

ANÁLISIS DE LAS REFORMAS EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA EN EL TRATADO DE NIZA

F. JAVIER QUEL LÓPEZ *

SUMARIO

I. LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL EN EL TRATADO NIZA. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL NUEVO ARTÍCULO 31 TUE: A) EL DÉFICIT RELATIVO A LA CREACIÓN DE UN ESPACIO JUDICIAL EUROPEO EN MATERIA PENAL. B) EL ESTABLECIMIENTO CONVENCIONAL DEL MECANISMO EUROPEO DE COORDINACIÓN OPERATIVA EUROJUST: 1. *Los precedentes: de la Red Judicial Europea a la Unidad provisional de Cooperación Judicial.* 2. *La inclusión de Eurojust en el tratado de Niza.* 3. *Competencia y funciones. Examen de propuestas.* 4. *Estructura y Organización.*—II. LA COOPERACIÓN REFORZADA EN EL ESPACIO DE LIBERTAD DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: A) INTRODUCCIÓN. B) NUEVAS CONDICIONES GENERALES PARA LA COOPERACIÓN REFORZADA. LAS REFORMAS EN EL TÍTULO VII. C) LAS CONDICIONES ESPECÍFICAS Y EL EL PROCEDIMIENTO DE COOPERACIÓN REFORZADA EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA TRAS LA REFORMA DE NIZA: 1. *Iniciativa de la propuesta.* 2. *Procedimiento de adopción de la propuesta.* 3. *Participación de otros Estados miembros.*—III. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CON TERCEROS ESTADOS Y ORGANIZACIONES EN EL AMBITO DE JUSTICIA E INTERIOR. REFERENCIAS AL ARTÍCULO 24 EN EL TRATADO DE NIZA.—IV. CONCLUSIÓN.

* Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad del País Vasco. El presente trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación del Gobierno Vasco PI-1999-136.

I. LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL
EN EL TRATADO DE NIZA. SIGNIFICADO
Y ALCANCE DEL NUEVO ARTÍCULO 31 TUE

A) EL DÉFICIT RELATIVO A LA CREACIÓN DE UN ESPACIO JUDICIAL
EUROPEO EN MATERIA PENAL

El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea incluye expresamente entre los objetivos de la Organización el «mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia». Una de las piezas esenciales en orden a la consecución de este ideal europeo será, sin duda, el establecimiento paulatino de un espacio judicial común que se culminará el día en que, como afirma J-P Avel, pueda finalmente constatarse que las formas más graves de criminalidad transfronteriza son objeto de respuestas comunes en Europa y también cuando pueda afirmarse que las inevitables diferencias de legislaciones y procedimientos no benefician a los potenciales delincuentes ni sean un obstáculo a la libre circulación de los ciudadanos europeos¹.

Estamos, sin embargo, muy lejos de alcanzar el objetivo propuesto. Si partimos de dos textos claves a la hora de valorar los progresos de la Unión en la consecución de un espacio de seguridad, libertad y justicia como son el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión de 3 de diciembre de 1998² y de las conclusiones del Consejo de Tampere, podemos observar que muchas de las metas allí establecidas todavía no se han alcanzado o ni siquiera han empezado a gestionarse. Así, y en relación a la facilitación de la extradición entre los Estados miembros de la Unión resulta sorpren-

¹ Vid. AVEL, J-P.: «Le développement de la Coopération judiciaire européenne». *Revue du Marche commun et de l'Union Européenne*, n.º 445, 2000, pp. 112-116.

