

ESTUDIOS

LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA

ÁNGELA MATÍA SACRISTÁN

*Consejera Técnica de la Subdirección General de Política Legislativa.
Ministerio de Justicia.*

SUMARIO: 1. Orígenes y evolución de la cooperación judicial penal en la Unión Europea.–2. Los actos normativos de la cooperación judicial penal en la Unión Europea. 2.1. Introducción. 2.2. Los tratados como instrumentos clásicos de cooperación. 2.2.1. Los primeros convenios adoptados en materia de cooperación penal en el proceso de construcción europea. 2.2.2. El espacio Schengen: el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen. 2.2.3. Los convenios en el marco del Tercer Pilar. 2.3. Los instrumentos jurídicos creados por el Tratado de Maastricht: Las acciones comunes y las posiciones comunes. 2.3.1. Las acciones comunes. 2.3.2. Las posiciones comunes. 2.4. Los instrumentos jurídicos creados por el Tratado de Amsterdam: Las decisiones y las decisiones marco. 2.4.1. Las decisiones. 2.4.2. Las decisiones marco. 2.5. Referencia a las decisiones del Comité ejecutivo en el espacio Schengen.–3. La elección del instrumento a decuado: La eficacia de los instrumentos de la cooperación judicial penal.–4. Carencias y deficiencias del Tercer Pilar. 4.1 Deficiencias en el procedimiento de elaboración de los actos jurídicos del Tercer Pilar. 4.2 Deficiencias en el proceso de aplicación de los actos jurídicos del Tercer Pilar. 4.3. Problemas derivados de la articulación del sistema de pilares.–5. La evolución jurisprudencial y el acercamiento entre los instrumentos del Primer y el Tercer Pilar.–6. Perspectivas de futuro: La comunitarización del Tercer Pilar.–7. ¿Hacia una comunitarización total? El espejo donde mirarse: La cooperación judicial civil.– 8. Conclusiones.

1. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La cooperación penal en Europa tiene sus orígenes en la labor iniciada por el Consejo de Europa a finales de los años cincuenta del pasado siglo. Desde entonces, esta Organización Internacional ha adoptado un total de veintidós Conve-

nios¹, con sus correspondientes Protocolos, en materia de cooperación penal. Dentro de este elenco, cabe destacar los primeros Convenios todavía hoy vigentes, como el Convenio Europeo de Extradición² y el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal³, por constituir la base del posterior desarrollo de la cooperación penal en la Unión Europea. Entre los Convenios más recientes pueden citarse algunos convenios sectoriales como los adoptados en el marco de la prevención y la lucha contra el terrorismo⁴ y contra el tráfico de seres humanos⁵.

Sin embargo, frente al interés que desde un principio mostró el Consejo de Europa en la promoción de la cooperación europea en materia penal, la Comunidad Europea, volcada plenamente en la construcción de una unión económica, permaneció al margen de la misma hasta mediados de los años setenta. De hecho, los Tratados constitutivos ni siquiera contemplaron la cooperación judicial penal entre las políticas comunitarias, respetando plenamente la soberanía de sus Estados miembros en este ámbito⁶ por considerar que el derecho penal y procesal penal era una cuestión de interés estrictamente nacional, y vinculada con los principios y las convicciones más profundos de cada sistema jurídico.

La progresiva eliminación de los controles fronterizos entre los Estados miembros, con objeto de facilitar la libre circulación de los ciudadanos europeos, facilitó la capacidad de la delincuencia para operar a nivel transnacional. Ante la consiguiente globalización del crimen, los Estados europeos se vieron incapaces de hacerle frente y de garantizar la seguridad de sus ciudadanos dentro de sus propias fronteras a través de sus respectivos y aislados sistemas penales de carácter nacional. Fue así como a partir de mediados de los años setenta surgió la necesidad de articular un sistema de cooperación judicial penal entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas, como única forma posible de hacer frente al crimen internacional⁷, lo que se tradujo en los primeros tímidos pasos hacia la configuración de una política comunitaria en materia de cooperación penal⁸.

Nace entonces la conocida como Cooperación Política Europea (CPE), un marco de cooperación intergubernamental en materia de política exterior, limitada a una relación de información y consulta entre los Estados miembros, que debían tomar en consideración los puntos de vista del Parlamento Europeo, y tratar de alcanzar postu-

¹ <http://conventions.coe.int/>

² Abierto a la firma en París el 13 de diciembre de 1957. En vigor desde el 18 de abril de 1960. Firmado y ratificado por España [Instrumento de ratificación de 21 de abril de 1982 («BOE» núm. 136 de 8 de junio de 1982)].

³ Abierto a la firma en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. En vigor desde el 12 de junio de 1962. Firmado y ratificado por España [Instrumento de ratificación de 14 de julio de 1982 («BOE» núm. 223 de 17 de septiembre de 1982)].

⁴ Abierto a la firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005. En vigor desde el 1 de junio de 2007. Firmado y ratificado por España [Instrumento de ratificación de 27 de febrero de 2009].

⁵ Abierto a la firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005. En vigor desde el 1 de febrero de 2008. Firmado y ratificado por España [Instrumento de ratificación de 2 de abril de 2009].

⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., «En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo», *Revista Española de derecho Europeo*, núm. 23, julio-septiembre 2007, p.375.

⁷ A demás de a través de una política exterior destinada a luchar junto a terceros Estados contra la delincuencia, pues dado que la globalización de la criminalidad tiene consecuencias más allá del ámbito europeo, resulta necesario también articular mecanismos a nivel internacional.

⁸ Especial relevancia en esta evolución tienen la Cumbre celebrada en La Haya en 1969 y el Plan Harmel, en el que la cooperación política emerge como «una acción conjunta a través de la coordinación de las políticas nacionales». Una mención especial merecen también los posteriores Informes de Luxemburgo (1970), de Copenhague (1973) y de Londres (1981), así como la declaración solemne sobre la Unión Europea (1983), en los que se fue profundizando en la idea de la cooperación política europea.

ras comunes para defenderlas en el seno de las organizaciones internacionales. Un nuevo ámbito de cooperación que pronto se fue desgajando en dos áreas diferenciadas de actuación, la política exterior por un lado, y la cooperación en asuntos de justicia e interior por el otro⁹. En este último espacio, nacería poco después el llamado «Grupo de Trevi»¹⁰, formado por los representantes de los Ministerios de Justicia e Interior de los Estados miembros y al que asistía, como invitada, la Comisión Europea. Este grupo se reunía periódicamente para tratar asuntos de interés general en el ámbito de sus competencias, y especialmente en materia de orden público¹¹.

Tras este primer periodo de desarrollo informal de la Cooperación Política Europea, articulada como una práctica interestatal enunciada en textos de carácter meramente político¹², la adopción del Acta Única Europea¹³ supuso su institucionalización, aunque conservando su carácter intergubernamental y ajeno a las competencias comunitarias¹⁴. No obstante, el Acta Única Europea, en su título III, hacía referencia en exclusiva a la cooperación en materia de política exterior, sin que existiera todavía un planteamiento claro y ordenado de la cooperación en asuntos de justicia e interior¹⁵. Únicamente en las declaraciones anejas al Tratado, los Estados abrían la puerta a una cooperación en este ámbito. De este modo, la declaración general sobre los artículos 13 a 19, relativos al mercado interior, establecía que ninguna de esas disposiciones afectaría al derecho de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias en materia de control de la inmigración, lucha contra el terrorismo, criminalidad, tráfico de drogas y tráfico de obras de arte y antigüedades¹⁶.

A partir de aquí, comenzaron a darse los primeros pasos en la cooperación judicial penal en el marco de la integración europea, a través de la aprobación de una serie de convenios. La mayor parte de ellos eran precisamente adaptaciones a los Estados miembros de los convenios ya existentes en el ámbito del Consejo de Europa, con el objeto de facilitar su aplicación y simplificar su régimen jurídico.

Paralelamente, un grupo de Estados miembros de las Comunidades Europeas decidió dar un paso más hacia la creación de un auténtico espacio sin fronteras interiores, con el fin de lograr la consecución de la libre circulación de personas. De este modo se inició un nuevo marco de cooperación a través de la firma del Acuerdo de Schengen 17, el 14 de junio de 1985, completado cinco años después por el Convenio de Aplicación del Acuer-

⁹ LIÑÁN NOGUERAS, D. J., en Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D. J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 5.ª edición, Madrid, Tecnos, 2006, p. 719.

¹⁰ El «Grupo de Trevi» fue creado en el Consejo Europeo celebrado en Roma los días 1 y 2 de diciembre de 1975 a iniciativa del Primer Ministro británico, para luchar contra el terrorismo y coordinar la cooperación policial de toda la Comunidad en este terreno.

¹¹ LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, nota 9, p. 719.

¹² LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «Cooperación política y Acta Única Europea», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 15, núm. 1, 1988, p. 46.

¹³ Firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros y el 28 de febrero del mismo año por otros tres. Entró en vigor el 1 de julio de 1987 (DO núm. L 169 de 29 de junio de 1987). Ratificada por España [Instrumento de ratificación de 9 de diciembre de 1986 («BOE» núm. 158 de 3 de julio de 1987)].

¹⁴ título III (Artículo 30) del Acta Única Europea.

¹⁵ VILARIÑO PINTOS, E., «La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 21, núm. 1, 1994, p. 64.

¹⁶ declaración general que se completa con una declaración política de los Gobiernos de los Estados miembros, en la que se establece que los Estados cooperarán, con objeto de promover la libre circulación de personas y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países, a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüeda des.

¹⁷ Entró en vigor el 2 de marzo de 1986, aunque se aplicaba provisionalmente desde el 15 de junio de 1985.

do de Schengen de 19 de junio de 1990 (CAAS)¹⁸. Se iniciaba así una nueva forma de cooperación, ajena a las Comunidades Europeas, pero participada por parte de sus Estados miembros, que creó su propio aparato institucional y un sistema decisorio particular, dando lugar a la producción de una serie de decisiones en materia de libre circulación de personas y de cooperación en asuntos de justicia e interior, que han resultado determinantes para el desarrollo posterior de esa cooperación en el marco de la Unión Europea.

Con la adopción del Tratado de Maastricht¹⁹ y la creación de la Unión Europea se introdujeron los llamados pilares intergubernamentales, dos nuevos ámbitos de cooperación en materia de política exterior (PESC) y en asuntos de justicia e interior (CAJAI). Estas nuevas formas de cooperación, sometidas al principio de unidad institucional, conservaban sin embargo su carácter intergubernamental y un régimen jurídico particular, si bien se abría una vía de tránsito hacia el ámbito comunitario (a excepción de la cooperación policial y judicial penal, sin posibilidad de comunitarización). Pero a pesar del avance que supuso incorporar los asuntos de justicia e interior a la construcción europea, su desarrollo obtuvo escasos resultados, lo que reabrió el debate sobre la necesidad de potenciar la cooperación en estos ámbitos y la búsqueda de nuevas fórmulas para lograrlo.

Como consecuencia de este debate, cinco años más tarde la adopción del Tratado de Amsterdam²⁰ supuso el paso definitivo para situar tanto las materias relacionadas con la libre circulación de personas, como las relativas a la cooperación policial y judicial penal, entre los objetivos primordiales de la Unión Europea, bajo la articulación del llamado «Espacio de libertad, seguridad y justicia»²¹. A demás, se produjo la comunitarización de las materias relacionadas con la libre circulación [que pasan a regularse en el título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)] y se re definió el Tercer Pilar, que a partir de entonces quedó reducido a la cooperación policial y judicial penal [regulado en el título VI del Tratado de la Unión Europea (TUE)]. Pero sobre todo, Amsterdam significó dotar a la cooperación policial y judicial penal de una naturaleza híbrida entre lo intergubernamental y lo comunitario. De este modo, aunque continuaban rigiendo reglas puramente intergubernamentales como el protagonismo del Consejo, la unanimidad como sistema básico de toma de decisiones²² o la carencia de efecto directo de muchas de las disposiciones adoptadas, la nueva regulación incorporaba algunos rasgos que permitían hablar de una cierta evolución hacia lo comunitario. Así por ejemplo, la mayor implicación de la Comisión²³ o del Parlamento Europeo²⁴, la incorporación de un control, aunque limitado, del

¹⁸ Entró en vigor en parte el 1 de marzo de 1994 (disposiciones relativas al Comité ejecutivo) y en el resto el 26 de marzo de 1995.

¹⁹ Firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993 (DO núm. C 191 de 29 de julio de 1992). Ratificado por España [Instrumento de ratificación de 29 de diciembre de 1992 («BOE» núm. 11 de 13 de enero de 1994)].

²⁰ Firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999 (DO núm. C 340 de 10 de noviembre de 1997). Ratificado por España [Instrumento de ratificación de 27 de abril de 1999 («BOE» núm. 109 de 7 de mayo de 1999)].

²¹ El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece como objetivo 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 personas conjuntamente con medidas a decuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia».

²² El artículo 34.2 del TUE atribuye al Consejo la función de adoptar, por unanimidad, cada uno de los actos que integran el Tercer Pilar.

²³ El artículo 34.2 del TUE reconoce la capacidad de iniciativa de la Comisión, aunque compartida con la de los Estados miembros.

²⁴ El artículo 39 del TUE establece la obligación de consulta al Parlamento Europeo antes de adoptar cualquier acto en el ámbito de la cooperación judicial penal, exceptuando las posiciones comunes, para las que no se requiere su intervención.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁵, o la introducción de nuevos instrumentos jurídicos más semejantes a los del Primer Pilar²⁶. Un conjunto de reformas que fueron percibidas como un paso más en el proceso hacia la integración de esta peculiar forma de cooperación en el ámbito comunitario, y que culminaban con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que integraba tanto el ámbito de cooperación comunitario como el todavía intergubernamental propio de la cooperación policial y judicial penal.

A partir de entonces, el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia se vio consolidado, tras la adopción del Tratado de Amsterdam, a través de la celebración de los Consejos Europeos de Viena²⁷ y Tampere²⁸, donde quedaron sentadas las bases principales de la cooperación judicial penal en la Unión Europea. Por un lado, la cooperación entre los sistemas de justicia penal de los Estados miembros a través del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, y por otro, la armonización o aproximación de legislaciones penales y procesales penales. Por último, se pusieron en marcha una serie de instrumentos de coordinación en materia penal, que permitieron conectar las distintas jurisdicciones existentes en todo el territorio de la Unión Europea: el sistema de cooperación a través de magistrados de enlace²⁹, la Red Judicial Europea³⁰, y Eurojust³¹.

²⁵ El artículo 35 del TUE introduce tres vías de control del Tribunal de Justicia en el ámbito del Tercer Pilar: un procedimiento prejudicial voluntario y restringido, un recurso de anulación limitado (con una legitimación activa reducida y restringido a ciertos tipos de actos) y un procedimiento de arreglo de controversias surgidas en la aplicación del título VI del TUE, entre los Estados miembros o entre éstos y la Comisión.

²⁶ El artículo 34.2 b) del TUE introduce un nuevo instrumento normativo en el Tercer Pilar: las decisiones marco, que al igual que las directivas obligan en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales las elecciones de la forma y de los medios.

²⁷ Celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 1998, dio lugar, entre otras cosas, a la aprobación del conocido como «Plan de Acción de Viena», el plan de Acción del Consejo y la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (DO C 19 de 23 de enero de 1999), que incluye medidas en relación con la cooperación judicial en materia penal. (http://www.europarl.europa.eu/summits/wie1_es.htm).

²⁸ Celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, las Conclusiones de la Presidencia suponen la consagración definitiva del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como piedra angular del sistema de cooperación judicial entre los Estados miembros (conclusiones 33-37). (http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm). Para más información ver: VALLE GARAGORRI, R., «La cumbre europea extraordinaria de Tampere», en El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 2000, pp.147-154 y CAR DENAL FERNÁNDEZ, J., «Las conclusiones de Tampere y perspectivas de Santander 2000», Revista del Ministerio Fiscal núm. 9, 2001, pp. 41-48.

²⁹ Figura de cooperación bilateral encuadrada en un marco de intercambio de esos magistrados o funcionarios expertos en cooperación judicial entre los Estados miembros, con la función de entablar contactos directos con las autoridades del Estado de acogida y de impulsar las relaciones de cooperación entre ambos Estados. Fue creada mediante la Acción común 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996 (DO L 105 de 27.04.1996).

³⁰ Estructura de puntos de contacto en la que participan voluntariamente jueces con conocimiento de otra lengua oficial de la Unión Europea y expertos en comisiones rogatorias, con el compromiso de ayudar a los jueces de otros Estados miembros. La Red Judicial Europea se creó a través de la Acción común 98/428/JAI de 29 de junio de 1998 (DO L 191 de 7 de julio de 1998) y actualmente se encuentra regulada en la decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la Red judicial Europea (DO L 348 de 24 de diciembre de 2008).

³¹ Organización constituida por un representante de cada Estado miembro, experto en su sistema judicial, encargada de coordinar las investigaciones y actuaciones judiciales que afecten a dos o más Estados miembros, a solicitud de la autoridad competente. Su ámbito de actuación queda restringido a los delitos graves cometidos por organizaciones criminales de carácter transnacional. Tras su regulación en el Tratado de Niza, fue creada mediante decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002 (DO L 63 de 6 de marzo de 2002), modificada por la decisión 2003/659/JAI del Consejo, de 18 de junio de 2003 (DO L 245 de 29 de septiembre de 2003). Actualmente está pendiente de aprobación una iniciativa con vistas a la adopción de una decisión del Consejo para reforzar Eurojust y reformar su actual regulación (DO C 54 de 27 de febrero de 2008, pp.4-13). El Consejo de Ministros celebrado en Bruselas los días 24 y 25 de julio del pasado año, definió una orientación general sobre el proyecto de

Con posterioridad, estas bases se han ido concretando a través de la elaboración de Programas y Planes de acción relacionados con el espacio de libertad, seguridad y justicia, que han seguido profundizando en sus ejes principales en materia de cooperación judicial penal: El principio de reconocimiento mutuo y la aproximación de legislaciones.

Actualmente se encuentra en vigor el «Programa de La Haya»³², programa plurianual para los años 2005 a 2010, aprobado en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, y concretado en el Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de la Haya³³. A través de ellos se insiste en la puesta en práctica del principio de reconocimiento mutuo en materia penal, en la aproximación de legislaciones en materia procesal y penal, y en la mejora de la eficacia de Eurojust, en cooperación con Europol.

Próximamente, durante el segundo semestre de este año 2009, se aprobará el nuevo programa plurianual bautizado ya como «Programa de Estocolmo», que tendrá que definir las prioridades en asuntos de justicia e interior para los próximos cinco años. Una empresa que en lo que se refiere a la cooperación policial y judicial penal resulta todavía más compleja que en años anteriores ante la incertidumbre sobre la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que alteraría la base jurídica para la adopción de actos normativos en estos ámbitos.

2. LOS ACTOS NORMATIVOS DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1 INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes de la cooperación judicial penal en Europa hasta nuestros días, han sido varios los instrumentos jurídicos de los que se han servido las instituciones comunitarias para la construcción de un marco coherente de actuación contra la criminalidad internacional. Dentro de ese conjunto convive el instrumento más clásico de la cooperación en cualquier ámbito de actuación, el tratado, con una serie de instrumentos peculiares y exclusivos de la cooperación policial y judicial en materia penal en la Unión Europea.

La aparición de estos nuevos instrumentos jurídicos ha venido marcada por la evolución que se ha producido en la forma de entender la cooperación penal en el ámbito de la Unión Europea. Una evolución que obedece a la necesidad de potenciar

decisión relativa al refuerzo de Eurojust, de acuerdo con la cual el objetivo de la reforma consiste en reforzar Eurojust mediante las siguientes evoluciones: crear una base mínima común de poderes para los miembros nacionales, crear un mecanismo de coordinación de emergencia, mejorar la transmisión de información a Eurojust, mejorar la base nacional de Eurojust, y reforzar la cooperación judicial con los terceros países permitiendo a Eurojust enviar magistrados de enlace a estos países.

³² DO C 53 de 3 de marzo de 2005, pp. 1-14. Para más información, ver: ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «El programa de La Haya: un nuevo programa en el área de libertad, seguridad y justicia», *Diario La Ley*, núm. 6641, año XXVIII, 31 de enero de 2007, Ref. ° D-27.

³³ DO C 198 de 12 de agosto de 2005, pp. 1-22.

la cooperación judicial entre los Estados miembros, ante la transnacionalización de la delincuencia, consecuencia de la globalización de los mercados³⁴.

De este modo, se ha logrado avanzar desde la asistencia judicial tradicional, asentada sobre el principio de petición de un Estado soberano a otro Estado soberano con poder autónomo de decisión, hasta una cooperación más dinámica, basada en el principio de confianza y en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

Sin embargo, este proceso no ha sido fácil dadas las reticencias de los Estados miembros a la hora de ceder competencias en un ámbito tan sensible como es el del derecho penal, núcleo principal de la soberanía del Estado. Ello ha supuesto que las necesidades generadas por la eliminación de las fronteras interiores apenas hayan sido cubiertas a través de unos nuevos instrumentos normativos, a menudo de perfiles difusos, que no llegan a poseer la fuerza jurídica de los actos normativos tradicionales de las instituciones comunitarias. Así, junto a los tratados, el TUE contempla una serie de actos, cuyos procesos de adopción resultan claramente intergubernamentales y en los que su aplicación se produce bajo una tutela judicial muy limitada. A continuación se expondrán los rasgos básicos de cada uno de ellos y la importancia que han tenido en el desarrollo de la cooperación judicial penal en el marco de la Unión Europea.

2.2 LOSTRATADOS COMO INSTRUMENTOS CLÁSICOS DE COOPERACIÓN

El tratado constituye el instrumento clásico de la cooperación, reflejo de la concepción más tradicional de la misma, en virtud de la cual dos o más sujetos de derecho internacional convienen por escrito una serie de disposiciones, de las que se derivan un conjunto de derechos y obligaciones que las partes se comprometen a obedecer. Se trata de la forma más antigua de relación desde que existen comunidades políticas dispuestas a relacionarse ordenadamente y a cooperar allí donde comparten unos intereses comunes³⁵.

