

## Presentación a cargo del Profesor Díez de Velasco

Muy brevemente, porque empezamos además tarde, presentarles a D. Ángel Boixareu. Procede del cuerpo diplomático —es diplomático de Carrera—, donde ingresó muy joven en el año 1981 con el número uno de su promoción.

Licenciado en Derecho con sobresaliente y matrícula de honor y Diplomado de Estudios internacionales en la Escuela Diplomática. Desde muy pronto, aunque tuvo un paso relativamente breve por el Ministerio de Asuntos Exteriores en el cual ocupó el puesto de Jefe de Tratados multilaterales, entró en la dinámica que suponen las Comunidades Europeas.

En esta dinámica entró ya en el año 1982, antes de la entrada de España en la Comunidad, como Consejero Técnico de la Secretaría de Estado para las Relaciones con las Comunidades Europeas. Es decir, formó parte de todo ese Grupo que colaboró muy eficazmente para la entrada de España en la Comunidad, y, ya antes incluso de la entrada de España en la Comunidad, pasó a la Representación Permanente de España ante las Comunidades Europeas en Bruselas en el año 1985, si no recuerdo mal, y estuvo allí cinco años.

Por tanto su experiencia ha empezado desde abajo, es decir, una experiencia que no es la libresca sino la vivida día a día, primero en las negociaciones diplomáticas y más tarde en una Misión como la Representación Permanente de España en las Comunidades Europeas.

El Sr. Boixareu es un hombre digamos —ustedes lo verán— de una gran penetración jurídica. Pasó por el Tribunal de las Comunidades Europeas donde ejerció como Letrado durante año y pico. Durante dicha

época coincidimos en el Tribunal, yo como Juez y él como Letrado en el Gabinete del entonces Juez Rodríguez Iglesias, hoy Presidente del Tribunal, que fue quien inauguró precisamente este curso de la Cátedra Cantabria.

El Sr. Boixareu volvió a España desde Luxemburgo para ocupar la Subdirección General de Coordinación de Asuntos Jurídicos en la Secretaría de Estado de las Comunidades Europeas. Y de allí pasó al cargo que actualmente ocupa en la Comunidad Europea como Director General de la Dirección General de la Secretaría General del Consejo de la Unión. Por razón de su actual cargo se ocupa de la coordinación de relaciones institucionales del Consejo con el Parlamento, con el Comité Económico y Social, con el Comité de las Regiones, con el Consejo de Europa, y de varias direcciones generales tan importantes como servicios de información y el de transparencia. Saben ustedes que muchas veces se dice que en la Comunidad falta la transparencia, pues él es el encargado precisamente de que haya, de seguir la transparencia en la propia Comunidad. La Dirección General que ocupa es sumamente compleja; pero como él es un hombre que sabe trabajar y trabaja mucho puede cumplir con todas estas enormes y complejas misiones.

Finalmente, como verán ustedes por su forma de presentar las cosas, es una persona profunda, es un buen jurista y desde luego les puede aclarar a ustedes muchas de las dudas que les quedan al final en el diálogo que vamos a tener.

Muchas gracias Sr. Boixareu por estar aquí, por su sacrificio ya que ha venido directamente desde Bruselas vía Bilbao, y ha llegado hace unas pocas horas para hablarles a ustedes y tiene que volver inmediatamente a su destino.

## UN ESPACIO DE LIBERTAD, DE SEGURIDAD Y DE JUSTICIA

### Ángel Boixareu Carrera

*Director General de Relaciones Interinstitucionales, de la Información y la Transparencia, del Presupuesto y del Estatuto*

#### 1. Consideraciones generales: las “debilidades estructurales” del “tercer pilar” del Tratado de Maastricht

El Informe del Grupo de Reflexión que preparó los trabajos de la última CIG ya señalaba —en su punto 45— que la consolidación de la “seguridad interior” dentro de un espacio con libertad de circulación sin fronteras interiores es uno de los principales desafíos con que se enfrenta actualmente la Unión. Ello es tanto más cierto ante la perspectiva de las próximas ampliaciones de la Unión a los países de la Europa Central y Oriental (PECOS)<sup>1</sup>.

Ahora bien, todos los miembros del Grupo coincidían asimismo en que la magnitud de los desafíos no se corresponde con los resultados de las respuestas dadas a los mismos, sin dejar de reconocer que la cooperación en los asuntos de justicia e interior llevaba en vigor un período muy limitado de tiempo y que había supuesto un gran paso adelante frente a la situación anterior, caracterizada por el mero intergubernamentalismo. No obstante, una amplia mayoría del Grupo, aunque admitía la influencia de la falta de rodaje del título VI del TUE, consideraba que ni este factor, ni la pretendida falta de vo-

luntad política, bastaban por sí solos para explicar los escasos resultados en este ámbito. Ello se debería más bien a que algunas disposiciones de dicho título son inadecuadas, pudiendo la introducción de mejoras en la compleja estructura vigente resolver muchos de los problemas actuales.

En definitiva, entre las “debilidades estructurales” que habían mermado la eficacia del “tercer pilar” pueden mencionarse sobre todo las siguientes:

— Los no excesivos resultados prácticos derivados del “tercer pilar” del TUE —si bien es cierto que el número de decisiones del Consejo se había ido incrementando con el paso del tiempo— se explican sobre todo por la nece-

<sup>1</sup> Hasta tal punto que el 28.5.1998 fue adoptado en Bruselas, conjuntamente por los Estados miembros de la Unión Europea y por los PECOS y Chipre, un “Pacto de Preadhesión para luchar contra la delincuencia organizada entre los Estados miembros de la Unión Europea y los países candidatos de Europa Central y Oriental” (DOCE nº C 220 de 15.7.1998, pág.1), cuya finalidad última se cifra en “intensificar la cooperación existente durante el período previo a la adhesión”, habida cuenta de la necesidad, para los PECOS y Chipre, de “articular —sic— el acervo de la UE previamente a su ingreso en la Unión Europea” (cfr. los dos párrafos finales de su preámbulo).

sidad de que el Consejo adoptase por *unanimidad* las acciones y posiciones comunes previstas en el antiguo artículo K.3, así como por la exigencia de ratificación por los quince Estados miembros de los convenios suscritos al amparo del mismo para su entrada en vigor.

En cambio, el Consejo había adoptado, en los asuntos de justicia e interior, numerosas Recomendaciones, Resoluciones, Conclusiones o Declaraciones, instrumentos típicos de la mera cooperación intergubernamental, de los que ya podían echar mano los Estados antes de la entrada en vigor del TUE.

— Otra razón que había dificultado la aplicación efectiva de las previsiones del “tercer pilar” había sido sin duda su *complejidad de niveles de negociación*, pues a diferencia de lo que ocurre en el “pilar comunitario”, donde sólo existen como regla tres niveles o instancias de negociación en el seno del Consejo (de arriba abajo: sesión ministerial, COREPER y grupos de trabajo), en el “tercer pilar” se daban cinco niveles (sesión ministerial, COREPER, Comité K.4, Grupos Directores y grupos de trabajo), lo que había dificultado enormemente la posibilidad de una negociación ágil de las propuestas de actos en materia de justicia e interior.

A este respecto, el Informe del Grupo de Reflexión, en su punto 51, se hacía eco del acuerdo de todos los miembros del mismo sobre la necesidad de reducir el número de niveles preparatorios.

