012], [www.criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-14.pdf], ISSN 1695-0194.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos y su plasmación jurídico-penal”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº1, 2012,

[Consulta: 22.3.2012],[www.indret.com/code/getPdf.php?id=1534&pdf=869.pdf],ISSN 1698-739X.

VÍRGALA FORURÍA, E., “Agencias (y agencias reguladoras) en la Comunidad Europea”, *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº5, enero-junio 2006, [Consulta: 29.1.2013], [www.ugr.es/redce/REDCE5/articulos/07eduardovirgalaforuria.htm], ISSN: 1697-7890.

VOGEL, J. “Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union”, en HUSABO, J. & STRANDBAKKEN, A. *Harmonisation of Criminal Law in Europe*, Belgium: Intersentia, 2005, ISBN: 90-5095-474-X.

WOLFF, S., “España y la gobernanza de la seguridad mediterránea. Vecinos, espacios y actores”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 79-80, diciembre 2007, págs. 107-123,[Consulta: 2.5.2013], ISSN 1133-6595, [www.cidob.org/es/content/download/6553/65479/.../wolff_79_80.pdf], ISSN 1133-6595.

WOLLWENSSCHÄGER, “Completing the internal market and the evolution of Union citizenship”, en SYRPIS, P. (Ed.) *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, New York: Cambridge University Press, 2012, ISBN 978-1-107-01005-5.

ZARAGOZA AGUADO, J.A., “Nuevos instrumentos de cooperación judicial. La orden europea de detención.”, *Dialnet*, Universidad de La Rioja, Nº 2004, págs. 87-110, [Consulta: 5.6.2013],[www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL21.pdf],ISBN 84-8355-038-5.

ZUNZUNEGUI, F., “Parmalat, ¿el Enron europeo?”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Diciembre de 2003, [Consulta: 14.5.2013],[rdmf.wordpress.com/2003/12/24/parmalt-¿el-enron-europeo/].

2.- Actas de Congresos, documentos de trabajo, tesis y contribuciones

ABAD QUINTANAL, G. “Los desafíos de la UE en materia migratoria: la cooperación con terceros Estados”, UNISCI, Universidad Complutense de Madrid, Discussion Papers, Nº15 (Octubre 2007), [Consulta: 18.3.2013], [revistas.ucm.es/index.php/UNIS/article/.../27894-], ISSN 1696-2206.

ABIEGA PICATOSTE, M. y GARCÍA GARCÍA, M., “De la cooperación en asuntos de justicia e interior a un espacio de libertad, seguridad y justicia”, Centro de Documentación Europea de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, [www.madrid.org/.../BlobSErver?...filename%3Djus...-].

ACKERMAN, B., “We the people”, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, Reading material, EUI Summer course in the Institutional Law, Florencia, 3-12 julio, 2012.

AFFOLDER, N., “Accounting for the Private Sector in the Promotion of Environmental Human Rights”, EUI Summer course in the Human Rights, Florencia, 18-29 junio, 2012.

AGUILERA MORALES, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXVI, Núm. 2145, Agosto de 2012,[Consulta:20.4.2013], [servicios.mpr.es/documentación/visordocumentosicopo.aspx?...],ISSN: 1989-4767.

ALBAREDA, E., “La política de Justicia y Asuntos Internos en la Unión Europea: ¿Hacia una política Europea Común?”, DERI Working Papers, 14/2005, [Consulta: 18.3.2013],[www.uam.es/centros/.../deri/.../DWP14-2005.pdf].

ALEXANDRE GONZÁLEZ HURTADO, J., Daños informáticos del artículo 264 CP y propuesta de reforma, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2013.

ALONSO GARCÍA, R., "Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)." Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, nº4 (2011),[Consulta: 18.10.2012], [www.ucm.es/centros/cont/.../documento26521.pdf],ISSN 2172-8542.

ALONSO GARCÍA, R. “ El ‘espacio de libertad, seguridad y justicia’ y el sistema de pilares de la Unión Europea”, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 27/28 de Noviembre de 2008, [www.upf.edu/constitucional/.../Alonso-GARcxax_Ricardo.pdf].

AMOEDO SOTO, C.A., "La cooperación policial en la Unión Europea: su repercusión en el modelo español de seguridad pública", Jornadas sobre "Seguridad pública y privada. Hacia un nuevo modelo de protección de la ciudadanía en el marco del Estado autonómico", Barcelona, 19.7.2005, [Consulta: 11.5.2013],[www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/130215/179653].

ARGEREY VILAR, P. y ESTÉVEZ MENDOZA, L., "El triángulo ampliación-inmigración-terrorismo. Los grandes retos actuales de Europa.", Documento de trabajo de la cátedra Jean Monnet de integración económica, Universidad Complutense, [Consulta: 17.3.2013],[www.ucm.es/BUCM/cee/cjm/0402/0402.pdf].

ARROYO JIMÉNEZ, L. "Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional: bases, contenido y consecuencias", Universidad Complutense, WP IDEIR N°8 (2011),[Consulta: 18.10.2012], [www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento28089.pdf], ISSN 2172-8542.

ARROYO ZAPATERO, L., "Propuesta de eurodelito de trata de seres humanos", Ed. De la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, [Consulta: 7.6.2013],[portal.ucm.es/.../propuesta%20de%20un%20eurodelito%20de%20trata...].

ARTEAGA, F., "La estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea", ARI 75/2010,[Consulta: 20.3.2012], [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/.../contenido?WCM...].

ASHTON, C., "El cuerpo diplomático de la Unión Europea: comentarios a un año de su instrumentación", Secretaría de Relaciones Exteriores, Año 2, n°5, Julio 2012, [Consulta: 30.5.2013],[www.sre.gob.mx/images/stories/doccja/bjcsept2012.pdf].