El tratado ha sido definido como aquel acuerdo celebrado por escrito entre dos o más sujetos de derecho internacional, destinado a producir efectos jurídicos entre las partes según las normas del derecho internacional³⁶. No obstante, la práctica internacional pone de manifiesto que sólo una pequeña parte de los acuerdos celebrados por escrito entre sujetos de derecho Internacional y sometidos al derecho Internacional reciben el nombre de tratados³⁷. De hecho, en el marco de la cooperación judicial penal la denominación más comúnmente utilizada en relación con estos instrumentos ha sido generalmente la de convenio o convención. En cualquier caso, la utilización de una u otra terminología para su denominación (tratado, convenio, acuerdo, convención...) se considera irrelevante a efectos del derecho internacional. Así lo ha reconocido la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados en su artículo 2.1 a), y lo ha confirmado la Corte Internacional de Justicia, al reconocer que la existencia

³⁴ Sobre este tema puede verse con más detalle: VIDAL FERNÁN DEZ, B., « de la asistencia judicial penal en Europa a un Espacio Común de Justicia Europeo », en Arangüena Fanego, Coral (coord.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, Lex Nova, 2005, pp. 23-69.

³⁵ REMIRO BROTONS, A.; RIQUELME CORTADO, R.; DíEZ-HOCHLEITNER, J.; ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBAN, L., *derecho Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p.313.

³⁶ Ibi dem, p.318.

³⁷ REMIRO BROTONS, A., *derecho Internacional Público. II. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, p.36.

de un acuerdo internacional dependen esencialmente de la naturaleza del acto y no de la forma que se le da³⁸.

En el marco de la Unión Europea, más allá del derecho originario, se han adoptado muy distintos tipos de textos de naturaleza convencional. Actualmente conviven diferentes fórmulas convencionales que integran el derecho comunitario o que sin formar parte de él, lo complementan, hasta el punto de que forman parte del acervo al que habrán de adherirse los nuevos Estados que se incorporen a la Unión Europea.

De este modo, las Comunidades Europeas pueden celebrar acuerdos con uno o más Estados u Organizaciones Internacionales³⁹, y pueden participar en los llamados acuerdos mixtos, celebrados conjuntamente por la Comunidad y los Estados miembros⁴⁰.

También los Estados miembros pueden celebrar acuerdos entre sí, se trata de los convenios complementarios⁴¹. Por último, gozan de naturaleza convencional las decisiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados reunidos en el seno del Consejo⁴².

Por lo que respecta a los pilares intergubernamentales, tanto en el Segundo como en el Tercer Pilar se ha previsto la fórmula convencional como fuente del derecho. En este sentido, el artículo 24 del TUE, en el ámbito del Segundo Pilar, prevé la celebración de acuerdos por el Consejo con uno o varios Estados u Organizaciones Internacionales para llevar a la práctica la PESC. Por su parte, el artículo 38, junto con el citado artículo 24 del TUE, constituyen la base jurídica para la adopción de acuerdos internacionales con terceros en el ámbito del Tercer Pilar. Finalmente, el artículo 34.2 d) del TUE, también en el ámbito del Tercer Pilar, prevé la celebración de convenios por el Consejo, cuya ratificación se recomienda a los Estados miembros. Se trata por tanto de acuerdos celebrados entre los Estados miembros directamente vinculados a la integración europea.

Son estos últimos acuerdos celebrados entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas en materia de cooperación judicial penal los que resultan objeto de nuestra atención, revistiendo especial importancia la evolución que han experimentado desde que se iniciase este tipo de cooperación hasta nuestros días.

2.2.1 Los primeros convenios adoptados en materia de cooperación penal en el proceso de construcción europea

En el marco del proceso de construcción europea, el primer instrumento utilizado para articular la cooperación judicial penal entre los Estados miembros fue el tra-

³⁸ Asunto de la delimitación de la plataforma continental del Mar Egeo, fallo de 19 de diciembre de 1978 (Apartado 96).

³⁹ Previstos en el artículo 33 del TCE.

⁴⁰ Únicamente previstos en el artículo 102 del Tratado Comunidad Europea de la Energía Atómica, han sido utilizados también, de manera bastante habitual, en el marco de la Comunidad Europea cuando concurren competencias estatales y comunitarias. Menos habituales son los acuerdos «mixtos incompletos», en los que no todos los Estados miembros acompañan a la Comunidad Europea como contratantes.

⁴¹ Previstos en el artículo 293 del TCE, que establece que los Estados miembros entablarán negociaciones en una serie de materias para favorecer a sus nacionales. Según el TJCE estos convenios no forman parte del ordenamiento jurídico comunitario.

⁴² Acuerdos no previstos en los Tratados, considerados acuerdos internacionales concluidos de forma simplificada entre los Estados miembros, que persiguen la realización de objetivos comunitarios.

tado. De este modo, siguiendo la estela del Consejo de Europa y en el marco de la Cooperación Política Europea, comenzaron a adoptarse a mediados de los años ochenta los primeros tratados, denominados convenios, en materia penal.

La única base jurídica presente en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) referida a la cooperación judicial⁴³ reconocía a los Estados el derecho a entablar negociaciones entre sí a fin de asegurar a sus nacionales «la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales». No obstante este artículo fue previsto con la intención de fomentar la cooperación judicial en materia civil y mercantil, sin que existiera todavía previsión alguna sobre la cooperación en asuntos penales.

Los primeros convenios celebrados entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas en materia de cooperación judicial penal se desarrollaron a partir de la base de los convenios del Consejo de Europa. Para ello optaron bien por inaplicar entre ellos las reservas o declaraciones formuladas en los convenios originales, o bien por adoptar entre ellos las formas más estrechas de cooperación previstas en los mismos⁴⁴.

La proliferación de estos nuevos acuerdos supuso, en consecuencia, la coexistencia de los convenios del Consejo de Europa con los adoptados por los Estados miembros de las Comunidades Europeas, pues estos últimos no hacían sino completarlos y mejorarlos, pero no derogarlos.

El primero de todos ellos fue el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio europeo para la represión del terrorismo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas, firmado en Dublín el 4 de diciembre de 1979, que adaptaba el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, firmado en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 (Convenio núm. 90 del Consejo de Europa)⁴⁵.

Otros tratados destacables en esta misma línea, son el Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa sobre el traslado de personas con denadas, de 25 de mayo de 1987⁴⁶; el Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de la forma de transmisión de las solicitudes desde extradición, firmado en San Sebastián el 26 de mayo de 1989⁴⁷; el Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la transmisión de procedimientos en materia penal, de 6 de noviembre de 1990⁴⁸; o el Convenio entre

⁴³ Artículo 220 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE).

⁴⁴ VILARIÑO PINTOS, E., *op. cit.*, nota 15, p. 64.

⁴⁵ Este Convenio del Consejo de Europa fue ratificado tres años después de su aprobación por España [Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1980 («BOE» núm. 242 de 8 de octubre de 1980)].

⁴⁶ Convenio adoptado con el fin de adaptar el régimen establecido en el Convenio del Consejo de Europa relativo al traslado de personas con denadas de 21 de marzo de 1983 [Convenio núm. 112, ratificado por España -Instrumento de ratificación de 18 de febrero de 1985 («BOE» de 10 de junio de 1985)-]. Fue ratificado por España el 6 de mayo de 1996- «BOE» núm. 132 de 31 de mayo de 1996-.

⁴⁷ Convenio destinado a facilitar la aplicación del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 [Convenio núm. 24, ratificado por España -Instrumento de ratificación de 21 de abril de 1982 («BOE» de 8 de junio de 1982)-]. Fue ratificado por España el 3 de mayo de 1995- BOE núm. 117 de 17 de mayo de 1995-.

⁴⁸ Este convenio simplificaba el régimen previsto en el Convenio del Consejo de Europa sobre la transmisión de procedimientos en materia penal de 15 de mayo de 1972 [Convenio núm. 73, ratificado por España -Instrumento de ratificación de 24 de junio de 1988 («BOE» de 10 de noviembre de 1988)-].

los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de las condenas penales extranjeras, de 13 de noviembre de 1991⁴⁹.

Sin embargo, pese a la abundante producción normativa de esta primera etapa de la cooperación, las reticencias de muchos de los Estados a embarcarse en ella, llevaron a que la mayoría de estos acuerdos no llegaran a entrar nunca en vigor, al no ser ratificados por todos los Estados miembros. Sólo algunos de ellos fueron objeto de aplicación provisional entre aquellos Estados que sí lo habían hecho y que habían declarado su intención de aplicarlos anticipadamente⁵⁰.

2.2.2 El espacio Schengen: el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen

Las reticencias de muchos de los Estados miembros, tanto a la articulación de una auténtica cooperación en el ámbito penal, como en general a la supresión entre ellos de los obstáculos a la libre circulación mediante la eliminación de los controles fronterizos sobre personas y mercancías, fue determinante para que un grupo de Estados miembros decidiera iniciar una vía rápida hacia la consecución de un verdadero espacio sin fronteras interiores. Esta nueva vía iba a transcurrir al margen del proceso de integración comunitaria, configurándose como un marco de cooperación estrictamente intergubernamental independiente formalmente de las Comunidades Europeas⁵¹.

Fue así como nació, en la localidad luxemburguesa de Schengen, el «Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes»⁵², más conocido como Acuerdo de Schengen, y cinco años más tarde, su principal complemento, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS)⁵³, encargado de fijar las condiciones necesarias para la materialización de lo dispuesto en el acuerdo original. Este último acuerdo tiene a demás una gran importancia desde el punto de vista de la cooperación penal, al incluir en su título III cuatro capítulos dedicados respectivamente a la regulación de la asistencia judicial en materia penal, el principio *non bis in i dem*, la extradición y la transmisión de la ejecución de sentencias penales.

⁴⁹ Este convenio adaptaba el Convenio del Consejo de Europa sobre el valor internacional de las sentencias penales de 28 de mayo de 1970 [Convenio núm. 70, ratificado por España -Instrumento de ratificación de 9 de agosto de 1994 («BOE» núm. 78 de 30 de marzo de 1996)-]. No ha sido ratificado por España.

⁵⁰ Así por ejemplo, el Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa sobre el traslado de personas con denadas (en aplicación provisional en España, Bélgica, Dinamarca Italia y Luxemburgo), o el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de las condenas penales extranjeras (en aplicación provisional en Alemania, Letonia y Holanda).

⁵¹ Hasta que, con el Tratado de Amsterdam, se optase por su integración en el marco jurídico-institucional de la Unión Europea.

⁵² Firmado el 14 de junio de 1985 por los representantes de los gobiernos de Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Francia y la República Federal Alemana (España se adhirió a través del Protocolo de adhesión de 25 de junio de 1991- «BOE» núm. 181 de 30 de julio de 1991-).

⁵³ Firmado el 19 de junio de 1990 por los mismos Estados que suscribieron el Acuerdo de Schengen, incluida España, que lo ratificó a través del Instrumento de ratificación de 23 de julio de 1993 (BOE núm. 81 de 5 de abril de 1994)

El CAAS, inicialmente suscrito por cinco Estados (todos ellos miembros de las Comunidades Europeas), fue ampliando su área de aplicación a medida que se iban adhiriendo a él los restantes Estados miembros de las Comunidades Europeas (excepto Irlanda y el Reino Unido). Se trataba de un convenio que no admitía reservas y que estaba abierto a desarrollos posteriores a través de la propia estructura institucional articulada en el sistema Schengen⁵⁴. De este modo, su máximo órgano de decisión, el Comité Ejecutivo⁵⁵, ha desarrollado una serie de decisiones que, junto con los acuerdos, han venido a conformar el conocido como Acervo de Schengen.

Pero a demás, este convenio sigue la misma línea que los primeros convenios adoptados en el seno de la Cooperación Política Europea, en la medida en que completa las disposiciones de los convenios del Consejo de Europa⁵⁶ (así como, en relación con las Partes que sean miembros de la Unión Económica Benelux, los tratados adoptados entre ellos en esta misma materia), ya sea ampliando su ámbito de aplicación, ya sea agilizando y simplificando sus procedimientos.

La importancia de dicha regulación fue crucial durante muchos años⁵⁷, principalmente por lo que supuso de superación del Convenio europeo de asistencia judicial penal, en materia de vigilancia y persecución transfronteriza⁵⁸, envío de documentos procesales⁵⁹ y remisión directa de comisiones rogatorias entre autoridades judiciales⁶⁰, así como del Convenio europeo de extradición al introducir un procedimiento de extradición simplificado⁶¹. Si bien, desde la firma del Tratado de Maastricht, poco a poco sus previsiones se fueron viendo superadas por el desarrollo de la cooperación en el seno del Tercer Pilar.

En cualquier caso, el CAAS ha sido considerado el precedente, junto con los desarrollos producidos en el seno del Consejo de Europa, de la posterior cooperación judicial penal en el marco de la Unión⁶². De hecho, no sólo ha influido en el desarrollo de la cooperación penal en la Unión Europea, sino que a demás el Acervo de Schengen vino a integrarse en el marco jurídico e institucional de la misma, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. De este modo, Schengen ha pasado de ser un sistema independiente de cooperación intergubernamental, a constituir un subsistema de cooperación reforzada en el marco de la Unión Europea, integrada plenamente en los Tratados comunitarios⁶³.

⁵⁴ LUENGO, L. «Los Acuerdos de Schengen», en *El Tercer Pilar de la Unión Europea: la cooperación en asuntos de justicia e interior*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1997, p. 46.

⁵⁵ Este órgano, creado por el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (art. 131), estaba formado por un representante de cada Estado signatario, asistido por expertos nacionales, y adoptaba sus decisiones por unanimidad.

⁵⁶ En concreto, las disposiciones del CAAS completan lo dispuesto en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959, en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de septiembre de 1957, y en el Convenio del Consejo de Europa sobre el traslado de personas con denadas de 21 de marzo de 1983.

⁵⁷ Para conocer más sobre este asunto, ver: BADIE, F., «Las técnicas de cooperación judicial penal en el marco del Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, vol. II, Madrid, 2001, pp. 815-827.

⁵⁸ Artículos 40 y 41 del CAAS.

⁵⁹ Artículo 52 del CAAS.

⁶⁰ Artículo 53 del CAAS.

⁶¹ Artículo 66 del CAAS.

⁶² LOURIDO RICO, A. M., *La asistencia judicial en materia penal en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p.26.

⁶³ Ya sea en el título IV del TCE o en el título VI del TUE, en función de la base jurídica correspondiente.

2.2.3 Los convenios en el marco del Tercer Pilar

Con la firma del Tratado de Maastricht, el 7 de febrero de 1992, comenzaba una nueva etapa en la cooperación penal entre los Estados miembros, a raíz de la creación de la Unión Europea y del nacimiento del Tercer Pilar, a través del cual se institucionalizaba una verdadera política de cooperación en asuntos de justicia e interior.

Esta nueva política, todavía intergubernamental, se iba a servir de una serie de instrumentos jurídicos de nueva creación, y del convenio como instrumento normativo principal⁶⁴. No obstante, los convenios iban a adquirir unas peculiaridades que los diferenciaban de los convenios internacionales tradicionales celebrados entre Estados soberanos, tanto por lo que se refiere a su proceso de aprobación como a su aplicación e interpretación.

Así, a partir de entonces, la clásica negociación entre Estados del texto del convenio ha sido sustituida por las deliberaciones en el seno del Consejo, en el que finalmente se llega a un acuerdo sobre el texto a través del correspondiente acto adoptado por unanimidad. A partir de ahí, el Consejo debe recomendar a los Estados miembros la adopción⁶⁵ del convenio negociado en su seno, según sus respectivas normas constitucionales. Además, las medidas de aplicación del convenio se aprueban también en el Consejo por mayoría de dos tercios de las partes contratantes.

Por lo que respecta a su interpretación, en la medida en que existe una institucionalización de la cooperación penal en el ámbito de la Unión Europea, el propio convenio podía, según el TUE, establecer la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para interpretar sus disposiciones y dictar sentencias en los litigios relativos a su aplicación⁶⁶.

Estas notas dotaron al convenio de un carácter especial, e incluso le otorgaron una cierta ventaja cualitativa sobre los demás instrumentos jurídicos propios del Tercer Pilar, las acciones comunes y las posiciones comunes. De este modo, tanto la precisión de su naturaleza jurídica, ante la indefinición de los demás instrumentos, como su posible sometimiento al control del Tribunal de Justicia, del que aquéllos quedaban excluidos, hicieron del convenio el instrumento normativo más importante de la cooperación judicial penal bajo la vigencia del Tratado de Maastricht.

A demás, con el fin de asegurar un mayor nivel de homogeneización de la normativa de los Estados miembros, muchos de estos convenios incluían en su articulado un precepto que prohibía la formulación de reservas, excepto en su caso, en aquellos supuestos expresamente contemplados en los mismos⁶⁷.

Entre los convenios celebrados sobre la base del artículo K3 del TUE se encuentran varios convenios complementarios de otros anteriores, como el Convenio relativo al

⁶⁴ Regulado en el Artículo K3.2.c) del TUE.

⁶⁵ Si bien es este el término empleado por el TUE [art.34.2.d)], resulta más adecuado hablar de ratificación o de manifestación del consentimiento por el que el Estado se obliga por el tratado.

⁶⁶ Así lo prevén, entre otros, el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995, en su artículo 8; o el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997, en su artículo 12.

⁶⁷ Así por ejemplo el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 27 de septiembre de 1996 (art. 17), el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea de 26 de mayo de 1997 (art. 15), o el Convenio sobre las decisiones de privación del derecho de conducir de 17 de junio de 1998 (art. 17).

procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 10 de marzo de 1995⁶⁸, que viene a completar el Convenio del Consejo de Europa y a simplificar el procedimiento de extradición entre los Estados miembros; o el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996⁶⁹, que completa también los acuerdos internacionales existentes en la materia, en concreto, el Convenio europeo de extradición de 1957, el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 1977, el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990, y el denominado «Tratado Benelux».

También destacan convenios independientes en ámbitos muy concretos como el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995⁷⁰; el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997⁷¹; o el Convenio sobre las decisiones de privación del derecho de conducir de 17 de junio de 1998⁷².

Sin embargo, pese a lo prolífico de la producción normativa y a la novedosa regulación jurídica de los convenios, el balance sobre el desarrollo de la cooperación penal en esta época puede considerarse bastante negativo⁷³ como consecuencia de su mala acogida entre los Estados miembros, todavía reticentes a considerar el derecho penal y procesal penal como una cuestión común que escapase a su plena soberanía.

En este sentido, el principal problema de los convenios tal y como fueron concebidos en el Tratado de Maastricht, consistía en la dificultad para lograr su entrada en vigor, ya que ésta sólo podía tener lugar una vez hubieran sido ratificados por todos los Estados miembros. Por ello nuevamente sólo llegaron a aplicarse aquellos convenios cuyos Estados signatarios previeron, a través de las correspondientes declaraciones, su aplicación provisional.

A demás, también se ha criticado mucho el propio sistema de trabajo del Consejo, en la medida en que las iniciativas para la elaboración de los convenios procedían, a menudo, de un único Estado y existía un apretadísimo calendario para su elaboración ante la necesidad de concluirla durante el correspondiente mandato presidencial. Algo que a menudo ha provocado la elaboración de textos excesivamente centrados en problemas nacionales que no eran sentidos con la misma intensidad en los demás Estados miembros⁷⁴.

Con el fin de superar éstos y otros problemas, se llevó a cabo la última reforma de los instrumentos jurídicos de la cooperación judicial penal practicada hasta nuestros días. Esta reforma, articulada a través del Tratado de Amsterdam, permitió incorporar nuevas figuras jurídicas al elenco de instrumentos normativos del Tercer Pilar, y sirvió para solventar algunos de los problemas derivados de las disposiciones conte-

⁶⁸ DO C 78 de 30 de marzo de 1995. «BOE» núm. 89 de 14 de abril de 1999.

⁶⁹ DO C 313 de 23 de octubre de 1996. «BOE» núm. 47 de 24 de febrero de 1998.

⁷⁰ DO C 316 de 27 de noviembre de 1995. «BOE» núm. 180 de 29 de julio de 2003.

⁷¹ DO C 195 de 25 de junio de 1997. «BOE» núm. 74 de 28 de marzo de 2006.

⁷² DO C 216 de 10 de julio de 1998. (Aunque su ratificación fue autorizada por las Cortes- 16 de noviembre de 2000-, el Convenio aún no ha sido publicado en el «BOE»).

⁷³ LOURIDO RICO, A.M., *op. cit.*, nota 62, p. 28.

⁷⁴ DUEÑAS JIMENEZ, V., «La cooperación judicial penal» en *El Tercer Pilar de la Unión Europea: la cooperación en asuntos de justicia e interior*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1997, p. 202.

nidas al respecto en el Tratado de Maastricht, en concreto los relacionados con la entrada en vigor de los convenios.

Así, si bien el artículo 34.2 d) del Tratado, encargado de regular el convenio como instrumento jurídico del Tercer Pilar, no alteraba las bases sobre las que se asentaba esta figura en el Tratado de Maastricht, sí modificaba parte de su regulación con objeto de facilitar el proceso para su ratificación. Para ello estableció que, salvo disposición en contrario, los convenios entrarían en vigor cuando hubiesen sido adoptados al menos por un número de Estados equivalente a la mitad de los Estados miembros. A demás, introducía otra novedad que consistía en que los Estados miembros debían iniciar los trámites para su ratificación en el plazo fijado para ello por el Consejo. No obstante, dado el carácter meramente orientativo y no vinculante de dicho plazo, ello no ha servido realmente para acelerar la ratificación de los convenios adoptados en el Consejo⁷⁵.

El Tratado de Amsterdam también ampliaba el control jurisdiccional al que quedaban sometidos los convenios, permitiendo al Tribunal de Justicia controlar las disposiciones de los mismos tanto en aquellos litigios o controversias que se planteasen entre los Estados o entre los Estados y la Comisión, como consecuencia de su aplicación o interpretación; como en vía prejudicial, cuando se dudase acerca de la interpretación más a decuada del convenio o incluso de la validez de una medida de aplicación de aquél y así lo aceptasen los Estados mediante la correspondiente declaración⁷⁶.