² Nos referimos al importante documento titulado «Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia». El texto fue adoptado en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior el 3 de diciembre de 1998. *D.O. C 19/1 de 23 de enero de 1999*. En especial vid. las propuestas contenidas en el parágrafo 49.

dente observar el escaso número de ratificaciones que han concitado los tratados de 1995 y 1996, especialmente el relativo al procedimiento simplificado de extradición³. Ninguno de ellos ha entrado en vigor. Por otra parte, el reconocimiento de resoluciones judiciales, piedra angular de la cooperación de acuerdo con el parágrafo 33 de las Conclusiones de Tampere, se encuentra en un estado larvario habiéndose elaborado únicamente un estudio preliminar por la Comisión y un compendio posterior de recomendaciones a medio plazo⁴. Con todo, no pueden dejar de mencionarse aquellos logros que permiten confiar en un progreso más acelerado en la consolidación de un auténtico espacio europeo de justicia y en una eficaz lucha contra la delincuencia a escala de la Unión. El Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal con un contenido avanzado respecto de los meros acuerdos basados estrictamente en el derecho de petición entre autoridades judiciales juntamente con los instrumentos de coordinación judicial, especialmente la Red Judicial europea, y de manera singular Eurojust con un elevado componente operativo, anuncian el inicio de una nueva etapa diferente a la anterior al tratado de Amsterdam caracterizada por una interminable letanía de proclamas retóricas en favor de la unidad de acción, pero con muy escasa transcendencia en el plano operativo⁵.

El avance fundamental que se avecina parte de la constatación de que la verdadera dificultad en la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia se sitúa no tanto en la divergencia de las reglas estatales de

³ El Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996 fue publicado en el *D.C 313 de 23 de octubre de 1996*. El Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 10 de marzo de 1995 fue publicado en el *D.O. C 78 de 30 de marzo de 1995*. Cinco años después, el tratado de 1995 ha sido ratificado por 10 Estados y el de 1996 por 7.

⁴ Vid. sobre esta cuestión los documentos *COM(2000) 495 final* de 26 de julio de 2000 sobre reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal así como el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal. *D.O. C 12 de 15 de enero de 2001*.

⁵ Vid. en este sentido respecto a la situación general del tercer pilar al hilo de los difusos objetivos y de la utilización de mecanismos que lejos de construir un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia han conseguido enfangar la necesaria cooperación en asuntos de justicia e interior a DEN BOER, M.: «An Area of Freedom, Security and Justice: Bogged down by Compromise», en la obra *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart publishing, Oxford/Portland, 1999, pp. 303-321.

derecho penal positivo cuanto en la diversidad de procedimientos penales en el seno de la Unión, expresión de las especificidades propias de las diferentes lógicas de los sistemas jurídicos nacionales. A partir de aquí, las soluciones pueden variar tendiendo en dos posibles direcciones que pudieran llegar a confluir: bien optando por la construcción de un sistema judicial europeo, bien acelerando y mejorando el proceso de cooperación internacional existente⁶. Y ello, sin preconizar la denominada unidad del derecho en el ámbito penal, sino desde la aplicación coordinada y coherente de los sistemas jurídicos de los diferentes Estados miembros⁷.

La Conferencia Intergubernamental de 2000 encargada de la revisión del Tratado de Amsterdam contó con importantes aportaciones en las dos direcciones señaladas. Merece la pena, siquiera brevemente, hacer una referencia a la propuesta de la Comisión referida especialmente a uno de los aspectos para los que fue concebido el Título VI: la lucha contra la corrupción y el fraude para proteger los intereses financieros de la Unión. La propuesta tiene por objeto directo la modificación del artículo 280 TCE pretendiendo comunitarizar un instrumento como sería la Fiscalía Europea que afectaría en su funcionamiento a los sistemas de administración nacional de justicia⁸. Desde la constatación de las dificultades existentes para la efectiva lucha contra este tipo de criminalidad organizada, la propuesta de creación de una Fiscalía Europea supone apuntar una opción

⁶ Vid en relación a la identificación en la práctica de las dificultades para luchar eficazmente contra la delincuencia transnacional, especialmente la lentitud y la complejidad judicial a ZANOTO, J-P.: «Les systèmes judiciaires confrontés à la criminalité organisée». *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, n.º 438, 2000, pp. 335-336.