ASTOLA MADARIAGA, J., "De la legitimidad democrática de la Unión Europea y de la legitimidad democrática de sus decisiones: una reflexión sobre el proyecto de Constitución Europea", [Consulta: 17.3.2013],[www.juridicas.unam.mx/publica/librev/.../art9.pdf].

BAYÓN, D., "La Unión por el Mediterráneo: al fin, una etapa más en el proceso de Barcelona", UNISCI, Discussion Papers, N°17 (Mayo 2008), ISSN 1696-2206.

BAYÓN, D., “La Unión por el Mediterráneo: al final una etapa más en el proceso de Barcelona”, UNISCI, Discussion Papers, Nº17 (mayo 2008), [Consulta: 17.5.2013], [REVISTAS.UCM/INDEX.PHP/unis/article/download/.../27744], ISSN 1696-2206

BECERRO, A., “La política comunitaria de migración y asilo:¿cuál será el papel de los nuevos Estados miembros?”, Robert Schuman Centre for Advanced Studies. Instituto Universitario Europeo, Florencia, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerio nº 43/44. Valencia, 2003, [Consulta: 8.3.2013],[dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1129346.pdf].

BEN HAYES & VERMEULEN, M., The EU’s New Border Surveillance Initiatives. Assesing the Costs and Fundamnetal Rights Implications of EUROSUR and the “Smart Borders” Proposals, HEINRICH BÖLL Foundation, June, 2012.

BERGEVIN, J., “Labor relativa a la elaboración de una metodología para medir la incidencia socioeconómica de la piratería y la falsificación”, [Consulta: 14.2.2013],[https://www.oepm.es/ca/OEPMSite/contenidos/.../noticia_1.html].

BERMEJO CASADO, R., “Movimientos migratorios transfronterizos y seguridad de los países de acogida. Una revisión de esta polémica relación”, Fundación José Ortega y Gasset y Gregorio Marañón, Nº4, mayo 2004, [www.ortegaygasset.edu/.../movimientos-migratori...].

BILDT, C., “Pre-emptive military action and the legitimacy of the use of force”. Centre or European Policy Studies (CEPS). Bruselas (enero 2003).

BOER, B., “The impact of Climate Change on Human Rights”, EUI Summer course in the Human Rights, Florencia, 18-29 junio, 2012.

BOYLE, A., “Human Rights and the Environment: Where Next?”, EUI Summer course in the Human Rights, Florencia, 18-29 junio, 2012.

BROUWER, E., “The use of Biometrics at the Borders: A European Policy and Law Perspective”, Reading Materials EUI Summer University, Florence, July 2013.

BRUMMER, K., "La Política Europea de Seguridad y defensa: avances y deficiencias", *Papeles de cuestiones internacionales*, nº95, Barcelona: Icaria, 2006,[Consulta: 28.3.2012],[books.google.es/books?id=17tRkAHHCUwC]y [www.fuhem.es/media/.../Politica_europea_segurida_y_defensa.pdf] , ISSN 1885-799X.

CALDUCH, R., "Efectos políticos, sociales y económicos de la ampliación de la Unión Europea ante el S.XXI: los retos de Niza". Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Edit. BOE, Madrid, 2003, págs. 261-294, [Consulta: 6.11.2013],[pendientemigracion.ucm.es/info/schelint/Efectos.pdf].

CALDUCH, R., "Métodos y técnicas de investigación en relaciones internacionales", Universidad Complutense de Madrid, 1998, [Consulta: 11.3.2013],[www.ucm.es/info/sdrelint/ficheros_aula/aula0404.pdf].

CAMARERO GARCÍA, J., "El 'fraude carrusel' en el Impuesto sobre el Valor Añadido. Modalidades y propuestas para erradicarlo". Agencia Estatal de Administración Tributaria. Cuadernos de Formación. Vol. 11/2010, [Consulta: 17.4.2013],[www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/.../11.../27_10.pdf].

CHRISTIANSEN, T. & DOBBELS, M., "Comitology and delegated acts after Lisbon: How the European Parliament lost the implementation game", *European Integration online Papers (EIoP)*, Vol. 16, Article 13,[Consulta: 15.4.2013], [<http://eiop.or.at/eiop/texte/2012-013a.htm>].

"Conceptos y tipos de delincuencia", [Consulta: 21.3.2012],[www.tesis.uson.mx/digital/teisi/docs/19617/Capitulo2.pdf].

CRAIG, P., *Institutions, Power and Institutional Balance* (january 31, 2011), *THE EVOLUTION O EU LAW*, p.21, CRAIG, P. & DE BURCA, G., Oxford University Press, 2011;Oxford Legal Studies Research Paper N° 48/2001, [Consulta: 28.5.2013],[<http://ssrn.com/abstract=1912016>].

CURTIN, D. & DEHOUSSE, R. "European Union Agency: tipping the balance?", en BUSUIOC, M. et al, The agency phenomenon in the European Union. Emergence, Institutionalisation and Everyday Decision-Making, Manchester University Press, 2012, ISBN 9780719085543.

De la cooperación en asuntos de justicia e interior, a un espacio de libertad, seguridad y justicia,, [Consulta: 25.1.2013], [www.madrid.org/.../BlobServer?...filename%3Djus...-].

DE LA CRUZ FERRER, J. "Principios de regulación económica en la Unión Europea", [Cerecom.org/.../LIBRO%20PRINCIPIOS%20reg...].