La principal manifestación de este tipo de convenio nos la ofrece el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, adoptado por el Consejo el 29 de mayo de 2000⁷⁷ y su Protocolo adicional⁷⁸, cuyo objetivo consiste en complementar las disposiciones de otros convenios⁷⁹, para mejorar la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros. En concreto el Convenio afronta la regulación de varios tipos de cooperación: las comisiones rogatorias, la notificación de documentos procesales, el traslado temporal de detenidos para su comparecencia, la notificación de antecedentes penales y las denuncias para fines procesales⁸⁰. Para ello sigue la práctica habitual en la Unión de celebrar convenios sobre la base de otros ya existentes en el seno del Consejo de Europa, dotándolos de mayor eficacia, ampliando su ámbito de aplicación material, e incorporando aquellos avances tecnológicos útiles para mejorar la cooperación.

Destaca de nuevo la prohibición de formular reservas a este convenio, excepto en aquellos casos en que expresamente se prevea lo contrario⁸¹, de lo que se desprende de un interés por lograr un alto grado de uniformidad normativa.

⁷⁵ LOURIDO RICO, A. M., *op. cit.*, nota 62, p. 101.

⁷⁶ Artículo 35 del TUE.

⁷⁷ DO C 197 de 12.7.2000. «BOE» núm. 247 de 15 de octubre de 2003.

⁷⁸ DO C 326 de 21 de noviembre de 2001. «BOE» núm. 89 de 14 de abril de 2005.

⁷⁹ En concreto, el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959 (Convenio núm. 30 del Consejo de Europa), su Protocolo adicional, las disposiciones sobre asistencia judicial penal contenidas en el CAAS y el denominado «Tratado Benelux».

⁸⁰ Para saber más sobre este asunto, ver: LOURIDO RICO, A.M., *La asistencia judicial en materia penal en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004 y PÉREZ GIL J., «El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?», *Diario La Ley*, núm. 6208, 11 de marzo de 2005, Ref. ° D-60, pp. 1-18.

⁸¹ Artículo 25 del Convenio.

Por lo que respecta a su aplicación, pese a las disposiciones introducidas en el Tratado de Amsterdam para acelerar el proceso de ratificación de los convenios, no se ha podido evitar la demora en su ratificación⁸², por lo que de nuevo se tuvo que recurrir a su aplicación provisional entre aquellos Estados que manifestaron su voluntad de hacerlo antes de su entrada en vigor. De este modo, antes de que el Convenio entrase en vigor, cada Estado miembro podía adoptar una declaración que estipulase que el Convenio se aplicaría en sus relaciones con los Estados miembros que hicieran la misma declaración⁸³.

En conclusión, puede afirmarse que si bien los convenios han constituido una pieza esencial en la formulación y el desarrollo de la cooperación judicial penal en la Unión Europea desde los inicios de esta forma de cooperación hasta nuestros días, los retrasos o incluso la imposibilidad de su entrada en vigor se han convertido en un problema que ha llevado a las instituciones comunitarias a crear nuevos instrumentos jurídicos más eficaces y a potenciar su utilización frente a la de los convenios. De este modo, las dificultades derivadas del sistema de la unanimidad propio del Tercer Pilar, si bien afectan a todos sus instrumentos jurídicos, resultan determinantes en el caso de los convenios, pues sólo en el supuesto de que todos los Estados ratifiquen el texto previamente adoptado, aquél podrá entrar en vigor.

2.3 LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS CREADOS POR EL TRATADO DE MAASTRICHT: LAS ACCIONES COMUNES Y LAS POSICIONES COMUNES

Una de las principales novedades que introduce el Tratado de Maastricht consiste en la incorporación de una serie de instrumentos jurídicos, a través de los cuales se pretenden dinamizar la cooperación en asuntos de justicia e interior entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Para ello el Tratado de Maastricht regula, junto a los tradicionales convenios, dos nuevas figuras jurídicas de marcado carácter intergubernamental pero que representan la superación de la fórmula convencional. Se trata de las acciones comunes y de las posiciones comunes. Estos nuevos instrumentos jurídicos, aplicables en el ámbito de la cooperación en asuntos penales, debían ser adoptados por el Consejo Europeo a iniciativa de cualquiera de los Estados miembros⁸⁴. Por tanto con su creación se produce un importante avance en el ámbito de la cooperación judicial penal: el paso de la fórmula convencional tradicional a la fórmula institucional.

Esta novedad va a dotar de una enorme complejidad al sistema, no sólo por lo que supone integrar dos nuevos actos, distintos de los instrumentos jurídicos tradicionales en el ordenamiento comunitario, sino a demás porque su delimitación y definición resultan poco precisas, lo que ha dado lugar a diversas interpretaciones acerca de su naturaleza jurídica y eficacia normativa.

⁸² El Convenio entró en vigor el 23 de agosto de 2005, cinco años después de su adopción.

⁸³ Artículo 27.5 del Convenio. España formuló, de acuerdo con este precepto, una declaración de aplicación provisional («BOE» núm. 247 de 15 de octubre de 2003).

⁸⁴ También cabe la iniciativa de la Comisión, pero no cuando se trate de una acción común sobre cooperación judicial en materia penal (art. K3 en relación con el art. K1.7 del TUE en la redacción del Tratado de Maastricht - DO C 191 de 29 de julio de 1992-).

No obstante, sea cual sea esa interpretación, el principio básico que subyace a la reforma operada por Maastricht es el de la necesidad de potenciar la cooperación con el fin de lograr que los Estados se informen, se consulten y consigan finalmente actuar de manera coordinada⁸⁵.

2.3.1 Las acciones comunes

El título VI del TUE, en su redacción original, no establecía una definición clara y precisa de las acciones comunes. No obstante, a partir de la regulación ofrecida por el mismo y de la contenida en el título V del TUE relativa a los actos equivalentes del Segundo Pilar, pueden extraerse una serie de conclusiones acerca de los efectos jurídicos de las acciones comunes.

De este modo, el título VI del TUE⁸⁶ se limitaba a definir la acción común como el instrumento que debía emplearse en aquellos supuestos en los que los objetivos de la Unión pudieran alcanzarse más fácilmente por medio de la misma que a través de la acción aislada de los Estados miembros. Se establecía por tanto la vigencia del principio de subsidiariedad en el proceso de elección del instrumento jurídico más adecuado, algo que no ocurría ni en el caso de los convenios, ni tampoco en el de las posiciones comunes⁸⁷. El referido precepto se completaba con la referencia a la potestad del Consejo para decidir que las medidas de aplicación de una acción común fueran aprobadas a través de mayoría cualificada.

A partir de aquí, la escueta regulación de las acciones comunes presente en el título VI del TUE, podía completarse con la establecida en el título V en relación con las acciones comunes del Segundo Pilar. Se buscaba de este modo completar el vacío existente en el primero respecto de la naturaleza y los efectos del nuevo instrumento jurídico, con la regulación presente en el título V relativa a las acciones comunes de la PES. En este caso, el TUE iba más allá y atribuía a las acciones comunes carácter jurídico vinculante. Por ello, por analogía, se ha defendido también la fuerza jurídica vinculante de las acciones comunes del Tercer Pilar. Incluso hay autores que han defendido dicha interpretación basándose en lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados⁸⁸, al considerar que no sería posible dar un sentido diferente a este término según se utilizase en el título V o en el título VI del TUE⁸⁹.

En cuanto a sus efectos, más allá de su carácter obligatorio, el Servicio Jurídico del Consejo⁹⁰ ha diferenciado dos tipos de acciones comunes: Las que establecen una obligación de resultado y las que establecen una obligación de comportamiento. Mientras las primeras imponen a los Estados la obligación de modificar sus legislaciones internas para obtener un determinado resultado, las segundas les obligan a hacer todo

⁸⁵ BENZO SAINZ, F., «El título VI del TUE: Instrumentos, instancias decisorias e institucionales comunitarias en el Tercer Pilar», en *El Tercer Pilar de la Unión Europea: la cooperación en asuntos de justicia e interior*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1997, p. 26

⁸⁶ Artículo K3. 2 b).

⁸⁷ BENZO SAINZ, F., *op. cit.*, nota 85, p.27.

⁸⁸ Si bien el TJCE ha eludido la aplicación de la Convención de Viena al TUE por entender que el derecho Comunitario presenta su propia especificidad como ordenamiento.

⁸⁹ BENZO SAINZ, F., *op. cit.*, nota 85, p. 28.

⁹⁰ Dictamen del Servicio Jurídico 12264/94, de 16 de diciembre, relativo a la naturaleza jurídica de las acciones comunes.

lo necesario para lograr un determinado resultado, sin necesidad de modificar para ello su legislación interna. De este modo, la obligación se cumpliría por el simple hecho de haber llevado a cabo los esfuerzos prescritos por la acción común para lograr los resultados, sin necesidad de esperar, como en el primer caso, a obtener el resultado.

No se pone en duda, en consecuencia, el carácter jurídico vinculante de las acciones comunes, sino la forma en la que éstas obligan a los Estados. De hecho, algunas acciones comunes se han convertido en piezas fundamentales de la construcción del espacio judicial europeo.

Así, en el ámbito de la cooperación judicial penal, desde un punto de vista instrumental, destacan tanto la Acción común 96/227/JAI, de 22 de abril de 1996, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea⁹¹, como la Acción común 98/428/JAI, de 29 de junio de 1998, por la que se crea una Red Judicial Europea⁹². Ambas han constituido mecanismos imprescindibles para garantizar la adecuada cooperación judicial penal entre los Estados miembros, en la medida en que han contribuido a estrechar las relaciones de cooperación y a favorecer los contactos entre las autoridades judiciales competentes.

Desde una perspectiva material, con carácter general, destaca la Acción común 98/247/JAI, de 16 de septiembre de 1998, sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal⁹³, que obliga a los Estados a adoptar y a depositar en la Secretaría General del Consejo sus declaraciones de buenas prácticas de ejecución, conforme a lo dispuesto en el texto de la misma. En ámbitos más concretos, se han aprobado diversas acciones comunes enmarcadas en las políticas de lucha contra graves delitos como el terrorismo⁹⁴, el tráfico de seres humanos⁹⁵, el racismo y la xenofobia⁹⁶ o el tráfico ilícito de drogas⁹⁷.

A pesar de la notable proliferación de acciones comunes en el marco de la cooperación judicial penal, sobre todo a mediados y finales de los años noventa, con la aprobación del Tratado de Amsterdam se decidió realizar una profunda reforma de los instrumentos normativos del Tercer Pilar. Ello supuso tanto la creación de nuevas figuras a las que se intentó dotar de una mayor fuerza jurídica, como la desaparición de la figura de la acción común⁹⁸. No obstante, mientras no sean derogadas, las acciones comunes adoptadas con anterioridad, continúan formando parte del ordenamiento jurídico comunitario y por tanto siguen desplegando hoy día sus efectos jurídicos entre los Estados miembros de la Unión Europea.

⁹¹ DO L 105 de 27 de abril de 1996.

⁹² DO L 191 de 7 de julio de 1998. Derogada recientemente por la decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la Red Judicial Europea (DO 348 de 24 de diciembre de 2008).

⁹³ DO L 191 de 7 de julio de 1998.

⁹⁴ 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 de la Unión Europea (DO L 273 de 25 de octubre de 1996).

⁹⁵ Acción común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (DO L 63 de 4 de marzo de 1997).

⁹⁶ Acción común 96/443/JAI de 15 de julio de 1996, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia (DO L 185, de 24 de julio de 1996).

⁹⁷ Acción común 96/750/JAI, de 17 de diciembre de 1996, relativa a la aproximación de las legislaciones y de las prácticas entre los Estados miembros de la Unión Europea con el fin de luchar contra la toxicomanía y de prevenir y luchar contra el tráfico ilícito de drogas (DO L 342, de 31 de diciembre de 1996).

⁹⁸ Que persiste sin embargo como instrumento normativo en el Segundo Pilar (artículos 12 y 14 del TUE).

2.3.2 Las posiciones comunes

Al igual que ocurría con las acciones comunes, el título VI del TUE no ofrecía una definición clara de lo que debía entenderse por posición común. De este modo, el artículo K3 atribuía al Consejo la potestad de adoptar posiciones comunes y de fomentar toda forma de cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión, sin aportar ningún dato sobre su naturaleza jurídica. Únicamente el artículo K5 añadía la obligación de los Estados miembros de sostener, en las organizaciones internacionales y en las conferencias internacionales en las que participasen, las posiciones comunes adoptadas.

Tampoco el título V, a pesar de contemplar las posiciones comunes como instrumentos jurídicos del Segundo Pilar, añadía nada a la regulación recogida en el título siguiente. Así, el artículo J2 se limitaba a atribuir al Consejo la facultad de definir posiciones comunes y a los Estados miembros la obligación de velar por la conformidad de sus políticas nacionales con las mismas, y de defender esas posiciones comunes en las organizaciones internacionales y en las conferencias internacionales en las que participasen.

A partir de esta escueta regulación, han sido diversas las interpretaciones elaboradas acerca de la finalidad y la naturaleza jurídica de las posiciones comunes.

Por un lado, algunos autores han considerado que, en virtud de lo dispuesto en el artículo J2 del TUE en relación con las posiciones comunes en el ámbito de la PESC y del juego de los principios comunitarios básicos, no puede descartarse su efecto jurídico vinculante para los Estados miembros, que quedarían obligados a adoptar las medidas legislativas o administrativas necesarias para cumplir con las obligaciones de resultado que aquellas impusiesen⁹⁹. Esta interpretación ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia, que ha reconocido la obligación de los Estados miembros de atenerse a lo dispuesto en una posición común y de adoptar las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones¹⁰⁰.

Sin embargo, la posición mayoritaria ha entendido que las posiciones comunes son meras declaraciones políticas sin naturaleza normativa¹⁰¹, es decir, simples tomas de posición de los Estados miembros ante un asunto concreto, sin carácter vinculante¹⁰². Consisten por tanto, según esta tesis, en una forma de unificar los criterios de los distintos Estados miembros sobre una determinada cuestión, sin poseer el valor de un auténtico instrumento jurídico y sin obligar más que a mantener esa uniformidad en cuanto a la postura adoptada¹⁰³. De este modo, las posiciones comunes no requerirían de actuaciones normativas posteriores, como algu-

⁹⁹ ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., «La cooperación judicial penal y policial» en *La nueva Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*, Madrid, CCGP. Escuela Judicial, 2007, pp. 23-24.

¹⁰⁰ Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 27 de febrero de 2007 en los asuntos Segi y Gestoras Pro Amnistía (C-355/04 P y C-354/04 P). Apartados 52.

¹⁰¹ ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., *El Sistema de Fuentes del derecho: de la Constitución Española al nuevo derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, Colección Cua demos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Navarra, 2007, p. 148.

¹⁰² RODRÍGUEZ SOL, L., *Fuentes de la Cooperación Judicial Internacional*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, vol. IV, Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2002 p. 446.

¹⁰³ Benzo Sáinz F, *op. cit.*, nota 85, p. 26.

nas acciones comunes, ni tampoco alterarían los ordenamientos jurídicos internos como lo hacen los convenios.

Según esta segunda interpretación, la debilidad de la posición común como instrumento de actuación resulta evidente. Su función quedaría limitada a expresar un posicionamiento común en las negociaciones en el seno de organizaciones internacionales o a armonizar las interpretaciones de algún concepto, precepto o principio común a los Estados miembros. Así por ejemplo la Posición común de 6 de diciembre de 1997 relativa a las negociaciones en el Consejo de Europa y en la OC de sobre la lucha contra la corrupción¹⁰⁴, o la Posición común de 4 de marzo de 1996 relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados¹⁰⁵.

Aunque en el ámbito del Tercer Pilar las posiciones comunes tuvieron escasa relevancia durante la vigencia del Tratado de Maastricht, el Tratado de Amsterdam las consolidó como instrumentos jurídicos propios de los pilares intergubernamentales. A demás, si bien su carácter no varió con el nuevo Tratado, sí se trató de definir mejor sus contornos. De este modo, el artículo 34.2 a) del Tratado de Amsterdam especifica cuál ha de ser el objetivo de las posiciones comunes: Definir el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto. Sin embargo, de nuevo guarda silencio sobre los efectos y la naturaleza de estos actos tan controvertidos.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y en la línea de lo ocurrido desde Maastricht, las posiciones comunes han seguido teniendo, con carácter general, una relevancia escasa. Sin bien, recientemente, ante la grave crisis de seguridad internacional vivida a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, la Unión Europea ha ido más allá de lo establecido en el Tratado, para emplear las posiciones comunes de un modo hasta entonces desconocido en el ámbito del Tercer Pilar.

Así, sobre la base conjunta de los artículos 15 y 34 del TUE, y por lo tanto simultáneamente en el marco del Segundo y del Tercer Pilar, el Consejo adoptó en el año 2001 sendas posiciones comunes en materia de lucha contra el terrorismo. Se trata de las Posiciones comunes, de 27 de diciembre de 2001, relativas a la lucha contra el terrorismo, y a la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo¹⁰⁶, a través de las cuales se pretendía dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, adoptada en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas¹⁰⁷.

En la primera de ellas se establecían una serie de medidas destinadas al fomento de la cooperación entre los Estados miembros y a la lucha contra el terrorismo. En la segunda se daba un paso más y se recogía, como anexo, un listado de personas, grupos y entida des terroristas cuyos fondos quedaban congelados por disposición de la Comunidad Europea, y a los que se impedía el acceso a nuevos fondos, activos, recursos económicos o servicios financieros. Esa lista de personas y entida des implicados en actos de terrorismo, elaborada a partir de las investigaciones practicadas por

¹⁰⁴ DO L 279 de 13 de octubre de 1997.

¹⁰⁵ DO L 63 de 13.03.1996.

¹⁰⁶ DO L 344, de 28 de diciembre de 2001.

¹⁰⁷ A través de esta resolución el Consejo de Seguridad deci de que todos los Estados prevengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo, eviten apoyar a las personas o entida des que participen en la comisión de actos terroristas, garanticen el enjuiciamiento de esas personas, e impidan su libre circulación. A demás exhorta a los Estados a intensificar la cooperación y la información entre ellos y a aplicar los convenios y protocolos internacionales vigentes en materia de terrorismo.

las autoridades competentes de los Estados miembros, se ha ido revisando periódicamente, a través de nuevas posiciones comunes, para evitar su desactualización¹⁰⁸.

Aunque este tipo de posiciones comunes son relativamente frecuentes en el ámbito del Segundo Pilar¹⁰⁹, constituyen una novedad en el marco de la cooperación penal entre los Estados miembros, ámbito en el que hasta entonces las posiciones comunes habían constituido instrumentos jurídicos de bajo perfil. Pero a demás de novedoso, el nuevo uso de las posiciones comunes supone trascender los efectos legalmente atribuidos a las posiciones comunes para atribuirles efectos jurídicos frente a terceros. En este sentido, se puede afirmar que el Consejo hace un uso ilegal de las posiciones comunes al transgredir la letra del Tratado, pues no existe previsión ninguna que permita atribuir a estos instrumentos efectos jurídicos frente a terceros¹¹⁰.

No obstante, a pesar de esta excepción y del reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la posibilidad de que las posiciones comunes desplieguen sus efectos jurídicos frente a terceros, lo cierto es que las escasas posiciones comunes que se vienen adoptando en el marco del Tercer Pilar han continuado en la misma línea que las anteriores, limitándose a establecer un posicionamiento común ante una organización o conferencia internacional en el marco de la negociación de tratados internacionales en materia penal¹¹¹.

2.4 LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS CREADOS POR EL TRATADO DE AMSTERDAM: LAS DECISIONES Y LAS DECISIONES MARCO

Con el fin de reforzar las recientemente inauguradas políticas de cooperación policial y judicial en la Unión Europea, se llevaron a cabo, a través del Tratado de Amsterdam, una serie de reformas entre las que destacó la renovación de los instrumentos jurídicos existentes. Se introdujeron así dos nuevas figuras normativas, las decisiones y las decisiones marco, que se vinieron a sumar a los tradicionales conve-

¹⁰⁸ Actualmente en vigor la Posición Común 2009/67/PESC del Consejo, de 26 de enero de 2009, por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Posición Común 2008/586/PESC (DO L 23 de 27 de enero de 2009).

¹⁰⁹ de este modo, el artículo 301 del TCE establece que tanto las acciones como las posiciones comunes del Segundo Pilar pueden utilizarse para imponer sanciones económicas contra terceros Estados, en cuyo caso el Consejo habrá de adoptar las medidas urgentes que resulten necesarias. Esta posibilidad, que en la línea de la Resolución 1373 (2001) de Naciones Unidas, se ha extendido a la sanción de determinados individuos, en el marco de la lucha contra el terrorismo, ha llevado a la adopción de la Posición común 2002/402/PESC del Consejo, de 27 de mayo de 2002, sobre medidas restrictivas contra Usama bin Laden, los miembros de la organización Al-Qaida y los talibanes, y otras personas, grupos, empresas y entida des asociadas y por las que se derogan las anteriores Posiciones comunes 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC y 2001/771/PESC, y del posterior Reglamento (CE) núm. 881/2002 del Consejo de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entida des asociadas con Usama bin Laden, la red de Al-Qaida y los talibanes (DO L 139 de 29 de mayo de 2002), modificado por varios Reglamentos posteriores.

¹¹⁰ No obstante lo cual el TJCE ha defendido la validez de estas posiciones comunes al reconocer en las Sentencias de 27 de febrero de 2007 en los asuntos Segi y Gestoras Pro Amnistía (C-355/04 P y C-354/04 P), que si bien la posición común no está llamada a producir, por sí misma, efectos jurídicos frente a terceros, cuando por su contenido tenga un alcance que exceda del que le atribuye el TUE y esté llamada producir efectos jurídicos frente a terceros, puede quedar sometida al control del Tribunal de Justicia.

¹¹¹ Posición común del Consejo, de 31 de enero de 2000, relativa a la propuesta de Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, complementario de la propuesta de Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada (DO L 37 de 12 de febrero de 2000); Posición Común del Consejo, de 29 de noviembre de 2001 y segunda Posición Común del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la negociación en Naciones Unidas para la adopción de una Convención de Naciones Unidas contra la corrupción

nios y a las posiciones comunes, en un intento por fortalecer los instrumentos normativos del Tercer Pilar.