⁷ El rechazo a una posible unidad del derecho, especialmente en el ámbito penal, ha sido anunciada claramente al hilo precisamente del proceso previo al Consejo de Niza. Es muy elocuente en este sentido lo afirmado por L. Fabius al señalar que unidad del derecho no significa derecho único. Si en términos de eficacia de acción es deseable una respuesta colectiva, ésta debería canalizarse por los instrumentos jurídicos que posee la Unión, «en caso contrario, cuando estas condiciones no existen, debe mantenerse la competencia de los Estados de definir las reglas aplicables conforme a la tradición nacional». Cfr. FABIOUS, L.: «Droits civils et pénaux: Oui au rapprochement, non à la fusion». *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, n.º 438 2000, p. 298.

⁸ Vid. la Contribución complementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales. La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad: el Fiscal Europeo. *Doc. COM(2000) 608 final* de 29 de septiembre de 2000.

fuertemente integradora que quizás todavía sea inasumible por los Estados miembros. En nuestra perspectiva de estudio merece destacarse de la contribución de la Comisión el fundamento de la propuesta que incide en dos aspectos que limitan la eficacia de una acción comunitaria contra este tipo de delincuencia: el fraccionamiento del espacio penal europeo así como el carácter pesado e inadecuado de los métodos clásicos de cooperación judicial entre Estados miembros⁹. Aun cuando la Comisión reconoce que la existencia de convenios adoptados en el seno del tercer pilar como el relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995 y de sus protocolos adicionales constituyen un acervo importante «puesto que convierten los comportamientos de fraude, malversación de fondos y corrupción en infracciones sujetas a sanciones penales en cada Estado miembro», su no entrada en vigor, la incertidumbre acerca de la transposición que cada Estado hará de la obligación convencional y el hecho de que la acción pública siga ejerciéndose a nivel nacional, motiva a juicio de la Comisión la institucionalización comunitaria de «un órgano judicial que tendría por función el ejercicio de la acción pública ante los Estados miembros y que podría ejercer en el territorio comunitario un control penal continuo sobre las actividades de investigación, y por ello hacer respetar el Derecho y proteger las finanzas comunitarias»¹⁰.

Este intento de inicio de un sistema judicial europeo que no prosperó en el seno de la CIG puede constituir un serio indicio del camino que debería recorrer la Organización en aras de alcanzar un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia. Sin embargo, éste es un paso que la Unión no está dispuesta a dar en el actual estadio de la construcción europea. Amsterdam apostó por la aproximación y la coordinación de los sistemas jurídicos nacionales y no por la armonización. De hecho, los instrumentos jurídicos de los que se dotó al tercer pilar y la técnica normativa para su adopción demuestran que aunque se dan pasos hacia la regulación cohe-

⁹ Ibid. párrafo 1, según su tenor, «las carencias del dispositivo actual radican esencialmente en el fraccionamiento del espacio penal europeo, debido a que las autoridades policiales y judiciales nacionales sólo tienen competencia para actuar en su propio territorio. Los métodos clásicos de ayuda judicial mutua y la cooperación entre las policías siguen siendo pesados y a menudo inadecuados para una eficaz lucha contra los fraudes transnacionales. La experiencia muestra las dificultades para conseguir que las investigaciones administrativas in situ desemboquen en diligencias judiciales penales».

¹⁰ Ibid. párrafo 2.2.

sionada en materia de lucha contra la criminalidad a escala de la Unión, especialmente contra la delincuencia organizada mediante normas institucionales obligatorias aunque sin efecto directo, lo cierto es que las diferencias que existen en la práctica del derecho, lugar de ejercicio por excelencia de la soberanía estatal, obligan a optar por un mecanismo centralizado de fomento de la cooperación y de mejora de la coordinación entre autoridades policiales y judiciales desde una defensa de la eficacia de las normas convencionales o institucionales vigentes.