— La discusión sobre el *valor jurídico de las acciones y posiciones comunes* tampoco había facilitado las cosas. En efecto, mientras que en general se estimaba que las acciones y posiciones comunes del “tercer pilar” debían ser jurídicamente vinculantes y obligar a los Estados miembros de la Unión a su estricto cumplimiento, en consonancia con el valor vinculante que tienen las posiciones y acciones comunes del “segundo pilar” (cfr., res-

pectivamente, los antiguos artículos J.2, apartado 2, y J.3, apartado 4), pues hubiese sido contradictorio dar una interpretación distinta a términos análogos contenidos en un mismo Tratado —con arreglo al Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados—, había también quien sostenía que no se podía afirmar con carácter apriorístico que dichos instrumentos debían ser siempre obligatorios, pues el artículo K.3 no lo proclamaba expresamente (argumento “a contrario”).

— Aunque la Unión Europea cuenta, según el artículo C TUE, con un *“marco institucional único”* que cubre sus tres “pilares”, lo cierto es que el juego real de cada una de sus cinco instituciones es variable según el “pilar” al que nos refiramos, siendo el *Consejo* la institución claramente predominante en los “pilares segundo y tercero”.

En efecto, tratándose del antiguo título VI del TUE, la *Comisión* carecía del monopolio de la iniciativa legislativa, que compartía con los Estados miembros por lo que respecta a los puntos 1) a 6) del antiguo artículo K.1, estando desprovista la Comisión del derecho de iniciativa por lo que se refería a los ámbitos de interés común enumerados en los puntos 7) a 9) de dicho precepto. Por lo que respecta al *Tribunal de Justicia*, el antiguo artículo K.3, apartado 2, último párrafo, se limitaba a decir que los convenios celebrados al amparo del “tercer pilar” podían disponer que el Tribunal fuese competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que pudiesen haberse establecido. Por fin, en el caso del *Parlamento Europeo*, aparte de la obligación —prevista en el antiguo artículo K.6— a cargo de la Presidencia y de la Comisión de informarle regularmente sobre los trabajos en curso en las materias a que se refiere el título VI, carecía de una auténtica prerrogativa de dictamen consultivo, pues dicha disposición, en su párra-

fo segundo, se limitaba a decir que la Presidencia debía consultar al Parlamento sobre los “principales aspectos de la actividad en los ámbitos a que se refiere el presente título y [a velar] por que las opiniones del Parlamento Europeo se tomen debidamente en cuenta”.

Por tanto, existía un cierto consenso sobre la necesidad de “reequilibrar” el papel de las instituciones en el marco del “tercer pilar”, incrementando los poderes de Comisión, Tribunal de Justicia y Parlamento Europeo en los asuntos de justicia e interior.

— La llamada *“pasarela” del antiguo artículo K.9* no había sido utilizada por su rigidez (requería unanimidad del Consejo y ratificación por los Estados miembros) y porque sigue pesando la Decisión sobre Dinamarca incluida en las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo, pues no en vano una de las Declaraciones unilaterales del Gobierno danés que la acompaña recuerda que la ratificación en dicho país de una decisión de “activar” la pasarela requiere o bien una mayoría de los 5/6 de los diputados del Folketing, o bien tanto una mayoría de los diputados del Folketing como una mayoría de votos en un referéndum.

De ahí que el Informe del Grupo de Reflexión reconociese (en su punto 48, primer guión) que la regla de la unanimidad y la necesidad de ratificaciones nacionales convierten a la “pasarela” en un instrumento muy difícil de utilizar.

— Finalmente, *la falta de definición de objetivos* en el “tercer pilar” (limitándose el antiguo artículo K.1 a la enumeración casuística de nueve “ámbitos de interés común”), así como el riesgo de solapamiento entre “pilares” derivado de la escisión un tanto artificial del tratamiento de la libre circulación de personas entre el “primer pilar” (definición global del mercado interior en el actual artículo 14, política de visados en el antiguo artí-

culo 100 C) y el “tercer pilar” (donde habían tenido cobijo los aspectos más problemáticos de dicha libertad: controles en el cruce de fronteras exteriores, lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada internacional, etc.) tampoco habían contribuido, huelga decirlo, a facilitar un desarrollo operativo de las potencialidades ofrecidas por el título VI del TUE.

## 2. La “Comunitarización parcial” del “tercer pilar” efectuada por el TA

La “no activación” de la “pasarela” del antiguo artículo K.9 desde la entrada en vigor del TUE el 1.11.93 hizo ver a una masa crítica de Estados miembros que, con ocasión de la CIG de 1996, era preferible intentar “comunitarizar” directamente algunos de los ámbitos de interés común mencionados en el antiguo artículo K.1. A este respecto, el Informe del Grupo de Reflexión ya señalaba en su punto 49, segundo guión, que, en opinión de la mayoría de los miembros del Grupo, sería necesario comunitarizar, al menos parcialmente, el título VI del TUE. A estos efectos numerosos miembros del Grupo coincidieron en identificar como ámbito de lo que debía comunitarizarse el *régimen de extranjería*: política de inmigración, asilo, normas comunes para el control de las fronteras exteriores, etc.

Esto ha sido, en definitiva, lo que ha hecho el TA: proceder a una *“comunitarización parcial” del “tercer pilar”* del Tratado de Maastricht, articulada en torno a un núcleo de cuestiones conectadas con el derecho de extranjería.

### A. Objetivo

El objetivo del “trasvase” acometido por el TA se cifra, según se desprende del artículo 61 TCE “in limine”,

primero de los que integran el nuevo título IV de este Tratado, relativo a "Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas", en el *establecimiento progresivo de un "espacio de libertad, de seguridad y de justicia"*<sup>2</sup>.

### B. *Ámbito*

De conformidad con el artículo 61 TCE, el Consejo adoptará, en un plazo de 5 años a partir de la entrada en vigor del TA, medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas (espacio de libertad) *conjuntamente* con las "medidas de acompañamiento" directamente vinculadas con aquélla y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración (espacio de libertad y seguridad), así como medidas para prevenir y luchar contra la delincuencia y medidas en el ámbito de la cooperación policial, de conformidad con lo dispuesto en el TUE (reenvío, pues, al "tercer pilar residual" por lo que respecta a las medidas compensatorias para asegurar un alto grado de seguridad dentro de la Unión)<sup>3</sup>.

Además, el *espacio de libertad y seguridad* se complementa con la posibilidad de adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil (primer pilar) y de la cooperación judicial en materia penal (tercer pilar residual) con vistas a consolidar un *espacio de justicia* a escala de la Unión.

En concreto, las actuaciones previstas para alcanzar dicho espacio tridimensional son las siguientes:

#### a) *Espacio de libertad*

Partiendo de una interpretación amplia de la noción de libre circulación de personas, que no puede reservar-

se exclusivamente a los ciudadanos de la Unión —nacionales de los quince Estados miembros—, sino que debe incluir también a los más de diez millones de nacionales de países terceros que residen legalmente y de forma permanente en el territorio de la Unión<sup>4</sup>, el TCE contempla las siguientes *medidas*, que deberán ser adoptadas por el Consejo en el plazo de 5 años a partir de la fecha de entrada en vigor del TA:

— Medidas encaminadas a garantizar, de conformidad con el artículo 14 TCE (que define el mercado interior como un espacio sin fronteras interiores en el que estará garantizada, entre otras, la libre circulación de personas), la *ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores*, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países (artículo 62, apartado 1).