Estas nuevas figuras jurídicas fueron creadas ante la clara conciencia de la debilidad de los instrumentos hasta entonces al servicio del Tercer Pilar. Por ello el artículo 34.2 del TUE, en su redacción dada por el Tratado de Amsterdam y aún vigente en la actualidad, les atribuye expresamente carácter obligatorio. Con ello se trataba por un lado, de dotar de mayor fuerza normativa a los instrumentos del Tercer Pilar, y por otro, de evitar las polémicas suscitadas por las ambiguas definiciones de otros instrumentos anteriores como las acciones y las posiciones comunes.

Sin embargo, pese a dotarles de carácter obligatorio, el Tratado niega la existencia de efecto directo tanto de las decisiones como de las decisiones marco, en un intento por diferenciarlas de instrumentos jurídicos semejantes propios del Primer Pilar. De este modo, el legislador se inmiscuye en la labor hasta entonces realizada por el Tribunal de Justicia, arrogándose una función interpretativa que no le corresponde. Si bien es cierto que no son pocas las ocasiones en que ha sido el Tribunal de Justicia el que, más allá de sus funciones, ha ejercido como cuasi legislador, desempeñando funciones más propias del creador de las normas.

Por lo que respecta a la adopción de estos nuevos instrumentos, se amplía la capacidad de iniciativa de la Comisión, con competencias ahora también en materias relativas a la cooperación judicial penal, hasta entonces excluidas por el propio TUE¹¹². Se equipara por tanto la capacidad de iniciativa de la Comisión con la que poseen los Estados miembros. Sin embargo, la adopción de cualquiera de los dos actos jurídicos continúa exigiendo unanimidad, y sigue recayendo en el Consejo, máxima expresión de la intergubernamentalidad en la toma de decisiones en la Unión Europea.

Por último, el Tratado de Amsterdam introdujo la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para pronunciarse no sólo sobre la interpretación de los convenios, sino también de las decisiones y decisiones marco. Para ello, el artículo 35 del TUE regula un procedimiento prejudicial sobre la validez e interpretación de las decisiones y decisiones marco, previa declaración de aceptación por los Estados miembros, y un recurso de anulación, aunque limitado, para controlar la legalidad de decisiones y decisiones marco en relación con los recursos interpuestos por un Estado o por la Comisión por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su aplicación, o desviación de poder. Finalmente, prevé un procedimiento de arreglo de controversias surgidas entre los Estados miembros, como consecuencia de la aplicación e interpretación de los actos normativos previstos en el artículo 34.

2.4.1 Las decisiones

El artículo 34.2 del TUE se refiere, en su apartado a), a las decisiones, como uno de los instrumentos que podrá adoptar el Consejo, en el marco del título VI, para la consecución de los objetivos de la Unión.

¹¹² Recor demos que el artículo K3.2 del TUE reservaba la facultad de iniciativa de la Comisión a las materias enunciadas en los apartados 1 a 6 del artículo K1 del TUE, entre los que no figuraba la cooperación judicial penal.

Las decisiones se encaminan a la consecución de distintas finalidades, siempre y cuando éstas sean coherentes con los objetivos del título VI del TUE y a demás no recaigan sobre la función propia de las decisiones marco: La aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros. Las medidas necesarias para aplicarlas en la Unión Europea se adoptan por el Consejo por mayoría cualificada.

Aunque son obligatorias, las decisiones carecen de efecto directo, lo que significa que los particulares no pueden invocarlas ante los tribunales, solicitando la aplicación de los derechos conferidos por ellas. Por ello, a pesar de que su fuerza jurídica es superior a las de otros instrumentos propios del Tercer Pilar, dista mucho de la que poseen por ejemplo los reglamentos o incluso las directivas gracias a la doctrina del efecto útil del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

A pesar de la coincidencia en su denominación, las decisiones propias del Tercer Pilar nada tienen que ver con las decisiones reguladas en el TCE¹¹³, concebidas como disposiciones de carácter general con efecto directo para sus destinatarios, ni tampoco con las llamadas decisiones atípicas, cuya naturaleza jurídica, al no estar definida en los Tratados, varía según cada caso. La única nota en común entre estos instrumentos consiste en su carácter vinculante.

Entre las decisiones adoptadas en materia de cooperación judicial penal destacan aquellas adoptadas con fines instrumentales, destinadas a la creación de órganos o mecanismos de cooperación, como la decisión del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una red europea de prevención de la delincuencia¹¹⁴; 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 delincuencia¹¹⁵; la decisión del Consejo, de 13 de junio de 2002, por la que se crea una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra¹¹⁶; la decisión del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, relativa a la creación de una red europea de protección de personalidades¹¹⁷; la decisión del Consejo, de 21 de noviembre de 2005, relativa a los intercambios de información entre los registros de antecedentes penales¹¹⁸; la decisión 2008/852/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a una red de puntos de contacto contra la corrupción¹¹⁹; o la decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la Red Judicial Europea¹²⁰.

Estas decisiones vendrían a cumplir un papel muy parecido al que cumplían y aún cumplen, en la medida en que continúen vigentes, las acciones comunes. Ejemplo máximo de esta similitud lo constituye el caso de la Acción común 98/428/JAI, del Consejo, que creó la Red Judicial Europea, y que ha sido derogada recientemente por

¹¹³ Artículo 249.

¹¹⁴ DO L 153, de 8 de junio de 2001.

¹¹⁵ DO L 63, de 6 de marzo de 2002.

¹¹⁶ DO L 167, de 16 de junio de 2002.

¹¹⁷ DO L 333, de 10 de diciembre de 2002.

¹¹⁸ DO L 322 de 9 de diciembre de 2005. Derogada recientemente por la DM 2008/315/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 (DO L 93 de 7 de abril de 2009).

¹¹⁹ DO L 301 de 12 de noviembre de 2008.

¹²⁰ DO L 348 de 24 de diciembre de 2008.

la citada decisión 2008/976/JAI del Consejo, encargada de regular en la actualidad el funcionamiento de la red de puntos de contacto judiciales.

Pero a demás, existen otra serie de decisiones con claro contenido normativo, aprobadas en el marco de la lucha contra determinados delitos como el tráfico de drogas¹²¹, el terrorismo¹²², los delitos monetarios¹²³, el blanqueo de capitales¹²⁴ o la pornografía infantil¹²⁵, entre otros. En ellas se establecen, sobre la base de las disposiciones del título VI del TUE, medidas concretas de cooperación en el ámbito de la política criminal de la Unión Europea.

2.4.2 Las decisiones marco

Junto a las decisiones, el artículo 34.2 del Tratado de Amsterdam introduce, en su letra b), otro instrumento novedoso: La decisión marco.

Según el TUE las decisiones marco tienen por finalidad aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Para ello el Tratado las dota de carácter jurídico vinculante, pero limita su fuerza obligatoria al cumplimiento de su resultado, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para cumplir con el objetivo prefijado. Éstas quedarán por tanto obligadas, en el plazo establecido por la propia norma comunitaria, a adoptar una norma jurídica que desarrolle y precise el contenido de la decisión marco.

Las decisiones marco recuerdan por lo tanto bastante a las directivas¹²⁶, en tanto que sus efectos jurídicos dependen de la norma nacional de transposición. De hecho, en la medida en que la directiva se emplea también como instrumento de armonización de las legislaciones nacionales, a menudo se plantean problemas en cuanto a la elección de la base jurídica a decuada. Este conflicto entre la directiva y la decisión marco trasciende la mera elección del instrumento jurídico más a decuada, al repercutir directamente sobre los derechos de los particulares. De este modo, no es lo mismo que se aplique el derecho comunitario que el derecho de la Unión, ni por lo que se refiere a la aprobación de la norma, ni tampoco en cuanto a su aplicación. Esta problemática obedece a la naturaleza híbrida de la cooperación judicial penal y a la

¹²¹ decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001, sobre el envío de muestras de sustancias controladas, (DO L 150, de 6 de junio de 2001); decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002, sobre las medidas de control y las sanciones penales relativas a la PPMA, nueva droga de síntesis (DO L 63, de 6 de marzo de 2001); decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2003, sobre las medidas de control y las sanciones penales con respecto a las nuevas drogas sintéticas 2C-1, 2C-T-2, 2C-T-7 y TMA-2 (DO L 321, de 6 de diciembre de 2003).

¹²² decisión del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, por la que se establece un mecanismo de evaluación de los sistemas legales y su ejecución a escala nacional en la lucha contra el terrorismo (DO L349, de 14 de diciembre de 2002); decisión 2003/48/JAI del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo de acuerdo con el artículo 4 de la Posición común 2001/931/PESC (DO L 16, de 22 de enero de 2003).

¹²³ decisión del Consejo, de 6 de diciembre de 2001, relativa a la protección del euro contra la falsificación (DO L 329, de 14 de diciembre de 2001).

¹²⁴ decisión del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información (DO L 271, de 24 de octubre de 2000).

¹²⁵ decisión del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet (DO L 138, de 9 de junio de 2000).

¹²⁶ Artículo 249 del TCE.

incidencia del derecho penal en los distintos ámbitos de aplicación del derecho comunitario.

No obstante, pese a las semejanzas existentes entre ambas normas, son varias las notas que distinguen las decisiones marco de las directivas y que otorgan mayor fuerza jurídica a estas últimas respecto de las primeras.

Así, en primer lugar, la obligación de transponer las directivas se ve complementada por la existencia de un mecanismo coercitivo que obliga a los Estados a cumplir con su obligación. Se trata del recurso por incumplimiento¹²⁷, en virtud del cual previo requerimiento de la Comisión Europea al Estado incumplidor, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas controla el respeto por parte de los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud del derecho comunitario. En caso de incumplimiento o de falta de transposición de una decisión marco, sin embargo, no existe ningún mecanismo que castigue al Estado miembro incumplidor, dadas las limitadas competencias del Tribunal de Justicia en el marco del Tercer Pilar y la falta de competencia de la Comisión para ejercer de guardiana de los Tratados en este ámbito. Ello supone un elevadísimo porcentaje de incumplimientos en la transposición de decisiones marco, al no existir consecuencia jurídica alguna para los Estados incumplidores.

Junto a ella, otra característica que lastra a las decisiones marco y que las diferencia de las directivas, consiste en su carencia de efecto directo. Esta nota, específicamente recogida en el artículo 34 del TUE respecto de las decisiones marco, resultaba también aplicable originariamente a las directivas, pues aunque el TCE no establece nada al efecto, de la vinculación de los efectos jurídicos de la directiva a la norma de transposición se derivaba la falta de aplicabilidad y de eficacia directa de la norma. No obstante, las disfunciones generadas en el sistema jurídico comunitario como consecuencia de la posible no transposición en plazo de la directiva o de su transposición incompleta o incorrecta, y la consiguiente lesión de los derechos de los particulares, hicieron que el tema llegase ante el Tribunal de Justicia, que ha tratado de resolverlo mediante su jurisprudencia basada en el «efecto útil» de la directiva¹²⁸. A partir de esta jurisprudencia, el Tribunal reconoce el efecto directo de las directivas que sustenten derechos o pretensiones jurídicas, siempre que su contenido sea suficientemente preciso e incondicional, y que no hayan sido transpuestas correctamente en el plazo previsto para ello¹²⁹. En esos casos el Tribunal de Justicia reconoce el efecto directo vertical de la directiva y por tanto la capacidad de los particulares de alegarla ante el juez. Por último, la doctrina se completa con la aplicación de la interpretación del derecho nacional conforme a las prescripciones del derecho comunitario, como forma de suplir la ausencia de efecto directo horizontal¹³⁰, y con la concesión a los particulares de la posibilidad de obtener una indemnización derivada de la incorrecta transposición o de una transposición con retraso de una directiva¹³¹.

¹²⁷ Artículos 226 a 228 del TCE.

¹²⁸ STJCE de 5 de abril de 1979 en el asunto Ratti (C-148/78).

¹²⁹ STJCE de 6 de octubre de 1970 en el asunto Franz Grad contra Finanzamt Traunstein (C-9/70); STJCE de 4 de diciembre de 1974 en el asunto Yvonne van Duyn contra Home Office (C- 41/74).

¹³⁰ STJCE de 13 de noviembre de 1990 en el asunto Marleasing S.A contra La Comercial Internacional de Alimentación S.A (C-106/89).

¹³¹ STJCE de 19 de noviembre de 1991 en el asunto Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana (C-6/90 y 9/90). Según esta jurisprudencia, cuando un Estado miembro incumple la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de

Frente a esta completa jurisprudencia desarrollada a partir del silencio del Tratado, las decisiones marco se encuentran con el freno de la prohibición expresa de su efecto directo recogida en el TUE. No obstante, dentro de esas limitaciones pero en un cierto acercamiento entre el Tercer y el Primer Pilar, el Tribunal de Justicia ha reconocido, en nombre de la doctrina del efecto útil de la decisión marco, la aplicación del principio de la interpretación conforme como forma de paliar las consecuencias negativas de la falta de efecto directo¹³². Ello supone sin duda un avance en el reconocimiento de la fuerza jurídica de la decisión marco, que sin embargo se encuentra limitado por la prohibición expresa impuesta en el Tratado, por lo que una evolución jurisprudencial en la línea de la desarrollada con las directivas resultaría imposible en el ámbito de las decisiones marco mientras no se modificasen los términos del derecho primario vigente.

A pesar de las carencias que presenta este acto normativo, desde que fue creado con el Tratado de Amsterdam gran parte de los instrumentos jurídicos adoptados en el ámbito de la cooperación judicial penal han sido decisiones marco. Estos actos se han empleado a demás con fines diversos, por una parte como normas de armonización del derecho penal y procesal penal, y por otra como instrumentos de cooperación judicial penal.

Así, como normas de armonización, destacan por un lado aquellas decisiones marco encargadas de definir los derechos básicos que todos los Estados deben reconocer en sus procesos penales, tanto a las víctimas del delito, como a los procesados, y por otro, aquellas encargadas de armonizar la tipificación de ciertas conductas y los umbrales mínimos de sanción que las mismas merecen.

Entre las primeras destaca la decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹³³, junto con la propuesta de decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea¹³⁴.

En el ámbito de la armonización del derecho material, se encuentran la gran mayoría de las decisiones marco, pues son muchas las conductas ilícitas con carácter transfronterizo a las que el derecho comunitario trata de poner freno. Así, en materia de tráfico de drogas destaca, entre otras, la decisión Marco 2004/757/JAI, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de los delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas¹³⁵; en materia de terrorismo, la decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio

esa norma de derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos, que son, en primer lugar, que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos en favor de particulares; en segundo lugar, que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva, y, en tercer lugar, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

¹³² STJCE de 16 de junio de 2003 en el asunto María Pupino (C- 105/03)

¹³³ DO L 82 de 22 de marzo de 2001. Para más información, consultar: TOMÉ GARCÍA J. A., «El estatuto de la víctima en el proceso penal según la decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento español» en *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Colex, Madrid, 2006, pp. 259-295.

¹³⁴ Propuesta presentada por la Comisión el 28 de abril de 2004 (doc COM (2004) 328 final). No obstante las negociaciones se encuentran suspendidas en la actualidad por falta de acuerdo en el Consejo. Para más información, consultar: ARANGÜENA FANEGO, C., «*Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*», Valladolid, Lex Nova, 2007.

¹³⁵ DO L 335 de 11.11.04.

de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo¹³⁶, modificada recientemente por la DM 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008¹³⁷; en relación con la trata de seres humanos, la decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos¹³⁸; en el ámbito de pornografía infantil, la decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de menores y la pornografía infantil¹³⁹; en relación con la piratería informática, la decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información¹⁴⁰, en relación con el racismo y la xenofobia, la decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal¹⁴¹...etc. A través de estas decisiones marco se ha ido abriendo camino una tímida armonización del derecho penal de los Estados miembros, que ha permitido un cierto acercamiento de la normativa relativa a la tipificación de determinadas conductas y a la fijación de umbrales mínimos de sanción para esas conductas. Si bien todavía queda muy lejos el momento en que podamos hablar de un derecho penal europeo en el que los principales delitos con entidad transnacional sean tipificados y sancionados en todos los Estados miembros a través de unas únicas normas comunes a todos ellos.

Por último, en un intento por renovar las bases sobre las que se asienta la cooperación judicial en Europa, en los últimos años se han venido aprobando otro tipo de decisiones marco que tienen como objetivo articular una serie de normas de cooperación penal a través de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en los distintos Estados miembros de la Unión Europea.

La primera de ellas fue la decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la orden europea de detención y entrega¹⁴², en virtud de la cual se sustituye el anterior proceso de extradición vigente entre los Estados miembros por un proceso de entrega dotado de mayor rapidez y seguridad jurídica, y basado en la eliminación del principio de doble incriminación cuando la causa de la entrega consista en cualquiera de las treinta y dos categorías de delitos reguladas en la decisión marco¹⁴³.

La segunda decisión marco adoptada en aplicación del principio de reconocimiento mutuo fue la decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes

¹³⁶ DO L 164 de 22 de junio de 2002.

¹³⁷ DO L 330 de 9 de diciembre de 2008.

¹³⁸ DO L 203 de 1 de agosto de 2002.

¹³⁹ DO L 13/44 de 20 de enero de 2004.

¹⁴⁰ DO L 69 de 16. 3. 2005.

¹⁴¹ DO L 328 de 6 de diciembre de 2008.

¹⁴² DO L 190 de 18.7.2002. Incorporada al derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior («BOE» núm. 65 de 17 de marzo de 2003).

¹⁴³ Sobre este tema ver, entre la abundante bibliografía publicada: ARANGÜENA FANEGO, C., (Coord.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, Lex Nova, Valladolid, 2005; ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN ADÁN (directores), *La orden de detención y entrega europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006; LEGIDO SÁNCHEZ, A., «La Euro-Orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007, www.reei.org; JIMENO BULNES, M., «La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales», *Diario La Ley*, año XXV, núm. 5979, 19 de marzo de 2004; SARMIENTO, D., «European Union: The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence», *International Journal of Constitutional Law Advance Access*, January 3, 2008.

y aseguramiento de pruebas¹⁴⁴, encargada de facilitar el embargo preventivo, permitiendo que la autoridad judicial del Estado de origen adopte una resolución acordando la adopción de un embargo provisional de aquellos bienes que bien vayan a ser objeto de un ulterior comiso, o bien vayan a ser utilizados como prueba en juicio. Al igual que en el caso anterior se suprime la doble incriminación en relación con un listado de treinta y dos categorías delictivas¹⁴⁵.

En tercer lugar, la decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias¹⁴⁶, permite al Estado requirente acudir a la autoridad judicial del Estado en que la persona obligada al pago de una sanción pecuniaria derivada de una infracción penal cometida por él (o administrativa en determinados casos) tenga elementos patrimoniales, obtenga ingresos o tenga su residencia habitual, para ejecutar dicha sanción, sin aplicar la doble incriminación respecto del listado de delitos señalados en la norma¹⁴⁷.

En cuarto lugar, la decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso¹⁴⁸, permite que una resolución dictada en un Estado acordando el decomiso de una serie de bienes, sea reconocida y ejecutada por un tribunal del Estado en el que se encuentran los bienes afectados¹⁴⁹.

Por último, durante el pasado año 2008 se aprobaron un conjunto de decisiones marco de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales que afectan a distintas fases del proceso penal¹⁵⁰.

¹⁴⁴ DO L 196 de 2 de agosto de 2003. Incorporada al derecho español a través de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la anterior («BOE» núm. 134 de 6 de junio de 2006).

¹⁴⁵ Sobre este tema ver: MAGRO SERVET, V., «La eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales», La Ley Penal, núm. 28, Junio 2006, (1126/2006) y VV. AA, «La nueva ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales», Estudios de derecho Judicial, núm. 117, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

¹⁴⁶ DO L 76 de 22 de marzo de 2005. El proyecto de Ley española de transposición (Proyecto de Ley para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias) y el proyecto de Ley Orgánica complementaria de la anterior, se encuentran actualmente en fase de tramitación parlamentaria.

¹⁴⁷ Sobre este tema ver: LÓPEZ ESCUDERO, M., «El reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias en la Unión Europea», *Revista General de derecho Europeo* núm. 10, mayo 2006.

¹⁴⁸ DO L 328 de 24 de noviembre de 2006. Actualmente existe un anteproyecto de Ley para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de decomiso y un anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la anterior, para la transposición de la decisión marco al ordenamiento jurídico español.

¹⁴⁹ Sobre este tema ver: BUJOSA VADELL, R. M., «El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006», *Revista General de derecho Europeo* núm. 13, mayo 2007.

¹⁵⁰ Junto al último paquete de decisiones Marco deben incluirse también dos normas, que si bien no tienen por objeto la ejecución en un Estado miembro de las decisiones judiciales tomadas en otro Estado miembro, sirven como complemento de las anteriores. Se trata de la decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consiliación de las resoluciones con denatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DO L 220 de 15 de agosto de 2008) y de la DM 2008/315/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 (DO L 93 de 7 de abril de 2009). De este modo, el programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (DO C 12 de 15 de enero de 2001) contemplaba la necesidad de adoptar uno o varios instrumentos que garantizaran que el juez de un Estado miembro pudiera tener en cuenta las resoluciones penales definitivas dictadas en los demás, así como la de elaborar un modelo de solicitud de antecedentes penales

Se trata en primer lugar de la decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre, 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 Unión Europea¹⁵¹, que tiene por objeto establecer las normas con arreglo a las cuales un Estado miembro, para facilitar la reinserción social del con denado, podrá reconocer una sentencia y ejecutar la con dena impuesta en otro Estado miembro.

En la misma línea que la anterior, con el fin de facilitar la reinserción social del con denado, la decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre, 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 sustitutivas¹⁵², permite a un Estado miembro, distinto de aquel en el que la persona de que se trate haya sido con denada, reconocer las sentencias y, si procede, las resoluciones de libertad vigilada, así como vigilar las medidas de libertad vigilada impuestas sobre la base de una sentencia o las penas sustitutivas contenidas en tal sentencia.