DELGADO MARTÍN, J., "La orden europea de detención y entrega", [www.larioja.org/upload/.../680709_DLL_N_6205.La_Orden_Europea.d...],[Consulta:27.4.2013].

DE WILDE, P., "Why the Early Warning Mechanism does not Alleviate the Democratic Deficit", Observatory of Parliaments after de Lisbon Treaty, Online Paper Nº 6/2012, [Consulta: 14.4.2013],[www.opal-europe.org/index.php?...8...].

"Delincuencia organizada y globalización", [Consulta: 21.3.2012],[www.bibliojuridica.org/libros/5/2263/3.pdf].

DÍAZ DÍAZ, E., "Cooperación y colaboración internacional en la lucha contra el terrorismo" ARI Nº 29/2007, 5.3.2007, [Consulta: 18.3.2013],[www.realinstitutoelcano.org/.../contenido?...-].

DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M. et al. , "Marco teórico para el análisis de la cooperación europea en materia de inteligencia",VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno, Grupo de Trabajo 09: Democracia, seguridad nacional y políticas públicas, [Consulta: 18.3.2013], [www.aecpa.es/uploads/files/.../DIAZ-Antonio.pdf].

EMERSON, M. et al., "Into Eurasia Monitoring the EU's Central Asia Strategy", Centre for European Policy Studies & Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), Madrid: 2010, ISBN: 978-92-9079-966-5.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., “La lucha contra el blanqueo de capitales a nivel internacional”, [Consulta: 6.6.2013],[fcguader.edu.ar/attadments/artcke/146/Articulo%205.pdf].

FERNÁNDEZ SOLA, N., “Asia Central y al Cáucaso Sur en la estrategia de la UE”, Documento de Trabajo 21/2009 del Observatorio de Asia Central, Real Instituto Elcano,[Consulta:16.5.2013],[www.asiacentral.es/.../DT_Fernandez_Sola_Asia_Central_Caucaso_Sur...].

FRANCIONI, F., “Human Rights between Individualism and Community Interests”, EUI Summer course in the Human Rights, Florencia, 18-29 junio, 2012.

FREIRE PÉREZ, R.M., “La red judicial española de cooperación judicial internacional”, [Consulta: 18.3.2012],[www.proyectoatl.com/.../LA_RED_JUDICIAL_ESPAÑOLA_DE_...].

FRONTALINA REKERS, R., “Populismo y castigo penal”, [Consulta: 27.4.2013],[www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/.../doctrina04.pdf].

GAMBINO, S., “Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales”, Versión revisada de la ponencia presentada al congreso “VII Jornadas sobre la Constitución europea: el Tratado de Lisboa”, Universidad de Granada, 11 y 12 de marzo de 2010, Traducido del italiano por FAGGIANI, V., *ReDCE*, Año 7, Núm. 13. Enero-junio/2010. Págs. 83-119, [Consulta: 19.3.2013],[www.ugr.es/redce/REDCE13/.../04Gambino.htm].

GARCÍA DURÁN, P. y MILLET, M., “La fuerza del *spill over* en la evolución de la gobernanza económica de la zona euro”, Comunicación de la Universidad de Barcelona, 7.11.2011,[xivrem.ujaen.es/wp-content/.../5-R-011M301.pdf],[Consulta: 15.3.2013].

GARCÍA RIVAS, N., “La tipificación ‘europea’ del delito terrorista en la Decisión marco de 2002: análisis y perspectivas”, Seminario de expertos “La orden de detención europea, ¿primer título de ejecución directa en el Espacio Judicial Penal Europeo?” Evaluación de la situación actual y perspectivas de futuro.” (Toledo, 8 al 11 de noviembre de 2004).

GARRIDO LORENZO, M.A., “El fraude de subvenciones en el ámbito del derecho penal económico”, Estudios Jurídicos Dialnet, Nº 2004, 2004, ISSN-e 1888-7740.

GIL IBÁÑEZ, A., “Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: hacia un modelo más claro y transparente”, Grupo de Reflexión “La Convención sobre el futuro de Europa”, Madrid, 8.7.2002, [Consulta: 15.4.2013], [www.realinstitutoelcano.org/.../Jerarquía%20normativa_Alberto%20...].

GOENECHEA PERNISÁN, C., “Menores Inmigrantes No Acompañados: un estudio de su situación en la actualidad”, [Consulta: 19.9.2011], [wei.caib.es/Documentacio/jorandes/Web_I_Cong_Medit/.../menors2.odf].

GÓMEZ FERRI, J., et al, “Técnicas cualitativas de investigación social”, [Consulta: 18.5.2013], [ocw.uv.es/.../tecnicas...investigación.../tema_5_entrevistaenprofundidad...].

GONZALEZ SÁNCHEZ, E., “Prioridades de la Presidencia española del Consejo de la UE”, ARI 30/2010, [Consulta: 13.10.2012], [www.relainstitutoelcano.org/.../contenido?...]

GONZALEZ VIADA, N. “Cooperación penal en el Tratado de Lisboa y en el Programa de Estocolmo”, Cp. IV de la Tesis Doctoral *La libre circulación de pruebas penales en la UE*. Universidad de Barcelona, Facultad de derecho, 2010, [Consulta: 6.5.2013], [idpbarcelona.ub.edu/docs/actividades/seminarioue/derecho_penal.pdf], [Consulta: 6.5.2013].

GRATIUS, S., “Europa y América Latina: la necesidad de un nuevo paradigma”, FRIDE a European Think Tank for Global Action, Documento de Trabajo nº114, Febrero de 2013, [17.5.2013], [www.fride.org/.../europa-y-america-latina:-la-necesidad-de-un-nuevo-pa...].