2 En opinión de la Comisión —vid. su Comunicación "Vers un espace de liberté, de sécurité et de justice" de 14.7.1998, COM (1998) 459 final—, "ce concept synthétique en le portant au niveau de l'Union européenne l'acquis de nos traditions démocratiques et de nos conceptions de l'Etat de droit. Les valeurs communes qui sous-tendent l'objectif d'un espace de liberté, de sécurité et de justice sont en effet des principes traditionnellement liés aux démocraties modernes de l'Union européenne. Le défi fixé par le traité d'Amsterdam n'est pas de réinventer la démocratie et l'Etat de droit, mais de permettre aux citoyens de bénéficier ensemble de cette tradition démocratique. Les trois concepts de liberté, de sécurité et de justice sont étroitement liés. La liberté perd une grande partie de son sens si l'on ne peut la vivre dans un environnement sûr, fondé sur un système judiciaire auquel tous les citoyens et résidents de l'Union peuvent faire confiance. Ces trois concepts, indissociables, ont un même "dénominateur commun" —les personnes— et la pleine réalisation de l'un suppose celle des deux autres. L'équilibre à maintenir entre eux doit être le fil conducteur de l'action de l'Union".

3 El espacio de libertad que se intenta configurar no debe generar un "déficit de seguridad"; la Unión no puede encarnar la idea de una "Europa fortaleza" ni convertirse —en el otro extremo— en una "Europa coladero".

4 Este es el enfoque seguido por la Comisión en su Comunicación de 14.7.1998, antes citada.

— Medidas que establezcan las condiciones en las que los *nacionales de terceros* países puedan *viajar libremente* en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses (artículo 62, apartado 3).

— Medidas en materia de *asilo*, con arreglo a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y a otros tratados pertinentes, en los siguientes ámbitos (artículo 63, apartado 1):

\* criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país;

\* normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros;

\* normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países;

\* normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado.

En materia de asilo, el TA incorpora como anexo al TCE un *Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea*, el cual, tras declarar en su preámbulo que respeta la finalidad y los objetivos de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, y que se desea evitar que se recurra al procedimiento del asilo para fines ajenos a aquellos para los que está previsto, dispone en su artículo único que, dado el grado de protección de los derechos y libertades fundamentales por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, se considerará que los Estados miembros constituyen recíprocamente *países de origen seguros* a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo. En consecuencia, la solicitud de asilo efectuada por un nacional de un Estado

miembro *sólo* podrá tomarse en consideración o ser declarada admisible para su examen por otro Estado miembro en los siguientes *casos*:

\* si el Estado miembro del que el solicitante es nacional procede, después de la entrada en vigor del TA, amparándose en las disposiciones del artículo 15 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4.11.1950, a adoptar medidas que establezcan en su territorio excepciones a sus obligaciones con arreglo a dicho Convenio;

\* si se ha iniciado el procedimiento mencionado en el apartado 1 del artículo 7 del TUE y hasta que el Consejo adopte una decisión al respecto;

\* si el Consejo, basándose en el apartado 1 del artículo 7 del TUE, ha determinado, respecto al Estado miembro del que el solicitante es nacional, la existencia de una violación grave y persistente por parte de dicho Estado miembro de principios mencionados en el apartado 1 del artículo 6;

\* si un Estado miembro así lo decidiera unilateralmente respecto de la solicitud de un nacional de otro Estado miembro; en este caso, se informará inmediatamente al Consejo. La solicitud se atenderá basándose en la presunción de que es manifiestamente infundada sin que afecte en modo alguno, cualesquiera puedan ser los casos, a la facultad de toma de decisiones del Estado miembro.

En relación con este cuarto supuesto, el Acta final del TA contiene —entre las Declaraciones de las que "tomó nota" la Conferencia— una de Bélgica en virtud de la cual este país declara que llevará a cabo un "examen individual" de cualquier solicitud de asilo presentada por un nacional de otro Estado miembro.

— Medidas relativas a los *refugiados y personas desplazadas*, en los siguientes ámbitos (artículo 63, apartado 2):

\* normas mínimas para conceder *protección temporal* a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional;

\* fomento de un *esfuerzo equitativo* (idea del "burden sharing") entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida (medidas no sujetas al plazo de 5 años desde la entrada en vigor del TA).

– Medidas sobre *política de inmigración* en los siguientes ámbitos (artículo 63, apartado 3):

\* condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de *visados de larga duración y de permisos de residencia*, incluidos los destinados a la *reagrupación familiar* (tampoco sujetas al plazo de 5 años), ámbitos en los que –según la Declaración nº 18 del TA– los Estados miembros podrán negociar y celebrar acuerdos con terceros países;

\* la inmigración y la residencia ilegales, incluida la *repatriación de residentes ilegales*<sup>5</sup>.

– Medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los *nacionales de terceros países que residan legalmente* en un Estado miembro puedan *residir en otros Estados miembros* (artículo 63, apartado 4), tampoco sometidas al plazo de 5 años.

#### b) Espacio de seguridad

Como *medidas* previstas en el "primer pilar" para garantizar un "espacio de seguridad" se hallan las relativas al *cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros* (artículo 62, apartado 2), que el Consejo deberá también adoptar en el plazo de 5 años a partir de la fecha de entrada en vigor del TA y que deberán establecer:

\* las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la *realización de controles sobre las personas* en dichas fronteras.

Un *Protocolo* incorporado como anexo al TCE se encarga de precisar que ello se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar o celebrar acuerdos con terceros países.

\* las normas sobre *visados* (materia regulada por el antiguo artículo 100 C TCE) aplicables a las estancias cuya duración no supere los tres meses, que incluirán:

i) la lista de los terceros países cuyos nacionales tengan la obligación de ser titulares de visado para cruzar una frontera exterior, y de aquéllos cuyos nacionales estén exentos de esa obligación;

ii) los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros;

iii) un modelo uniforme de visado;

iv) normas para un visado uniforme.

#### c) Espacio de justicia

El artículo 65 TCE permitirá adoptar medidas en el ámbito de la *cooperación judicial* en materia civil con repercusión transfronteriza en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior. Dichas medidas incluirán:

– Mejorar y simplificar:

\* el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;

\* la cooperación en la obtención de pruebas;

\* el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales.

<sup>5</sup> Medida que puede considerarse más próxima a consideraciones de seguridad que de libertad.

– Fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;

– Eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.

El artículo 66 TCE permite al Consejo completar dichas medidas de cooperación judicial en materia civil con la adopción de las medidas necesarias para garantizar la *cooperación entre los servicios pertinentes de las Administraciones de los Estados miembros (cooperación administrativa)* en los ámbitos previstos en el nuevo título IV del TCE, así como entre dichos servicios y la Comisión.

#### C. Procedimiento

##### a) Procedimiento decisorio

El procedimiento decisorio para el nuevo título IV del TCE ha quedado fijado en el artículo 67, el cual distingue –sin perjuicio de las excepciones, relativas a la política de visados, contempladas en sus apartados 3 y 4– *dos grandes etapas*:

– Durante un *período transitorio de cinco años* a partir de la entrada en vigor del TA, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo.