Finalmente, la decisión Marco 2008/978/JAI de 18 de diciembre, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal¹⁵³, permite aplicar el principio de reconocimiento mutuo a una resolución judicial, bajo la forma de un exhorto europeo, con el fin de recabar en el Estado de ejecución objetos, documentos o datos que se necesiten en el Estado de emisión para su uso en procesos penales.

Todas estas decisiones marco, que vienen a desempeñar la labor que antes ejercían los convenios, introducen nuevos postulados y principios sobre los que debe articularse la cooperación. Así, el principio de reconocimiento mutuo, supone reconocer el efecto directo de las resoluciones judiciales dictadas por una autoridad judicial en un Estado miembro en el territorio de todos los demás Estados miembros de la Unión. Este nuevo concepto, que ha revolucionado la cooperación judicial tradicional entre los Estados, constituye hoy la piedra angular del sistema de cooperación judicial de la Unión Europea¹⁵⁴, y la decisión marco, en cuanto instrumento elegido para su articulación, el instrumento más importante del actual sistema de cooperación judicial penal entre los Estados miembros.

2.5 REFERENCIA A LAS DECISIONES DEL COMITÉ EJECUTIVO EN EL ESPACIO SCHENGEN

El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), de 19 de junio de 1990, supuso la consagración de un nuevo ámbito de cooperación intergubernamental extramuros de la Unión Europea, nacido cinco años antes con el Acuerdo de Schengen.

traducido a todas las lenguas oficiales de la Unión, sobre la base del modelo elaborado en el marco de las instancias de Schengen.

¹⁵¹ DO L 327 de 5 de diciembre de 2008.

¹⁵² DO L 337 de 16 de diciembre de 2008.

¹⁵³ DO L 350 de 30 de diciembre de 2008.

¹⁵⁴ Conclusión núm. 33 de la Presidencia del Consejo Europeo celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 en Tampere.

Este nuevo ámbito de cooperación, dirigido a la supresión de los controles de las personas en las fronteras interiores, supuso también un fortalecimiento de la cooperación aduanera, policial y judicial, y permitió dar gran des pasos en materia de cooperación judicial penal. Para ello, los citados convenios crearon un aparato institucional formado por distintos órganos encargados de su aplicación: el Comité Ejecutivo, el Grupo Central, los Comités y Grupos de Trabajo y la Secretaría de Schengen.

A partir de esas instituciones, el espacio Schengen fue desarrollándose a través de una serie de decisiones emanadas fundamentalmente del Comité Ejecutivo o, por delegación, del Grupo Central¹⁵⁵, que componen, junto con los propios Convenios, el llamado Acervo de Schengen.

Las decisiones integradoras del Acervo de Schengen eran aprobadas por unanimidad de los miembros del Comité Ejecutivo o, en su caso, del Grupo Central, a través del correspondiente proceso de adopción de decisiones previamente aprobado por el Comité¹⁵⁶. Sin embargo, estas decisiones se tomaban sin intervención de ningún control jurídico ni democrático.

En este sentido, las decisiones del espacio de Schengen, vinculantes para los Estados miembros, han sido muy criticadas, al adolecer de graves carencias desde el punto de vista jurídico, pues no existía ningún tipo de control jurisdiccional al que quedasen sometidas. Asimismo, estas decisiones se han caracterizado por la opacidad en su adopción, sin que tampoco existiera ningún control o filtro parlamentario, a pesar de ser un ámbito de incidencia directo sobre los derechos fundamentales de las personas.

Este sistema de cooperación y de adopción de decisiones ha permitido, sin duda, avanzar más deprisa de lo que se ha avanzado en este ámbito en el marco de la Unión Europea. Sin embargo, a largo plazo resultaba difícil de sostener esta duplicidad, tanto por las disfuncionalidades que planteaba la existencia de dos sistemas paralelos con objetivos idénticos, como por las profundas carencias del sistema de Schengen en materia de garantías jurídicas y democráticas.

Ello dio lugar a la incorporación del Acervo de Schengen al marco jurídico de la Unión Europea, y a la sustitución de sus instituciones por el Consejo de la Unión Europea y la Secretaría General del mismo. Esta integración de los Acuerdos de Schengen y de las decisiones adoptadas conforme a los mismos, se produjo a raíz de la aprobación del Tratado de Amsterdam a través de un protocolo anexo al mismo, en el que se atribuyó al Consejo la labor de determinar la base jurídica de cada una de las decisiones constitutivas del Acervo de Schengen¹⁵⁷.

Con la integración del Acervo de Schengen en el TCE y en el TUE, y tras la correspondiente autorización de los entonces trece Estados miembros integrantes del espacio de Schengen, se daba comienzo, por tanto, a una nueva etapa. Nacía de este modo una cooperación reforzada que ponía fin a la opacidad jurídica e institucional que caracterizaba a dicho sistema, mediante el sometimiento a las garantías democráticas (intervención del Parlamento Europeo) y jurídicas (competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) propias, según el caso, de la Comunidad Euro-

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ PITA y GONZÁLEZ, R., «El Tratado de Amsterdam y el acervo de Schengen», en *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2000, p. 87.

¹⁵⁶ Según lo establecido en el artículo 132 del CAAS.

¹⁵⁷ Artículo 2.1 del Protocolo de Schengen.

pea o de la Unión Europea. En palabras de Alejandro del Valle «supone indirectamente un reconocimiento de la legitimidad democrática de la Unión Europea, que aún con sus profundas carencias, mantiene un nivel de garantías democráticas –equilibrio de poderes y controles comunitarios, transparencia, obligatoriedad y control jurisdiccional comunitario y nacional de los actos y normas jurídicas– lo suficientemente adecuado como para que se estime beneficiosa la extensión de estas garantías a la esfera de actividad Schengen, considerada tradicionalmente opaca a los controles democráticos»¹⁵⁸.

3. LA ELECCIÓN DEL INSTRUMENTO A DECUADO: LA EFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL

El título VI del TUE ofrece la posibilidad de acudir a los distintos instrumentos jurídicos previstos en el mismo, para poner en marcha iniciativas relacionadas con la cooperación judicial penal. A partir de esta variedad, el Consejo podrá optar entre unos y otros, dentro de los límites definidos en el Tratado, para la consecución de los objetivos de la Unión en el marco de la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros.

Esta libertad ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 3 de mayo de 2007¹⁵⁹, en la que el Tribunal resuelve la validez de la decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden europea de detención y entrega y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros.

Dicha resolución, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Arbitraje belga, responde, en su argumentación, una cuestión de carácter general relacionada con los instrumentos normativos del Tercer Pilar. En concreto señala que, dentro de los límites del TUE, el legislador goza de plena libertad de elección entre los instrumentos jurídicos puestos a su disposición, bastando con que en esa tarea se cumplan los requisitos establecidos para la adopción del acto escogido¹⁶⁰. El Tribunal interpreta a demás esos límites de una forma amplia, al señalar que el artículo 34.2 del TUE, en el contexto del título VI, se limita a enumerar los distintos tipos de instrumentos jurídicos que pueden emplearse para lograr los objetivos previstos con carácter general en dicho título, sin consignar objetivos específicos para cada uno, ni establecer orden de prelación alguno.

Así, en el caso concreto, señala que la decisión marco no sólo tiene como función la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, en orden a establecer normas mínimas sobre los elementos constitutivos de los delitos y las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de

¹⁵⁸ VALLE, A. DEL, «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», *Revista de derecho Comunitario Europeo*, Vol. 2, núm. 3, 1998, pp. 41-78.

¹⁵⁹ STJCE de 3 de mayo de 2007, en el asunto *Advocaten voor de Wereld VZW contra Le den van de Ministerraad* (C-303/05). Para más información, ver: CORTÉS MARTÍN, J.M., «La decisión marco relativa a la Orden de detención europea y su cuestionada validez ante el TJCE: comentario a la STJCE de 3 de mayo 2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05)», *Revista General de derecho Europeo*, núm. 15, enero 2008.

¹⁶⁰ Apartados 28-43.

drogas, como podría deducirse del juego de los artículos 34.3 b), 29.2 y 31.1.e) del TUE. Por el contrario, la decisión marco pue de utilizarse para el cumplimiento de cualesquiera de los objetivos recogidos en el citado título, dentro de los márgenes del artículo 34, disponiendo el Consejo de un amplísimo margen de discrecionalidad en la elección del instrumento jurídico más a decuado.

Así pues, partiendo de la libertad de elección del legislador dentro de los límites del Tratado, éste habrá de escoger entre los actuales cuatro instrumentos jurídicos vigentes en el Tercer Pilar¹⁶¹, para lograr en cada caso y de la forma más eficaz posible, el objetivo perseguido en el marco de la cooperación judicial penal entre los Estados miembros de la Unión Europea.

No obstante, como hemos visto, no todos los instrumentos son intercambiables ni poseen el mismo valor jurídico y, por en de, no todos tienen la misma importancia en el proceso de construcción del espacio europeo de justicia.

En este sentido, en el Consejo Europeo de Tampere quedaron sentadas las bases para la consecución de una Europa integrada en materia de cooperación judicial penal. La principal la constituye el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en los Estados miembros, como piedra angular de la cooperación judicial penal en la Unión Europea. La segunda, la necesaria aproximación de legislaciones tanto de carácter sustantivo como procedimental, como complemento necesario del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

A la luz del objetivo final de la integración en un espacio europeo de justicia y de sus bases principales, el reconocimiento mutuo y la aproximación de legislaciones, deben diferenciarse aquellos instrumentos que cumplen fines secundarios o complementarios, de aquellos otros que resultan cruciales para la consecución del objetivo último de la integración judicial.

Dentro del primer grupo se encuentran las posiciones comunes, habida cuenta de su dudosa naturaleza normativa y de la función que les atribuye el TUE, limitada únicamente a definir el enfoque común de la Unión sobre un asunto particular. Así, si bien algunas de ellas han ido más allá de sus límites para contener no una opinión sobre un asunto concreto, sino un conjunto de medidas restrictivas de derechos individuales, ello no pue de consi derarse como el contenido normal de las posiciones comunes en el marco del Tercer Pilar, sino como una transgresión de la letra del Tratado.

Mayor importancia, a pesar de su difuso perfil, consecuencia de la escueta regulación que les dedica el TUE, han tenido las decisiones en la construcción del espacio europeo de justicia. Estos instrumentos, de carácter residual, se han utilizado en la práctica bien para la creación de estructuras destinadas a facilitar la cooperación judicial penal entre los Estados, bien para establecer medidas concretas, sin fines armonizadores, en relación con delitos de carácter transfronterizo. Sin embargo, su contribución a la construcción del espacio europeo de justicia, se ha producido más desde un punto de vista instrumental que sustantivo, al prohibir el Tratado su participación en la armonización de las disposiciones nacionales de los Estados miembros.

Frente a las posiciones comunes y a las decisiones, los convenios y las decisiones marco se configuran como instrumentos normativos de primer orden en materia de

¹⁶¹ Posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios (sin perjuicio de la vigencia de algunas acciones comunes anteriores al Tratado de Amsterdam).

cooperación judicial penal en la Unión Europea. En este sentido, ambos instrumentos resultan igualmente válidos, como recalca el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto *Advocaten*¹⁶², para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos materiales previstos en el título VI del Tratado. Así, las decisiones marco han sido concebidas específicamente como instrumentos destinados a la armonización de las legislaciones, y los convenios se ha utilizado tradicionalmente tanto para articular un sistema de asistencia judicial en materia penal, como para aproximar las legislaciones penales de los Estados miembros. A partir de aquí, la elección de uno u otro deberá depender del análisis de las ventajas e inconvenientes que ofrezca cada uno de estos instrumentos.

En favor de la decisión marco juegan tanto la cuestión del plazo de armonización de las normativas estatales, como el propio carácter de la armonización, que será plena y uniforme en todos los Estados miembros.

De este modo, obviando los frecuentes retrasos en su cumplimiento, la decisión marco permite lograr la armonización de las disposiciones de los Estados miembros en el plazo previsto por la misma, frente a la dudosa e incierta entrada en vigor de los convenios, que dependerá de que la mitad de los Estados miembros hayan prestado debidamente su consentimiento. Pero además, la decisión marco constituye el instrumento idóneo para la armonización de legislaciones, en la medida en que permite lograr una armonización completa y uniforme en todos los Estados miembros. Así, aunque ambos instrumentos exijan la unanimidad del Consejo, los convenios únicamente resultan vinculantes para los Estados miembros que los hayan ratificado, mientras que las decisiones marco vinculan a todos los Estados miembros.

Frente a las ventajas que ofrece la utilización de las decisiones marco, los convenios pueden resultar en ocasiones más adecuados, dada la mayor flexibilidad en la adopción de su contenido y la posibilidad de que prosperen sin estar de acuerdo todos los Estados miembros. A demás, frente a lo que ocurre con las decisiones marco, no queda excluido su efecto directo¹⁶³.

Así, con carácter general, los convenios no poseen un único contenido uniforme para todos los Estados miembros, sino que a través de la posibilidad de formular reservas o declaraciones por parte de los Estados, se permite una mayor flexibilidad que facilita su adopción, frente a la rigidez material que caracteriza a las decisiones marco. A demás, los convenios pueden llegar a adoptarse, a pesar de exigir unanimidad para su aprobación, aún cuando una serie de Estados no pretenda aplicar su contenido, bastará con que voten a favor pero se abstengan finalmente de ratificar el tratado.

En cuanto a sus efectos, los convenios pueden ser directamente invocables ante los tribunales de los Estados miembros que los hayan ratificado, cuando sus disposiciones sean claras, precisas e incondicionales y confieran derechos o pretensiones jurídicas a los particulares, no así las decisiones marco, cuyo efecto directo ha sido vedado por el TUE. Dicha limitación ha quedado patente a raíz de la Sentencia recaída en el asunto *María Pupino*, en el que la extensión de la teoría de la interpretación conforme al derecho comunitario propia de las directivas a las decisiones marco, ha obediendo a esa limitación impuesta en el Tratado de negar el efecto directo de las decisiones marco.

¹⁶² Apartado 41.

¹⁶³ CARRERA HERNÁNDEZ, J., «Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007, pp.20-21. www.reei.org.

No obstante, pese a las ventajas que puedan presentar los convenios, los problemas de ratificación que en la práctica han venido planteando han inclinado la balanza a favor de las decisiones marco, que aunque con retrasos en su transposición, una vez aprobadas en el Consejo son aplicadas por todos los Estados miembros. Y es que el principal problema de los convenios ha consistido en lograr su ratificación por los Estados, lo que ha generado enormes retrasos en su aplicación o incluso, en ocasiones, la imposibilidad de la misma. Y, si bien es verdad que al no existir un procedimiento de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia las decisiones marco raramente se transponen en el plazo fijado para ello, su nivel de cumplimiento mejora con creces el que caracteriza a los convenios.

Pero sobre todo, las decisiones marco son los actos óptimos para lograr la adecuada armonización de las disposiciones legales y reglamentarias en la totalidad de los Estados miembros. Por ello, sólo en aquellos casos en que existieran serias dificultades para lograr la unanimidad en la adopción de una medida determinada, podría resultar más eficaz acudir al convenio que a la decisión marco, permitiendo avanzar a un grupo reducido de Estados miembros sin la necesidad de iniciar una cooperación reforzada¹⁶⁴.

A demás, a todos estos argumentos en favor de las decisiones marco se suma el desempeño por parte de las mismas de otra función de trascendental importancia en la construcción del espacio europeo de justicia, al erigirse como el instrumento a través del cual se ha venido manifestando el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de los Estados miembros. Este segundo eje del espacio europeo de justicia ha permitido avanzar a la Unión Europea en una nueva concepción de la cooperación judicial penal, reduciendo plazos y facilitando el contacto directo entre las autoridades judiciales de los distintos Estados miembros.

De este modo, en los últimos años se ha venido desarrollando una nueva forma de entender la cooperación judicial penal, superadora de la tradicional asistencia judicial internacional y, con ella, de la clásica cooperación convencional, pues el principio de reconocimiento mutuo ha venido de la mano del desarrollo de las decisiones marco como nuevo instrumento de la cooperación judicial en materia penal. Así, si la nueva filosofía ha permitido superar los problemas de agilidad y eficacia que presentaba el antiguo sistema basado en la comunicación vía autoridades centrales y en la que se aplicaban requisitos como la doble incriminación; el cambio de instrumento normativo ha significado la superación de problemas como el solapamiento entre convenios con ámbitos de aplicación diversos, la existencia de reservas o la falta de ratificación por todos los Estados de los convenios aplicables.

En definitiva, la doble función que desempeña la decisión marco, tanto en el terreno de la armonización de legislaciones, como en el de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, hace de este instrumento el principal de los destinados a articular la cooperación judicial penal entre los Estados miembros. Frente a ella, el instrumento hasta hoy predominante, el convenio, ha quedado obsoleto en el camino hacia la construcción del espacio europeo de justicia.

Sin embargo, las decisiones marco presentan también una serie de deficiencias que dificultan la consecución de los objetivos establecidos en los Tratados. Así, la carencia de efecto directo de las mismas, la inexistencia de un recurso por incumplimiento o la exigencia de unanimidad para su adopción, constituyen, entre otros,

¹⁶⁴ Idem.

obstáculos en el avance hacia la integración europea en materia de justicia. Estos inconvenientes se derivan de la integración de los instrumentos jurídicos de la cooperación judicial penal en el Tercer Pilar, de carácter intergubernamental y diferenciado del sistema de actos normativos que conforma el Primer Pilar o Pilar comunitario.

4. CARENCIAS Y DEFICIENCIAS DEL TERCER PILAR

El sistema de actos normativos del Tercer Pilar se caracteriza por su peculiaridad, al integrarse por un conjunto de actos propios diferenciados de los actos del Primer y del Segundo Pilar. En este sentido, desde la reforma practicada con el Tratado de Amsterdam, puede situarse al sistema de actos del Tercer Pilar a medio camino entre el sistema comunitario y el de la PESCE, pues si bien sigue estando formado por una serie de actos especiales con menor fuerza jurídica que los actos del Primer Pilar, con la reforma practicada en Amsterdam se efectuó una relativa comunitarización del sistema mediante la introducción de ciertas notas comunitarias en el procedimiento decisorio típicamente intergubernamental¹⁶⁵.

A pesar de esas reformas, los actos propios del Tercer Pilar muestran una serie de carencias que hacen de ellos instrumentos débiles en el conjunto de los actos normativos al servicio de las políticas de la Unión Europea. Así lo ha reconocido la Comisión Europea, que en su Comunicación de 28 de junio de 2006¹⁶⁶, puso de manifiesto los problemas que vienen afectando de manera recurrente a los actos del Tercer Pilar. Estos problemas afectan tanto a la forma de elaboración de los mismos, como a su aplicación y a su interacción con el resto de actos comunitarios, como consecuencia de la articulación del sistema de pilares.

4.1 DEFICIENCIAS EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS DEL TERCER PILAR

Por lo que respecta a los problemas derivados del particular procedimiento de elaboración de los instrumentos normativos del Tercer Pilar, éstos afectan tanto a la fase de iniciativa legislativa, como a la intervención del Parlamento Europeo y a su aprobación.

En primer lugar, se reconoce un derecho de iniciativa legislativa compartido por la Comisión y los veintisiete Estados miembros¹⁶⁷. Este derecho compartido, introducido por el Tratado de Amsterdam, si bien representa un avance respecto de la regulación anterior, en virtud de la cual la iniciativa era ejercida en exclusiva por los Estados, plantea dificultades a la hora de garantizar que puedan prosperar los

¹⁶⁵ Reconocimiento de la capacidad de iniciativa de la Comisión (art. 34.2 TUE), obligación de consulta al Parlamento Europeo (art. 39), incorporación de competencias, aunque reducidas, del Tribunal de Justicia (art. 35), aplicación de la mayoría cualificada en el Consejo para adoptar medidas de aplicación de las decisiones y de la mayoría en cuestiones de procedimiento (arts. 34.2 c) y 34.4) e introducción de la decisión marco, cuyo alcance es más similar al de las directivas que al del resto de actos intergubernamentales.

¹⁶⁶ COM (2006) 331 final.

¹⁶⁷ Artículo 34.2 TUE.

procedimientos iniciados. Ello responde al hecho de que en la práctica, a menudo los Estados miembros utilizan el derecho de iniciativa para perseguir objetivos exclusivamente nacionales, y al no estar sometidas esas iniciativas a ninguna evaluación previa que mida su dimensión europea, posteriormente son abandonadas al no recibir el apoyo de los demás Estados. Pero a demás, el derecho de iniciativa no sólo implica la presentación de una propuesta, sino también el derecho a modificarla o incluso a retirarla durante la negociación. Estos poderes, que en el Primer Pilar acumula la Comisión en representación del interés comunitario, se encuentran mermados en el Tercer Pilar, pues basta con la iniciativa de un solo Estado para contrarrestar la de la Comisión Europea¹⁶⁸. Por ello, sería conveniente reservar el poder de iniciativa a la Comisión, o, al menos, exigir un número mínimo de Estados para presentar una iniciativa, como garantía mínima del interés y la dimensión europea de las propuestas.

En segundo lugar, constituye una crítica recurrente de los actos del Tercer Pilar, el déficit democrático que afecta a su proceso de elaboración. En este sentido, el Parlamento Europeo ve limitada su intervención en el procedimiento de adopción de los actos del Tercer Pilar, a la mera consulta previa a la adopción de cualquier convenio, decisión o decisión marco, y a la información regular sobre los trabajos que se estén desarrollando¹⁶⁹. Esta mínima intervención del Parlamento Europeo no dota de suficiente legitimidad democrática a unos actos jurídicos que a menudo inciden directamente en la esfera de los derechos fundamentales de las personas. Pero a demás, a menudo ocurre que cuando el Parlamento eleva su opinión al Consejo, la iniciativa original ya ha sido modificada en el transcurso de las negociaciones, de modo que procede a emitir una nueva opinión que llega cuando ya existe acuerdo político en el Consejo. En estos casos los Estados suelen negarse a incorporar las modificaciones propuestas por el Parlamento en un texto que consi deran cerrado. Y es que, con que un Estado rechace las observaciones del Parlamento, éstas no podrán ser incorporadas, lo que resta valor a los dictámenes del Parlamento Europeo y le niega la función de control político¹⁷⁰.

