

EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA  
EN EL TRATADO DE LISBOA (\*)

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (\*\*)

---

(\*) Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación más amplio financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2006-15523 *Control de las fronteras exteriores y seguridad interna de la Unión Europea: hacia una verdadera política común de inmigración*) del que el autor es su investigador principal.

(\*\*) Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja. Titular de la cátedra *Jean Monnet* de Derecho Comunitario Europeo.

## I. ASPECTOS GENERALES: EL TRATADO DE LISBOA COMO SALIDA DEL TÚNEL CONSTITUCIONAL

Como ya es bien sabido, los *referenda* negativos de Francia (29 de mayo de 2005) y Países Bajos (2 de junio de 2005) interrumpieron abruptamente el proceso de ratificación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa –en adelante, Tratado Constitucional– y trajeron consigo un largo proceso de *impasse constitucional* que algunos Estados miembros aprovecharon interesadamente para intentar erosionar y limar algunas conquistas logradas en la Conferencia Intergubernamental de 2004. Tras dos largos años de desorientación absoluta, al final la presidencia alemana logró reorientar el proceso, de manera que en el Consejo Europeo de junio de 2007 se aprobó un claro mandato para convocar una nueva Conferencia Intergubernamental que elaborase un nuevo tratado de reforma. De esta forma, se abandonaba definitivamente la senda constitucional que se abrió con la Convención y se retornaba a la vía clásica de reforma de los tratados. Así, tras una fugaz Conferencia Intergubernamental que, en lo fundamental se limitó a dar forma jurídica de tratado al detalladísimo mandato que había salido del Consejo Europeo, el 13 de diciembre de 2007 se firmó en Lisboa un nuevo tratado de reforma por el que se modifican el TUE y el TCE. Con ello se abrió de nuevo un proceso de ratificación que, caso de concluir sin sobresaltos imprevistos, conducirá en 2009 a un nuevo TUE y a un TCE reformado que pasará a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (1).

(1) La versión consolidada del TUE y del TFUE, que aún no se ha hecho hasta el momento de redactar este trabajo de manera oficial por la Unión Europea, puede encontrarse en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. y URREA CORRES, M., *Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2008. También disponible en [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).

No es ahora momento de detenerse en el contenido general ni en las consecuencias del Tratado de Lisboa (2). Baste subrayar ahora que encarna un mantenimiento sustancial de los principales avances materiales que contenía el Tratado Constitucional, pero al precio de eliminar cualquier atisbo constitucional (denominaciones, símbolos, precepto sobre la primacía, inclusión de la Carta de derechos dentro de los tratados...) y de aceptar además ciertas modificaciones institucionales y materiales que encarnan un evidente refuerzo del elemento intergubernamental. Además, se acepta un reguero de nuevas excepciones para determinados Estados que acentúan la sensación de «Europa a la carta»; estas excepciones afectan a aspectos tan relevantes para la Unión y sus ciudadanos como son, por ejemplo, los derechos fundamentales.

En todo caso, en este trabajo nos limitaremos a analizar las novedades acaecidas en una de las materias en las que mayor ha sido la actividad de la Unión Europea durante los últimos años y respecto a la que la preocupación e interés de los ciudadanos va en claro aumento, a saber, el llamado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia –a partir de ahora ELSJ–. Para ello, comenzaremos por situar la nueva regulación del ELSJ en el Tratado de Lisboa dentro del contexto histórico en el que se inserta y del que es claramente deudor (II), para a continuación centrarnos en los elementos del nuevo Tratado que suponen un claro avance en el progresivo proceso de integración de todos los aspectos propios de ese ELSJ en el ámbito de las competencias de la Unión (III). A renglón seguido, nos ocuparemos de la pervivencia de determinadas reminiscencias intergubernamentales (IV) que en modo alguno oscurecerán una valoración netamente positiva de la reforma (VI). Por otro lado, antes de llegar a esa consideración final no estará probablemente de más plantearnos también la posibilidad de poner en marcha algunas de las principales innovaciones analizadas en el supuesto de que finalmente pudiera surgir alguna dificultad (imprevisita) en el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa que obstaculizase –o retrasase– su entrada en vigor (V).

(2) Ese análisis ya lo hemos hecho extensamente en otra sede; MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Estudio preliminar», en *ib.* y URREA CORRES, M., *op. cit.* (*Tratado de Lisboa*), pp. 13-48.

## II. EL LARGO CAMINO DESDE SCHENGEN HASTA EL TRATADO DE LISBOA: LA RELEVANTE IMPRONTA DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

### 1. LA DIFÍCIL CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL ACTUAL ELSJ: LAS DEFICIENCIAS DE LA ACTUAL REGULACIÓN

La compleja configuración jurídica del ELSJ ha estado presidida en toda su evolución por difíciles equilibrios políticos y jurídicos que derivan de una permanente dialéctica entre dos polos opuestos: por un lado, la necesidad de intervención de la Unión Europea como consecuencia de la desaparición de las fronteras interiores dentro del mercado único, así como por la insuficiencia de la intervención individual de los Estados para afrontar retos de dimensión internacional; y, por otro lado, la lógica resistencia paralela de los Estados a perder el control sobre un ámbito estrechamente enraizado con el concepto mismo de soberanía. Esta permanente tensión ha cristalizado en un proceso que se abrió con unos tratados constitutivos que en su redacción inicial guardaban absoluto silencio sobre esta materia y que concluye en el Tratado de Lisboa con una (casi) plena incorporación de todo lo relativo al ELSJ a la disciplina institucional de la Unión Europea (método de integración). Esta necesidad de regulación comunitaria, inicialmente apenas se percibía en la que podríamos denominar etapa del *modelo convencional* de Schengen, propio de la década de los ochenta y realizada por vía *iusinternacional extra muros* de los Tratados constitutivos (Convenios de Schengen, Tratado de Dublín...). Posteriormente, afloró con mayor nitidez en el *modelo intergubernamental* que trajo consigo el Tratado de Maastricht, aunque se hiciese al precio de una compleja y criticable división en pilares. Representó, sin embargo, un excelente laboratorio para que después el Tratado de Ámsterdam diera sus primeros pasos por la senda del *modelo comunitario* al llevar parte de los entonces llamados asuntos de interior y justicia a la órbita comunitaria. Así actualmente, tras leves retoques introducidos por el Tratado de Niza, se recoge bajo el paraguas del método de integración (pilar comunitario) todo lo relativo al asilo, inmigración y cruce de fronteras (arts. 61 a 69 TCE), mientras que lo que atañe a la cooperación policial y judicial en

materia penal —en adelante, CPJMP— (arts. 29 a 42 TUE) sigue aún sujeto al método de cooperación (pilar extracomunitario) (3).

El régimen jurídico resultante de esta evolución es extraordinariamente complejo, habiendo que diferenciar claramente entre los aludidos dos pilares en que todavía se divide la regulación del ELSJ. De hecho, es bien sabido que dentro del pilar extracomunitario relativo a la CPJMP los procedimientos legislativos, el instrumentario jurídico en manos de la Unión Europea y el control del Tribunal de Justicia tienen un régimen jurídico propio claramente basado en la intergubernamentalidad (4).

Pero es que la regulación del propio título IV TCE, al contrario de lo que ocurre con el resto de competencias situadas en el pilar comunitario, también está plagada de excepciones y peculiaridades espaciales, procedimentales, jurídicas y de control judicial que restan coherencia y eficacia a la acción de la UE en materia de asilo e inmigración (5).

(3) Sobre este largo proceso histórico aquí escuetamente esbozado en sus líneas maestras, puede verse *in extenso*, KUIJPER, P. J., «The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution: Institutional Aspects», *CMLR* 2004, pp. 609-626, especialmente pp. 333-350; MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea – Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002, en pp. 31 a 66.

(4) Los problemas existentes en este pilar extracomunitario son diversos, pero los reconduciremos en esta sede a seis básicos. Existen instrumentos jurídicos propios (posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios) diferentes de los del ámbito comunitario (art. 34 TUE). La posición del Parlamento Europeo resulta claramente insuficiente ya que el procedimiento ordinario sigue siendo el de consulta (art. 39 TUE). Las decisiones en el seno del Consejo se toman por unanimidad lo que ralentiza enormemente la toma de decisiones, paraliza acciones necesarias y, caso de lograrse finalmente el respaldo necesario, su contenido es con frecuencia de mínimos. La iniciativa legislativa la comparte la Comisión con los Estados miembros, quienes a título individual pueden presentar propuestas, como de hecho ha ocurrido en diversas ocasiones. El control judicial por parte del Tribunal de Justicia (art. 35 TUE) tampoco es el propio del pilar comunitario ya que, entre otros aspectos, la cuestión prejudicial es facultativa y el recurso de incumplimiento queda totalmente excluido. Y, por supuesto, la propia estructura en pilares genera distorsiones evidentes entre el título IV TCE y el título VI TUE, en ocasiones incluso conflictos y solapamientos.

(5) En concreto, la fragmentación espacial viene determinada por los regímenes particulares de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, una suerte de «Europa a la carta» recogida en los respectivos Protocolos. La fragmentación procedimental y de control la encarnan las peculiaridades del procedimiento legislativo en el que la Comisión ha de compartir la iniciativa legislativa con los Estados, existe un uso desproporcionado de la unanimidad en el

En conclusión, nos encontramos ante un sistema complejo, opaco, sometido a una división en pilares que distorsiona la puesta en marcha de las acciones previstas y con graves deficiencias de eficacia, democracia y transparencia. Presenta, en suma, deficiencias que han sido resumidas en cuatro: «A lack of *effectiveness* of Union law and of *efficiency* in its decision-making process, undue *complexity* of the primary law framework of the Third Pillar, and finally problems of *legitimacy*» (6).

## 2. LA IMPORTANCIA DEL ELSJ EN LA ACTIVIDAD RECIENTE DE LA UNIÓN EUROPEA: UN ÁMBITO EN CLARA EXPANSIÓN

A pesar de todas las deficiencias indicadas, se han adoptado acciones muy relevantes en materia de ELSJ. En realidad, nos encontramos ante un ámbito en el que el seguimiento de los actos adoptados por la Unión resulta prácticamente inabarcable. Con base en el primer pilar se

---

seno del Consejo y, lo que es más grave, una cierta relegación del Parlamento Europeo. Existe también una disgregación jurídica que representa la extrema complejidad y opacidad del sistema resultante ya que el reguero de regímenes jurídicos resultantes en la actualidad convierte simplemente en tarea titánica el mero seguimiento normativo en la materia (diferentes instrumentos jurídicos según cada pilar, regímenes particulares para Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, posibilidad de cooperaciones reforzadas, ventilación del acervo Schengen en el que también participan Estados no miembros de la UE, pervivencia de normas dictadas con anterioridad al Tratado de Ámsterdam, etc.). Por último, la fragmentación en el control supone la existencia de algunas «matizaciones» al control judicial por parte del Tribunal de Justicia, particularmente en lo relativo a la cuestión prejudicial y a un nuevo recurso en interés de Derecho Comunitario (art. 68 TCE); este respecto, sigue siendo de referencia el trabajo de GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista Española de Derecho Comunitario* 1998, pp. 501-545. Igualmente, puede verse M. Urrea Corres: «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y la competencia del TJCE: hacia una jurisdicción flexible», *Boletín de la Facultad de Derecho UNED* 2003, núm. 23, pp. 65-101; A. del Valle Gálvez: «Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de las CCEE tras el Tratado de Ámsterdam», *Noticias de la Unión Europea* 2000, núm. 186, p. 23-36.