GRIMM, D., “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World”, en DOBNER, P. & LOUGHLI, M. (eds.), *The Twilight of Constitutionalism* (2010), Reading Materials, EUI Summer course in the institutional law, Florencia, 2-13 julio, 2012.

GUADALIX ESTEBAN, M. "Los inicios del Servicio Europeo de Acción Exterior", Documento de trabajo, Serie Unión Europea nº 52/2011, Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo CEU, Ed. CEU, Madrid 2011, [Consulta: 21.1.2013],[www.ideee.ceu.es/access.php?file=/secure/Docuweb%2052_2011...],[Consulta: 21.1.2013].

HABERMAS, J., "Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?", en *The Divided West*, (2006), Reading materials, EUI Summer school in the institutional law, Florencia, 3-12 julio, 2012.

HALBERTSTAM, D., "Guns, Smoke, and Snuff: Federalism and Judicial Review", Reading materials, Reading materials, EUI summer school in the Institutional Law, Florencia, 3-12 julio, 2013.

HALBERSTAM, "Local, Global, and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World", en DE BURCA, G. & WEILER, J.H.H. (Eds.), *The Worlds of European Constitutionalism* (2011), Reading materials, EUI summer school in the Institutional Law, Florencia, 3-12 julio 2013.

HARDACRE, A. & DAMEN, M., "The European Parliament and Comitology: PRAC in Practice", EIPASCOPE (European Institute of Public Administration) 2009/1, [Consulta: 15.4.2013],[aei.pitt.edu/.../20090709111448_Art2_Eipascoo...].

HAYES, B. & BVERMEULEN, M., *Borderline, The EU's New Border Surveillance Initiatives. Assessing the Costs and Fundamental Rights Implications of EUROSUR and the "Smart Borders" Proposals*, Heinrich Böll Foundation, June 2012.

HERRERO DE LA FUENTE, A.; ALONSO MARTÍNEZ, J.M., "Del 'Informe Davignon' a la política europea de seguridad y defensa. Una evolución más aparente que real", en Instituto de Estudios Europeos, *El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957-2007). Un balance socioeconómico de la integración europea*, Granada: Comares, 2007, ISBN: 978-84-9836-224-4.

HILLION, C. "Cohérence et action extérieure de l'Union Européenne", EUI Working Papers Law 2012/14.

HUICI SANCHO, L., "La Unión por el Mediterráneo, ¿a la espera de otro milagro de la primavera?", Institut de Dret Públic, 2012, [Consulta: 28.3.2012],[www.idpbarcelona.blogspot.com/.../laura-huici-sancho-la-union-por-el.ht...].

"Innovando Europa", Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Secretaría de Estado para la Unión Europea, ISBN 978-84-340-1898-3.

IRURZUN MONTORO, F, "El Espacio Judicial Europeo, Dudas y Esperanzas" [Consulta: 28.2.2012],[www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1208780975268.pdf]

JIMENO BULNES, M., "Towards Common Standard son Rights of Suspected and Accused Persons in Criminal Proceedings in the EU?", Centre for European Policy Studies, February 2010.

JACQUÉ, J.P., "The European Commission: Status quo or declining status?", EUI, European Law Course, Florencia, 3-12 de julio de 2012.

KANT, I., "Perpetual Peace: A Philosophical Essay" (1795), EUI Summer school in the Institutional Law, Florencia, 3-12 julio, 20012.

KOMAREK, "Playing With Matches", Verfassungsblog (2012), Reading Materials, EUI Summer School in the Institutional Law, Florencia, 3-12 julio, 2012.

KRAMER. L., "The Individual Right of Access To Environmental Justice in EU Law", Reading Materials, EUI Summer School in the Human Rights, Florence 18-29 june 2012.

LABORIE IGLESIAS, M.A., "La cumbre Unión Europea-África, Documento informativo del Instituto Español de Estudios Estratégicos, Diciembre 2010, [Consulta: 17.5.2013],[www.ieee.es/Galerias/fichero/.../DIEEEI25-2010CumbreUEAfrica.pdf].

LANGDAL, F., "Las prioridades de la Presidencia sueca de la UE", ARI 59/2009, [Consulta: 16.3.2012],[www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?...].

LÓPEZ AZCONA, A., "Problemática Jurídica de los Menores Extranjeros No Acompañados", Decimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, ponencia 13 de noviembre de 2007, [Consulta: 19.9.2011], [www.icam.es/docs/ficheros/200607250008_6_16.doc].

"Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales." Universidad Nacional Autónoma de México, [Consulta: 7.10.2012], [www.juridicas.unam.mx].

MACIEJJEWSKI, M., 1/2012, Fichas técnicas sobre la Unión Europea, 2013, [Consulta: 6.5.2013], [www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_4.13.2.pdf].

MAJONE, G. "Is the Community Method Still Viable?", en DEHOUSSE, R. (Ed.) *The Community Method: Obstinate or Obsolete?*, Palgrave Studies in European Union Politics , 2011, ISBN-13: 978-0230580770.

MANGAS MARTÍN, A., "La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad.", Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Fundación Manuel Jiménez Abad, [Consulta: 12.4.2013], [idpbarcelona.ub.edu/.../distribución_competencias_mangas_martin.p...].

Manual sobre la investigación del delito de trata de personas, Guía de Autoaprendizaje, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito, [Consulta: 21.3.2012], [www.unodc.org/documents/human.../AUTO_APRENDIZAJE.pdf].

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, A., "La iniciativa ciudadana europea: profundizando en la democracia", Documento de Trabajo 2/2012, Fundación Ideas, [Consulta: 10.5.2013], [fundacionideas.es/sites/.../pdf/DT_Iniciativa-Ciudadana-Europea-Pol.pdf], ISBN: 978-84-15386-21-6.