El Tratado de Niza ha dado un paso esencial en esta dimensión operativa de la cooperación judicial al incorporar en los artículos 29 y 31 la institución llamada a jugar un papel central en una futura estructura unitaria de seguridad y justicia¹¹.

B) EL ESTABLECIMIENTO CONVENCIONAL DEL MECANISMO EUROPEO DE COODINACIÓN JUDICIAL OPERATIVO EUROJUST

Los artículos 29, 30 y 31 del Tratado de Amsterdam definen los objetivos y enuncian las vías más adecuadas en orden a conseguir un espacio de seguridad y justicia. Tanto la cooperación como el intercambio de información así como el establecimiento de organismos de coordinación se constituyen en elementos esenciales para luchar eficazmente a escala comunitaria contra la delincuencia. En el ámbito policial, la prevención y la actuación en contra de la criminalidad organizada se lleva a cabo a través de la Oficina Europea de Policía, institución creada a través de un tratado internacional basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión que ha encontrado un importante respaldo normativo en el artículo 30 del Tratado de Amsterdam¹².

¹¹ Para tener una idea cabal del conjunto de iniciativas en curso en el seno de la Unión o simplemente de meras previsiones pero con objetivos claros a corto y medio plazo, Vid. la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo titulada «Actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de 'libertad, seguridad y Justicia' en la Unión Europea (II semestre de 2000). Doc. COM(2000) 782 final de 30 de noviembre de 2000, especialmente pp. 14-17 y 20-31.

¹² Europol ha visto igualmente reforzado su ámbito de competencias mediante normas tan notables como la Decisión de 3 de diciembre de 1998 por la se encomienda a Europol (en aplicación de lo previsto en el artículo 2-2 de su tratado constitutivo) la lucha contra los delitos cometidos o que puedan cometerse en el marco

Pero además de la cooperación policial la consecución de un espacio de seguridad y justicia penal pasa necesariamente por establecer el alter ego judicial de Europol tal y como lo señalaron los Estados miembros reunidos en el Consejo de Tampere al prever el nacimiento de Eurojust: «Para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave, el Consejo Europeo ha acordado crear una unidad (EUROJUST) integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente, cedidos temporalmente por cada Estado miembro, con arreglo a su ordenamiento jurídico. La misión de EUROJUST consistirá en facilitar la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales y en apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada, en particular basándose de análisis de Europol, así como en cooperar estrechamente con la red judicial europea con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de las comisiones rogatorias. El Consejo Europeo pide al Consejo que adopte los instrumentos jurídicos antes de que finalice 2001»¹³. Semejante iniciativa no surge en el vacío, sino que viene propiciada por una suma de actuaciones previas que es preciso considerar para valorar en sus justos términos la importancia real del paso dado en Niza.

1. *Los precedentes: de la Red Judicial Europea a la Unidad Provisional de Cooperación Judicial*

Tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión, la cooperación judicial en materia penal quedaba situada en una zona gris y nebulosa, en la cuneta de la integración económica. Se caracterizaba por una indefinición de objetivos y una ausencia de mecanismos institucionales que vertebraran unitariamente un espacio común de seguridad y justicia reclamado por la ciudadanía europea y que debería constituir el corolario lógico de la su-

de actividades terroristas que atenten contra la vida, la integridad física, la libertad o los bienes de las personas. *D.O., C 026 de 30 de enero de 1999*; la Decisión del Consejo de 29 de abril de 1999 por la que se amplía el mandato de Europol a la lucha contra la falsificación de moneda y de medios de pago *DO C 149 de 28 de mayo de 1999*, o la Decisión del Consejo de 27 de marzo de 2000 por la que se autoriza al Director de Europol a entablar negociaciones sobre acuerdos con terceros Estados y organismos no relacionados con la Unión Europea. *D.O. C 106 de 13 de marzo de 2000*.