– *Tras dicho período de cinco años*:

\* el Consejo decidirá a propuesta de la Comisión, comprometiéndose ésta a estudiar cualquier petición que le haga un Estado miembro para que presente una propuesta al Consejo;

\* el Consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará una decisión con vistas a que todos o parte de los ámbitos cubiertos por el título IV del TCE se rijan por el procedimiento previsto en el artículo 251 TCE (esto es, el procedimiento de codecisión) y a adaptar las disposiciones relativas a las competencias del Tribunal de Justicia.

En relación con el procedimiento decisorio, cabe añadir que, a la vista de que –como luego se comenta– el artículo 36 TUE prevé el mantenimiento del antiguo "Comité K.4" como instancia de coordinación para las materias incluidas en el "tercer pilar residual", se ha planteado la duda –todavía no resuelta en el momento de escribir estas líneas– de si convenía crear también un Comité Director de alto nivel, subordinado al COREPER (2ª parte), para ocuparse de las cuestiones del nuevo título IV del TCE, o bien si el COREPER (2ª parte) podría asumir directamente la coordinación "interpilares" y las tareas de impulsión en los ámbitos de actuación comunitarizados por el TA, en aras de lugar un tratamiento coherente de todos los aspectos relacionados con la libre circulación de personas.

##### b) Procedimiento de control jurisdiccional

Con arreglo al artículo 68 TCE, la competencia del Tribunal de Justicia queda delimitada del siguiente modo:

– *Competencia prejudicial*: el artículo 234 TCE sobre la competencia prejudicial del Tribunal (antiguo artículo 177) será de aplicación al nuevo título IV TCE en las siguientes circunstancias y condiciones: cuando una cuestión sobre la interpretación de dicho título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el mismo se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cu-

yas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si *estima necesaria* una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

El apartado 2 del artículo 68 aclara que el Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 62 –medidas encaminadas a garantizar la ausencia de controles en el cruce de las fronteras interiores– relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior.

– *Recurso "en interés de la ley"*: el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una *cuestión de interpretación* del nuevo título IV del TCE o de actos de las instituciones comunitarias basados en el mismo. El fallo emitido por el Tribunal de Justicia en respuesta a tal petición no se aplicará a sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan fuerza de cosa juzgada.

#### D. Cláusula de Orden Público

En virtud del artículo 64 TCE, el nuevo título IV se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de *mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior*. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de que uno o más Estados miembros se enfrenten a una *situación de emergencia* caracterizada por la llegada repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, medidas provisionales por un período máximo de seis meses en beneficio de los Estados miembros afectados.

#### E. Protocolos sobre Reino Unido, Irlanda y Dinamarca

Con arreglo al artículo 69, última de las disposiciones que integran el nuevo título IV TCE, la aplicación de este título quedará sometida a lo dispuesto en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda así como al Protocolo sobre la posición de Dinamarca, y se entenderá sin perjuicio del Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 TCE al Reino Unido y a Irlanda.

##### a) Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda

Según el artículo 1 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, que se incorpora como anexo al TCE y al TUE, estos países no participarán en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del nuevo título IV del TCE.

Ahora bien, el Reino Unido o Irlanda:

– Podrán notificar por escrito al Presidente del Consejo, en un plazo de tres meses a partir de la presentación al Consejo de una propuesta o iniciativa en virtud del nuevo título IV del TCE, su deseo de *participar en la adopción y aplicación de la medida propuesta* de que se trate, tras lo cual dicho Estado tendrá derecho a hacerlo (artículo 3);

– Podrán en *cualquier momento, tras la adopción de una medida por parte del Consejo* en virtud del nuevo título IV del TCE, notificar al Consejo y a la Comisión su propósito y deseo de aceptar dicha medida (artículo 4).

Se trata, en resumidas cuentas, de un Protocolo de "opt-out" (artículo 1) con posibilidad de "opting in" (artículos 3-4).

##### b) Protocolo sobre la posición de Dinamarca

El Protocolo sobre la posición de Dinamarca, que también se incorpora como anexo al TCE y al TUE, contiene asimismo en su artículo 1 una cláusula de "opt-out" según la cual Dinamarca no participará en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del nuevo título IV del TCE<sup>6</sup>.

Ahora bien, el Protocolo también prevé posibilidades de "opting in" con arreglo al siguiente esquema:

– Por lo que respecta al *desarrollo del acervo de Schengen*, el artículo 5 establece que dentro de un período de seis meses a partir de que el Consejo haya tomado una decisión sobre una propuesta o iniciativa de desarrollar el acervo de Schengen según lo dispuesto en el nuevo título IV TCE, Dinamarca decidirá si incorpora esta decisión a su legislación nacional. Si así lo hiciere, esta decisión creará una *obligación de Derecho internacional* entre Dinamarca y los restantes Estados miembros mencionados en el artículo 1 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea (todos los demás menos Reino Unido e Irlanda), así como con Irlanda y el Reino Unido si estos Estados miembros participaran en los ámbitos de cooperación en cuestión.

En caso de que Dinamarca decida no aplicar una decisión del Consejo de desarrollo del acervo de Schengen, los Estados miembros mencionados en el artículo 1 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea considerarán las medidas apropiadas que deban tomar.

– Según el artículo 7, en cualquier momento Dinamarca podrá, de acuerdo con sus normas constitucionales, informar a los demás Estados miembros de que ya no desea hacer uso de este Protocolo en su totalidad o en parte; en ese caso, Dinamarca aplicará plenamente todas las medidas pertinentes entonces vigentes tomadas dentro del marco de la Unión Europea.

##### c) Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 TCE al Reino Unido y a Irlanda

El Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 TCE (antiguo artículo 7 A) al Reino Unido y a Irlanda, que se incorpora asimismo como anexo al TCE y al TUE, reconoce el derecho del Reino Unido de seguir ejerciendo en sus fronteras con otros Estados miembros, respecto de personas que deseen entrar en el *Reino Unido*, los controles que pueda considerar necesarios (artículo 1), derecho que se extiende a *Irlanda* en los mismos términos y condiciones que al Reino Unido en la medida en que ambos países mantengan los acuerdos relativos a la circulación de personas entre sus respectivos territorios (la llamada zona de viaje común o "common travel area") (artículo 2)<sup>7</sup>.

En contrapartida, los *demás Estados miembros* estarán capacitados para ejercer en sus fronteras o en cualquier punto de entrada en su territorio dichos controles sobre personas que deseen entrar en su territorio procedentes del Reino Unido o de Irlanda (artículo 3).

#### F. El "Precio pagado" por la comunitarización

##### a) Mantenimiento de la unanimidad durante un período transitorio de cinco años

El artículo 67 TCE, que establece el procedimiento decisorio para las medidas que deberán adoptarse en el

<sup>6</sup> Con arreglo al artículo 4 del Protocolo, la cláusula de "opt-out" del artículo 1 no se aplica a las medidas que determinen los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, ni a las medidas relativas a un modelo uniforme de visado.

<sup>7</sup> Compárese con mandato contenido en el artículo 62, apartado 1), del TCE.

marco del nuevo título IV TCE, antes examinado, señala en su apartado 1 que, durante un período transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del TA, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo.