Estas excepciones ya las hemos analizado con anterioridad *in extenso*, *op. cit.* (*La inmigración y el asilo...*).

(6) LADENBURGER, C. y VERWILGHEN, S., «Policies relating to the Area of Freedom, Security and Justice», en AMATO, G., BRIBOSIA, H. y WITTE, B. De (eds), *Genèse et destinée de la Constitution européenne – Genesis and destiny of the European Constitution*, Bruylant, 2007, pp. 743-772, en pp. 743-744.

han elaborado importantísimas normas de enorme calado. Así, en materia de supresión de los controles en las fronteras interiores existen ya normas de primer orden sobre visados –las más relevantes de entre las muchas ya dictadas siguen siendo las de determinación de los Estados a cuyos ciudadanos se les exigirá visado (7)–, estatuto de los nacionales de países terceros que sean residentes de larga duración (8), lucha contra los pasadores de fronteras y trata de seres humanos (9), un código comunitario de normas para el cruce de fronteras (10) y un largo etcétera en el que sin duda habría que incluir también la vistosa creación de FRONTEX (11). Igualmente, en materia de asilo se han dado importantes pasos con la aprobación de normas para la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (comunitarización del Convenio de Dublín a través de un Reglamento) (12), la creación de EURODAC (13) y su reglamento de desarrollo (14), la definición de requisitos mínimos comunes para la recepción de solicitantes de asilo (15), la protección temporal en caso de afluencia masiva de desplazados necesitados de protección internacional (16), la creación de un Fondo Europeo para Refugiados (17)... Por último, aunque frecuentemente se pase por alto, también en materia de cooperación judicial civil hay nada desdeñables avances (18).

---

(7) DO L 81 de 21.3.2001. Este importante Reglamento ha sido modificado en 2001 (DO L 327 de 12.12.2001), 2003 (DO L 69 de 13.3.2003), 2005 (DO L 141 4.6.2005) y 2006 (DO L 363 de 20.12.2006 y L 405 de 30.12.2006).

(8) DO L de 23.1.2004. Esta Directiva (2003/109/CE) garantiza, entre otros aspectos, el principio de igualdad de trato en diversos ámbitos de la vida económica y social, así como la posibilidad de acceder a la condición de residente de larga duración al cabo de cinco años de residencia legal o la posibilidad de desplazamiento para trabajar a otros Estados miembros diferente al de residencia.

(9) DO L 203 de 1.8.2002 y DO L 328 de 5.12.2002.

(10) DO L 105 de 13.4.2006.

(11) Se trata de un Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de la Unión Europea que se creó en octubre de 2004 mediante un Reglamento (CE nº 2007/2004) del Consejo (DO L 349 de 25.11.2004), posteriormente modificado en 2007 (DO L 199 de 31.7.2007).

(12) DO L 50 de 25.2.2003.

(13) DO L 316 de 15.12.2000.

(14) DO L 62 de 5.3.2002.

(15) DO L 31 de 6.2.2003.

(16) DO L 212 de 7.8.2001.

(17) DO L 252 de 6.10.2000.

(18) El siempre citado Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12 de

Por su parte, dentro del tercer pilar la situación no es muy diferente ya que también se ha dado un desarrollo muy notable, en parte como consecuencia de la sensibilización a favor de una intervención conjunta en contra del terrorismo internacional surgida a raíz de los sucesos del 11S y del 11M. Todos tenemos en mente por su importancia la llamada euroorden (19), la creación de EUROJUST (20) y EUROPOL (21) o las acciones bien conocidas en materia de terrorismo (22). Pero existen otras muchas acciones en cuestiones tan variopintas como la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (23), la seguridad en los partidos de fútbol de dimensión internacional (24) o la falsificación del euro (25).

A mayor abundamiento y mirando hacia el futuro más inmediato, apenas unos días después de firmarse en 2004 el malogrado Tratado Constitucional y, por tanto, con base en los actuales tratados constitutivos se aprobó por el Consejo Europeo (4 y 5 de noviembre de 2004) el llamado Programa de la Haya para los próximos años con el objetivo de fortalecer el ELSJ (26). Sobre su base la Comisión presentó un ambicioso Plan de acción para el periodo 2005-2010 en el que se establecen diez prioridades en la materia (27) que fue posteriormente aprobado por el Consejo (28) y que en la actualidad fija el marco de actuaciones de la Unión Europea en materia de ELSJ.

16.1.2001, modificado en última ocasión en 2006, DO L 363 de 20.12.2006), se inserta en realidad en una larga lista que incluye un buen elenco de reglamentos que regulan aspectos tan dispares como la notificación y el traslado de documentos judiciales y extrajudiciales (DO L 160 de 30.6.2000), cooperación en la obtención de pruebas (DO L 174 de 27.6.2001), la justicia gratuita (DO L 26 de 31.1.2003), el establecimiento de un título ejecutivo europeo para créditos impugnados (DO L 143 de 30.4.2004), el establecimiento de un proceso inonitorio europeo (DO L 399 de 30.12.2006) y de un proceso europeo de escasa cuantía (DO L 199 de 31.7.2007) o el conocido Reglamento Roma II relativo a la ley aplicable a las obligaciones extrajudiciales (DO L 199 de 31.7.2007).

(19) DO L 190 de 18.7.2002.

(20) DO L 63 de 6.3.2002 y DO L 245 de 1.10.2003.

(21) DO C 316 de 27.11.1995 (última modificación en DO L 185 de 16.7.2005).

(22) DO L 164 de 22.6.2002.

(23) DO L 13 de 20.1.2004.

(24) DO L 121 de 8.5.2002.

(25) DO L 325 de 12.12.2003.

(26) DO C 53 de 3.3. 2005, p. 1.

(27) COM (2005) 184 final de 10 de mayo de 2005.

(28) DO C 198 de 12 de agosto de 2005, p. 1.

No obstante lo dicho, faltan aún importantes medidas que no han podido ser adoptadas por falta del consenso necesario ya que en buen número de casos siguen requiriendo la unanimidad en el Consejo. Existe ciertamente una pasarela para facilitar un tránsito al título IV TCE (art. 42 TUE) que, caso de emplearse, facilitaría notablemente la toma de decisiones incrementando el grado de eficacia y coherencia jurídica. Pero hasta el momento no se ha logrado la unanimidad necesaria para hacer uso de ella. Sí se ha logrado, sin embargo, paliar en parte la exigencia de unanimidad en el seno del título IV TCE ya que sí se ha logrado aprobar la extensión del procedimiento de codecisión a través del empleo de la previsión recogida en el artículo 67.2 TCE a todo el ámbito material de este título, salvo la inmigración de larga duración (29).

### 3. LA IMPORTANCIA DEL ELSJ EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL TRATADO CONSTITUCIONAL: UNA VALIOSA HERENCIA PARA EL TRATADO DE LISBOA

En este contexto, desde el inicio de los trabajos de la Convención que preparó una propuesta de Constitución para Europa quedó patente la clara intención de avanzar en la tarea de una progresiva incorporación de la competencia sobre el ELSJ al ámbito de actuación comunitario por la senda que abrió Schengen y que el Tratado de Niza había dejado aún inconclusa con la ya descrita división en pilares y con los elementos disgregadores aún existentes tanto en el título IV del TCE como mucho más en el título VI TUE (30). Esta intención afloró inicialmente en la primera sesión del plenario de la Convención y se consolidó en la sesión plenaria de 6 de junio de 2002 dedicada al futuro del ELSJ (31) en el que la nota crítica elaborada por la Secretaría de la Convención jugó un papel relevante (32). Pero también quedó claro desde el principio que durante las negociaciones pervivía todavía cierta resistencia de algunos Estados miembros a perder totalmente el control sobre una materia que,

(29) Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 2004, DO L 396 de 31.12.2004, p. 45.

(30) PIRIS, J. C., *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 202-212, en especial p. 207.

(31) CONV 97/02 de 19 de junio de 2002.

(32) CONV 69/02 de 9 de junio de 2002.

como ya hemos apuntado desde las primeras líneas introductorias, está estrechamente ligada al concepto de soberanía. Se constituyó, así, un grupo de trabajo *ad hoc* –el grupo X– con un mandato bien específico que debía concluir con una propuesta que mejorara sustancialmente las deficiencias de la actual regulación del ELSJ (33). Los trabajos de este grupo, presidido por John Bruton, se desarrollaron con la comparecencia de buen número de expertos y coincidió temporalmente con la puesta en marcha de las medidas previstas en el Tratado de Ámsterdam durante un periodo transitorio de cinco años (hasta el 1 de mayo de 2004) que dejaban al descubierto las ya aludidas deficiencias y carencias del sistema. En todo caso, concluyó su labor con un valioso informe final (34) que sirvió de base para el proyecto de artículos que presentó el Presidium (35) y sobre el que posteriormente se plantearon buen número de enmiendas (36). Ello, junto al resultado de las discusiones del pleno de 3 de abril de 2003 (37), provocó un nuevo proyecto de artículos del Presidium que incluía cambios significativos (38). Se volvió a someter al pleno del 30 y 31 de mayo de 2003 (39) con un redacción ya muy semejante a la del proyecto final de la Convención de 13 de junio y 10 de julio de 2003. Así, pese a algunos intentos de «poda» por parte del Reino Unido y de las discusiones a propósito de los regímenes especiales para el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, también la Conferencia Intergubernamental de 2004 lo aprobó sin apenas cambios.

En este marco, la aportación más ambiciosa del informe final del grupo de trabajo X fue la propuesta de que las disposiciones del tercer pilar actual se recondujeran a un marco jurídico común para todo el ELSJ (40), el cual dentro del Tratado Constitucional se plasmó en su regulación dentro de un capítulo único situado en el título general dedicado a las políticas y acciones internas de la Unión (capítulo IV del título III de la parte III). No obstante, para lograr en la Convención

(33) CONV 258/02 de 17 de septiembre de 2002.

(34) CONV 426/02 de 2 de diciembre de 2002.

(35) CONV 614/03 de 14 de marzo de 2003.

(36) CONV 644/03 de 1 de abril de 2003.

(37) CONV 677/03 de 9 de abril de 2003.

(38) CONV 727/03 de 27 de mayo de 2003.

(39) CONV 783/03 de 16 de junio de 2003.