MEJÍA MEJÍA, E. "Metodología de la investigación científica", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima: Centro de Producción Editorial e Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, julio de 2005, [Consulta: 11.3.2013], [www.unmsm.edu.pe/educacion/postgrado/descargas/metodología/.pdf], ISBN: 9972-46-285-4.

Memoria de la Fiscalía de Sala Delegada para la Protección y tutela de las Víctimas en el Proceso penal, [Consulta: 17.6.2013], [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol...voll].

MERLO VEGA, J.A., Documentación aplicada a la traducción 2010/2011, Las Fuentes de Información generales, Universidad de Salamanca, [Consulta: 28.4.2013],[212.128.130.23/.../Merlo_101424_Tema3_Teori...-].

MICHEL, L., “La nueva estrategia de la Unión Europea para África”, [Consulta: 17.5.2013],[www.iemed.org/anuaari/2006/earticles/eMichel.pdf].

MIRANDA ESTRAMPES, M., “El populismo penal. Análisis crítico del modelo penal securitario”, Jornadas Juzgados de Pueblo, Pontevedra, 24.11.2006, [Consulta: 27.4.2013],[www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files2012/.../doctrina04pdf].

MOLINA, M.J., España- Marruecos (1996-2002): un modelo de política exterior para el Magreb, Universidad Complutense de Madrid, 2003, ISBN: 84-669-2433-7.

MOLINA, I. y SORROZA, A., “El impacto del Servicio Europeo de Acción Exterior en la diplomacia española”, Real Instituto Elcano, ARI 92/2012,[Consulta:22.4.2013], [www.realinstitutoelcano.org/.../contenido?...diplomacia...].

MORÁN MARTÍNEZ, R.A., Memoria Anual de la Unidad de Cooperación Internacional, Año 2011, Fiscalía General del Estado, [Consulta: 21.3.2013],[www.fiscal.es/.../Satellite?...-].

MORGERA, E., “The Environmental Accountability of Multinational Corporations”, Reading Materials,EUI Summer School in the Human Rights, Florence, 18-29 junio, 2012.

NAGLIK, V., “La propiedad intelectual”, Fichas técnicas sobre la Unión Europea 2013, [Consulta: 6.6.2013],[www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_3.4.5.pdf].

NAPEL, S. & WIDGREN, M., "The Inter-Institutional Distribution of Power in EU Codecision", CESifo WP nº 1347, december 2004,[Consulta: 15.4.2013], [www.cesifo-group.de/.../ifo_applications.switche...].

NIETO MARTIN, A., "Principio de doble incriminación y lista de eurodelitos: la corrupción como ejemplo", Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006,[Consulta: 7.6.2013],[portal.uclm.es/descargas/idp_docs/.../nieto_def.pdf].

PALOMARES LERMA, G., "La Unión Europea en la sociedad internacional", Cuadernos pedagógicos sobre la Unión Europea. La acción exterior de la Unión Europea, Estudios de Política Exterior, Madrid, 2010, [Consulta: 7.6.2013],[ec.europa.eu/spain/pdf/2_accion_exterior_union_europea.pdf], ISBN: 978-84-88025-37-1.

PAPADEMETRIOU, D. & COLLETT, E., "A New Architecture for Border Management", Migration Policy Institute, March, 2011.

PARKIN, J., "The Schengen Information System and the EU Rule of Law", Inex Policy Brief, Nº 13/June 2011,

PAVONI, "Environmental Rights in the Jurisprudence of Regional Human Rights Courts and Bodies: A Comparative Analysis", EUI Summer Course in the Human Rights, Florence, 18-29 junio, 2012.

PESCATORE, P., "Notes on the independence of the Court of Justice of the European Communities", World Conference of the Court, Montreal 6-10 June 1983.

PONZANO, P., HERMANIN C. & CORONA, D. "The Power of Initiative of the European Commission: A Progressive Erosion", *Notre Europe*, (2012).

PORCEDDA, M.G., "Data protection and the prevention of cybercrime: the EU as an area of security?" EUI Working Papers, Law 2012/25.

PRIEGO, A., "El Servicio Europeo de Acción Exterior: ¿ una revolución para el proceso de integración y para la diplomacia?". ARI 95/2011, [Consulta: 6.2.2012],[www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?...].

PUEYO LOSA, J., "El Tribunal de Justicia y el futuro constitucional de la Unión Europea", [Consulta: 18.3.2013],[www.aladi.org/nsfaladi/reunions.nsf/.../Pueyo.doc-].

REDPATH, J., "Biometrics and International Migration", International Organization for Migration, N°5, 2005.

RITLENG, D. "The Independence and Legitimacy of the European Court of Justice", EUI, European Law Course, Florencia, 3-12 de julio de 2012.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, A.I., "La Asociación Estratégica UE-Brasil. Retórica y Pragmatismo en las Relaciones Euro-Brasileñas", (VI), Documento de Trabajo. Serie Unión Europea. N° 36/2010, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Fundación Universitaria San Pablo Ceu, [Consulta: 17.5.2013], [www.idee.ceu.es/Portals/0/.../La-Asociación-Estratégica-UE-Brasil-1.pdf], ISBN: 978-84-92989-35-5.

RODRÍGUEZ, J.M. y SORROZA BLANCO, A., *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y la próxima Presidencia Española de 2010. Parte 2ª: el Programa de Estocolmo - más derechos, más seguridad, más Europa en el mundo*, ARI N° 174/2009, [Consulta: 15.11.2012],[[km2.isn.ethz\(serviceengine/Files/ESDP/145983/ipublicatio--\)](http://km2.isn.ethz(serviceengine/Files/ESDP/145983/ipublicatio--))].