Ahora bien, transcurrido dicho período de cinco años —según se desprende del apartado 2 de dicho artículo— no existe ninguna garantía de que se abandone la unanimidad en la toma de decisiones por el Consejo, toda vez que, según la redacción finalmente dada por el TA a este apartado<sup>8</sup>, el Consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará una decisión con vistas a que todos o parte de los ámbitos cubiertos por el título IV TCE se rijan por el procedimiento de codecisión (regulado en el artículo 251, que prevé el voto por mayoría cualificada del Consejo) y a adaptar las disposiciones relativas a las competencias del Tribunal de Justicia<sup>8 bis</sup>.

Por tanto, no está previsto ningún automatismo para que después del período transitorio inicial de cinco años tras la entrada en vigor del TA todos o parte de los ámbitos cubiertos por el nuevo título IV TCE pasen a ser decididos por el Consejo por mayoría cualificada, sino que ello será fruto de una decisión que el Consejo deberá tomar precisamente por unanimidad, con lo cual siempre existe la posibilidad de bloqueo por parte de uno o varios Estados, que pueden seguir oponiéndose a la introducción de la mayoría cualificada en materias cubiertas por este título.

#### b) Complejidad técnica

A pesar de que uno de los principales objetivos de la negociación del TA ha sido precisamente el logro de

una mayor transparencia, “legibilidad” y claridad estructural del sistema jurídico de la Unión Europea, con vistas a obtener una mayor proximidad e identificación del ciudadano con el proceso de integración, lo cierto es que, en materia de libre circulación de personas, dada la extrema sensibilidad de las cuestiones relativas a la misma, la comunitarización parcial del “tercer pilar” sólo pudo ser lograda a costa de una extraordinaria complejidad técnica, que se manifiesta en el hecho de la existencia de varios Protocolos de “opt-out” (ejemplos de “flexibilidad predeterminada”), así como en la modulación del papel de las instituciones en el nuevo título IV TCE en comparación con su papel habitual en el “pilar comunitario” (como ya hemos apuntado, el artículo 67.1 prevé durante los primeros cinco años tras la entrada en vigor del TA un derecho de iniciativa compartido entre la Comisión y los Estados miembros, al tiempo que la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia con arreglo artículo 68.1 sufre una alteración respecto del esquema habitual previsto en el artículo 234), todo ello “agravado” por la integración paralela del acervo de Schengen en el Derecho de la Unión Europea, a repartir entre la “parte comunitarizada del tercer pilar” y el “tercer pilar residual”.

<sup>8</sup> En el Addendum al documento “Dublín II” (cfr. CONF/2500/96 ADD 1, pág. 21), de 20.3.1997, el Consejo, tras un período transitorio inicial de sólo 3 años, adoptaba las medidas referidas en el título IV [por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y tras consultar al PE] [con arreglo al procedimiento de codecisión], esto es, por mayoría cualificada en todo caso, como regla general.

<sup>8 bis</sup> Según la *Declaración nº 21* del TA, el Consejo examinará los elementos de dicha decisión antes de que finalice el período de 5 años previsto en el artículo 67 con el fin de adoptar y aplicar la decisión “de forma inmediata una vez transcurrido dicho período”.

### 3. El “tercer pilar residual”

#### A. Objetivo

Según declara el artículo 29 TUE (primero de los que configuran el “tercer pilar residual”, esto es, el título VI del TUE, consagrado a las “Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal”), de forma concordante con la letra e) del artículo 61 TCE, el objetivo de la Unión será, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea (inciso que pone de relieve la exigencia de una adecuada “coordinación interpilares” para evitar solapamientos innecesarios), ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, objetivo que habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada<sup>9</sup> o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude.

Ello basta para ponernos en la pista de que en el “tercer pilar residual” se abordan los aspectos más conflictivos o problemáticos vinculados a la vertiente de seguridad de dicho espacio<sup>10</sup>.

#### B. Ámbito

El objetivo antes descrito habrá de alcanzarse elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

##### a) Cooperación policial:

Según el artículo 30 TUE, la acción en común en el ámbito de la *cooperación policial* incluirá:

\* la cooperación operativa entre las autoridades competentes, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados de los Estados miembros con funciones coercitivas, en relación con la *prevención, localización e investigación de hechos delictivos;*

\* *la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente*, en particular mediante Europol, incluida la correspondiente a informes sobre operaciones financieras sospechosas que obren en poder de servicios con funciones coercitivas, con sujeción a las disposiciones correspondientes en materia de protección de datos personales;

\* la cooperación e iniciativas conjuntas en la formación, el *intercambio de funcionarios de enlace*, las comisiones de servicio, el uso de equipos y la investigación científica policial;

\* la evaluación común de *técnicas especiales de investigación* relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada.

La cooperación policial deberá ser fomentada por el Consejo mediante *Europol*<sup>11</sup>, para lo cual, en particular, en un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del TA:

\* el Consejo capacitará a Europol para que facilite y apoye la preparación y estimule la coordinación y ejecu-

<sup>9</sup> Destaca a este respecto el Plan de Acción de la Unión Europea para luchar contra la delincuencia organizada, aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam de junio de 1997 (DOCE nº C 251 de 15.8.1997, pág. 1).

<sup>10</sup> Utilizando el expresivo lenguaje del eurodiputado Jean-Louis Bourlanges, el “primer pilar” encarnaría la “fisiología” de la libre circulación de las personas, mientras que el “tercer pilar” aborda su “patología”, los males que la libre circulación puede acarrear y que deben combatirse a escala de la Unión (vid. Boletín “Agencia Europa” nº 7.156 de 9-10 febrero 1998, pág. 3).

<sup>11</sup> Cuyo Convenio constitutivo entró en vigor el 1.10.1998.

ción de *acciones específicas de investigación* por las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidas las actividades operativas de equipos conjuntos que incluyan representantes de Europol en calidad de apoyo;

\* adoptará medidas que permitan a Europol solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros la realización y la coordinación de sus investigaciones en casos concretos, así como desarrollar conocimientos especializados que puedan ponerse a disposición de los Estados miembros para ayudar a éstos en la investigación de casos de delincuencia organizada;

\* fomentará *acuerdos de enlace* entre las autoridades encargadas de la acusación y la investigación especializadas en la lucha contra la delincuencia organizada, en estrecha cooperación con Europol;

\* creará una *red de investigación, documentación y estadística* sobre delincuencia transfronteriza.

#### b) Cooperación aduanera:

La cooperación aduanera, a que hacía alusión el punto 8) del antiguo artículo K.1 del TUE, continúa siendo mencionada, de forma incidental, en la nueva redacción dada por el TA al título VI del TUE.

Así, la necesidad de una mayor cooperación entre las autoridades aduaneras de los Estados miembros aparece mencionada de forma expresa tanto en el artículo 29, segundo párrafo, primer guión, como en el artículo 30.1, letra a).

#### c) Cooperación judicial en materia penal:

Con arreglo al artículo 31 TUE, la acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá:

\* la facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros en relación con las causas y la *ejecución de resoluciones*;

\* la facilitación de la *extradición* entre Estados miembros;

\* la consecución de la *compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros*, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación;

\* la *prevención de conflictos de jurisdicción* entre los Estados miembros;

\* la adopción progresiva de medidas que establezcan *normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas* en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas (según la *Declaración nº 8* del TA, esta disposición, con todo, no impondrá a los Estados miembros cuyo sistema judicial no establezca "condenas mínimas" la obligación de adoptarlas).