(40) CONV 426/02, *cit.*, p. 2.

el consenso final la desaparición de la división en pilares y la consideración de todo el ELSJ como una competencia compartida de la Unión (art. I-14.2 j) hubo de pagarse el precio de incluir –junto a la PESC y a la cláusula de solidaridad– una disposición específica en el capítulo II de la Parte I dedicado a las disposiciones particulares (art. I-42) (41) y, sobre todo, de aceptar el mantenimiento de algunos ribetes intergubernamentales en materia de cooperación policial y judicial penal, especialmente el derecho de iniciativa de los Estados miembros (art. III-264). Con todo, el avance fue realmente notorio y resaltaba tanto más si se comparaba con lo que ocurría –y, por cierto, seguirá ocurriendo tras el Tratado de Lisboa– con la regulación de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Ésta sigue plenamente inmersa en la «filosofía de un pilar extracomunitario» (aunque formalmente se encuentra situada dentro de la Unión Europea con personalidad jurídica única) (42). En el caso del ELSJ se aceptó una plena «comunitarización» competencial real y una eliminación generalizada de la mayor parte de las deficiencias y elementos disgregadores que actualmente existen.

#### 4. EL FRACASO DEL TRATADO CONSTITUCIONAL: LA ASUNCIÓN DE SU CONTENIDO MATERIAL BÁSICO POR EL TRATADO DE LISBOA

Como ya se ha indicado en la introducción a este trabajo, el Tratado de Lisboa ha supuesto, con sus luces y sus sombras, una salida del (interminable) «túnel constitucional» en el que quedó atrapada la Unión Europea como consecuencia de la paralización del proceso de ratifica-

(41) El régimen particular que recogía el que era artículo I-42 del Tratado Constitucional representaba, en sí mismo, el peaje para lograr el consenso final y la mejor prueba de la pervivencia en el Tratado Constitucional de la permanente tensión entre la conveniencia de intervención de la Unión en la materia y la correlativa resistencia de los Estados a perder el control sobre la misma. Un análisis detallado de este relevante precepto se encuentra en LABAYLE, H., «Article I-42: Espace de liberté, sécurité et justice», en BOURGORGUE-LARSEN, LEVADE, A. y PICOD, F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruselas, 2007, tomo 1, pp. 544-560.

(42) Aunque referido al Tratado Constitucional, puede verse por todos ESTEVE, F. / PÉLLORENTS, M. (eds.), *La proyección exterior de la Unión Europea en el Tratado Constitucional. ¿Mejora o maquillaje?*, Fundació CIDOB, Barcelona, 2005; igualmente REMIRO BROTONS, A. / BLAZQUEZ NAVARRO, J. (coords.): *El futuro de la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ción del Tratado Constitucional a raíz de los *referenda* negativos de Francia y Países Bajos, así como también –por qué no decirlo claramente– del descarado aprovechamiento interesado de algunos Estados miembros que, sin haber intentado siquiera ratificar el Tratado Constitucional que habían firmado solemnemente en Roma en 2004, intentaron paralizar los avances que encarnaba este texto constitucional.

En este contexto, no cabe duda que uno de los avances materiales más significativos del Tratado Constitucional –si no el mayor de ellos– era precisamente la nueva regulación del ELSJ. El Tratado Constitucional representaba, por encima de todo, la plena comunitarización del ELSJ y la consideración en su integridad como una competencia compartida (43). Esto se mantiene (casi) totalmente por la CIG'07 sin apenas retoques. El Tratado de Lisboa introduce, con todo, alguna modificación de carácter menor que, por otra parte, encaja perfectamente en la tendencia generalizada de refuerzo intergubernamental –en detrimento del elemento de integración– que caracteriza a todo el Tratado (44). Pero, sin duda, la regulación del Tratado de Lisboa en esta materia es clara deudora del Tratado Constitucional.

### III. LA CONSTITUCIÓN DEL ELSJ EN EL TRATADO DE LISBOA: SU (CASI) PLENA COMUNITARIZACIÓN

#### 1. EL MARCO JURÍDICO GENERAL: LA CONSIDERACIÓN DEL ELSJ COMO UNA COMPETENCIA COMPARTIDA MÁS

El Tratado de Lisboa ha solventado las dos deficiencias básicas atribuidas al actual ELSJ: ha comunitarizado todo el tercer pilar relativo a la CPJMP y ha sometido su desarrollo a la disciplina institucional, jurídica y de control propia del método de integración. Así, dentro del

(43) Un primer acercamiento a la regulación del ELSJ que se deducía del mandato que salió del Consejo Europeo de junio de 2007 para la Conferencia Intergubernamental que elaboró el Tratado de Lisboa lo realizamos en «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: un reto para la nueva Conferencia Intergubernamental», en *Temas para el debate* 2007, pp. 65-67.

(44) Con razón se ha afirmado a propósito del Tratado de Lisboa que ha supuesto hacer una Europa a la medida de los gobiernos; MANGAS MARTÍN, A., «Europa a la medida de los gobiernos», *Revista General de Derecho Europeo* 2007, núm. 14, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

TUE se fija como objetivo de la Unión Europea el ofrecer «a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia» (art. 3.2 TUE). Y ya en el TFUE se establece con toda rotundidad que todo el ámbito del ELSJ se trata de una competencia compartida (art. 4.2 j TFUE).

Si se compara la nueva regulación del ELSJ del Tratado de Lisboa con la que recogía el Tratado Constitucional (45), llama la atención, por encima de todo, que el nuevo TUE reformado –que viene a ser una suerte de tratado marco que se desarrolla por el TFUE– haya prescindido de establecer el marco normativo del ELSJ que antes recogía la parte I del

(45) La regulación del ELSJ en el Tratado Constitucional mereció una importante atención de la doctrina. Sin ánimo exhaustivo, puede verse KORNOBIS-ROMANOWSKA, D., «Developments in the Area of Freedom, Security and Justice brought by the Constitutional Treaty», en DANN, P. y RYNKOWSKY, M. (eds.), *The Unity of the European Constitution*, Springer, Berlín, 2006, pp. 235-253; LABAYLE, H., *loc. cit.* («Article I-42...»); MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia en el Proyecto de Constitución para Europa», en AA.VV., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional – Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba-Universidad de Sevilla-Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, tomo II, pp. 857-877; NASCIBENE, B., «L'espace de liberté, de sécurité et de justice dans une perspective constitutionnelle européenne», en ROSSI, L.S. (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 265-285; PACIOTTI, E., «L'espace de liberté, de sécurité et de justice: au-delà de Tampere et de La Haye», en AMATO, G./BRIBOSIA, H./DE WITTE, B. (eds.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne – Genesis and destiny of the European Constitution*, Bruylant, Bruselas, 2007, pp. 1129-1143; PÉREZ MARTÍN, E., «La Constitución europea y los extranjeros nacionales de terceros Estados», en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (dirs.), *Comentario a la Constitución europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, vol. II, pp. 1063-1111; STERLESE, B., *L'Europe de la justice et la constitution européenne*, Presses Universitaires de France, París, 2005; THYM, D., *The Area of Freedom, Security and Justice in the Treaty Establishing a Constitution for Europe*, Walter Hallstein Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Berlín, 2004 (<http://www.rewi.hu-berlin.de>); VALLE GÁLVEZ, A. del: «Europa como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Las provisiones del Tratado Constitucional», en BOU, V. y CERVERA, M. (coords.), *El Derecho de la UE 20 años después de la adhesión de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 143-177; *ib.*: «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado Constitucional», *Noticias de la Unión Europea* 2005, núm. 250, pp. 111-122; WEYEMBERG, A., «L'espace de liberté, de sécurité et de justice», en DONY, M. y BRIBOSIA, E. (eds.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruselas, 2005, pp. 279-353.

Tratado Constitucional en su significativo artículo I-42 (46). Llama tanto más la atención si se tiene presente que en modo alguno ha ocurrido lo mismo con las normas sobre el ámbito material que en la actualidad constituye el otro pilar extracomunitario, a saber, la PESC (47).

En todo caso, sea en el TUE o sea en el TFUE, el Tratado de Lisboa mantiene plenamente los avances materiales que en materia de ELSJ recogía el Tratado Constitucional (arts. III-257 a 277), incluyendo, por supuesto, el olvido definitivo de la actual estructura en pilares. En este sentido, el Tratado de Lisboa dedica a la regulación del ELSJ un título específico (título V) dentro de la parte tercera del TFUE relativa a las políticas internas de la Unión, haciéndolo justo a continuación de fijar las normas generales sobre el mercado interior (título I), la libre circulación de mercancías (título II), la agricultura y pesca (título III) y la libre circulación de personas, servicios y capitales (título IV). Este título consagrado específicamente al ELSJ (arts. 67 a 89) viene a recoger sin

(46) En concreto, este trascendental precepto preveía lo siguiente:

«1. La Unión constituirá un espacio de libertad, seguridad y justicia: a) mediante la adopción de leyes y leyes marco europeas destinadas, en caso necesario, a aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos contemplados en la parte III; b) fomentando la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros, basada en particular en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales; c) mediante la cooperación operativa de las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados en la prevención y detección de infracciones penales.

2. Los Parlamentos nacionales podrán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia participar en los mecanismos de evaluación establecidos en el artículo III-260. Estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de la actividad de Eurojust con arreglo a los artículos III-276 y III-273.

3. Los Estados miembros dispondrán de derecho de iniciativa en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal con arreglo al artículo III-264».

(47) Respecto a esta PESC no sólo se mantiene en el TUE la regulación que recogía la parte I del Tratado Constitucional, sino que incluso incorpora a ese mismo TUE gran número preceptos que antes se encontraban sistemáticamente ubicados en la parte III del Tratado Constitucional y que perfectamente podían haberse dejado ahora para el TFUE; de hecho no son infrecuentes los solapamientos y hasta alguna contradicción entre las normas previstas en el TUE (arts. 21 a 46) y en el TFUE (arts. 205 a 222 TFUE) cfr. GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *¿Quién dijo que desaparecen los pilares? La configuración jurídica de la acción exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa*, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, 2008, pp. 393-404.

apenas modificaciones la vieja regulación de los artículos III-257 a 277 del Tratado Constitucional, de manera que se subdivide en cinco capítulos consagrados respectivamente a las disposiciones generales (arts. 67 a 76 TFUE), políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración (arts. 77 a 80 TFUE), cooperación judicial en materia civil (art. 81 TFUE), cooperación judicial en materia penal (arts. 82 a 86 TFUE) y cooperación policial (arts. 87 a 89 TFUE). (48)

## 2. LOS ELEMENTOS DEL ELSJ: LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN, LA SEGURIDAD Y LA JUSTICIA

### a) *Los objetivos del ELSJ*

El artículo 3.2 TUE recoge como objetivo de la Unión el ofrecer «a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores», el cual comparte plaza con objetivos de gran calado político —como la promoción de la paz, sus valores y el bienestar de los pueblos o la lucha contra la exclusión social y la discriminación— con otros bastante más pragmáticos y ya prácticamente logrados, como el establecimiento de un mercado interior o una Unión Económica y Monetaria.