A demás, si la intervención del Parlamento resulta mínima en el caso de la adopción de convenios, decisiones y decisiones marco, queda excluida en todo caso en la adopción de posiciones comunes. Esta exclusión, si bien podría resultar lógica, dada la función que el Tratado atribuye a las posiciones comunes, en la práctica resulta de una enorme gravedad. De este modo, el Consejo ha adoptado determinadas posiciones comunes que trascienden su función original y que afectan directamente a los derechos de las personas en términos claramente restrictivos. Estas posiciones comunes no sólo han vulnerado la letra del Tratado, sino que a demás carecen de la deseable legitimidad democrática garantizada en la Unión Europea por el Parlamento Europeo, al haber sido adoptadas de espaldas al mismo.

Como consecuencia del déficit democrático del Tercer Pilar, se produce a demás un efecto in deseable que dificulta y retrasa la adopción formal de los actos en el Consejo. Así, los Parlamentos nacionales tratan de ejercer una influencia en el proceso decisorio examinando cada iniciativa y dando directrices a sus Gobiernos durante la negociación del texto en el Consejo. Incluso tras la adopción de un acuerdo político, algunas delegaciones introducen reservas parlamentarias, impidiendo la adopción formal del acto hasta que sus respectivos Parlamentos lo hayan aprobado. Sin embargo esta

¹⁶⁸ CASTILLO GARCÍA, J. F., «La comunitarización del Tercer Pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo», *Revista General de derecho Europeo*, núm. 11, octubre 2006, pp.15 y 16.

¹⁶⁹ Artículo 39 TUE.

¹⁷⁰ CASTILLO GARCÍA, J.F., *op. cit.*, nota 156, pp.11-12.

práctica, lejos de contribuir al control democrático, función que debería ejercer el Parlamento Europeo, retrasa enormemente la adopción de los actos en el Consejo¹⁷¹.

Por último, otra de las grandes deficiencias de los actos del Tercer Pilar consiste en la exigencia de unanimidad para su aprobación¹⁷². Sólo se excepcionan de esta regla la adopción de medidas de aplicación de las decisiones, que serán aprobadas por mayoría cualificada, y de las cuestiones de procedimiento, para las cuales se exige mayoría simple. En el resto de los casos, la unanimidad genera importantísimos retrasos en la adopción de los instrumentos decisorios del Tercer Pilar. Pero además de la lentitud del proceso decisorio, la unanimidad impide a menudo llegar a acuerdos a los Estados miembros sobre el contenido de los nuevos actos, conduciendo bien a la falta de aprobación de los mismos, o bien a su vaciamiento de contenido.

Este problema ha ido en aumento a medida que ha ido creciendo la Unión Europea, sobre todo a raíz de las dos últimas ampliaciones en las que Europa ha pasado de tener quince Estados miembros a integrarse por veintisiete voluntades políticas diferenciadas.

4.2 DEFICIENCIAS EN EL PROCESO DE APLICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS DEL TERCER PILAR

Por lo que respecta a la aplicación de los instrumentos normativos de la cooperación penal, en primer lugar, la especificidad de estos instrumentos y el intento por diferenciarlos de los actos del Primer Pilar, les confiere cierta debilidad que, en el caso de las decisiones y las decisiones marco se traduce en la exclusión de su efecto directo¹⁷³ y en todo caso, en la inaplicación de la jurisprudencia consolidada en derecho comunitario.

A demás, a pesar de que la reforma practicada por el Tratado de Amsterdam dotó al Tribunal de Justicia de ciertas competencias en el ámbito del Tercer Pilar¹⁷⁴, éstas se encuentran limitadas, lo que supone una importante merma del control de la legalidad de los actos del Tercer Pilar. De este modo, aunque se incorpora la cuestión prejudicial sobre la validez e interpretación de las decisiones y las decisiones marco y sobre la interpretación de los convenios, ésta tendrá carácter facultativo, al depender de la realización de una declaración de aceptación por parte de los Estados miembros. Por su parte, el recurso de anulación contra las decisiones y decisiones marco se limita, no sólo en cuanto a los actos contra los que cabe su interposición¹⁷⁵, sino también en cuanto a los órganos legitimados para interponerlo, solamente la Comisión o un Estado miembro¹⁷⁶. Por último, los motivos de anulación aparecen tasados en el Tratado¹⁷⁷.

Pero quizá la mayor deficiencia se deriva de la inexistencia de un recurso por incumplimiento, lo que se traduce en la vulneración generalizada de los plazos de trans-

¹⁷¹ *Ibidem*, pp.12-13.

¹⁷² Artículo 34.2 del TUE.

¹⁷³ Artículo 34.2 b) y c) del TUE.

¹⁷⁴ Artículo 35 del TUE.

¹⁷⁵ Quedan excluidos los convenios y las posiciones comunes.

¹⁷⁶ Quedan excluidos el Parlamento Europeo y los particulares.

¹⁷⁷ Únicamente cuando concurra alguno de los siguientes vicios: incompetencia, vicios sustanciales de forma, la violación del TUE o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o desviación de poder.

posición de las decisiones marco, al no preverse sanciones como consecuencia jurídica de su incumplimiento. Para paliar esta carencia, la Comisión ha tratado de articular un sistema de control basado en unos mecanismos de seguimiento y evaluación¹⁷⁸, que sin embargo no consiguen suplir los efectos derivados de los dictámenes motivados de la Comisión y posteriores recursos por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

4.3 PROBLEMAS DERIVADOS DE LA ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE PILARES

Por último, la estructura de pilares de la Unión Europea diseñada en el Tratado de Maastricht ha añadido una enorme complejidad al sistema de adopción de decisiones en el seno de la Unión, que ha dado lugar a conflictos de competencia entre el Primer y el Tercer Pilar.

Estas tensiones entre el derecho comunitario y el derecho de la Unión, se producen como consecuencia de la superposición de competencias, lo que plantea dudas acerca de la elección de la base jurídica a decuada, con importantísimas consecuencias según cuál sea la escogida.

Muestra de ello son los conflictos surgidos recientemente como consecuencia de la colisión de la competencia comunitaria en materia medioambiental y las competencias de la Unión en materia penal. Estos conflictos merecieron el planteamiento de sendos recursos de anulación por la Comisión contra dos decisiones marco que imponían a los Estados la obligación de adoptar sanciones penales¹⁷⁹, por considerar que ambas materias (la protección del medio ambiente y la lucha contra la contaminación marítima) entraban dentro de las competencias que el TCE atribuye a la Comunidad. La duda consistía entonces en determinar si sería legítimo atribuir a la Comunidad Europea competencias en materia penal cuando recayeran sobre materias objeto de su competencia. En definitiva, si resulta legítimo atribuir a la Comunidad poderes implícitos a las competencias materiales que le otorga el Tratado, en un ámbito tradicionalmente reservado a la soberanía estatal y sólo desarrollado intergubernamentalmente a través del Tercer Pilar.

Pues bien, en sus Sentencias de 13 de septiembre de 2005¹⁸⁰ y de 23 de octubre de 2007¹⁸¹, el Tribunal de Justicia ha resuelto anular las dos decisiones marco impug-

¹⁷⁸ A partir de la importancia que tanto el Programa de la Haya como su Plan de Acción habían atribuido a la evaluación de las medidas adoptadas en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, la Comisión adoptó la Comunicación, de 28 de junio de 2006, «Evaluación de las políticas de la UE en materia de libertad, seguridad y justicia» (COM(2006) 332 final), en la que se especifican los instrumentos a evaluar en cada una de las distintas políticas existentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia (incluido «el establecimiento de un área genérica de justicia en asuntos civiles y penales»), lo objetivos que ha de perseguir esa evaluación, sus resultados...etc.

¹⁷⁹ La decisión Marco 2003/80/JAI, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal (DO L29, de 5 de febrero de 2003) y la decisión Marco 2005/667/JAI, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques (DO L 255, de 30 de septiembre de 2007).

¹⁸⁰ C-176/03. Para más información, ver: ESTRADA CUADRAS, A., «Vía libre al derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005», Revista para el análisis del derecho, núm. 341, abril 2006, www.indret.com; CEBADA ROMERO, A., «La competencia penal de la CE en materia de protección del medio ambiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de septiembre de 2005, C-176/03 Comisión c. Consejo», Revista General de derecho Europeo, núm. 9, febrero 2006.

¹⁸¹ C-440/05.

nadas, por considerar que la Comunidad es competente para adoptar medidas relacionadas con el derecho penal, siempre que sean necesarias para garantizar la eficacia del derecho comunitario. Así, el Tribunal reconoce que, si bien el derecho penal no constituye en sí mismo una política comunitaria, sí es posible adoptar una disposición penal específica en el marco del Primer Pilar cuando ello resulte necesario para garantizar la eficacia del derecho comunitario, siempre que se demuestre la necesidad de luchar contra graves incumplimientos de los objetivos de la Comunidad.

A partir de los términos de las citadas sentencias, que se centran en la política de protección medioambiental, se plantea el alcance de la competencia penal de la Comunidad Europea en relación con las demás políticas comunitarias. Aunque el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado con carácter general sobre esta cuestión, algunas instituciones comunitarias han sacado ya sus propias conclusiones. Así, tanto la Comisión como el Parlamento Europeo, consi deran que la competencia penal reconocida a la Comunidad Europea no se limita al ámbito medioambiental, sino que se extien de a todas aquellas materias que sean competencia de la Comunidad y que exijan adoptar medidas penales para salvaguardar el buen funcionamiento de la libertad o la eficacia de la política comunitaria.

5. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y EL ACERCAMIENTO ENTRE LOS INSTRUMENTOS DEL PRIMERY EL TERCER PILAR

La construcción del sistema de actos normativos del derecho comunitario, asentado sobre el modelo trazado por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, obedece al desarrollo que ha experimentado dicho modelo gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y a la inestimable contribución doctrinal¹⁸². De este modo, la precariedad del modelo establecido en los Tratados ha experimentado una auténtica reconstrucción, a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha dotado al derecho comunitario de su significado actual como ordenamiento jurídico. Pero a demás, la interpretación desarrollada por el Tribunal de Justicia, ha significado la atribución al derecho comunitario en general, y a los reglamentos y directivas en particular, de una fuerza que no tenían en virtud del texto original de los Tratados.

Con la aparición de la estructura de pilares del TUE, y la construcción de su propio sistema de normas y actos jurídicos, se añadía un nuevo elemento de complejidad a ese sistema normativo. Sin embargo, los principios desarrollados por la jurisprudencia en relación con el derecho comunitario, como el de primacía o el de efecto directo, no resultaban de aplicación a los actos normativos de los pilares intergubernamentales. Por ello, para interpretar las lagunas presentes en el TUE en relación con el sistema de actos del Segundo y del Tercer Pilar, habrá que estar a la jurisprudencia específica dictada por el Tribunal, en el marco de sus limitadas competencias, en dichos ámbitos concretos.

Hasta hoy, la jurisprudencia existente sobre el sistema de actos normativos del Tercer Pilar ha sido muy escasa, pero en los últimos años, en la medida en que se ha

¹⁸² LIÑÁN NOGUERAS, D. J en Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D. J., *op. cit.*, nota 9, p.331.

producido un aumento en la utilización de estos instrumentos jurídicos, también se viene apreciando un aumento de las sentencias interpretativas de los términos del Tratado. Unas sentencias que muestran una clara tendencia hacia la progresiva equiparación entre los instrumentos del Tercer y del Primer Pilar, al extender doctrinas procedentes del derecho comunitario al ámbito del derecho de la Unión.

Muestra de ello la ofrece la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005, en el asunto *María Pupino*¹⁸³, en el que el Tribunal resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Juez de Instrucción italiano, en el marco del proceso judicial seguido contra *María Pupino*, profesora de parvulario acusada de varios delitos de lesiones contra sus alumnos menores de edad. El Juez que planteaba la cuestión, deseaba saber si la decisión marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, no incorporada al derecho italiano, podía surtir efectos dentro del mismo. El Tribunal, tras realizar una comparación entre la directiva y la decisión marco y concluir la analogía entre las mismas¹⁸⁴, abre la vía para aplicar la jurisprudencia propia de la directiva a la decisión marco. No obstante, ante la imposibilidad de reconocer el efecto directo de la decisión marco, dados los términos tajantes del artículo 34. 2 b) del TUE que lo niegan radicalmente, aplica la teoría de la interpretación conforme¹⁸⁵.

De este modo, por primera vez el Tribunal niega la separación radical entre el Primer y el Tercer Pilar, al reconocer, en nombre de la doctrina del efecto útil, la aplicación del principio de interpretación del derecho nacional conforme a las prescripciones del derecho de la Unión. Esta doctrina, formulada en el ámbito del Primer Pilar¹⁸⁶ con objeto de paliar los efectos de aquellas directivas que carecen de efecto directo, se extiende al ámbito del Tercer Pilar para aplicarla a las decisiones marco, ninguna de las cuales puede tener, según dispone el TUE, efecto directo. El Tribunal de Justicia afirma así el deber de aplicación de la decisión marco, siempre que de la misma se deriven derechos de forma precisa e incondicional, no contradiga clara y taxativamente lo dispuesto en el derecho nacional y se respeten los principios de seguridad jurídica y no retroactividad¹⁸⁷.

En definitiva, la nueva jurisprudencia refuerza el carácter de la decisión marco, aproximándolo al de la directiva y acercando el sistema de actos normativos del Tercer Pilar al del Pilar comunitario. A partir de aquí la duda está en determinar el grado de aplicabilidad de la jurisprudencia dictada en relación con las directivas a las decisiones marco, lo que dependerá del nivel de equiparación que se establezca entre ambas. Si se sigue el camino de la Sentencia *María Pupino*, parece que la equiparación será absoluta, si por el contrario se tiene en cuenta la prohibición expresa de efecto directo de las decisiones marco, la extensión de la jurisprudencia podría ser más limitada¹⁸⁸. En cualquier caso, parece claro que la línea hasta ahora seguida por el Tribunal consiste en sortear los límites impuestos por el Tratado, para atribuir a las decisiones marco una fuerza normativa de la que carecen a la luz de la letra del Tratado.

¹⁸³ C-105/03.

¹⁸⁴ Apartados 33-37.

¹⁸⁵ Apartado 43.

¹⁸⁶ Sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing S.A. contra Comercial de Alimentación S.A.*, Apartado 8 (C-106/89).

¹⁸⁷ Apartados 43-47.

¹⁸⁸ 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*, núm. 10, 2005, p. 14, www.reei.org.

Otras resoluciones de interés desde el punto de vista del acercamiento entre el derecho comunitario y el derecho de la Unión, son las Sentencias de 27 de febrero de 2007 en los asuntos Segi y Gestoras Pro Amnistía¹⁸⁹, en las que el Tribunal de Justicia ha desestimado los recursos de casación interpuestos por Gestoras Pro Amnistía y Segi. Estos recursos solicitaban la anulación del auto del Tribunal de Primera Instancia que desestimaba los recursos interpuestos por los demandantes en orden a obtener la reparación del perjuicio ocasionado, como consecuencia de su inclusión en la lista de personas, grupos y entida des implicados en actos de terrorismo. Dicha inclusión tuvo lugar a raíz de la adopción por el Consejo de la Unión Europea de la Posición común relativa a la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo¹⁹⁰, en cuyo anexo figura una lista de personas, grupos y entida des implicados en actos de terrorismo.

El Tribunal de Primera Instancia desestimó los recursos interpuestos por Gestoras Pro Amnistía y Segi, que recurrieron entonces en casación ante el Tribunal de Justicia, alegando su in defensión, al no disponer de ningún medio para impugnar la inclusión de Gestoras Pro Amnistía y de Segi en la citada lista, y la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por los autos dictados por el Tribunal de Primera Instancia.

El Tribunal de Justicia confirmó los autos del Tribunal de Primera Instancia y desestimó los recursos de casación interpuestos por los demandantes. Para ello el Tribunal recuerda, en primer lugar, que el TUE no contempla la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales planteen al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial relativa a una posición común, ya que la posición común no está llamada a producir, por sí misma, efectos jurídicos frente a terceros. En cambio, siempre en el ámbito del Tercer Pilar, el Consejo pue de adoptar decisiones y decisiones marco dirigidas a producir efectos jurídicos frente a terceros y, en estos casos, los respectivos actos sí podrán ser objeto de una petición de decisión prejudicial. Por ello, concluye el Tribunal, en la medida en que la finalidad del procedimiento que permite al Tribunal de Justicia pronunciarse con carácter prejudicial es garantizar el respeto del derecho al interpretar y aplicar el Tratado, la posibilidad de someter con carácter prejudicial al Tribunal de Justicia un asunto en el marco del Tercer Pilar, debe admitirse en relación con las disposiciones adoptadas por el Consejo, con in depen dencia de su naturaleza o de su forma, dirigidas a producir efectos jurídicos frente a terceros¹⁹¹.

Por tanto, un órgano jurisdiccional que conoce de un litigio en el que, de manera incidental, se suscita la cuestión de la validez o de la interpretación de una posición común adoptada en el marco del Tercer Pilar, y que alberga serias dudas acerca de si aquélla despliega o no efectos jurídicos frente a terceros, podrá solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre la cuestión. Corresponderá entonces al Tribunal de Justicia comprobar, en su caso, si la posición común despliega efectos jurídicos frente a terceros, establecer la verda dera naturaleza del acto y pronun ciarse con carácter prejudicial¹⁹². Incluso, el Tribunal de Justicia sería competente para controlar la legalidad de tales actos cuando un Estado miembro o la Comisión interpu sieran un recurso en las condiciones enunciadas en el artículo 35.6 del TUE¹⁹³.

¹⁸⁹ C-355/04 P y C-354/04 P.

¹⁹⁰ Posición Común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001 (DO L 344 de 28 de diciembre de 2001).

¹⁹¹ Apartado 53.

¹⁹² Apartado 54.

¹⁹³ Apartado 55.

De esta forma, el Tribunal opta por aplicar en el ámbito de los pilares extracomunitarios la línea doctrinal, surgida en el ámbito del derecho comunitario, en virtud de la cual debe tenerse en cuenta el contenido de los actos antes que su naturaleza o forma jurídica¹⁹⁴. Ello supone reconocer que una posición común, cuando por su contenido tenga un alcance que exceda del que le atribuye el TUE y esté llamada producir efectos jurídicos frente a terceros, puede quedar sometida al control del Tribunal de Justicia. Una interpretación que de nuevo prescinde de lo establecido en el Tratado, para transformar el contenido y la naturaleza de un acto jurídico, con las consiguientes consecuencias relativas a su régimen jurídico.

Por último, en la Sentencia de 3 de mayo de 2007, en el asunto *Advocaten Voor de Wereld*¹⁹⁵, el Tribunal de Justicia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Arbitraje belga, en el marco de un recurso interpuesto por la asociación *Advocaten voor de Wereld VZW* ante dicho Tribunal, con el fin de que se anule la ley belga relativa a la orden de detención europea. Esta cuestión tiene por objeto plantear la validez 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 esta Sentencia, en la que el Tribunal determina la validez de la decisión marco cuestionada, se confirma esta tendencia a aplicar en el Tercer Pilar la jurisprudencia elaborada en el Primero. Así, el Tribunal reconoce la importancia de los derechos fundamentales como límite a la actuación de los Estados, también en el marco del Tercer Pilar¹⁹⁶, aplicando una doctrina tradicional en el ámbito del derecho comunitario¹⁹⁷. Pero incluso va más allá e invoca para ello la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000¹⁹⁸, que hasta ahora sólo había sido invocada en el marco del Pilar comunitario¹⁹⁹, a pesar de carecer de valor jurídico vinculante al no formar parte todavía²⁰⁰ del derecho primario.

Esta incipiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el marco del Tercer Pilar, parece abrir la vía hacia la progresiva comunitarización de sus normas y actos propios, a través de la extensión de los principios jurisprudenciales del derecho comunitario al ámbito de la cooperación intergubernamental. Así, respetando los términos del TUE, el Tribunal de Justicia dispone de un amplio margen de maniobra con el que puede ir dotando a los instrumentos del Tercer Pilar de una mayor fuerza jurídica al asemejarlos a los actos comunitarios. Precisamente ahora, el auge que está viviendo el Tercer Pilar parece un buen momento para que el Tribunal de Justicia despliegue toda su labor, como ya hiciera en el ámbito comunitario en las décadas de los setenta y ochenta del pasado siglo durante el desarrollo de la Comunidad Económica Europea, llenando de contenido y normatividad a sus actos jurídicos²⁰¹.

¹⁹⁴ Sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión contra Consejo, (Sentencia «AETR»), Apartado 42 (C-22/70), y Sentencia de 20 de marzo de 1997, Francia contra Comisión, Apartados 7 y siguientes (C-106/89).

¹⁹⁵ C-303/05.

¹⁹⁶ Apartado 45.

¹⁹⁷ Desde las Sentencias de 13 de julio de 1989 y de 18 de junio de 1991, en los asuntos *Wachauf* contra República Federal de Alemania (C-5/88) y *ERT* contra deP (C-260/89).

¹⁹⁸ Apartado 46.

¹⁹⁹ Sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet* contra Justitiekanslern. Apartado 37 (C-432/05).

²⁰⁰ Si bien en caso de entrar en vigor el tratado de Lisboa, la Carta y los derechos, valores y principios en ella enunciados adquirirán pleno valor jurídico de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1 del TUE.

²⁰¹ SARMIENTO, D., *op. cit.*, nota 176, p.20.

Sin embargo, si bien la labor interpretativa del Tribunal de Justicia ha permitido gran des avances, sorteando las rigideces propias de los textos legales, pue de también entrañar un cierto peligro de confusión entre los distintos actos jurídicos de la Unión Europea, agravando la gran complejidad que caracteriza al sistema de actos normativos al servicio de las instituciones europeas. Así, a la confusión hoy existente entre ciertos actos de derecho comunitario como las directivas y los reglamentos²⁰², o las decisiones y los reglamentos²⁰³, incrementada por la proliferación de los conocidos como actos atípicos²⁰⁴, pue de añadirse la confusión entre los actos del Primer y del Tercer Pilar. Todo ello sin olvidar que la labor del Tribunal de Justicia no debería ir nunca más allá de los límites impuestos por los Tratados, pues desconocer el derecho primario podría llevar a romper el equilibrio institucional básico de la Unión Europea y a crear un sistema paralelo de normas sujeto a los vaivenes interpretativos de cada momento.