#### d) Prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia:

Aunque a continuación ninguno de los preceptos del actual título VI del TUE desarrolla de forma expresa la previsión contenida en el primer párrafo de su artículo 29, éste menciona literalmente, como uno de los ámbitos en que deberá desplegarse una acción en común entre los Estados miembros con el objetivo de alcanzar un alto grado de seguridad en la Unión, el de la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia, que no aparecía mencionado en el antiguo artículo K.1 del TUE, si bien ello no había impedido que estos últimos años se hubiesen puesto en marcha importantes iniciativas a este respecto desde un enfoque "interpilares"<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Plasmado, sobre todo, en la adopción de una Acción común basada en el antiguo artículo K.3 TUE (DOCE nº L 185 de 24.7.1996, pág. 5), por lo que respecta al "tercer pilar", y en la aprobación del Reglamento (CE) nº 1035/97 del Consejo de 2.6.1997 por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (DOCE nº L 151 de 10.6.1997, pág. 1), basado en los antiguos artículos 213 y 235, tratándose del "primer pilar".

#### C. Procedimiento decisorio y fuentes

Según el artículo 34 TUE, el Consejo, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión (ésta se ve, pues, atribuido un derecho de iniciativa compartido en una serie de materias —las recogidas en los puntos 7 a 9 del antiguo artículo K.1— respecto de las cuales el antiguo artículo K.3, apartado 2, segundo guión, del TUE la había privado de la posibilidad de presentar propuestas), *por unanimidad* —que sigue siendo por tanto la regla general de votación en el marco del "tercer pilar residual"—, podrá:

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

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

c) adoptar *decisiones* con cualquier otro fin coherentes con los objetivos del título VI del TUE, con exclusión de toda aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Estas decisiones serán obligatorias y no tendrán efecto directo. El Consejo adoptará por mayoría cualificada medidas que permitan aplicar estas decisiones a escala de la Unión;

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

Salvo que dispongan lo contrario, los convenios, una vez hayan sido adoptados por *la mitad de Estados*

*miembros como mínimo*, entrarán en vigor para estos últimos. Las medidas de aplicación de los convenios se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las partes contratantes.

La posibilidad, introducida por el TA, de que los convenios del "tercer pilar residual", una vez adoptados por la mitad de Estados miembros como mínimo, entren en vigor para estos últimos, constituye una importante novedad respecto de la situación anterior, que obligaba a una ratificación por los quince Estados miembros para la entrada en vigor de los convenios del título VI del TUE, con las consiguientes demoras de hasta varios años que ello solía entrañar.

Así pues, respecto al sistema de fuentes mencionado en el antiguo artículo K.3 TUE (posiciones comunes, acciones comunes y convenios), el nuevo título VI del TUE, en la redacción que le da el TA, mantiene las posiciones comunes y los convenios (aunque con la importante innovación comentada), pero sustituye las acciones comunes por las decisiones marco y las decisiones. El TA zanja, al mismo tiempo, la controversia sobre el valor jurídico de los actos del "tercer pilar", al menos por lo que respecta a las decisiones marco y a las decisiones. Por lo que hace a las primeras, las define utilizando una redacción copiada de la que emplea el artículo 249 TCE —en su párrafo tercero— para describir las directivas del "primer pilar", si bien añadiendo que no tendrán efecto directo. Tratándose de las segundas, se señala expresamente que serán obligatorias, aunque tampoco tendrán efecto directo.

Para las *cuestiones de procedimiento* recuerda el artículo 34.4 que el Consejo adoptará sus decisiones por mayoría de los miembros que lo componen, esto es, por mayoría simple.

El artículo 36 TUE sigue manteniendo la existencia de un "Comité de Coordinación" —el antiguo "Comité

K.4”- compuesto por altos funcionarios encargado de preparar, sin perjuicio de las competencias del COREPER, los trabajos del Consejo en las materias cubiertas por el “tercer pilar residual”. De todos modos, la superposición de “niveles de negociación” –hasta cinco– que había lastrado el “tercer pilar” del TUE se ha visto en parte aliviada por el hecho de que los tres Grupos Directores no se han vuelto a reunir desde julio de 1997.

#### D. El papel del tribunal de justicia

La competencia del Tribunal de Justicia en el marco del “tercer pilar residual” se amplía considerablemente en comparación con el anterior título VI del TUE, que únicamente contemplaba la posibilidad –en el antiguo artículo K.3 “in fine”– de que los convenios del “tercer pilar” atribuyesen al Tribunal de Justicia competencia para su interpretación.

Los nuevos poderes del Tribunal aparecen fijados en el artículo 35 TUE con arreglo al siguiente esquema:

##### a) Competencia prejudicial:

Según el artículo 35.1 TUE, el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, sobre la interpretación de convenios celebrados de conformidad con el título VI del TUE y sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación.

Para ello, mediante una *declaración* realizada en el momento de firmar el TA<sup>13</sup> o en cualquier momento posterior, cualquier Estado miembro podrá aceptar la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial, tal como acaba de señalarse. Los Es-

tados miembros que formulen una declaración al respecto deberán especificar:

\* o bien que *cualquier órgano jurisdiccional de dicho Estado cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno* “pueda” pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie, con carácter prejudicial, sobre una cuestión planteada en un asunto pendiente ante dicho órgano jurisdiccional, relativa a la validez o a la interpretación de uno de los actos antes mencionados, si dicho órgano jurisdiccional estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo,

\* o bien que cualquier *órgano jurisdiccional de dicho Estado* pueda pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie, con carácter prejudicial, sobre una cuestión planteada en un asunto pendiente ante dicho órgano jurisdiccional, relativa a la validez o a la interpretación de un acto de los arriba mencionados, *si dicho órgano jurisdiccional estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.*

##### b) Control de legalidad:

De conformidad con el artículo 35.6 TUE, el Tribunal de Justicia será competente asimismo para controlar la legalidad de las decisiones marco y de las decisiones en relación con los recursos interpuestos por un Estado miembro o la Comisión por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del TUE o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder. Los recursos en cuestión deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir de la publicación de la medida.

<sup>13</sup> Sobre las declaraciones realizadas por varios Estados miembros ya en el momento de la firma del TA, el 2.10.1997, vid. DOCE nº C 340 de 10.11.1997, pág. 308.

##### c) Litigios entre los Estados miembros:

Según el artículo 35.7 TUE, el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros relativo a la interpretación o aplicación de actos adoptados de conformidad con el artículo 34.2 (posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios), siempre que dicho litigio no pueda ser resuelto por el Consejo en el plazo de seis meses –fase precontenciosa– a partir de su remisión al Consejo por uno de sus miembros.

##### d) Litigios entre los Estados miembros y la Comisión:

Finalmente, con arreglo al artículo 35.7 “in fine” del TUE, el Tribunal será también competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre los Estados miembros y la Comisión relativo a la interpretación o la aplicación de convenios celebrados con arreglo a la letra d) del artículo 34.2.

##### E. El papel del Parlamento Europeo

Con arreglo al antiguo artículo K.6 TUE, la Presidencia del Consejo estaba simplemente obligada a consultar al Parlamento Europeo sobre los “principales aspectos” de la actividad en los ámbitos cubiertos por el “tercer pilar” del Tratado de Maastricht y a velar por que las opiniones del Parlamento Europeo se tuviesen debidamente en cuenta<sup>14</sup>.