Dentro de la novedad de este precepto, que en lo básico funde lo previsto en los artículos I-3 y I-8 del Tratado Constitucional, resulta relevante la inclusión en su apartado quinto de una referencia añadida a que la Unión «contribuirá a la *protección de sus ciudadanos*». Es cierto que lo integra dentro del apartado particularmente referido a la PESC, pero no es menos cierto que su ámbito material concreto tiene un contenido claramente compartido con la filosofía que también inspira la regulación del ELSJ. Por último, el contenido de este precepto (art. 3.2 TUE), como también ocurría con su homólogo en el Tratado Constitucional (art. I-3), parece transmitir la falsa sensación de reservar los beneficios del ELSJ tan sólo a los *ciudadanos* de la Unión (49), cuando en realidad

(48) Véase VALLE GALVEZ, A. del: «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *op. cit. (El Tratado de Lisboa...)*, pp. 417-435.

(49) LABAYLE, H.: *loc. cit.* («Article I-42...»), p. 549.



buena parte de la regulación del nuevo ELSJ afecta precisamente –como, por otra parte, no podía ser de otro modo dado el contenido intrínseco de la materia– a los nacionales de terceros Estados.

Con todo, representa una cierta mejora respecto a la más miope redacción actual del artículo 29 TUE, claramente escorada hacia la dimensión de la seguridad («el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia»). Y, en todo caso, recoge con claridad los tres elementos integradores de este ELSJ, a saber, la libertad, la seguridad y la justicia. Cuestión diferente será si realmente se logra después un verdadero equilibrio entre ellas.

#### b) *La libertad de circulación*

Estos tres elementos integradores del ELSJ siguen siendo, como no podía ser de otra forma, los mismos que en la actualidad y su concreción material tampoco varía demasiado. Así, en relación con el elemento de *libertad*, el Tratado de Lisboa establece que, como manifestación principal del mismo, se garantizará «la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países», asimilándose a estos efectos los apátridas a los nacionales de terceros países (art. 67 TFUE).

En desarrollo de este enunciado, el Tratado de Lisboa regula, dentro de un capítulo propio, todas las cuestiones relativas a la *política sobre control de fronteras, el asilo y la inmigración* (arts. 77 a 80 TFUE). En primer lugar, en relación con el *control de fronteras* se recoge el objetivo general de garantizar la ausencia de controles de las personas cuando crucen las fronteras interiores (sea cual sea su nacionalidad) o exteriores e instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores (art. 77 TFUE). En segundo lugar, a propósito del *asilo*, se da un paso adelante y se atribuye a la Unión una amplia competencia para lograr un verdadero *sistema europeo común de asilo* (art. 78 TFUE). Y en la tercera de las dimensiones de esta sección se

incluyen también las atribuciones competenciales pertinentes para poder lograr una verdadera *política común de inmigración* cuyo objetivo sea garantizar, en todo momento, la gestión eficaz de los flujos migratorios, el trato equitativo a los inmigrantes, así como la prevención y la lucha reforzada contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos (art. 79 TFUE); a la vez que se incluye una cláusula de solidaridad para un reparto equitativo de la responsabilidad de los Estados miembros en el aspecto financiero (art. 80 TFUE). En concordancia con ello, el ya aludido Programa de La Haya presta también particular atención a cada uno de estos elementos, dedicándole cuatro de sus diez prioridades.

#### c) *La seguridad y la novedad de la Fiscalía europea*

Por lo que respecta al elemento de la *seguridad*, se establece que la Unión «se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo, la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales» (art. 67.3 TFUE). Para desarrollar este elemento del ELSJ, el TFUE dedica los dos últimos capítulos del título V a la *cooperación judicial en materia penal* (arts. 82 a 86) y a la *cooperación policial* (arts. 87 a 89). Ambas materias son reconducidas al ámbito de la lógica de la integración (procedimiento legislativo, instrumentos jurídicos, control judicial, etc). En el caso de la cooperación judicial en materia penal, el alcance de la intervención comunitaria es de una doble dimensión: procesal y material. Procesal en cuanto rige el elemental principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales (50), a la vez que permite adoptar medidas para garantizar este principio, prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros, fomentar la formación de los magistrados y facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales. Y material

(50) Vid. *infra* IV.4).

porque en el ámbito de los delitos de carácter particularmente grave y con una dimensión transfronteriza (terrorismo, trata de seres humanos, tráfico internacional de drogas, etc.) permite también la armonización –bien que limitada a la adopción de «normas mínimas»– de los tipos penales y las sanciones derivadas de los mismos, permitiendo que esa lista de delitos pueda ser ampliada en el futuro por decisión unánime del Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo (art. 83 TFUE).

Con todo, la novedad más llamativa de la nueva regulación probablemente sea la *Fiscalía europea* (art. 86 TFUE) que se podrá crear mediante reglamentos como un instrumento complementario para combatir las aludidas formas más graves de delincuencia. Sería competente para averiguar, perseguir y encausar a los autores y cómplices de delitos graves que afecten a varios Estados miembros y de infracciones que lesionen los intereses financieros de la Unión. La verdadera novedad del Tratado de Lisboa respecto a la regulación recogida por el Tratado Constitucional (art. III-274) radica en que, aunque se mantiene la exigencia de unanimidad en el Consejo (previa aprobación del Parlamento Europeo), si no se alcanza esa unanimidad un grupo de al menos nueve Estados miembros podrán –como veremos más adelante (51)– recurrir directamente al mecanismo de cooperación reforzada, previo tratamiento del tema en el Consejo Europeo (art. 86.1 apdos. tercero y cuarto TFUE).

En suma, en relación con este segundo elemento del ELSJ, sobra recordar que en los últimos años ha sido el aspecto más desarrollado de este espacio. Como consecuencia de los atentados del 11S –y posteriores– y como consecuencia también del fenómeno de la inmigración ilegal las instituciones comunitarias han volcado la mayor parte de sus esfuerzos dentro del ELSJ a la cuestión de la seguridad, en claro detrimento de los otros dos elementos del mismo (52).

(51) *Vid. infra* IV.4).

(52) El Programa de La Haya trata –al menos aparentemente– de solventar en parte este desequilibrio evidente en favor del elemento de la seguridad, si bien en la práctica las principales acciones de la Unión dentro del ELSJ siguen excesivamente focalizadas en esta dimensión de la seguridad: lucha contra el terrorismo, criminalidad organizada, corrupción, tráfico de drogas, mejora del intercambio de información, etc. En este mismo orden de cosas, dada la propia naturaleza derivada del contenido transnacional de esta materia, se ha

#### d) *La justicia*

Por último, para lograr materializar el tercero de los elementos que conforman el ELSJ, el de *justicia*, se fija que «la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil» (art. 67.4 TFUE). En este sentido, el TFUE dedica igualmente un capítulo propio a la *cooperación judicial en materia civil* (art. 81 TFUE) que en lo sustancial mantiene la misma filosofía recogida actualmente en el título IV TCE (53), si bien elimina el requisito de que las medidas adoptadas resulten necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior y deja fuera de toda duda que esta cooperación puede incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros. A la hora de concretar el alcance material de la acción comunitaria reproduce con gran paralelismo los actuales objetivos previstos en el TCE (art. 65 TCE), completándolos con sendas referencias a la tutela judicial efectiva, el apoyo a la formación de magistrados y personal de la administración de justicia y el desarrollo de métodos alternativos de resolución de conflictos. Obviamente se mantiene el principio de reconocimiento mutuo como eje central de la actuación en la materia, si bien se «suaviza» la actual exigencia de vinculación de las medidas a adoptar con el «funcionamiento del mercado interior» («en particular»), se extiende el procedimiento legislativo ordinario (salvo «las medidas relativas al Derecho

ido poniendo de manifiesto la creciente importancia de la dimensión exterior de este ELSJ, no sin conflictos de entidad con Estados Unidos que en ocasiones han terminado ante el Tribunal de Justicia; véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La posición del Parlamento Europeo en el espacio de libertad, seguridad y justicia», en BARBÉ, E. y HERRANZ, A. (eds.), *Política exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*, Institut Universitari d'Estudis Europeus, Barcelona, 2007, pp. 67-83.

(53) A este respecto, puede verse por todos BORRÁS, A., «Significado y alcance del espacio judicial europeo en materia civil: hacia la reforma del Título IV TCE», en *Noticias de la UE* 2003, núm. 225, pp. 11-20; *ib.*: «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *Revista Española de Derecho Internacional* 1999, pp. 383 y ss.; *ib.*: «Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 2005, vol. 317, pp. 313-537. Especialmente referido al Tratado de Lisboa, véase BORRÁS, A.: «La cooperación judicial en materia civil», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *op. cit.* (*El Tratado de Lisboa...*), pp. 437-449.

de familia con repercusiones transfronterizas») (54) y, eso sí, no se elimina la exigencia de dimensión transfronteriza de la misma. Con todo, la principal novedad introducida por el Tratado de Lisboa en relación a la redacción que el Tratado Constitucional había dado a este precepto (art. III-269) es el nuevo derecho de veto que introduce a favor de los parlamentos nacionales en el último inciso del apartado tercero del artículo 81 (55).

Por último, como desarrollo de esta misma dimensión de justicia, el Tratado de Lisboa incluye también un capítulo dedicado a la cooperación judicial en materia penal que, sin duda, es también uno de los ámbitos de mayor potencialidad futura.

### 3. LA DESAPARICIÓN DE LOS ELEMENTOS DISGREGADORES DEL ELSJ: MAYOR EFICACIA, MAYOR DEMOCRACIA Y MAYOR TRANSPARENCIA

Como ya se ha apuntado, la nueva regulación del ELSJ es sin duda uno de los ámbitos del Tratado de Lisboa donde más perceptible resulta el avance respecto a la regulación actualmente en vigor. La desaparición *real* del tercer pilar acaba con un complejo sistema que resultaba caótico e ineficiente, a la vez que abre las puertas a una verdadera competencia compartida de la Unión que encierra un relevante potencial de desarrollo futuro. A la vez, lima también buena parte de las aristas que presentaban hasta ahora los elementos disgregadores existentes en la regulación actual del ELSJ (56). Representa, así, un claro avance

(54) No obstante, el artículo 81.3 TFUE permite en su inciso segundo que el Consejo, a propuesta de la Comisión, pueda adoptar –por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo– una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que pueden ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. En este mismo sentido, no pasa desapercibido que el Derecho de familia susceptible de regulación por la Unión ha de tener «repercusión transfronteriza», referencia restrictiva y de no siempre fácil diferenciación respecto al Derecho de familia sin esa repercusión transfronteriza que no se recoge en la actualidad en la letra del vigente artículo 67 TCE.

(55) *Vid. infra*, IV.2.

(56) Aunque referido al Tratado Constitucional, véase *in extenso* LABAYLE, H., «L'espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe», *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2005, pp. 437-472, en especial pp. 449-462.

desde las tres perspectivas fundamentales de análisis material, a saber la eficacia, la democracia y la transparencia.