RUBIO GARCÍA, D., "Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad introducidas por el Tratado de Lisboa: el refuerzo de la seguridad y la defensa en la Unión Europea", Documento de Trabajo 57/2011, [Consulta: 14.11.2012],[www.ieee/Galerias/.../RefuerzoSeguridadDefensaUE_OPEX.pdf].

SANAHUJA, J.A., "Regiones en construcción, interregionalismo en revisión. La Unión Europea y el apoyo al regionalismo y la integración latinoamericana", en SANAHUJA et al, ¿Sirve el diálogo político entre la Unión Europea y América Latina?, Fundación Carolina, Documento de Trabajo n°15,[Consulta: 20.4.2013], [www.academia.edu/.../_Sirve_el_dialogo_politico_entre_la_Union_E...],ISSN:1885-866-X.

SÁNCHEZ-COVISAVILLA, J., Ficha de extranjería sobre la Síntesis del sistema de la lucha contra la trata de seres humanos, [Consulta: 13.5.2013],[www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol...].

SCMITT, C., "Constitutional Theory", Traducido por SEITZER, J., Duke University Press, Durham & London, Reading Material, EUI summer course in the European Law, Florencia, 18-29 junio, 2012.

SERRANO POSTIGO, P., "La Unión Europea como unión de ciudadanos", Universidad Nacional de Educación a Distancia, CPA Estudios /WR 5/2003.

SIMÓN NAVARRO, "La Presidencia española y la PESD: es hora de tomarse en serio la capacidad de la Unión para la planificación y la dirección de las operaciones militares", [Consulta: 28.3.2012],[www.realinstitutoelcano.org/WPS/portal/.../contenido?WCM].

SOBRIDO PRIETO, M. "El sistema judicial comunitario y las exigencias de eficacia y uniformidad del derecho comunitario", sobre la Ponencia "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", Primeras Jornadas de Derecho Internacional: "La Unión Europea, presente y futuro". Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, 3-5 de abril de 2002, [Consulta: 8.4.2012],[ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2194/1/AD-6-38.pdf].

SOLER i LECHA, E., "Proceso de Barcelona: Unión por el Mediterráneo. Génesis y evolución del proyecto de Unión por el Mediterráneo", Documento de Trabajo 28/2008 del Observatorio de Política Exterior Española, junio de 2008, ISBN: 978-84-87072-71-0.

STRATULAT, C. & MOLINO, E., "Implementing Lisbon: what's new in comitology?", European Policy Centre, Policy Brief, April 2011,[Consulta: 15.4.2013],[www.epc.eu/.../pub_1258_implementing_lisbon...].

SZAPIRO, M. "The Framework for European Regulatory Agencies: a balance between accountability and autonomy", Third ECPR 2005 Conference (Budapest, 8-11 September 2005) Panel 4 " European Regulatory Agencies: A new model of governance?",[Consulta: 4.3.2012], [www.regulation.uppf.edu/ecpr-05-papers/mszapiro.pdf].

TIMMERMANS, C.W.A. "Free movement of Persons and the Division of Powers between the Community and its Member States", en *Free Movement of Persons in Europe*, Asser Institute Colloquium on European Law, Session XXI, 1991.

TORRES KUMBRIAN, R.D., "La estrategia política de integración de la minoría gitana en la Unión Europea", [Consulta: 18.3.2012], [www.disacnetsolutions.net/cdd/congreso/docs/rde.pdf].

VAN GESTEL, R., MICKLITZ, H-W & POIARES MADURO, Methodology in the New Legal World, EUI Working Paper Law 2012/13, [cadmus.eui.eu/handle/1814/Browne?value=cybercrime&type... 1.4.2013], ISSN: 1725-6739.

VERVAELE, J.A.E., "De Eurojust a la Fiscalía Europea en el Espacio Judicial Europeo. ¿El inicio de derecho procesal penal europeo?", págs.133-171, [Consulta: 3.3.2012],[www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/.../Eurojust%20%doc_1.0.0.pdf].

VERVAELE, J., "El principio de non bis in idem en Europa", Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, [Consulta: 3.3.2012],[portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/vervaele_def.pdf].

VILLAR EZCURRA, M., "Exigencias del derecho comunitario a la metodología del derecho financiero y tributario", Universidad San Pablo-CEU, Crónica Tributaria Nº100 (2001), págs. 23-47,[www.ief.es/contadorDocumentos.aspx?...],[Consulta: 9.3.2013],ISSN 0210-2919.

VILLASEÑOR RODRÍGUEZ, I., "Metodología para la elaboración de guías de fuentes de información", Investigación bibliotecológica, Portal de revistas científicas y arbitradas de la UNAM, Vol. 22, núm. 46, septiembre/diciembre 2008, págs. 113-138,[Consulta: 25.3.2013],[www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0187...-],[Consulta: 25.3.2013], ISSN:0187-358X.

VOS, E., "Independence, accountability and transparency of European Regulatory agencies", Florencia, EUI Summer Course in the European Law, Florencia, 2-13 Julio, 2012.

URREA CORRES, M., "La cooperación reforzada en la Unión Europea: concepto, naturaleza y régimen jurídico". Tesis Doctoral. Universidad de La Rioja (2002).

WASSERFALLEN, F., "The Judiciary as Legislator? How the European Court of Justice shapes Policy-Making in the European Union", Annual Meeting of the Swiss Political Science Association, St. Gallen, January 8-9, 2009, [Consulta: 23.5.2013], [www.assh.ch/dms/svpw/.../StGall09_Wasserfallen.pd...].