El artículo 39 TUE introduce una importante modificación a este respecto, consagrando el derecho del Parlamento Europeo de emitir un dictamen consultivo antes de que el Consejo pueda validamente pronunciarse. En efecto, según este precepto, el Consejo consultará al Parlamento Europeo antes de adoptar cualquier medida

mencionada en las letras b), c) y d) del artículo 34.2 TUE, esto es, antes de que el Consejo pueda adoptar una decisión marco, una decisión o celebrar un convenio.

El Parlamento Europeo emitirá su dictamen dentro de un plazo que podrá fijar el Consejo y que no será inferior a tres meses. En ausencia de dictamen dentro de ese plazo, el Consejo podrá pronunciarse.

##### F. Cooperación reforzada

El artículo 40 TUE, que prevé la posibilidad de establecer una “cooperación reforzada” en el ámbito del “tercer pilar residual”, es examinado en otro lugar de esta obra.

##### G. Mantenimiento de la “pasarela”

A pesar de la inoperancia de la “pasarela” prevista en el antiguo artículo K.9 del TUE desde la entrada en vigor del mismo el 1 de noviembre de 1993, el TA ha decidido mantener, en el artículo 42 TUE, dicho mecanismo.

En efecto, con arreglo a esta última disposición, el Consejo podrá decidir por unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, previa consulta al Parlamento Europeo (lo que constituye la principal novedad de la nueva “pasarela”), que las acciones en los ámbitos contemplados en el artículo 29 TUE queden incluidas en el título IV del TCE, determinando las condiciones de votación que correspondan. El Consejo recomendará la adopción de esta decisión por parte de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

<sup>14</sup> Con todo, en la práctica, y ello desde la Presidencia luxemburguesa del Consejo del segundo semestre de 1997, se decidió consultar al PE respecto de todas las propuestas de actos jurídicamente vinculantes en los ámbitos cubiertos por el título VI del TUE.

#### H. Acuerdos internacionales

Del artículo 38 TUE –que reenvía a su artículo 24– se desprende que, cuando para llevar a la práctica el título VI del TUE sea necesario celebrar un acuerdo con uno o varios Estados u organizaciones internacionales, el Consejo, por unanimidad, podrá autorizar a la Presidencia, en su caso asistida por la Comisión, a entablar negociaciones a tal efecto. El Consejo celebrará dichos acuerdos por unanimidad, basándose en una recomendación de la Presidencia.

Ahora bien, ningún acuerdo será vinculante para un Estado miembro cuyo representante en el Consejo declare que tiene que ajustarse a las exigencias de su propio procedimiento constitucional, si bien los restantes miembros del Consejo podrán acordar que el acuerdo se les aplique provisionalmente.

#### I. Cláusula de Orden Público

De forma análoga a lo que ocurre con el nuevo título IV del TCE (véase su artículo 64.1), el artículo 33 TUE señala que su título VI se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior.

A su vez, el artículo 35, que trata –como hemos visto– del alcance de la competencia del Tribunal de Justicia respecto del “tercer pilar residual”, dispone en su apartado 5 que el Tribunal no será competente para controlar 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.

#### 4. La integración “Acervo Schengen”

##### A. Consideraciones generales: caso de “cooperación reforzada predeterminada”

Según el artículo 1 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea –Protocolo que se incorpora como anexo al TUE y al TCE–, los trece Estados miembros signatarios de los Acuerdos de Schengen (es decir, todos menos el Reino Unido e Irlanda) quedan autorizados a establecer entre sí una *cooperación reforzada* en el ámbito de aplicación de dichos acuerdos y disposiciones relacionadas, que se recogen en el anexo del Protocolo, y denominados en lo sucesivo “acervo de Schengen”.

Se trata, pues, de un caso de “cooperación reforzada predeterminada”, prevista por un Protocolo del TA, que tendrá como efecto –según dispone “in fine” el artículo 1 del Protocolo– que dicha cooperación se lleve a cabo en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea y respetando las disposiciones pertinentes del TUE y del TCE, frente a la situación precedente, que permita calificar el “espacio Schengen” (auténtico “laboratorio” o “banco de pruebas” para ensayar anticipadamente soluciones a todas las cuestiones planteadas por la libre circulación de personas) de caso de flexibilidad o cooperación reforzada asentada en una base intergubernamental, al margen de los Tratados, aunque compatible con ellos (cfr. antiguo artículo K.7 TUE).

Subraya la *Declaración nº 15* del TA, relativa al *mantenimiento del nivel de protección y seguridad que ofrece el acervo de Schengen*, que las medidas que adopte el Consejo –cuya consecuencia será la sustitución de las disposiciones sobre la supresión de los controles en las fronteras comunes incluidas en el Convenio de Schengen de 1990– deberían “proporcionar como mínimo el mismo ni-

vel de protección y seguridad” que el que ofrecen las citadas disposiciones del Convenio de Schengen.

##### B. Integración del “Acervo Schengen” en el derecho de la Unión Europea

Del artículo 2, apartado 1, del Protocolo se desprende que el Consejo debe llevar a cabo una doble operación<sup>15</sup>:

– En un primer momento, el Consejo, por unanimidad de los 13 Estados miembros signatarios de los Acuerdos de Schengen –los mencionados en el artículo 1 del Protocolo–, procede a la *definición o identificación* del “acervo de Schengen”, fijando, en particular, la lista de las decisiones y declaraciones adoptadas por el Comité ejecutivo (que será sustituido por el Consejo a partir de la fecha de entrada en vigor del TA) creado por el Convenio de aplicación de 1990, así como de los actos adoptados para la aplicación del Convenio por instancias a las que el Comité ejecutivo haya atribuido competencias decisorias (véase el punto 4 del anexo del Protocolo).

– Con posterioridad, el Consejo, por unanimidad de los 15 Estados miembros de la Unión, efectúa el *reparto o distribución* del “acervo de Schengen” entre el primer y el tercer pilar, mediante la determinación de la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo (en tanto no se adopten las correspondientes medidas, dichas disposiciones o decisiones se considerarán actos basados en el título VI del TUE, esto es, en el “tercer pilar”).

Añade el precepto que, con respecto a las mencionadas disposiciones y decisiones, y de acuerdo con la referida determinación, el *Tribunal de Justicia* ejercerá las competencias que le otorgan las disposiciones aplicables pertinentes de los Tratados. En todo caso, el Tribunal –en consonancia con lo previsto en los artículos 35.5 TUE y 68.2 TCE– no tendrá competencia alguna sobre las

medidas o decisiones relativas al mantenimiento de la ley y el orden público así como a la salvaguarda de la seguridad interior.

##### C. Posición del Reino Unido e Irlanda

Dispone el artículo 4 del Protocolo que Irlanda y el Reino Unido, que no están vinculados por el acervo de Schengen, podrán solicitar en cualquier momento participar en algunas o en todas las disposiciones de dicho acervo (posibilidad de “opting in”).

Con esta finalidad el Consejo (al que la *Declaración nº 45* del TA invita a recabar previamente el dictamen de la Comisión) decidirá sobre tal solicitud *por unanimidad* de los trece Estados miembros participantes en el “espacio Schengen” y del representante del Gobierno del Estado de que se trate.