En efecto, desde la perspectiva de la *eficacia*, no cabe duda que la reconducción de toda la CPJMP al método de integración y la paralela desaparición de la estructura en pilares es la novedad más sobresaliente ya que encierra un avance definitivo y elimina las distorsiones que conlleva la criticable división actual en pilares. Permitirá una acción eficaz y coherente en un ámbito especialmente delicado e importante. Como consecuencia de ello, se esfuma también el cúmulo de excepciones que actualmente existen. Desaparece, en primer lugar, la disparidad de instrumentos jurídicos existentes en la actualidad según la Unión actuara en el pilar comunitario o en el extracomunitario, de manera que rige plenamente el nuevo sistema de actos diseñado por el TUE y el TFUE a partir de la nítida distinción entre actos legislativos (art. 289 TFUE) y actos no legislativos (art. 290 TFUE), si bien con el Tratado de Lisboa desaparece la terminología de nuevo cuño que incluyó el Tratado Constitucional (57). En segundo lugar, desaparecen también las peculiaridades del actual proceso legislativo ya que se extiende el proceso decisorio ordinario (art. 294 TFUE); la iniciativa legislativa vuelve a manos de la Comisión; el Consejo decidirá por mayoría cualificada; y el Parlamento Europeo queda equiparado al Consejo. No obstante, se conservan algunas peculiaridades, como la pervivencia de la iniciativa legislativa de los Estados, circunscrita, como veremos, únicamente a la cooperación judicial penal y a la cooperación policial y sometida a la exigencia de que la iniciativa la presente «la cuarta parte de los Estados miembros» (art. 76 b TFUE), esto es, en la actualidad al menos siete Estados. Desaparecen también, en tercer lugar, las peculiaridades que existían respecto al control judicial por el Tribunal de Justicia de los actos jurídicos adoptados en esta materia (arts. 251 a 281 TFUE). La única excepción prevista afecta a la cooperación judicial penal y a

(57) Como se recordará, el Tratado constitucional sustituía las actuales denominaciones de reglamentos y directivas por la «más atrevida» de leyes y leyes marco europeas (arts. I-34 y 35); al respecto puede verse, por todos, MANGAS MARTÍN, A., *Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 145-154; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Simplificación de los instrumentos jurídicos en el Proyecto de Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2003, núm. 16, pp. 1041-1063.

la cooperación policial, estableciéndose que en estos ámbitos el Tribunal de Justicia no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (art. 276 TFUE).

Por otro lado, por lo que afecta a las materias actualmente reguladas ya en el pilar comunitario, el Tratado de Lisboa amplía sustancialmente el alcance material de la posible intervención de la Unión dotando de una mayor efectividad y coherencia a la acción comunitaria. De esta forma, en materia de asilo no sólo atribuye competencia para la adopción de «normas mínimas», como es el caso ordinario en la actualidad, sino que lo hace para la consecución de una verdadera *política común en materia de asilo* (art. 78.1 TFUE). Por ello, en el plano de lo concreto, en lugar de referirse a «normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países», atribuye competencia para lograr «un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión». En vez de «normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas», se habla de «un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional» y de «un sistema común para la protección temporal de personas desplazadas en caso de llegada masiva». En lugar de referirse a la adopción de «normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado» se adoptarán «procedimientos comunes». También se sustituye la referencia a las «normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros» por la más amplia alusión a «normas relativas a la acogida», aunque sin llegar en este caso a referirse a un sistema único de acogida (art. 78.2 TFUE). En suma, avances nada desdeñables.

Finalmente, desde esta misma perspectiva de la eficacia, también resulta muy positivo que, como ya se ha apuntado, se prevean nuevas acciones materiales, sobresaliendo con luz propia la posible creación de una Fiscalía Europea a partir de EUROJUST (art. 86 TFUE).

También desde el punto de vista de la *democracia* son notables los avances, especialmente en lo que afecta al procedimiento decisorio. Estas novedades cobran particular importancia en el ámbito del actual título VI TUE ya que hasta el momento, como ya se ha indicado anteriormente, ha resultado imposible el acuerdo necesario para hacer uso de la pasarela prevista en el artículo 42 TUE, de modo que el Parlamento Europeo sigue ocupando dentro del proceso decisorio una posición muy relegada. El avance es ahora remarcable porque el Tratado de Lisboa coloca en lo sustancial al Parlamento Europeo a la misma altura que el Consejo dentro del procedimiento legislativo ordinario. Pero también representa un avance en las materias del título IV TCE que no habían quedado cubiertas por la ya aludida decisión adoptada por el Consejo con base en la previsión recogida en el actual artículo 67.2 TCE (inmigración legal) (58). De manera correlativa, desde este mismo punto de vista de la democracia y la legitimidad, resulta igualmente subrayable la extensión de la mayoría cualificada en el Consejo para la adopción de acciones tan relevantes como la aproximación de algunas normas procesales penales (art. 82.2 TFUE), para la aproximación de un buen número de tipos penales materiales (art. 83.2 TFUE) o para regular EUROJUST (art. 85 TFUE) o EUROPOL (art. 87 TFUE), si bien la unanimidad se conserva aún para la aproximación de otras normas procesales penales, penales materiales o la creación de la Fiscalía europea (art. 86 TFUE); con independencia de la ya aludida posibilidad de recurrir a la cooperación reforzada.

Para concluir, desde el prisma de la *transparencia* se dan también pasos muy importantes. Fruto de la desaparición de la estructura en pilares y de la unificación de instrumentos jurídicos y procedimientos legislativos, se simplifica notablemente el marco jurídico y se hace desaparecer el reguero de excepciones, peculiaridades y regímenes jurídicos específicos que hacen ahora realmente complicada la comprensión del reparto de poder entre la Unión Europea y los Estados miembros en esta materia. Ciertamente el Tratado de Lisboa no será la panacea ya que, como consecuencia del lógico principio de continuidad y mantenimiento de las normas ya en vigor en el momento de entrada en vigor del nuevo Tratado, pervive –al menos temporalmente– el rompecabezas

(58) Vid. *supra* II.2 *intine*.

de actos normativos que se han ido aprobando de manera sucesiva con base en las atribuciones de competencia existentes en cada momento y en cada pilar respectivo. Supondrá, empero, una sustancial mejora de la transparencia del sistema (59).

El Tratado de Lisboa también incrementa sustancialmente la *visibilidad* de la Unión en materia de ELSJ. Tanto hacia adentro como hacia fuera. En la dimensión interna, la existencia de un marco jurídico e institucional único, la personalidad jurídica única de la Unión y las nuevas atribuciones de competencia para lograr una verdadera política europea tanto en materia de asilo e inmigración como de CPJMP encarnan un importante paso adelante. Es más, si se lograra crear la ya tratada *Fiscalía europea* sería una de las más claras visualizaciones para el ciudadano del avance en el proceso de integración europeo. Ahora bien, conviene precisar que nada tendría que ver con las exageradas comparaciones con figuras afines en el sistema procesal de Estados Unidos que han tratado de presentar algunos medios de comunicación. Y en la dimensión externa el Tratado de Lisboa también introduce elementos de refuerzo. No la crea *ex novo* puesto que en la actualidad cabe ya la celebración de acuerdos internacionales con base en el primer pilar (art. 300 TCE) o también en el tercero (art. 34.2 TUE). De hecho, existen buen número de ellos (60). Ahora el Tratado de Lisboa lo refuerza y al regular por

(59) Cualquiera que se acerque con curiosidad a los diferentes intentos de las instituciones comunitarias por sistematizar los centenares de actos jurídicos que en materia de ELSJ están actualmente en vigor —ya sea mediante los marcadores semestrales que en el pasado presentaba la Comisión para seguir el programa de actividad legislativa marcado por el Tratado de Ámsterdam y por el Consejo Europeo de Tampere o ya sea mediante los listados que periódicamente se actualizan a través de las bases de datos comunitarias (EURLEX)— observará con cierto enojo la (casi) inaprensible panoplia de reglamentos, directivas, decisiones, decisiones-marco, convenios... existentes en la materia. Y si alguno todavía mantiene el ánimo en esa labor, será más dudoso que éste no se esfume si afronta idéntica labor respecto al llamado «acervo Schengen». Transparencia es, pues, un espejismo que no resultará nada fácil de combatir en la práctica por mucho que el Tratado de Lisboa incorpore mecanismos para incrementarla. Al menos, no será posible lograrla mientras, tras la entrada en vigor del nuevo Tratado, no pasen el suficiente número de años como para ir adaptando la forma y el contenido de los referidos actos jurídicos al nuevo esquema competencial.

(60) Probablemente los más conocidos sean los Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal, DO L 181 de 19.7.2003, p. 25. Pero en la actualidad existen ya otros muchos. Para acercarse a la

ejemplo el asilo se refiere expresamente a «la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal» (art. 78.2 g TFUE). Igualmente en materia de inmigración se atribuye a la Unión competencia para adoptar acuerdos internacionales con terceros países para la readmisión, en sus países de origen o procedencia, de nacionales de terceros países en situación de residencia ilegal (art. 79.3 TFUE). Este tipo de acuerdos se ha mostrado en los últimos años como una vía ineludible para combatir con cierta garantía de eficacia la inmigración ilegal.

En conclusión, el Tratado de Lisboa entraña un avance muy notable. Pero no es aún la etapa final del recorrido integrador que abrió con Schengen. Como veremos con detalle más adelante (61), en el Tratado de Lisboa perviven aún algunas reminiscencias nada desdeñables que en realidad ahonda las que ya existían en el Tratado Constitucional.

#### 4. LOS MEDIOS PARA LOGRAR EL ELSJ: ARMONIZACIÓN, RECONOCIMIENTO MUTUO Y COOPERACIÓN OPERATIVA

Una vez fijado el objetivo fundamental de constituir un ELSJ con los tres elementos característicos que lo integran (libertad, seguridad y justicia) y una vez eliminada buena parte de los actuales elementos disgregadores, el TFUE concreta los medios de que dispone la Unión Europea para conseguir ese objetivo. Estos medios son tres y todos ellos existen ya en la actualidad en mayor o menor grado: la armonización de legislaciones, el principio de reconocimiento mutuo y la cooperación operativa (62).

En relación con la *armonización*, es evidente que el recurso a los instrumentos legislativos ordinarios (reglamentos y, sobre todo, directivas) encarna un avance sustancial en relación a la variada paleta de

estrategia de la Unión Europea en la dimensión exterior del ELSJ sigue siendo de interés la lectura de la Comunicación que la Comisión presentó en 2005 (COM (2005) 491 final).

(61) *Vid. infra*, IV.

(62) Con ello el TFUE acoge la «regla de oro» que había fijado el grupo de trabajo de la Convención y después también el Tratado Constitucional en el sentido de diferenciar claramente entre acciones legislativas y acciones operacionales; CONV 426/02, *cit.*, p. 3.

instrumentos jurídicos existentes actualmente en el primer y tercer pilar y, en todo caso, a pone de manifiesto la posición central de la armonización para lograr plenamente un ELSJ (63). Se homologa, pues, todo el ELSJ a lo que ya ha sido práctica común de la Unión en otros relevantes ámbitos como, sobre todo, el mercado interior.