6. PERSPECTIVAS DE FUTURO: LA COMUNITARIZACIÓN DEL TERCER PILAR

Más allá de la comunitarización parcial iniciada en vía jurisprudencial, la i dea de eliminar el sistema de pilares para consagrar un único sistema de actos jurídicos común a todos los ámbitos de actuación de la Unión Europea, se encuentra presente desde que aquélla diese los primeros pasos a través del Tratado de Amsterdam.

Los propios Tratados han previsto un procedimiento de pasarela a través del cual trasvasar las acciones del título VI del TUE al título IV del TCE. Para ello, el artículo 42 del TUE exige que la decisión se tome por el Consejo por unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de cualquier Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo. A demás, será necesaria la posterior ratificación por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

Se trata por tanto, de un procedimiento complejo, al requerir en primera instancia la unanimidad en el Consejo, y posteriormente, la ratificación por todos los Estados miembros de acuerdo con sus procedimientos nacionales, lo que en algunos Estados podría requerir la celebración de un referéndum.

Otra posible solución para acabar con el sistema de pilares, sería la de incorporar una nueva regulación sin distinción entre pilares ni actos jurídicos, a través de la reforma de los Tratados vigentes. La dificultad que entraña esta vía resi de una vez más en la aprobación de la reforma, que de nuevo exige la unanimidad en el Consejo y la ratificación por todos los Estados miembros. Muestra de ello ha sido la imposibilidad de aprobar el fallido Proyecto de Constitución Europea, ante la falta de ratificación del texto en Francia y en Holanda, o las más recientes dificultades en las que se encuentra su sucesor, el Tratado de Lisboa, ante el rechazo, también en referéndum, por el pueblo irlandés²⁰⁵.

²⁰² Las directivas, cada vez más precisas y detalladas, a menudo no dejan a los Estados margen de apreciación alguno, mientras que los reglamentos en ocasiones necesitan normas de ejecución.

²⁰³ Al existir reglamentos que precisan y delimitan claramente a sus destinatarios.

²⁰⁴ Las decisiones del Consejo (distintas a las del art. 249 TCE), las Resoluciones, los Programas...etc, emanados de las instituciones pero sin base jurídica en los Tratados. No obstante lo cual son considerados actos jurídicos con diverso grado de intensidad normativa.

²⁰⁵ A pesar de lo cual el proceso de ratificación por los Estados miembros continuó su curso, habiéndolo

Aunque cualquiera de las dos vías resulta igualmente válida para poner fin a la actual distinción entre el Primer y el Tercer Pilar, podrían existir algunas diferencias en cuanto a sus resultados. Así, si bien los efectos podrían ser semejantes en relación con los actos normativos, las reglas de votación en el Consejo, la participación del Parlamento Europeo, o incluso la jurisdicción del Tribunal de Justicia, sin embargo la vía de la pasarela se encuentra limitada por la letra del Tratado. De este modo, el artículo 42 atribuye al Consejo la potestad para decidir el trasvase de las acciones contempladas en el artículo 29 y para determinar las condiciones de votación que correspondan. Ello significa que el Consejo podrá decidir acerca de todas esas cuestiones (ya sea en el mismo sentido que el tratado de reforma o en otro diferente), pero no podrá establecer las normas de participación en una cooperación reforzada, determinar la participación especial de algunos Estados en los asuntos de justicia e interior, modificar el papel de la Comisión, ni alterar las competencias de la Unión Europea (por ejemplo mediante la previsión de la posible creación de una Fiscalía Europea, como hace el Tratado de Lisboa, o a través de la atribución a la Comunidad de la competencia para adoptar normas penales). Ello se debe a que el artículo 42 no atribuye al Consejo el poder de cambiar las normas de participación de los Estados en este ámbito, sino que únicamente le otorga competencia para decidir el traspaso de las actuaciones del Tercer al Primer Pilar y para determinar las condiciones de votación que correspondan al nuevo régimen²⁰⁶.

En cualquier caso, ante el actual abandono de la primera opción, la de la pasarela, y en espera de la probable ratificación del Tratado de Lisboa, resulta conveniente analizar la vía que éste propone para proceder a la eliminación del sistema de pilares.

El Tratado de Lisboa simplifica la actual estructura de las Comunidades Europeas, eliminando la distinción tradicional entre Comunidad Europea y Unión Europea. Así, de acuerdo con el Tratado de Lisboa sólo existe una organización, la Unión Europea, a la que por primera vez se atribuye de forma explícita personalidad jurídica²⁰⁷, y que sustituye y sucede a la Comunidad Europea. A partir de aquí, el Tratado elimina la estructura de pilares, culminando la unificación orgánica y normativa en el seno de la Unión²⁰⁸, de modo que la regulación de las disposiciones en materia de cooperación policial y judicial penal se traslada al nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁰⁹. En él se regulan, bajo un mismo título llamado «Espacio de libertad,

ratificado a la fecha de conclusión del presente artículo un total de veintiséis países (el último de los cuales, La República Checa, tiene todavía pendiente el trámite final de la firma del texto por el Presidente). En consecuencia, sólo resta la aprobación del Tratado por Irlanda, que podría tener lugar a través de la celebración de un nuevo referéndum antes de finales del presente año 2009, a partir de los acuerdos adoptados en el Consejo Europeo de diciembre del pasado año.

²⁰⁶ PEERS, S., «Changing the institutional framework for EU Justice and Home Affairs law without the Lisbon Treaty», *Statewatch Analysis*, July, 2008

²⁰⁷ Artículo 47 del Tratado de la Unión Europea, según la nueva redacción dada por el Tratado de Lisboa.

²⁰⁸ No obstante, pese a la eliminación de la estructura de pilares, todavía persisten algunas peculiaridades en el Tercer Pilar y sobre todo en el Segundo Pilar, que sigue obediendo a reglas y principios específicos más intergubernamentales que propios de un sistema de integración. De este modo, persiste la especificidad de los actos jurídicos del segundo pilar, si bien unificados bajo una única categoría, la de decisión, junto a las que persisten los acuerdos internacionales. A demás queda excluida la adopción de actos legislativos, sigue predominando la acción del Consejo Europeo y del Consejo, y las decisiones, salvo excepciones, se siguen tomando por unanimidad (arts. 24 y 31 TUE). Por último, la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentra limitada en relación con las disposiciones relativas a la PESC (art. 275 TFUE), y se exceptiona la aplicación de la cláusula de flexibilidad del artículo 352 del TFUE.

²⁰⁹ Nueva denominación del antiguo Tratado de la Comunidad Europea, a partir de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa.

seguridad y justicia²¹⁰, y en capítulos diferenciados, la política de inmigración, la cooperación judicial civil, la cooperación judicial penal y la cooperación policial. Se supera por tanto la actual división de la regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia, que desde el Tratado de Amsterdam, se encuentra partida entre el título IV del TCE (Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas), y el título VI del TUE (disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal).

A partir de esta nueva estructura, la cooperación judicial penal se asienta sobre dos principios fundamentales: el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y la armonización de legislaciones. En concreto, el Tratado prevé la posibilidad de adoptar medidas armonizadoras mediante directivas aprobadas por el procedimiento legislativo ordinario²¹¹, con el fin de facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación judicial y policial, así como de armonizar las infracciones y sanciones relativas a aquellos delitos con dimensión transfronteriza y especial gravedad, expresamente regulados en el Tratado²¹².

De este modo, el Tratado lleva a cabo una comunitarización²¹³ del Tercer Pilar, que se traduce en la eliminación del sistema de actos propios, y en la integración de las disposiciones sobre cooperación policial²¹⁴ y judicial penal en el ámbito comunitario. Se generalizan el procedimiento legislativo ordinario y la toma de decisiones por mayoría cualificada, y se extienden las competencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²¹⁵. Con ello se consigue simplificar la estructura de la Unión Europea y se resuelven muchos de los problemas derivados del anterior sistema de pilares, tanto los relativos a la forma de elaboración de los actos jurídicos, como los referentes a su aplicación y a la interacción entre los distintos pilares.

Así, con carácter general, en lo relativo al procedimiento de elaboración de los actos jurídicos, se supera el déficit democrático que afectaba a los actos del Tercer Pilar, gracias a la generalización del procedimiento legislativo ordinario para la adopción de los actos jurídicos en materia de cooperación judicial penal. Además, el Tratado de Lisboa prevé una mayor participación de los Parlamentos nacionales en el proceso de adopción de los actos normativos, mediante un procedimiento de control del principio de subsidiariedad que les permite intervenir directamente en el procedimiento legislativo. Esta medida, si bien puede ser criticada por implicar un aumento del control y del poder nacional sobre las iniciativas comunitarias, da respuesta a una demanda real, que se traducían en la proliferación de reservas parlamentarias que interferían negativamente en el proceso de adopción de actos jurídicos en el seno del Tercer Pilar. Por último, se superan también los problemas de lentitud derivados de la regla de la unanimidad, al establecerse como regla general la mayoría cualificada, lo

²¹⁰ Título V de la Tercera Parte.

²¹¹ Nombre que recibe con el Tratado de Lisboa el antes conocido como procedimiento de co-decisión.

²¹² Artículos 82 y 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de acuerdo con la redacción dada por el Tratado de Lisboa.

²¹³ Utilizando impropia y erróneamente el término empleado hasta ahora para referir el paso de las materias propias de los Pilares intergubernamentales al Primer Pilar, pues al desaparecer con Lisboa la Comunidad Europea, el término comunitario deberá desaparecer también.

²¹⁴ También en materia de cooperación policial, se extiende la utilización del procedimiento legislativo ordinario, salvo para adoptar medidas relativas a la cooperación operativa entre las autoridades competentes, en las que se exigirá la unanimidad del Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo.

²¹⁵ Que, de acuerdo con lo anterior, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa pasará a llamarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

que contribuye también a aumentar la calidad y la ambición de los actos jurídicos a adaptar en materia de cooperación policial y judicial penal.

En cuanto a los problemas derivados de la aplicación de los actos jurídicos del Tercer Pilar, éstos también se solucionan al generalizarse el régimen de control jurisdiccional aplicable al Primer Pilar y por tanto el recurso por incumplimiento, lo que supone un acicate a los Estados para que transpongan las normas en el plazo establecido para ello.

Por último, al desaparecer el sistema de actos propios y la diferenciación entre el derecho comunitario y el derecho de la Unión, se eliminan los conflictos derivados de la elección de la base jurídica adecuada para regular una determinada materia²¹⁶, lo que va a suponer un descenso de la conflictividad entre el Consejo y la Comisión Europea. Además, con la eliminación de los pilares, los principios aplicables tradicionalmente al Primer Pilar, se extienden también a las disposiciones en materia de cooperación policial y judicial penal. De este modo, los principios del derecho comunitario como el de primacía, efecto directo o responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario, deberán aplicarse a los nuevos instrumentos de la cooperación judicial penal²¹⁷.

No obstante, pese a la unificación que supone la eliminación de los pilares, existen todavía diferencias entre las disposiciones relativas a la política sobre asilo, inmigración y control en fronteras, ámbito en el que se crea una auténtica política común con un enfoque plenamente federal; y la cooperación judicial y policial, en el que predomina el enfoque intergubernamental. De este modo, la equiparación que realiza el Tratado de Lisboa entre el Primer y el Tercer Pilar no es absoluta, persistiendo algunas reglas especiales en el ámbito de la cooperación judicial penal.

En primer lugar, el Tratado mantiene el derecho de iniciativa legislativa compartido entre los Estados y la Comisión, si bien introduce un correctivo en virtud del cual las iniciativas nacionales deben representar al menos a la cuarta parte de los Estados miembros²¹⁸. Con ello se trata de evitar que predominen los intereses nacionales sobre el interés europeo que se debe proteger.

También se excepcionan en algunas ocasiones la regla de la mayoría cualificada y la aplicación del procedimiento legislativo ordinario. Por ejemplo, el Tratado establece un procedimiento legislativo especial y exige la unanimidad, para la adopción de medidas de armonización en materia penal en aquellos casos no expresamente previstos en el Tratado, así como para la creación de una Fiscalía Europea²¹⁹.

Pero además, aunque se generalizan el procedimiento ordinario y la directiva como acto jurídico típico de la cooperación judicial penal, no hay que olvidar que se articula un sistema que permite suspender el procedimiento en aquellos casos en que «un Estado miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva afecta a aspectos sustanciales de su sistema de justicia penal»²²⁰. En estos casos, dicho Estado

²¹⁶ Terminan así las tensiones a la hora de buscar la base jurídica para regular una determinada materia en el Primer o en el Tercer Pilar y su consiguiente reflejo en el acto jurídico escogido (directiva o decisión marco).

²¹⁷ CASTILLO GARCÍA, J. F., *op. cit.*, nota 156, p. 10.

²¹⁸ Artículo 76 b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea según la redacción dada por el Tratado de Lisboa.

²¹⁹ Artículos 83 y 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea según la redacción dada por el Tratado de Lisboa.

²²⁰ Artículos 82.3 y 83.3 TFUE, de acuerdo con la redacción dada por el Tratado de Lisboa.

podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, que en el plazo de cuatro meses deberá devolver el asunto al Consejo bien para que continúe el procedimiento si ha habido acuerdo, o bien si no lo ha habido para que se inicie una cooperación reforzada, siempre que nueve Estados miembros estén de acuerdo con el proyecto de directiva de que se trate y quieran seguir a delante. En este punto, los citados Estados habrán de comunicárselo al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, considerándose concedida la autorización para iniciar la cooperación reforzada.

Se trata de un freno de emergencia para aquellos Estados que no quieran ir tan lejos en una materia tan delicada como la armonización del derecho penal o procesal penal de los Estados miembros, que al tiempo flexibiliza las normas previstas para las cooperaciones reforzadas, con el fin de facilitar su adopción. De nuevo una forma de imponer límites a la intervención del Parlamento y a la plena democratización del proceso, cuando se ven afectados aquellos ámbitos más próximos al núcleo duro de la soberanía del Estado²²¹.

Por lo que respecta al control judicial, aunque prácticamente se equipara el control al que se someten la cooperación judicial penal y el resto de materias reguladas en los Tratados, queda excluida expresamente la competencia del Tribunal de Justicia para comprobar la validez o proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro. Así como 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 interior²²².

También existen limitaciones a la hora de aplicar el nuevo régimen jurídico, pues el Tratado establece un régimen transitorio de cinco años durante los cuales los actos adoptados en el marco del Tercer Pilar antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se mantendrán vigentes con la forma jurídica en la que fueron adoptados y por consiguiente, de acuerdo con el régimen jurídico anterior. Ello supone que tanto las competencias de control de la Comisión, como las del Tribunal de Justicia, serán las vigentes al tiempo de su adopción, retrasando así la entrada en vigor del nuevo régimen comunitario establecido en el Tratado de Lisboa²²³. Como consecuencia, se advierte un doble peligro, por un lado a corto plazo, la posibilidad (ya certeza²²⁴) de que en los meses previos a su entrada en vigor se aprueben gran cantidad de propuestas en el marco del Tercer Pilar con el objeto de prolongar su carácter intergubernamental, y por otro, el aumento de la complejidad del sistema, con la convivencia de dos regímenes jurídicos diferentes, hasta que se produzca la transformación de los actos jurídicos del Tercer Pilar en actos jurídicos comunitarios.

A demás, esta complejidad se agrava como consecuencia del acogimiento a regímenes especiales de el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca²²⁵, en la medida en que

²²¹ CASTILLO GARCÍA, J. F., *op. cit.*, nota 156, p. 12.

²²² Artículo 276 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea según la redacción dada por el Tratado de Lisboa.

²²³ Artículos 9 y 10 del Protocolo anejo al TUE, al TFUE y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, sobre las disposiciones transitorias.

²²⁴ No hay más que ver cuántas decisiones marco han sido adoptadas en materia de reconocimiento mutuo en el último año.

²²⁵ Exclusión, con posibilidad de opting-in de Reino Unido e Irlanda, en virtud del «Protocolo sobre la posición del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia» y posición de opt-out de Dinamarca en virtud del «Protocolo sobre la posición de Dinamarca».

las cláusulas de exclusión e inclusión por materias que hasta ahora regían en relación con el título IV del TCE, se extienden al Tercer Pilar comunitarizado. Ello implicará el que dichos Estados se vean vinculados por los actos adoptados bajo la vigencia de la anterior regulación, pero no, salvo manifestación en contrario, por los nuevos actos comunitarios, ni tampoco por los actos modificados o comunitarizados.²²⁶

Por último, persisten una serie de elementos en la regulación del Tratado de Lisboa, que denotan un cierto intergubernamentalismo todavía sin superar. Así por ejemplo, se otorga al Consejo Europeo la competencia de definir las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, y al Consejo la de adoptar los procedimientos que seguirán los Estados miembros para efectuar, junto con la Comisión, una evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión reguladas en el título V²²⁷.

No obstante, pese a las limitaciones y a la complejidad del nuevo régimen jurídico, no cabe duda de que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa supondría un importante avance para la cooperación judicial penal en la Unión Europea. Y es que, aunque una comunitarización plena y uniforme hubiera resultado deseable, los avances en el espacio de libertad, seguridad y justicia, se han producido siempre de manera paulatina y desigual.

En cualquier caso, para ello sigue siendo necesaria la ratificación por parte de los veintisiete Estados miembros. Si de nuevo fracasa el proceso de ratificación, habrá que abrir otra vez la posibilidad de efectuar la comunitarización por la vía del artículo 42 del TUE, a pesar de que esta vía no permitiría eludir tampoco los posibles problemas de ratificación por los Estados. Como en otras ocasiones, y hasta que ese momento llegue, el Tribunal de Justicia ha empezado ya a abrir el camino mediante la adopción de una jurisprudencia progresista, partidaria de la cada vez más necesaria comunitarización del Tercer Pilar.

7. ¿HACIA UNA COMUNITARIZACIÓN TOTAL? EL ESPEJO DONDE MIRARSE: LA COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL

A pesar de las dificultades, la comunitarización del Tercer Pilar se ha convertido en un paso imprescindible para garantizar el futuro desarrollo de la cooperación judicial penal. Es necesario agilizar el proceso de adopción de decisiones en este ámbito y democratizar el procedimiento legislativo, al tiempo que parece oportuno reducir la conflictividad derivada del sistema de pilares.

Para ello, un buen ejemplo a seguir sería el de la cooperación judicial en materia civil. Este ámbito, al igual que la cooperación penal, se encontraba originariamente excluido de las competencias comunitarias. De este modo, aunque para el desarrollo del mercado común hubiera sido de gran utilidad la armonización de las normas

²²⁶ LIROLA DELGADO, I., «La cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa: ¿un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?», *Revista General de derecho Europeo*, núm. 16, junio 2008, p. 23.

²²⁷ *Idem*, pp. 5-6.

procesales civiles de cara a evitar posibles distorsiones competitivas entre los agentes económicos, aquélla no fue incluida entre las políticas comunitarias²²⁸.

Ante la posibilidad de que existieran determinadas actuaciones de la Comunidad que no hubieran sido previstas en los Tratados pero que fueran necesarias para lograr, en el funcionamiento del mercado común, alguno de los objetivos de la Comunidad, el Tratado contenía una cláusula que permitía expandir las competencias comunitarias más allá de lo previsto en los Tratados²²⁹. Sin embargo no se acudió a esta vía para iniciar la cooperación judicial en materia civil, lo que hubiera permitido adoptar los primeros actos comunitarios de naturaleza no convencional en este ámbito. Por el contrario, se hizo uso de la única base jurídica presente en el Tratado referida a la cooperación judicial²³⁰, que reconocía a los Estados el derecho a entablar negociaciones entre sí a fin de asegurar a sus nacionales «la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales». Fue así como comenzaron a darse los primeros pasos en la materia, al aprobarse los primeros convenios sobre cooperación judicial civil y mercantil²³¹.

Posteriormente, con la creación del sistema de pilares, la cooperación judicial civil pasó a formar parte, junto con la penal, del Tercer Pilar de la Unión Europea. No obstante, a diferencia de lo que ocurría con la justicia penal, el Tratado contemplaba la posibilidad de trasladar la cooperación civil al terreno del derecho comunitario.

Así sucedió a raíz de la reforma practicada por el Tratado de Amsterdam, que distinguió la cooperación penal y civil, integrando esta última en el Pilar comunitario. En la actualidad, el TCE atribuye competencia al Consejo para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior²³².

A partir de aquí, el desarrollo de la cooperación judicial civil ha ido muy por delante del de la cooperación judicial penal. Ya en el Plan de Acción de Viena²³³ quedó clara la trascendencia de la cooperación judicial civil en la construcción de un espacio judicial europeo y cuáles debían ser los principios que la guiaran: la seguridad jurídica y la igualdad de acceso a la justicia. Para ello, el Plan proponía la simplificación del proceso de identificación de la ley aplicable y de la jurisdicción competente, así como la existencia de procesos rápidos, equitativos y eficaces para hacer cumplir la ley y de una serie de garantías procesales mínimas y aplicables a todos los ciudadanos con independencia de la jurisdicción competente en cada caso.

Apenas un año después, el Consejo Europeo de Tampere completaba la definición del espacio de justicia europeo en materia de derecho civil, mediante el reconocimiento del principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación

²²⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «Aceleración de la justicia civil en la Unión Europea», en *Mecanismos de Cooperación Judicial Internacional*, Thomson Aranzadi y Centro de Estudios Jurídicos, Navarra, 2006, p. 16.

²²⁹ Artículo 235 del TCEE (Actual artículo 308 del TCE).

²³⁰ Artículo 220 del TCEE.

²³¹ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 266 de 9 de octubre de 1980); Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO L 299 de 31 de diciembre de 1972).

²³² Artículos 61 c) y 65 del TCE.