WEILER, J.H.H., "Dialogic Epilogue", en DE BURCA, G. & WEILER, J.H.H. (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism* (2011) Florencia, EUI Summer course in the European Law, Florencia, 2-13 Julio, 2012

JURISPRUDENCIA

- .- STJUE de 4 de febrero de 1959, *Stork*, C-1/58, Rec. 1959, 43
- .- STJUE de 15 de julio de 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, 36 a 40/59, Rec.1960, 857
- .- STJUE de febrero de 1963, *Van Gen & Loos*, C-26/62
- .- STJUE de 1 de enero de 1965, *Sgarlata*, C-40/64, Rec. 1965, pp.27
- .- STJUE de 11 de julio de 1969, *Stauder*, C-9/69, Rec.p.419)
- .- STJUE de 11 de julio de 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, C- 11/70, Rec. p. 1125)
- .- STJUE de 11 de julio de 1974, *Internationale Handelgesellschaft*, C-11/70, Rec.p.1125
- .- STJUE de 21 de marzo de 1972, *Sail* 82/71, Rec. p.119
- .- STJUE de 11 de julio de 1974, C-4/73, Rec. p.491
- .- STJUE de 11 de julio de 1974, *Nold*, 4/73, Rec. p. 491
- .- STJUE de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, 64/74, Rec. 1975, 297
- .- STJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, C-36/75, Rec. 1975, 1219
- .- STJUE de 14 de julio de 1977, *Sagulo e.a.*, C-8/77, Rec. 1977, 1945
- .- STJUE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, C-106/77, Rec. 1978, 629
- .- STJUE de 13 de junio de 1978, *Meroni/Alta Autoridad* (9/56,Rec.123)
- .-STJUE de 29 de noviembre de 1978, *Pigs Marketing Board*, 83/78, Rec. p.2347

- .- STJUE de 5 de marzo de 1980, *Pecastaing*, C-98/79, Rec. 1980, 691
- .- STJUE de 11 de noviembre de 1981, *Casati*, C-203/80, Rec. P. 2595
- .- STJUE de 18 de mayo de 1982, *Adouiet Cornuaille*, C-115 y 116/81, Rec. 1982, 1665
- .- STJUE de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, C-283/81, Rec. 1982, 3415
- .- STJUE de 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò*, C-14/86, Rec. 1987, 2545
- .- STJUE de 30 de septiembre de 1987, *Demirel c. Municipio de Schwäbisch Gmund*, C-12/86, Rec. p 3719,
- .- STJUE de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost/Hauptzollamt*, C-314/85
- .- STJUE de 27 de septiembre de 1988, *República Helénica c. Consejo*, C-204/86, C-204/86, Rec. p. 5323
- .- STJUE de 11 de junio de 1991, *Comisión/Consejo*, C-300/89
- .- STJUE de 18 de junio de 1991, *ERT/DEP*, C-260/89
- .- STJUE de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, Rec. p. I-4961
- .- STJUE de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala/Freistaat Bayern*, C-85/96
- .- STJUE de 12 de mayo de 1998, *Comisión/Consejo*, C-170/96
- .- STJUE de 16 de junio de 1998, *Lemmens*, C-226/97, Rec. P. I-3711
- .- STJUE de 24 de noviembre de 1998, *Bickel y Franz*, C-274/96
- .- STJUE de 21 de marzo de 2000, *Galbafrija y otros, A. acumulados C-110/98 a C-147/98*, Rec.p.I-1577
- .-STJUE de 5 de octubre de 2000, *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-376/98

- .- STJUE de 9 de noviembre de 2000, *Yiadam*, C-357/98
- .- STJUE de 23 de noviembre de 2000, *Elsen*, C-135/99
- .- STJUE de 20 de febrero de 2001, *Kaur*, C-192/99
- .- STJUE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99
- .- STJUE de 20 de noviembre de 2001, *Jany e.a.*, C-268/99
- .- STJUE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, C-60/00, Rec. 2002, p. I-06279
- .- STJUE de 11 de julio de 2002, *D'Hoop*, C-224/98
- .- STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R*, C-413/99
- .- STJUE de 19 de septiembre de 2002, *Huber*, C-336/00
- .- STJUE de 5 de noviembre de 2002, *Comis/Dinamarca ("cielo abierto")*, C-467/98, Rec. p. I 9519
- .- STJUE de 11 de febrero de 2003, *Gözütok y Brugge*, C-187/2001 y C-385/2001
- .- STJUE de 2 de octubre de 2003, *Garcia Avello*, C-148/02
- .- STJUE de 23 de marzo de 2004, *Collins*, C-138/02
- .- STJUE de 29 de abril de 2004, *Pusa*, C-224/02
- .- STJUE de 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, C-456/02
- .- STJUE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02
- .- STJUE de 10 de marzo de 2005, *Miraglia*, C-469/2003
- .- STJUE de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, C-209/03
- .- STJUE de 15 de marzo de 2005, Reino de España/Eurojust, C-160/03
- .- STJUE de 2 de junio de 2005, *Comis/Luxembourg*, C-266/03 Rec. p. I-4805