Por otro lado, el *principio de reconocimiento mutuo* tampoco tiene en sí mismo nada de novedoso. Es un viejo principio igualmente bien conocido en el ámbito comunitario del mercado único (64) y base esencial, por lo que afecta al ELSJ, de todo lo relativo a la cooperación judicial en materia civil y también de la penal. De hecho, por lo que específicamente respecta al ELSJ ya el Programa de Tampere se hacía eco de su importancia, habiendo sido empleado con reiteración; tanto en la práctica jurisprudencial (65) como en la legislativa ya que, por ejemplo, la propia regulación de la orden de detención europea (66) se fundamenta claramente en el mismo. No en vano es el complemento inseparable de la armonización. Sin embargo, la realidad muestra que en la práctica no quedan ausentes los problemas del mismo (67).

Por último, el tercero de los medios para lograr el ELSJ hace referencia a la *cooperación operativa* de las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados en la prevención y detección de infracciones penales. Obviamente, de los tres instrumentos citados, éste es el más específico ya que hace referencia únicamente al ámbito de la cooperación

(63) LABAYLE, H., *loc. cit.*, pp. 467-468.

(64) Véase, por todos, GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999 especialmente referido al Tratado de Lisboa, *ib.*: «Reconocimiento mutuo y principio de Estado de origen: su incidencia en el ámbito del Derecho aplicable», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *op. cit.* (*El Tratado de Lisboa*), pp. 521-537.

(65) Sentencia de 16 de junio de 2005, *Pupino*, C-105/03, *Rec.*, p. I-5285.

(66) Decisión marco 2002/584 de 13 de junio de 2002, *DO L 190*, *cit.*.

(67) La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 21 de julio de 2004 en la que, con base en un recurso de amparo, anuló la ley alemana que transponía la decisión marco sobre la euroorden es un buen ejemplo al respecto. Y a la postre termina conectando este principio de confianza mutua entre los Estados miembros con el diferente nivel de protección de los derechos fundamentales existente en cada Estado.

policial en materia penal, si bien para algunos encarna la esencia misma de la acción europea en estos ámbitos (68). Tampoco tiene nada de novedoso, puesto que ya en la actualidad se prevé en el Derecho en vigor (art. 30.1 a TUE) y, en la práctica, organismos como EUROPOL, EUROJUST o FRONTEX han dado buena muestra de su potencialidad. El TFUE prevé a este respecto que el Consejo podrá establecer medidas relativas a la cooperación operativa entre las autoridades a que se refiere el presente artículo [cooperación policial]» (art. 87.3). Para su adopción no rige, sin embargo, el procedimiento legislativo ordinario, sino que se exige —ya lo hacía también el Tratado Constitucional— unanimidad en el Consejo y simple consulta previa al Parlamento Europeo (69).

#### 5. EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONALES

Por último, existe también una clara presencia de la protección de los derechos fundamentales dentro del ELSJ. Así, tras el consabido punto de partida ya visto («la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia»), se establece expresamente que se hará «dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros» (art. 67.1 TFUE). Con ello se pone de manifiesto, en primer lugar, la importancia que el respeto de los derechos fundamentales tiene en el marco del ELSJ. A este respecto, la adhesión de la Unión al CEDH (art. 6 TUE), la Carta misma de derechos fundamentales con derechos específicos como el derecho de asilo o la protección en caso de

(68) GARCÍA JOURDAN, S., «Le traité établissant une Constitution pour l'Europe: quels apports pour la coopération judiciaire et policière en matière pénale», *Revue des Affaires Européennes-Law and European Affairs* 2003-2004, núm. 3, pp. 375-390, especialmente p. 383.

(69) Era, en realidad, uno de los pocos aspectos del ELSJ donde todavía pervivían en el Tratado Constitucional reminiscencias claras del método de cooperación que inspira la actual regulación del tercer pilar (art. III-275 Tratado Constitucional). El Tratado de Lisboa, por su parte, no sólo mantiene esa situación del Tratado Constitucional, sino que añade una nueva cláusula que, a nuestro entender, profundiza aún más en la intergubernamentalidad, si bien encarna también indudables potencialidades. En este sentido, en caso de falta de unanimidad un grupo de nuevo Estados podrá, como veremos con detalle más adelante, paralizar el procedimiento legislativo ordinario (art. 87.3 *in fine* TFUE); *vid. infra* IV.4.

devolución, expulsión o extradición y hasta la Agencia de la Unión para los Derechos Fundamentales (70) con su competencia para actuar en el ámbito del título IV TCE (71) –y en la práctica tiende a hacerlo también en el ámbito del título VI TUE (72)– son elementos que apuntalan claramente la vigencia de este principio general. Otra prueba de ello es que el Programa de La Haya incluye como primera de sus diez prioridades la cuestión de «los derechos fundamentales y ciudadanía» (73).

No obstante, la referencia de ese mismo artículo 67.1 TFUE a «los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros» pone, una vez, más de manifiesto la permanente tensión existente en esta materia entre los ya aludidos polos de necesidad de actuación de la Unión y la correlativa resistencia de los Estados a perder el control sobre la misma. A pesar de todo, esta referencia viene a significar, a nuestro entender, más una concreción específica del principio general de respeto de la identidad nacional de los Estados miembros del artículo 4.2 TFUE que una reafirmación de las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» en el sentido de fuente de la que emanan principios generales que son derechos fundamentales de la Unión, según se desprende del artículo 6.3 TFUE. Qué duda cabe, en todo caso, que nos encontramos ante un concepto excesivamente indeterminado del que no resultará fácil su interpretación y aplicación en casos concretos ni sobre todo la concreción de la potencialidad práctica como límite a la acción de la Unión Europea en materia de ELSJ (74).

(70) Reglamento 168/2007 de 15 de febrero de 2007, DO L 53 de 22.2.2007, p. 1.

(71) Art. 3.1 Reglamento, *cit.*

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

(73) COM (2005) 184 final, *cit.*, pp. 7-8.

(74) En todo caso, a partir del objetivo general de constituir un ELSJ y de los enunciados también generales del respeto de los derechos fundamentales y de los sistemas nacionales, el artículo 67 TFUE concreta con bastante precisión el alcance y contenido concreto de los tres elementos inseparables que configuran el ELSJ, la libertad, la seguridad y la justicia. Y con mayor precisión aún lo desarrolla en los cuatro capítulos de desarrollo que le siguen. Esa sería la regulación que, en realidad, marca en primera línea los límites reales a actuación de la Unión Europea en materia de ELSJ.

#### IV. LA PERVIVENCIA DE REMINISCENCIAS INTERGUBERNAMENTALES

Con todo, a pesar de todos estos elementos positivos que conlleva la nueva regulación del ELSJ en el Tratado de Lisboa, no puede ocultarse la pervivencia de elementos que aún resultan criticables. Buena parte de ellos los mantenía también el Tratado Constitucional. Pero algún otro es introducido *ex novo* por el Tratado de Lisboa. Estas reminiscencias intergubernamentales se hicieron, como en el resto de cesiones existentes a lo largo de todo el Tratado de Lisboa, para lograr finalmente el respaldo (unánime) de los Estados miembros más críticos con el proceso de integración europea. Por lo que afecta al ELSJ, las principales modulaciones se sitúan en los dos últimos capítulos del título V de la tercera parte del TFUE –dedicados a la cooperación judicial en materia penal y a la cooperación policial–. Mantienen algunas peculiaridades respecto al régimen general que, si bien podrían llegar a resultar explicables desde la perspectiva política e incluso razonables desde el prisma jurídico, provocan todavía una cierta distorsión del régimen general que no puede sino merecer nuestra crítica. La peculiaridad más sobresaliente es, sin duda, el derecho de iniciativa de los Estados miembros (1). Pero no es la única, ya que se incluye un refuerzo de la posición de los parlamentos nacionales en el control político del ELSJ (2) y perviven también algunas excepciones procedimentales y territoriales de entidad (3), a lo que el Tratado de Lisboa suma algún caso de suspensión del procedimiento legislativo ordinario a iniciativa de un único Estado miembro (4).

##### 1. EL DERECHO DE INICIATIVA DE LOS ESTADOS MIEMBROS

No cabe duda que la pervivencia de la iniciativa legislativa en manos de los Estados miembros es una importante reminiscencia intergubernamental y, de hecho, fue objeto de intenso debate en el seno del grupo de trabajo. Así, el artículo I-42 del Tratado Constitucional preveía en su párrafo tercero que «los Estados miembros dispondrán de derecho de iniciativa en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal con arreglo al artículo III-264». Y este artículo III-264 fijaba, por su parte, que los actos en materia de cooperación policial y judicial en materia penal (arts. III-270 a 277) se adoptarían a propuesta

de la Comisión o «a iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros». Aprovechaba además la ocasión para incluir también, pese a que el artículo I-42.3 no hacía referencia expresa a ello, en este régimen de iniciativa en manos de los Estados miembros a los reglamentos europeos encaminados a garantizar la cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros en materia de ELSJ, así como entre dichos servicios y la Comisión (art. III-263). El Tratado de Lisboa mantiene esta situación excepcional en el artículo 76 TFUE.

Este derecho de iniciativa de los Estados miembros representa indudablemente un avance sustancial respecto a la situación actual en la que este derecho recae en cada Estado individualmente. Además al exigirse el acuerdo de al menos siete Estados –cuyo número aumentará a medida que se amplie en el futuro la Unión Europea– se obstaculiza notablemente esta posibilidad, dadas las evidentes dificultades de coordinación (horizontal) de esos Estados en esta fase prelegislativa. Pero encarna también una excepción (intergubernamental) al régimen general (comunitario) de iniciativa legislativa en manos de la Comisión que sigue amenazando al principio de equilibrio institucional y sigue poniendo de manifiesto la resistencia de los Estados a perder definitivamente a favor de la Comisión su poder de iniciativa legislativa. Máxime en un contexto general de las últimas reformas de los tratados constitutivos en el que, sin duda, la Comisión resulta la gran perdedora. Esperemos que, como antes ha ocurrido con otras materias, sea simplemente una etapa intermedia en el camino hacia una *plena* recuperación futura de este derecho por parte de la Comisión.

## 2. LA PARTICIPACIÓN REFORZADA DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES

Otra de las situaciones peculiares que recogía también el Tratado Constitucional era la participación de los parlamentos nacionales en el control político del ELSJ. Esta participación no ha de considerarse forzosamente como un elemento negativo ya que en realidad sale al paso de las frecuentes críticas a propósito de la falta de control democrático en el seno del ELSJ. Sí nos parece, no obstante, un cierto elemento intergubernamental porque para paliarse esa carencia democrática bien podría encomendarse la labor al Parlamento Europeo en lugar de a los parlamentos nacionales ya que la legitimidad democrática (formal y

material) de aquél no es menor que la de éstos; o también se podría haber dejado simplemente vigentes los mecanismos generales de control político regulados en el TUE y el TFUE que ya de por sí refuerzan notablemente la posición de los parlamentos nacionales. En todo caso, a este respecto, los parlamentos nacionales podrán participar en los mecanismos de evaluación establecidos en el artículo 70 TFUE, estando también asociados al control político de EUROPOL y a la evaluación de la actividad de EUROJUST con arreglo a los artículos 88 y 85 TFUE. En este sentido, bien se podría hablar, en realidad, de cuatro mecanismos diferentes de participación de los parlamentos nacionales.