²³³ Plan de Acción del Consejo y la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

judicial y la alusión al «título Ejecutivo Europeo», dos aspectos que quedarían concretados en el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil del Consejo y de la Comisión de 30 de noviembre de 2000²³⁴. En él se estableció como objetivo a perseguir, la supresión generalizada del exequátur en todos los ámbitos de aplicación del derecho civil o mercantil. Para ello se añadía la necesidad de crear un clima de confianza mutua a través del establecimiento de unas garantías procesales mínimas, comunes a todos los europeos, y, cuando ello resultase insuficiente, recurrir a la armonización de los procedimientos.

Gracias a la voluntad política y a la interpretación amplia que se ha hecho de la base jurídica del TCE²³⁵, se ha producido un desarrollo de la cooperación judicial en materia civil, que permite hablar de una auténtica libertad de circulación de resoluciones judiciales en el ámbito de la Unión Europea. De este modo, se han aprobado una serie de normas, que han transformado el panorama existente en materia de cooperación civil en Europa, mediante la consolidación del principio de reconocimiento de resoluciones judiciales y la armonización de los criterios de competencia y de ley aplicable.

Así, podríamos clasificar los instrumentos adoptados hasta el momento en el ámbito de la cooperación judicial civil, según incidan en el ámbito del proceso, bien a través de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo o bien como instrumentos tradicionales de cooperación, o según establezcan normas sobre la ley aplicable.

En el primero de estos ámbitos destacan los instrumentos que parten de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, como el Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, en materia civil y mercantil (Bruselas I)²³⁶; el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II)²³⁷; el Reglamento (CE) núm. 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados²³⁸; o el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos²³⁹.

En el terreno de la cooperación judicial propiamente dicha, se han aprobado normas de gran utilidad como el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil²⁴⁰, posteriormente derogado por el Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y

²³⁴ DO C 12 de 15 de enero de 2001.

²³⁵ Tanto de la repercusión transfronteriza, como de la necesidad para el funcionamiento correcto del mercado interior.

²³⁶ DO L 12 de 16 de enero de 2001 [modificado por los Reglamentos 1496/2002 (DO L 225 de 22 de agosto de 2002), 1937/2004 (DO L 334 de 10 de noviembre de 2004) y 2245/2004 (DO L 381 de 28 de diciembre de 2004)]

²³⁷ DO L 338 de 23 de diciembre de 2003 (que deroga el Reglamento 1347/2000).

²³⁸ DO L 143 de 30 de abril de 2004 [modificado por el Reglamento 1869/2005 (DO L 300 de 17 de noviembre de 2005)].

²³⁹ DO L 7 de 10.1.1009.

²⁴⁰ DO L 160 de 30 de junio de 2000.

del Consejo de 13 de noviembre de 2007²⁴¹; el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil²⁴²; o la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios²⁴³.

También en el ámbito del proceso destacan el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia²⁴⁴; el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo²⁴⁵; y el Reglamento (CE) núm. 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía²⁴⁶.

Por último, en relación con la elección de la ley aplicable, terreno hasta ahora inexplorado en el ámbito de la cooperación judicial penal, se han aprobado el Reglamento (CE) núm. 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)²⁴⁷; y más recientemente el Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)²⁴⁸; así como el ya citado Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

Puede observarse como, en virtud de la integración de la cooperación judicial civil en el ámbito comunitario, los instrumentos adoptados por la Unión son instrumentos propios del Primer Pilar, entre los que se encuentran algunas directivas y sobre todo reglamentos. No obstante, los convenios han jugado un papel muy importante en el desarrollo de la cooperación judicial civil, en la medida en que muchas de las normas actuales tomaron como base antiguos convenios adoptados en el seno de las Comunidades Europeas o de otros foros internacionales, principalmente el Consejo de Europa y la Conferencia de derecho Internacional Privado de la Haya²⁴⁹.

Así por ejemplo, el Reglamento Bruselas I sustituye al Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el Reglamento Roma I, al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. A demás, estos convenios siguen vigentes en los Estados que decidan no participar en el acto comunitario correspondiente, y por tanto resultan de aplicación en sus relaciones con los demás Estados de la Unión. Así ocurre por ejemplo con Dinamarca, en virtud del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al TUE y al TCE, que establece la exclusión de este país

²⁴¹ DO L 324 de 10 de diciembre de 2007.

²⁴² DO L 174 de 27 de junio de 2001.

²⁴³ DO L 26 de 31 de enero de 2003.

²⁴⁴ DO L 160 de 30 de junio de 2000.

²⁴⁵ DO L 399 de 30 de diciembre de 2006.

²⁴⁶ DO L 199 de 31.7.2007.

²⁴⁷ DO L 199 de 31.7.2007.

²⁴⁸ DO L 177 de 4.7.2008. Ver: PRATS ALBENTOSA, L, «El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *Diario La Ley*, núm. 6978, año XXIX, 30 de junio de 2008.

²⁴⁹ BLASCO LOZANO, I., «El Espacio Europeo de Justicia», en *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia*, SGT del Ministerio del Interior, Madrid, 2000, pp. 69-70.

en relación con todas aquellas medidas que se adopten en aplicación del título IV del TCE, o, en su caso, con Reino Unido e Irlanda, también excluidos de este ámbito, salvo que decidan comunicar su voluntad de participar en una determinada medida, de acuerdo con el Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda.

Con la transformación de los convenios en instrumentos propiamente comunitarios mediante la normalización del derecho internacional privado de los Estados miembros, se ha producido un gran avance al facilitar la aplicación de normas uniformes de conflicto de leyes en los nuevos Estados miembros, y otorgar al Tribunal de Justicia competencias plenas de interpretación en la materia²⁵⁰.

Pero además de la comunitarización en sí, ha sido la elección del reglamento como instrumento principal de la cooperación judicial civil, lo que ha permitido lograr la actual unificación normativa existente en el marco de los Estados miembros. Y es que ello ha significado reconocer la importancia de la materia regulada, al hacerlo a través de la norma con mayor fuerza jurídica de las existentes en el sistema de actos normativos del derecho comunitario. De hecho, el reglamento es la única norma en derecho comunitario que se aplica directa y simultáneamente en todos los Estados miembros y que es susceptible de producir efecto directo. Se trata de «la más clara expresión del poder legislativo»²⁵¹, del «acto más completo y eficaz de la gama de instrumentos de los que disponen las Instituciones»²⁵², «con un efecto rompedor y de desplazamiento del derecho interno»²⁵³, que supone la máxima transferencia de competencias de los Estados a la Comunidad.

Por todo ello, la apuesta por la comunitarización de la cooperación judicial civil y por su desarrollo reglamentario, han permitido unificar normas de competencia, fijar criterios de determinación de la ley aplicable y crear un auténtico espacio judicial europeo por el que circulan libremente las resoluciones judiciales.

Se puede afirmar por tanto, que la vía escogida para integrar la cooperación judicial civil en el derecho comunitario, a la vista de los resultados obtenidos, ha sido la adecuada. No obstante, si bien en teoría podría resultar sencillo adoptar el mismo modelo en materia de cooperación judicial penal, la afectación del derecho penal de los Estados miembros impide dar ese paso. No hay que olvidar que nos movemos en un terreno enormemente sensible, vinculado con el núcleo de la soberanía nacional de los Estados, en la medida en la que protege sus valores e intereses más fundamentales. Por eso, aunque el futuro de la cooperación judicial penal pasa necesariamente por su comunitarización, ésta habrá de llevarse a cabo de una manera más progresiva y cuidadosa.

Así lo ha puesto de manifiesto el Tratado de Lisboa, en el que la comunitarización no resulta completa, al regular excepciones a la aplicación del procedimiento legislativo ordinario, a la utilización de la regla de la mayoría, o incluso a la intervención del Tribunal de Justicia. A demás, si bien el Tratado supone la unificación del sistema de actos jurídicos, opta por generalizar el uso de la directiva como instrumento jurídico para la armonización²⁵⁴, reservando el reglamento a cuestiones puntuales como la re-

²⁵⁰ <http://europa.eu/scadplus/leg/es>.

²⁵¹ LIÑÁN NOGUERAS, D. J., en Mangas Martín A. y Liñán Nogueras D. J., *op. cit.*, nota 9, p. 367.

²⁵² LOUIS, J. V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5.ª ed., Luxemburgo, 1995.

²⁵³ ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., *op. cit.*, nota 101, p.191.

²⁵⁴ Artículos 82.2, 83.1 y 83.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, según la redacción dada por el Tratado de Lisboa.

gulación de Eurojust o la creación de la Fiscalía Europea²⁵⁵, en este caso a demás a través de un procedimiento legislativo especial que exige su aprobación por unanimidad. A través de esta limitación de la libertad de elección del instrumento jurídico más adecuado, se dejan traslucir las reticencias existentes todavía a ce der las competencias sobre el derecho penal y procesal penal a la Unión Europea. Y es que, de este modo, a las posibilida desde exclusión derivadas de la regulación del freno de emergencia, se suma la inclusión de un cierto margen de discrecionalidad del que dispondrán los Estados a través del procedimiento de transposición de las directivas comunitarias.

8. CONCLUSIONES

La cooperación judicial penal entre los Estados miembros de la Unión Europea ha experimentado, durante la última década, una evolución derivada de la necesidad de ofrecer respuestas contun dentes a la delincuencia transnacional que ha modifica la i dea misma de la cooperación interestatal.

De este modo, la idea de una asistencia judicial internacional a través de mecanismos tradicionales, como las comisiones rogatorias, y basada en el principio de solicitud de colaboración de un Estado a otro Estado soberano para decidir acerca de la solicitud formulada, ha dejado paso a una nueva forma de cooperación, mucho más dinámica, basada en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Según este nuevo modelo, la resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro tendrá que ser reconocida y ejecutada en cualquier otro Estado miembro, salvo que se den los motivos excepcionales que permitan denegar el cumplimiento.

Esta evolución, marcada por los problemas de eficacia y agilidad del antiguo sistema, ha generado a su vez consecuencias desde el punto de vista normativo, en la medida en que los actos jurídicos empleados para poner en marcha las medidas de cooperación judicial penal han sufrido una transformación al adaptarse al nuevo modelo de cooperación vía reconocimiento mutuo. Así, junto al sistema tradicional convencional, han comenzado a desarrollarse otros instrumentos normativos, puestos a disposición de las instituciones comunitarias para articular la nueva cooperación judicial penal entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Dentro de ese conjunto de actos normativos merece una especial mención la figura de la decisión marco, por tratarse del acto normativo con mayor fuerza jurídica de los previstos por los Tratados en este ámbito. Ha sido este instrumento, construido a imagen y semejanza de la directiva en el ámbito del Tercer Pilar, el encargado de poner en marcha el nuevo sistema de cooperación penal asentado sobre el principio de reconocimiento mutuo, ya sea mediante la aplicación de dicho principio, o bien a través de la armonización de legislaciones, complemento necesario para lograr el correcto funcionamiento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

A través de la implantación de la decisión marco y del consiguiente desplazamiento que ha sufrido el convenio como acto jurídico básico de la cooperación, se

²⁵⁵ Artículos 85 y 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, según la redacción dada por el Tratado de Lisboa.

han solucionado una serie de problemas vinculados a la tradicional cooperación convencional.

En primer lugar, se ha conseguido superar la falta de homogeneidad de regímenes jurídicos existentes, como consecuencia de la superposición de regulaciones derivada del solapamiento y las remisiones múltiples entre convenios con ámbitos de aplicación diversos, y de la formulación de reservas y declaraciones por cada uno de los Estados al texto de los convenios aplicables, muchos de los cuales ni siquiera resultaban de aplicación en todos los Estados miembros.

Pero además de contribuir a la homogeneidad de la regulación del sistema de cooperación judicial penal en la Unión Europea, la decisión marco ha permitido a los Estados miembros avanzar en esta materia, superando el estancamiento derivado del inmovilismo propio de la cooperación convencional. Y es que muchos de los convenios negociados en el Consejo no han llegado nunca a entrar en vigor debido a la falta de ratificaciones suficientes, o si lo han hecho, ello se ha producido tras años de espera para lograr ese número mínimo exigido por el TUE. Por ello, la utilización de la decisión marco ha permitido avanzar a un ritmo mucho mayor, pues una vez que es aprobada por el Consejo, los Estados quedan obligados a incorporarla a sus respectivos ordenamientos en el plazo establecido para ello en la propia norma.

Gracias a estas ventajas, en los últimos años se han aprobado multitud de decisiones marco tanto para la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, como para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

Sin embargo, las ventajas que ofrecen las decisiones marco sobre los convenios no nos deben llevar a considerar el actual sistema de cooperación judicial penal en la Unión Europea como un sistema cerrado o acabado. Por el contrario, el actual sistema de actos normativos del Tercer Pilar es todavía un sistema débil, que queda muy lejos del sistema de actos del Primer Pilar.

La configuración de un sistema de actos propios para la cooperación policial y judicial penal ha respondido a las reticencias tradicionales de los Estados a la hora de ceder competencias en materia de derecho penal y procesal penal. Como consecuencia de ello, el procedimiento de adopción tanto de las decisiones marco como del resto de los instrumentos normativos del Tercer Pilar, sigue dominado por un fuerte intergubernamentalismo, que se traduce, entre otras cosas, en el poder de iniciativa de los Estados, la aprobación en el Consejo por unanimidad o la mera consulta al Parlamento Europeo. Además, las competencias que ostenta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con estos actos jurídicos se encuentran bastante mermadas, y no existe el recurso por incumplimiento del derecho de la Unión.

Estas limitaciones debilitan a los instrumentos del Tercer Pilar tanto desde el punto de vista jurídico, como democrático, al tiempo que impiden a los Estados miembros avanzar al mismo ritmo que lo hacen en el terreno del derecho comunitario.

Por todo ello, se viene imponiendo en la Unión Europea la necesidad de culminar el proceso de comunitarización del derecho de la Unión, iniciado hace ya más de diez años con el Tratado de Amsterdam, a través de una segunda fase dedicada a la cooperación policial y judicial penal.

Para lograr este fin existen dos vías igualmente válidas. La primera de ellas consiste en utilizar la cláusula de la pasarela regulada en el artículo 42 del TUE, que

permite al Consejo decidir por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo, que las acciones en materia de cooperación policial y judicial penal que den incluidas en el título IV del TCE. La segunda, en celebrar una Conferencia Intergubernamental para elaborar un Tratado de reforma en el que se elimine definitivamente la actual estructura de pilares. El problema, en ambos casos, consiste en la dificultad de aprobar cualquiera de las reformas, pues ambos procedimientos exigen la unanimidad en el Consejo y la posterior ratificación por todos los Estados miembros de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales. De modo que algún Estado podría exigir la celebración de referéndum, lo que a la luz de las últimas experiencias podría significar la paralización de la reforma.

Durante los últimos años ha habido dos intentos de avanzar en esa comunitarización, y ambos han discurrido por la vía de los Tratados de reforma. De este modo, aprovechando la necesidad de reformar otras cuestiones que afectan al régimen jurídico de la Unión como consecuencia de las últimas ampliaciones efectuadas, se ha introducido como una reforma más la eliminación de la estructura de pilares y de la consiguiente diferenciación entre Unión Europea y Comunidad Europea. Sin embargo, primero el Tratado Constitucional y ahora el Tratado de Lisboa, se han encontrado con la oposición de los ciudadanos de algunos Estados mediante la votación en contra obtenida en los referendos celebrados en el proceso de ratificación. De modo que otras reformas, quizás más conflictivas, han impedido llevar a cabo la simplificación de la estructura de la Unión.

Aunque todavía es una incógnita el futuro del Tratado de Lisboa, parece claro que si siguiera la misma suerte que el Tratado Constitucional habría que afrontar la comunitarización por otra vía, probablemente la del artículo 42 del TUE, que, a pesar de exigir un procedimiento similar de aprobación, no plantearía a priori problemas de ratificación, en la medida en que aquellos Estados más reticentes como Dinamarca, Irlanda o Reino Unido, podrían seguir aplicando sus cláusulas de exclusión o de inclusión por materias.

En definitiva, la comunitarización del Tercer Pilar constituye un requisito necesario para permitir avanzar a la Unión Europea en la lucha contra la delincuencia y para construir un auténtico espacio judicial europeo. Mientras ello no se produzca, los avances serán limitados, pues los términos del Tratado son todavía muy restrictivos.

Hasta que llegue ese momento, va a ser crucial la labor efectuada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así lo ha demostrado en sus últimas sentencias, en las que ha puesto de manifiesto, como en otras etapas de crisis en la Unión Europea, su voluntad de avanzar a través de una interpretación progresista del texto de los Tratados, en este caso mediante el progresivo acercamiento del Tercer Pilar al Primero. En concreto, la Sentencia María Pupino ha marcado un antes y un después en la interpretación del sistema de fuentes del Tercer Pilar, al reforzar el carácter normativo de las decisiones marco, y con él el del conjunto de actos jurídicos de la cooperación policial y judicial penal. La cuasi equiparación que el Tribunal hace entre directiva y decisión marco 256, abre una nueva vía hacia la gradual comunitarización de los instrumentos normativos del Tercer Pilar, que refuerza los efectos de los actos de la Unión e incluso las consecuencias jurídicas de su incumplimiento²⁵⁷.

²⁵⁶ Sin llegar a atribuir efecto directo a la decisión marco, pero sí extendiendo la teoría de la interpretación conforme al derecho comunitario al ámbito del derecho de la Unión.

²⁵⁷ Mediante la posible aplicación a las decisiones marco de la doctrina Francovich sobre responsabilidad

A demás, la aplicación de la jurisprudencia dictada en el marco del Primer Pilar, al ámbito del Tercero, como han puesto de manifiesto tanto la Sentencia María Pupino, como las dictadas en los casos Segi y Gestoras Pro Amnistía y *Advocaten Voor de Wereld*, permiten pensar en un futuro cercano en la aplicación de los principios generales del derecho comunitario al derecho de la Unión, aunque siempre con respeto a los límites impuestos en el TUE²⁵⁸.

Por último, el Tribunal de Justicia ha intervenido también, a modo de Tribunal Constitucional, en los conflictos planteados entre ordenamientos jurídicos en el marco de la Unión. De este modo, la superposición entre las competencias materiales de la Comunidad Europea y determinadas competencias horizontales de la Unión, han provocado conflictos entre ambas instancias, que han sido resueltos por el Tribunal de un modo favorable al interés comunitario. En concreto, en los dos asuntos Comisión contra Consejo planteados a raíz de la impugnación de dos decisiones marco que imponían a los Estados la obligación de castigar ciertos comportamientos a través de sanciones penales, el Tribunal se ha pronunciado a favor de la competencia de la Comunidad para obligar a los Estados a sancionar determinados incumplimientos del derecho comunitario, con el fin de garantizar la plena efectividad de dichas normas cuando ello resulte indispensable.

Mediante esta jurisprudencia el Tribunal abre las puertas a la configuración de un derecho penal comunitario²⁵⁹, pues si bien niega que el derecho penal sea una competencia comunitaria, permite a la Comunidad hurtar sus competencias a la Unión cuando el incumplimiento que se trata de evitar o sancionar afecte a materias reguladas en normas de derecho comunitario.

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permite sortear muchas de las restricciones derivadas de la actual regulación establecida en los Tratados, acercando cada vez más el Tercer Pilar al Pilar Comunitario y permitiendo la entrada del derecho comunitario en un ámbito hasta ahora reservado al derecho de la Unión. Pero esta vía, de enorme utilidad hasta que se reformen los Tratados, no hace sino parchear la actual regulación, a todas luces insuficiente para dar solución a las demandas de la sociedad transnacional de nuestros días.

La solución definitiva ha de venir, por tanto, de una reforma de los Tratados que reconozca la existencia de un único sistema normativo, con unas normas y unos principios comunes a todos los ámbitos de la Unión Europea.

En esta línea, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa abriría la puerta a un desarrollo mucho mayor de la cooperación judicial penal entre los Estados miembros de la Unión, ya que si bien son muchas las excepciones que contiene, representa un gran avance respecto del régimen jurídico vigente en la actualidad. Quizá el mayor peligro que presenta es el de la fragmentación en multitud de regímenes jurídicos diferenciados, en base a las cooperaciones reforzadas potenciadas por el Tratado. Sin embargo, es necesario asumir este riesgo para que los Estados que decidan avanzar más rápido

por incumplimiento del derecho comunitario, que impone al Estado la reparación de los daños causados a los particulares por su incumplimiento, cuando la disposición incumplida carece de efecto directo.

²⁵⁸ Lo que impediría por ejemplo reconocer el efecto directo de las decisiones y decisiones marco (art. 34.2 TUE)

²⁵⁹ Si bien a pesar de lo dispuesto en las citadas sentencias, no debe olvidarse que la armonización de las normas penales en el marco del Primer Pilar se encuentra limitada por el principio de subsidiariedad, que exige como requisito para proceder a la armonización que la acción de los Estados miembros no resulte eficaz por sí misma.

puedan hacerlo, confiando en que el resto de países vayan incorporándose a ese grupo de cabeza al observar los óptimos resultados de los actos por ellos adoptados.

A demás, el Tratado de Lisboa sería un buen punto de partida para profundizar más a delante en una regulación más ambiciosa, en la que desapareciesen las múltiples excepciones todavía existentes y se permitiese la libre elección entre los distintos instrumentos normativos del derecho comunitario, generalizándose los reglamentos sobre normas de competencia, reconocimiento mutuo o ley aplicable, tal y como hoy día ocurre en materia de cooperación judicial civil.

Esta solución pondría fin a la conflictividad actual y contribuiría a la afirmación democrática del derecho de la Unión. Pero sobre todo, permitiría avanzar de modo ágil y eficaz en el desarrollo de la cooperación judicial penal y en la elaboración de un sistema de garantías procesales comunes en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

No obstante, para ello resulta imprescindible la voluntad política de los Estados, lo que requiere superar la tradicional concepción soberanista del derecho penal y abrir los ojos ante la realidad actual, en la que junto a las relaciones económicas y comerciales o la información y las comunicaciones, la delincuencia también se ha globalizado y exige soluciones conjuntas para hacer frente a fenómenos inabarcables dentro de las fronteras de los Estados.