¹³ Cfr. Consejo Europeo-Tampere. Conclusiones de la Presidencia. *Doc SI (1999) 800*, parágrafo 46.

presión definitiva de las fronteras interiores en el territorio de la Unión¹⁴. En efecto, ha constituido éste un ámbito reservado estrictamente a la actuación estatal, de suerte que la Unión ha carecido de instrumentos jurídicos que establecieran líneas homogéneas de actuación. Las escasas iniciativas, especialmente en materia de extradición, pivotaban sobre normas de derecho internacional y la coordinación política, cuando se pretendía, quedaba al albur de eventuales acciones comunes de escasísimo contenido material y que no implicaban compromisos jurídicos para los Estados miembros.

En este contexto se sitúa la primera iniciativa seria orientada hacia la adopción de medidas estructurales y no exclusivamente coyunturales en el ámbito de la cooperación judicial penal en el seno de la Unión. La acción común de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE relativa a la creación de una Red Judicial Europea afirmaba muy significativamente que «la mejora efectiva de la cooperación judicial entre los Estados miembros requiere la adopción a nivel de la Unión Europea de medidas estructurales destinadas a permitir la instauración de contactos directos apropiados entre las autoridades judiciales y las demás autoridades responsables de la cooperación judicial y de la acción judicial contra las formas más graves de criminalidad en el seno de los Estados miembros»¹⁵. En realidad la Red consiste en la creación por los Estados partes que decidan sumarse a la iniciativa, de una suma de «puntos de contacto judiciales» designados por cada país, sin que en ningún caso llegue a constituir el conjunto de tales puntos un órgano estable. Cada parte definirá el contacto nacional para, a partir de aquí, llevar a cabo labores de información y de coordinación con las contrapartes designadas por los demás Estados. Concretando la naturaleza y las funciones de la Red Judicial, cabe señalarse que tal y como pone de relieve el artículo 4 de la acción común, sus miembros serán «intermediarios activos» entre las autoridades judiciales de los diferentes Estados con el único encargo explícito de transmitir informaciones jurídicas y prácticas a los

¹⁴ Vid. en una valoración de conjunto de los objetivos, técnicas y resultados de la CAJAI en sus diferentes etapas de construcción, especialmente en materia de cooperación en la lucha contra la criminalidad desde la perspectiva de los ciudadanos a LIROLA DELGADO, I.: «El ciudadano europeo ante la cooperación policial y judicial en materia penal», en la obra *Las incertidumbres de la Unión Europea después del tratado de Amsterdam*, Bosch, Barcelona 2000, pp. 193-236.

¹⁵ Cfr. el preámbulo de la acción común de 29 de junio de 1998 (98/428/JAI). D.O. L 191 de 7 de julio de 1998, pp. 4-7.

demás puntos de contacto o a las autoridades judiciales locales de otros Estados miembros para, de esta manera, iniciar una cooperación inexistente o mejorar la que había.

En buena medida, el establecimiento de una Red Judicial Europea intenta generalizar una práctica bilateral preexistente relativa a la designación de magistrados de enlace destacados por un Estado ante las autoridades judiciales de otro Estado miembro; práctica que había recibido un reconocimiento formal en una acción común de 22 de abril de 1996 adoptada por el Consejo en virtud del artículo K.3 del Tratado. El artículo 2 de ésta acción otorga a los magistrados de enlace funciones de intercambio de información. El establecimiento mismo de los magistrados, así como la determinación precisa de sus funciones variará en razón de los acuerdos que previamente celebren entre sí los Estados miembros interesados¹⁶.