En primer lugar, en virtud del artículo 69 TFUE, en relación con las propuestas e iniciativas legislativas presentadas en el marco de la cooperación judicial y policial en materia penal (arts. 82 a 89 TFUE), los Parlamentos nacionales velarán por que se respete el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. A nuestro entender, esta referencia resulta redundante y, de forma idéntica a lo que ocurriría con el Tratado Constitucional (art. III-259), podría transmitir la falsa sensación de que este control no regiría respecto a las secciones que regulan las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración o la cooperación judicial en materia civil cuando la realidad es que todo el ELSJ conforma una competencia compartida respecto a la que obviamente rige en su integridad los mecanismos de control de la subsidiariedad. Máxime cuando el propio Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad prevé ya un umbral inferior de votos de parlamentos nacionales (un cuarto en lugar de un tercio) a la hora de regular los efectos de un posición negativa de los parlamentos nacionales en el mecanismo de alerta rápida cuando nos encontremos ante un proyecto de acto legislativo europeo presentado sobre la base del ELSJ (75).

(75) Art. 7 párrafo segundo del Protocolo. No es momento de detenernos en las modificaciones sustanciales que el Tratado de Lisboa ha introducido en esta materia. Sirva en este momento afirmar que coincidimos plenamente con la opinión de MÉNDEZ DE VIGO en el sentido de que constituye simple y llanamente «un dislate»; MÉNDEZ DE VIGO, I.: «El Tratado de Lisboa: epílogo a los años en que vivimos peligrosamente», en *ib.* (dir.), *¿Qué fue de la Constitución europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, Planeta, Madrid, 2007, pp. 321-344, en p. 336. Por nuestra parte, lo hemos tratado *in extenso* en «La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord), *op. cit.* (*El Tratado de Lisboa...*), pp. 273-294.



En segundo lugar, con carácter general se prevé también un sistema de información a los Parlamentos nacionales del contenido y resultados que tenga la evaluación que hagan los Estados miembros de la aplicación que sus autoridades nacionales hagan de las políticas contempladas en el marco del ELSJ (art. 70 TFUE). Esta información se transmite también al Parlamento Europeo y su alcance se regulará por la Unión Europea.

En tercer lugar, en relación a EUROPOL, se atribuye competencia a la Unión para que fije asimismo el procedimiento de control de sus actividades «por el Parlamento Europeo, control en el que participarán los Parlamentos nacionales» (art. 88.2 *in fine* TFUE). Queda, por tanto, abierto a la legislación que se adopte el grado de *participación* que tendrán los parlamentos nacionales en este mecanismo de control político. En cualquier caso, parece quedar claro que el control político básico corresponderá al Parlamento Europeo.

Y, en cuarto lugar, a propósito de EUROJUST, será también la Unión la que determine «el procedimiento de participación del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales en la evaluación de las actividades» (art. 85.1 *in fine* TFUE). Parece, en este caso, tratarse de un control de inferior intensidad que el previsto para EUROPOL ya que se refiere a simple «evaluación» en lugar de a «procedimiento de control». Con todo, al menos por lo que respecta a los parlamentos nacionales, quedará en manos de cada Estado calibrar el alcance que su respectivo Parlamento nacional quiera dar a su potestad de «evaluación».

A este respecto, el Tratado de Lisboa ha introducido una importante novedad en relación a la cooperación judicial en materia civil. El último inciso del artículo 81.3 TFUE incluye una relevante previsión en lo que se refiere a las propuestas de medidas a que se refiere el artículo 81.2 en el sentido de que en caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación de la propuesta a dichos parlamentos nacionales, la decisión no será adoptada. Se deja, pues, en manos de cada Parlamento nacional una suerte de derecho de paralización del proceso decisorio. Situación ésta que, a nuestro entender, va mucho más allá de lo deseable en una materia que se dice comunitarizar plenamente.

### 3. OTRAS EXCEPCIONES PROCEDIMENTALES Y TERRITORIALES

También pueden considerarse reminiscencias intergubernamentales la existencia de procedimientos decisorios especiales que representan una excepción al procedimiento legislativo ordinario de los artículos 289 y 294 TFUE. En primer lugar, en el caso de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo y de la aproximación de las legislaciones penales nacionales el Tratado Constitucional preveía un cierto «freno de emergencia» que suponía la posibilidad de suspender el procedimiento ordinario si un Estado miembro considera que una propuesta afectaba a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal. El Tratado de Lisboa mantiene ese «freno de emergencia», si bien modifica en parte su contenido y prevé una posible cooperación reforzada directa que, como en los casos ya indicados, trataremos en el apartado siguiente (76). En segundo lugar, se prevé también un procedimiento especial que exige unanimidad del Consejo para crear la Fiscalía europea (art. 86 TFUE), fijar los elementos específicos del procedimiento penal que hayan de aproximarse fuera del artículo 82.2 o para ampliar el listado de delitos del artículo 83, si bien sigue precisándose la aprobación del Parlamento Europeo.

Con todo, probablemente el principal elemento distorsionador del actual régimen jurídico del ELSJ sea que sigue colándose en el TFUE la pervivencia de una situación de excepción para el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. A través de tres protocolos *ad hoc* se mantiene la criticable situación actual de «sistema a la carta» para el Reino Unido e Irlanda; y otro protocolo más deja claro que Dinamarca «no participará en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en el título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (77). Estas excepciones constituyen el precio a pagar para que el

(76) *Vid. infra*, IV.4.

(77) A renglón seguido de esta disposición (art. 1), se establece que «ninguna medida adoptada en virtud de dicho título, ninguna disposición de acuerdo internacional alguno celebrado por la Unión en virtud de dicho Capítulo y ninguna decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretativa de cualquiera de dichas disposiciones o medidas, ni ninguna medida modificativa o modificable en virtud de dicho título vinculará a Dinamarca ni le será aplicable» (art. 2 Protocolo sobre la posición de Dinamarca). Cfr. GARCÍA GUTIÉRREZ, L.: «La posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en el ELSJ: ¿cambiará con Lisboa?», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *op. cit.* (*El Tratado de Lisboa...*), pp. 499-519.

resto de los Estados miembros puedan participar en un ELSJ cuya competencia goce de carácter compartido en un sistema que exige la unanimidad para la reforma (78). Por no mencionar la escandalosa excepción que el Tratado de Lisboa ha incluido para Reino Unido y Polonia en materia de derechos fundamentales, lo que en el caso de Polonia puede llegar a significar en algún caso extremo la configuración de alguna potencial peculiaridad en relación al irrenunciable elemento de la *justicia* propio del ELSJ.

Por último, no pasa tampoco desapercibida la referencia que se hace al regular con carácter general las relaciones entre la Unión y los Estados miembros a la obligación de la Unión a respetar «las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, *mantener el orden público y la salvaguardar la seguridad nacional*» (art. 4.2 TFUE). En este mismo sentido, el Tratado de Lisboa ahonda en estas excepciones al añadir un párrafo, a nuestro entender totalmente superfluo, en el que establece que «en particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro». Lo que, por cierto, absolutamente nadie ponía en duda. Casa, no obstante, bastante bien con la preocupante obsesión de los redactores del Tratado de Lisboa por insistir en aspectos obvios como que las competencias no atribuidas a la Unión corresponden a los Estados, afirmación ésta repetida con geuerosidad por el TUE y por el TFUE.

#### 4. LA POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECISORIO ORDINARIO Y EL USO DIRECTO DE LA COOPERACIÓN REFORZADA

Antes de concluir conviene hacer mención a algunas modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa que, aunque ciertamente no abundantes, sí encierran cierta relevancia. No nos referimos con ello a las ya mencionadas a propósito de considerar la seguridad nacional como una responsabilidad exclusiva de los Estados ni a las lógicas

(78) No obstante, si a esta excepción para los tres Estados miembros aludidos se le suman las excepciones que derivan también de las últimas actas de adhesión en aspectos particulares, nos encontramos en ante una situación de verdadera *geometría excesivamente variable*.

adaptaciones de redacción derivadas por ejemplo de sustituir las denominaciones de leyes y leyes marco europeas ni tampoco al también mencionado refuerzo de la posición de los parlamentos nacionales. Las modificaciones más sobresalientes introducidas por el Tratado de Lisboa para modular los elementos ordinarios de integración propios del funcionamiento normal del pilar comunitario se refieren precisamente al proceso decisorio de adopción de medidas por parte de las instituciones comunitarias en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal o de la cooperación policial.

En este sentido, a propósito de la cooperación judicial en materia penal el Tratado de Lisboa prevé que, cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva en esa materia –cooperación judicial penal o armonización de tipos penales a los que se refieren los artículos 82.2 y 83.1 y 2 TFUE– afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Si el Consejo Europeo alcanza un consenso en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto de directiva al Consejo dando por cerrada la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si, por el contrario, no se alcanza el correspondiente acuerdo en el Consejo dentro de ese plazo de los cuatro meses, quedará directamente abierta la vía de la cooperación reforzada si al menos nueve Estados miembros desean establecerla, dándose ya por concedida la autorización para iniciar la cooperación reforzada a la que se refieren los artículos 20.2 TUE y 329 TFUE que regulan la cuestión con carácter general, bastando la simple comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión (arts. 82.3 y 83.3 TFUE).

Según con el prisma con que se mire esta novedosa regulación, se podrá ver un allanamiento de los requisitos para el uso de la cooperación reforzada o, por el contrario, un nuevo resorte en manos de los Estados miembros más críticos para poder suspender –o simplemente amenazar de suspender– la tramitación de un procedimiento legislativo ordinario. A nuestro entender, es en todo caso una excepción más al funcionamiento institucional ordinario propio del método de integración al que se pretende asimilar el ELSJ que conlleva dejar en manos

de un solo Estado la posibilidad de obstaculizar el procedimiento legislativo. Además, la causa a esgrimir (afección de aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal) es un concepto jurídico lo suficientemente indeterminado como para que no resulte difícil aducirlo, si algún Estado lo desea, en el proceso de adopción de cualquiera de las medidas en cuestión. Potencialmente todas ellas podrían considerarse susceptibles de afectar de un modo u otro a aspectos de su sistema penal que ese Estado considere fundamentales.