- .- STJUE de 16 de junio de 200, *Maria Pupino*, C-105/03
- .- STJUE de 12 de julio de 2005, *Schempp*, C-403/03
- .- STJUE de 14 de julio de 2005, *Comis/Alemania*, C-433/03, Rec. p. I-6985
- .- STJUE de 13 de septiembre de 2005, *Comision vs Consejo*, C-176/03
- .- STJUE de 15 de septiembre de 2005, *Ioannidis*, C-258/04
- .- TJUE de 7 de febrero de 2006, *Avis 1/3*, Rec. P. I-1145
- .- STJUE de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroeck*, C-436/2004
- .- STJUE de 23 de marzo de 2006, *Comisión/Bélgica*, C-408/03
- .- STJUE de 27 de abril de 2006, *Familiensache: Standesamt Stadt Niebüll*, C-96/04
- .- STJUE de 30 de mayo de 2006, *Parlamento/Consejo*, C-317/04 y C-318/04
- .- STJUE de 30 de mayo de 2006, *Comisión/Irlanda*, C-459/03
- .- STJUE de 18 de julio de 2006, *De Cuyper*, C-406/04
- .- STJUE de 28 de septiembre de 2006, *Gasparini*, C-467/2004
- .- STJUE de 28 de septiembre de 2006, *Van Straaten*, C-150/2005
- .- STJUE de 26 de octubre de 2006, *Tas-Hagen y Tas*, C-192/05
- .- STJUE de 9 de noviembre de 2006, *Turpeinen*, C-520/04
- .- STJUE de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, Rec. p I-2271
- .- STJUE de 28 de junio de 2007, *Dell'Orto*, C-467/05, Rec. p. I-5557.
- .- STJUE de 18 de julio de 2007, *Kretzingen*, C-288/2005
- .- STJUE de 11 de septiembre de 2007, *Schwarz y Gootjes-Schwarz*, C-76-05

- .- STJUE de 11 de septiembre de 2007, *Comisión/Alemania*, C-318/05
- .- STJUE de 23 de octubre de 2007, *Comisión/Consejo*, C-440/05, Rec. P. I-9097
- .- STJUE de 7 de junio de 2007, *Comisión/Países Bajos*, C-50/06
- .- STJUE de 28 de junio de 2007, *Dell'Orto*, C-467/05
- .- STJUE de 23 de octubre de 2007, *Morgan*, C-11y C-12/06
- .- STJUE de 31 de enero de 2008, *Centro Europa 7*, C-380/05
- .- STJUE de 10 de abril de 2008, *Comisión/Países Bajos*, C-398/06
- .- STJUE de 17 de enero de 2008, *Comisión/Alemania*, C-152/05
- .-STJUE de 22 de mayo de 2008, *Nerkowska*, C-499/06
- .- STJUE de 10 de julio de 2008, *Jipa*, C-33/07
- .- STJUE de 25 de julio de 2008, *Metock*, C-127/08
- .- STJUE de 3 de septiembre de 2008, *Kadiy Al Barakaat*, C-402/05 y C-415/05, Rec. p. I-635
- .- STJUE de 9 de octubre de 2008, *Katz*, C-404/07
- .- STJUE de 18 de noviembre de 2008, *Förster*, C-158/07
- .- STJUE de 11 de diciembre de 2008, *Bourquain*, C-297/2007
- .- STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Huber/ Bundesrepublik Deutschland* C-524/06
- .- STJUE de 10 de febrero de 2009, *Irlanda/Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea*, C-301/06
- .- STJUE de 11 de junio de 2009, *Transports Schiocchet*, C-335/08
- .- STJUE de 1 de octubre de 2009, *Gottwald/Bezirshauptmannschaft Bregenz*, C-103-08

- .- STJUE de 23 de febrero de 2010, *Ibrahim y Secretary of State for the Home Department*, C-310/08
- .- STJUE de 23 de febrero de 2010, *Teixeira*, C-480/08
- .- STJUE de 2 de marzo de 2010, *Rottmann*, C-135/08
- .- STJUE de 20 de abril de 2010, *Comisión /Reino de Suecia*, C-246/07
- .- STJUE de 7 de octubre de 2010, *Lassal*, C-162/09
- .- STJUE de 16 de noviembre de 2010, *Mantello*, C-261/09
- .- STJUE de 23 de noviembre de 2010, *Tsakouridis*, C-145/09
- .-STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09
- .- STJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09
- .- STJUE de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, C-434/09
- .-STJUE de 12 de mayo de 2011, *Runevic-Vardyny Wardyn*, C-391/09
- .- STJUE de 21 de julio de 2011, *Dias*, C-325/09
- .- STJUE de 15 de septiembre de 2011, *Gueye y Salmerón Sánchez*, C-483/09 y C-1/10
- .- STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y otros*, C-411/10 y C-493/10
- .- STJUE de 21 de diciembre de 2011, *Ziolkowski y Szeja*, C-424 y 425/10
- .- STJUE de 13 de marzo de 2012, *Melli/Consejo*, C-380/09P
- .- STJUE de 29 de marzo de 2012, *Kahveciy Inan*, C-7/10 y C-9/10
- .-STJUE de 29 de marzo de 2012, *SAG ELV Slovensko y otros*, C-599/10
- .- STJUE de 12 de julio de 2012, *Giovanardi*, C-79-11

- .- STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Rahman*, C-83/11
- .- STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Czop y Punakova*, C-147/11 y 148/11
- .- STJUE de 4 de octubre de 2012, *Comisión/Austria*, C-75/11
- .- STJUE de 16 de octubre de 2012, *Hungría/Rep. Eslovaca*, C-364/10
- .- STJUE de 29 de enero de 2013, *Curtea de Apel Constanta / Radu*, C-396/11
- .- STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11
- .-STJUE de 25 de abril de 2013, *Jyse Bank Gibraltar Ltd*, C-212/11
- .- STJUE de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland y Seitinger y otros*, C-293/12 y C-594/12
- .- STJUE de 27 de mayo de 2014, *Zoran Spasic*, C-129/14