##### D. Posición de Noruega e Islandia

La República de Islandia y el Reino de Noruega serán asociados a la ejecución del acervo de Schengen y en su desarrollo futuro con arreglo al Acuerdo firmado en Luxemburgo el 19 de diciembre de 1996 (artículo 6 del Protocolo)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> La *Declaración nº 44* del Acta final del TA precisa a este respecto que el Consejo debe adoptar todas las medidas previstas en el artículo 2 del Protocolo “en el momento de la entrada en vigor del TA”; a tal fin, se emprenderán los trabajos preparatorios necesarios –lo cual ya ha sucedido– con objeto de culminarlos con anterioridad a dicha fecha.

<sup>16</sup> Acuerdo fruto de la voluntad de Dinamarca, Suecia y Finlandia de participar en los Acuerdos de Schengen sin cuestionar la “Unión nórdica de pasaportes” establecida entre los cinco países nórdicos el 12.7.1957, habiéndose encontrado la solución en la asociación de Noruega e Islandia al “espacio Schengen” (cfr. Boletín “Agencia Europa”, nº 7.287 de 27.8.1998, pág. 2).

A tal efecto se prevé la conclusión de dos acuerdos<sup>17</sup>:  
 – por un lado, un acuerdo que el Consejo celebrará con dichos Estados, por unanimidad de los trece Estados miembros del “espacio Schengen”, acuerdo que contendrá disposiciones sobre la participación de Islandia y Noruega en cualquier *repercusión financiera* que se derive de la aplicación del Protocolo Schengen;

– por otro lado, el Consejo (a 15) celebrará, por unanimidad, un acuerdo independiente con Islandia y Noruega para determinar los *derechos y obligaciones entre Irlanda y el Reino Unido, por una parte, e Islandia y Noruega*, por otra, en los ámbitos del acervo de Schengen que se apliquen a estos Estados (esto es, a Irlanda y Reino Unido).

*E. Integración de la Secretaría de Schengen en la Secretaría General del Consejo*

De conformidad con el artículo 7 del Protocolo, el Consejo decidirá, por mayoría cualificada, las disposicio-

nes para la integración de la Secretaría de Schengen –unas 70 personas– en la Secretaría General del Consejo.

*F. Asunción del “Acervo Schengen” por los Estados Adherentes a la Unión Europea*

Por fin, según estipula el artículo 8 del Protocolo, a efectos de las negociaciones para la admisión de nuevos Estados miembros en la Unión Europea, se considerará que el acervo de Schengen y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito han de *aceptarse en su totalidad como acervo* por todo Estado que sea candidato a la adhesión.

<sup>17</sup> De conformidad con la *Declaración n.º 47* del TA, estos dos acuerdos deberían poder entrar en vigor en la misma fecha que el TA.

## DERECHOS HUMANOS Y UNIÓN EUROPEA

## Presentación a cargo del Profesor Díez de Velasco

Presentar a la Profesora Escobar aquí, en esta Universidad, es un disparate, pero yo me voy a referir solamente a algo que ustedes habrán advertido lógicamente a través de sus enseñanzas. La Profesora Escobar ha dedicado una buena parte de sus investigaciones precisamente a los Derechos Humanos, ya desde su tesis doctoral.

Pero hay otra cosa que yo les quiero poner a ustedes de relieve. Si no recuerdo mal la Profesora Escobar ha publicado a parte de libros, me parece que unos 16 artículos, 9 de ellos versan sobre Derechos Humanos. Además los capítulos sobre la materia en las Instituciones de Derecho Internacional Público y en el libro de *Organizaciones Internacionales*, yo con mucho gusto, se los he confiado a ella; pese a que siempre han sido materia de mi preocupación y en ediciones anteriores de dichos libros yo lo había redactado personalmente.

Aparte de eso, la Profesora Escobar ha explicado derechos humanos no solo en nuestra Facultad, sino que ha dado cursos de derechos

humanos en Nicaragua, en la Universidad Centroamericana, en la Universidad Carlos III, en su Instituto Francisco de Vitoria, en la Universidad del País Vasco, en la Universidad Complutense de Madrid, en su Instituto de Derechos Humanos, en la Universidad de Salamanca, etc. Quiero decir que tienen ante ustedes una excelente especialista, lo que hemos tenido en cuenta al elaborar el programa de Cátedra Cantabria. Y además la Profesora Escobar ha hecho giras *in situ* para ver como andaban los derechos humanos en Centro América, en Latino América, en Guinea, etc., es decir, que sabe la teoría y sabe la práctica. Es una faceta de la Profesora que seguramente ella no la habrá puesto de manifiesto, como yo lo hago, porque es una persona no vanidosa en ese aspecto; pero realmente tienen ante ustedes a una persona que conoce este tema hasta la saciedad y profundamente.

Y por tanto si ustedes tienen preocupación por los derechos humanos, que creo es algo fundamental en cualquier ser humano, tendrán ustedes ocasión de oír una buena conferencia y además hacer posteriormente las preguntas correspondientes.

## DERECHOS HUMANOS Y UNIÓN EUROPEA\*

*Concepción Escobar Hernández*

*Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cantabria*

### Introducción

1. La atribución a los derechos humanos de un lugar central en el proceso de integración europea constituye hoy una realidad incontestable. Su configuración como parámetro de legalidad de la actividad comunitaria, de un lado, y como criterio de legitimación política de la propia Unión Europea, de otro, está fuera de toda duda. Sin embargo, este modelo no se ha construido de una sola vez ni está exento de fisuras en su formulación actual. Por el contrario, es el resultado de un complejo proceso, en el que el reconocimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito comunitario, primero, y en el seno de la Unión Europea, después, ha tenido que superar importantes obstáculos tanto de orden técnico como político.

No es posible, ni deseable, en un trabajo de las características del presente, analizar en profundidad dicho proceso, sobre el que –por otro lado– existe una amplia y rica producción bibliográfica<sup>1</sup>. Nuestro objetivo es bien distinto, y se centra en destacar las grandes líneas de tendencia que se han desarrollado en dicho proceso, con la única finalidad de identificar su influencia en el estado actual de la cuestión. En particular, por lo que se refiere al tratamiento dado a la cuestión de los derechos humanos en el Tratado de Amsterdam.

2. En efecto, el Tratado de Amsterdam (en adelante TA) constituye el último eslabón de una larga cadena, sobre el que se proyecta una rica experiencia que se concreta en los arts. 6 y 7 del Tratado. A través de los mismos se refuerza la configuración de los derechos humanos –junto a los valores democráticos y el Estado de derecho– como principios básicos sobre los que se construye la Unión Europea. La importancia de este “punto de llegada” adquiere su auténtico significado si se le compara con el inicial alejamiento entre derechos humanos y Comunidades Europeas, que fue mantenido durante la primera década de vida de las mismas y a cuya definición contribuyó incluso el propio Tribunal de Justicia (en adelante TJCE), aunque –justo es señalarlo– de forma breve y sin peso decisivo en su jurisprudencia<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El elevado número de trabajos dedicados a este tema impide incluir una relación completa de los mismos en esta sede. A título indicativo, y por su carácter globalizador, vid. entre la doctrina española más reciente CHUECA SANCHO, G.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 1999.

<sup>2</sup> Vid., en especial, Sentencia Stork c. Alta Autoridad, de 4 de febrero de 1959, as. 1/1958, Rec. 1958-1959. Respecto de la evolución ulterior de la jurisprudencia del TJCE, vid. *infra*, apartado I.