A mayor abundamiento y en la misma línea que en los dos casos anteriores, el Tratado de Lisboa introduce dos novedades más que dejan igualmente en manos de un Estado el suspender los procesos ordinarios de adopción de decisiones en materia de Fiscalía Europea (art. 86.1) o cooperación policial operativa (art. 87.3) con un efecto idéntico al reflejado en el caso anterior, si bien conviene precisar que en ambos supuestos se exige la unanimidad para la adopción de la medida a través del proceso decisorio ordinario por lo que su virtualidad a favor de lograr un acuerdo mediante cooperación reforzada es claramente más relevante.

El tiempo será el que clarifique finalmente la virtualidad de los mecanismos de cooperación reforzada en esta materia. El hecho incontestable hasta ahora es que, pese sus evidentes potencialidades materiales y pese a lo mucho que se ha especulado al respecto (79), nunca se ha empleado.

## V. LA POSIBILIDAD DE PONER EN MARCHA LAS PRINCIPALES INNOVACIONES EN AUSENCIA DE TRATADO DE LISBOA

Llegados a este extremo y considerando la eventualidad de que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa pudiera encontrar alguna dificultad

(79) Para un análisis detallado de cualquiera de las cuestiones formales o materiales relativas a la cooperación reforzada nos remitimos al trabajo de URREA CORRES, M., *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2002. Sobre las novedades que introdujo el Tratado Constitucional y que, en su práctica totalidad, hereda el Tratado de Lisboa, *ib.*: *La cooperación reforzada en el Proyecto de Constitución Europea*, *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 2004, núm. 12.

—no deseable, pero tampoco descartable—, parece oportuno plantearse la cuestión de si resultaría posible poner en marcha las importantes innovaciones recogidas en el texto constitucional si éste no llegara a ser ratificado por todos los Estados miembros.

Como es obvio, resulta absolutamente imposible lograr que la principal de las innovaciones reseñadas pueda ponerse en marcha en ausencia del Tratado de Lisboa. La desaparición de la estructura de pilares no es en modo alguno posible sin la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Tampoco lo son la reconducción plena de la actual CPJMP al método comunitario, la desaparición de buena parte de los elementos fragmentadores (procedimentales, jurídicos, de control, etc.) actualmente existentes en los títulos IV TCE y VI TUE o la simplificación y transparencia que introduce la nueva redacción.

No obstante, conviene recordar que, como ya se ha sugerido a lo largo de este trabajo, la actual regulación del ELSJ contiene elementos de flexibilidad suficientes para poder incorporar algunas de las novedades concretas del Tratado de Lisboa. Algunos de esos elementos son de carácter general. Este sería el caso, en primer lugar, del mecanismo de la cooperación reforzada ya que, además de su regulación general en el ámbito comunitario (arts. 11 y 11A TCE) y de la Unión (arts. 43 a 45 TUE), se prevé expresamente su posible operatividad específica en el campo de la CPJMP (arts. 40, 40A y 40B TUE). También sería el caso, en segundo lugar, de la propia cláusula de imprevisión del artículo 308 por lo que afecta al título IV TCE. Y, en tercer lugar, en relación con la dimensión exterior, el actual artículo 300 TCE también es de gran potencialidad en la materia; acaso incluso en conexión con el ya citado artículo 308 TCE.

Pero existen también otros elementos de carácter particular que en el caso del ELSJ pueden resultar, caso de existir voluntad política de *todos* los Estados, de enorme potencialidad. En el ámbito del TCE el ya mencionado artículo 67.2 permite que, una vez superado el periodo transitorio que finalizó el pasado 1 de mayo de 2004, el Consejo pueda decidir por unanimidad que todos o parte de los ámbitos cubiertos por el título IV se rijan por el procedimiento de codecisión del artículo 251 TCE. De hecho, a través de la ya citada Decisión del Consejo de 22 de

diciembre de 2004 ya se ha hecho uso parcial de esta posibilidad, si bien ha dejado fuera la migración legal por lo que aún habría cierto margen de maniobra. Y en el ámbito del título VI tiene una importancia de primer orden la «pasarela» del artículo 42 TUE a través de la cual el Consejo podrá decidir por unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, previa consulta al Parlamento Europeo, que acciones propias de la CPJMP (lucha contra el terrorismo y la delincuencia mediante acciones en campo policial y judicial en materia penal) se trasvasen al ámbito comunitario y queden incluidas dentro del título IV TCE. Caso de lograrse ese acuerdo en el Consejo, éste recomendará la adopción de esta decisión por parte de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Sin embargo, como se sabe, pese a los intentos existentes, hasta el momento no se ha logrado todavía el consenso necesario para su puesta en marcha ni parece probable que pueda lograrse en un futuro inmediato a la vista de las posiciones mantenidas por algunos Estados miembros.

Al hilo de estas reflexiones es lógico que algunos Estados miembros que desean profundizar en esta materia se planteen la posibilidad de realizar esos avances *extra muros* de los tratados constitutivos. El Tratado de Prüm sería un buen ejemplo de esta vía (80). Ciertamente plantea ventajas obvias para los Estados participantes, pero los riesgos para la unidad del ELSJ y a la postre del propio mercado interior tampoco son desdeñables, si bien su interesante análisis queda para otro momento.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

En este marco general y con independencia del futuro que depare al Tratado de Lisboa, no cabe duda que en el ámbito del ELSJ los acontecimientos del 11S –y también los del 14M y posteriores– han producido en el plano interno comunitario una mayor predisposición de los Estados miembros a la regulación por la Unión de materias que están especialmente ligadas a la soberanía y respecto a las que los Estados

(80) Sobre este tratado puede verse el número monográfico que le dedicó la *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 2007, núm. 7.

tradicionalmente eran especialmente reacios a perder competencias sustanciales. A la vez, en el plano externo ha facilitado también avances en la cooperación internacional, reflejada por ejemplo en la firma de los relevantes acuerdos internacionales entre la Unión Europea y un buen número de Estados terceros. Estos avances se han hecho, sin embargo, al elevado precio de un predominio casi absoluto de la seguridad frente a la libertad o la justicia, como ha puesto de manifiesto por ejemplo la sentencia del Tribunal de Justicia que anuló la decisión para celebrar el preocupante acuerdo con Estados Unidos sobre intercambio de datos de pasajeros con destino a aeropuertos a Estados Unidos (81). A este respecto, es evidente que la regulación del Tratado de Lisboa –como antes también la del Tratado Constitucional– no se ha podido sustraer a este contexto y el elemento de la seguridad sigue marcando la pauta más relevante del nuevo ELSJ. No obstante, en principio, el Tratado de Lisboa ofrece en su conjunto una regulación más equilibrada que la actual con potencial suficiente para lograr en el futuro un desarrollo de las acciones que hasta el momento han quedado más descuidadas. Se podría construir así un ELSJ más coherente y más atento también a determinados aspectos que hasta ahora han estado eclipsados por la omnipresente preocupación en materia de seguridad.

No creemos exagerado afirmar que, nuestro juicio, la nueva regulación del ELSJ probablemente constituye el ámbito material del Tratado de Lisboa donde más perceptible y loable resulta la reforma de los actuales tratados constitutivos. La mera desaparición *real* del tercer pilar acaba con un sistema artificial que resultaba caótico e ineficiente y abre las puertas a una competencia compartida de la Unión que ofrece un importante potencial de desarrollo en el futuro. A la vez, lima notablemente las aristas que presentaban hasta ahora los elementos disgregadores existentes en la regulación actual del ELSJ. De hecho, la balanza de la ya citada dialéctica entre la necesidad de atribución a la Unión de una competencia amplia y suficiente para regular las materias propias del ELSJ frente a la resistencia de los Estados a perder el control sobre las mismas ha quedado –al menos sobre el papel del Tratado de Lisboa– clara y definitivamente inclinada de lado de la Unión Europea.

(81) Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Parlamento Europeo c. Comisión*, C-317/04 y 318/04.

Lisboa representa en sí mismo un claro avance desde las tres perspectivas fundamentales de análisis material de la cuestión, a saber la eficacia, la democracia y la transparencia. Se trata, como se ha afirmado con anterioridad, de «una reforma de envergadura redimensionadora, aunque no de una alteración revolucionaria de los parámetros básicos del objetivo tal y como hoy lo conocemos» (82). Ha logrado además, en el mismo sentido que lograba también el Tratado Constitucional, una «substantive modernisation of the legal bases provided for by the Constitution in the field of justice and home affaire» (83). Tan sólo algunas leves reminiscencias intergubernamentales y, sobre todo, las excepciones territoriales a favor de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca nos recuerdan que el largo proceso histórico de configuración de un ELSJ sometido plenamente a la disciplina comunitaria del método de integración aún no ha llegado a su fin. Por ello, la valoración globalmente positiva que nos merece la reforma de Lisboa no debe impedirnos considerar aún muy criticables tanto las reminiscencias intergubernamentales –lo cual provoca en algún autor relevante cierto escepticismo (84)– como lo que algunos consideran subsistencia del «rompecabezas jurídico derivado de la geometría variable y de la necesidad de determinar lo que constituye un desarrollo del acervo Schengen» (85). Además, descendiendo más a lo concreto, la política común de inmigración dista todavía mucho de ser completa ya que sigue en manos de los Estados el establecimiento de los volúmenes de admisión en su territorio (cupos) de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo asalariado o no asalariado. Igualmente la cuestión de la integración de los inmigrantes, pese a su notable avance respecto a la regulación actual al preverse expresamente la adopción de medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros a fin de propiciar esta integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, se trata de una atribución competencial de inferior rango que el resto de las previstas en materia de inmigración. En primer lugar, porque no se existe obligación alguna de actuar ya que, mientras que en el resto de medidas se prevé con toda

(82) VALLE GÁLVEZ, A. del: *loc. cit.*, («Espacio de libertad...»), p. 116.

(83) LADENBURGER, C. y VERWILGHEN, S.: *loc. cit.* («Policies relating...»), p. 760.

(84) LABAYLE, H., *loc. cit.*, p. 443 y p. 472.

(85) PIRIS, J. C., *loc. cit.*, p. 211.

nitidez que «se establecerán medidas» (art. 79.2 TFUE), en este caso se limita a fijar que «se podrán establecer» (art. 79.4 TFUE). Y, en segundo lugar, porque queda excluida de plano toda armonización de las disposiciones de los Estados miembros.

Pero, a la postre, no conviene olvidar más allá de cualquier reflexión doctrinal sobre una materia apegada al quehacer diario de los Estados que el uso que se haga de las atribuciones competenciales recogidas en el TFUE será el que al final deseen los Estados (presentes en el Consejo) y el que reclamen los ciudadanos de esos Estados (representados en el Parlamento Europeo). Y como concluye Isabel LIPOLA a propósito de la política de inmigración, este tipo de políticas sólo serán *comunes* «en tanto que establezcan una serie de normas conjuntas pero en ningún caso éstas sustituirán completamente a las políticas nacionales» (86).

(86) LIPOLA DELGADO, J.: «¿Por fin una política de inmigración de la Unión en el Tratado de Lisboa?», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *op. cit.* (*El Tratado de Lisboa...*), pp. 539-548, en p. 547.