Puede afirmarse a la luz de estas referencias la naturaleza estrictamente voluntarista y de bajo perfil material de las iniciativas en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal de carácter general, al menos hasta la entrada en vigor del tratado de Amsterdam. Ciértamente, la refundación del tercer pilar, definiendo un nuevo objetivo global de la Unión así como reagrupando y estructurando bajo el paraguas de la Unión Europea objetivos propios y diferenciados de los de los Estados en lo relativo al anunciado espacio de libertad, seguridad y Justicia, ha propiciado un evidente salto cualitativo en lo tocante a la cooperación judicial en materia penal¹⁷. Y ello desde una doble perspectiva: por una parte, en cuanto a la institucionalización de la cooperación sobre la base de los artículos 29 y 31 del TUE y el establecimiento de técnicas normativas específicas del tercer pilar en virtud del artículo 34 que, junto a la técnica convencional

¹⁶ Vid. la acción común para el establecimiento de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros en el *D.O. L 105 de 27 de abril de 1996*, pp. 1-2.

¹⁷ Vid. un interesante estudio acerca del significado y alcance del Tratado de Amsterdam en la reestructuración de la CAJAI en VALLE, A.: «La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998-3, pp. 41-78. Igualmente en una valoración de conjunto pueden consultarse los trabajos de MARGUE, T-L.: «La coopération européenne en matière de lutte contre la criminalité organisée dans le contexte du traité d'Amsterdam». *Revue du Marché Unique européen*, 1997-3; Id.: «La coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime dans le cadre du nouveau troisième pilier». *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000-4, pp. 729-747.

clásica, prevé instrumentos jurídicamente vinculantes para los Estados, pero con perfiles propios en atención a la naturaleza intergubernamental del pilar en el que actúan¹⁸. Por otra parte, respecto al contenido mismo de la cooperación judicial que adquiere finalmente una dimensión operativa imprescindible si se quiere establecer realmente un espacio de seguridad y justicia en el conjunto de la Organización. En esta línea se inscribe el precedente inmediato de Eurojust que no es otro que la denominada Unidad Provisional de Cooperación Judicial creada mediante una Decisión adoptada en virtud del artículo 34-2-c) del Tratado. La exposición de motivos de la norma explica a la perfección el afán de los Estados que patrocinan la iniciativa y del propio Consejo que la adopta¹⁹. Así, en el párrafo (1) se señala que «La mejora efectiva de la cooperación judicial entre los Estados miembros requiere sin más tardanza, la adopción, a escala de la Unión Europea, de medidas estructurales destinadas a facilitar la coordinación de las investigaciones y actuaciones judiciales relativas a la delincuencia grave, en particular cuando se trate de delincuencia organizada en el territorio de varios Estados miembros y, en particular, la creación de una unidad provisional de cooperación judicial».

Hasta tanto no se produzca la creación formal de Eurojust la Unidad se basará en las infraestructuras del Consejo. Su misión alcanza a la coordinación operativa en las investigaciones y actuaciones judiciales relativas a la delincuencia grave, en particular cuando se trate de delincuencia organizada siempre que el caso afecte a dos o más Estados miembros. Incluso se llega a prever la organización desde la Unidad de misiones a un Estado miembro cuyas autoridades realicen una investigación o actuaciones judiciales específicas²⁰. El siguiente paso en este proceso evoluti-

¹⁸ Vid, un estudio en profundidad de las características propias de las decisiones y decisiones marco adoptadas en el seno del tercer pilar a BLOKKER, N.: «Decisions of international organizations: the case of the European Union» *Netherlands Yearbook of International Law*, 1999, pp. 3-44. Especialmente sobre las decisiones en el marco del tercer pilar, pp. 30 y ss.

¹⁹ La paternidad última de la Decisión de 14 de diciembre de 2000 corresponde a la República Federal de Alemania, Portugal, Francia, Bélgica y Suecia. Vid su texto en el *D.O. 324/2 de 21 de diciembre de 2000*.

²⁰ No es ésta una posibilidad extravagante ni ajena a la intención de los Estados que ya la previeron en el artículo 32 del Tratado de Amsterdam al establecer que «El Consejo establecerá las condiciones y los límites con arreglo a los cuales las autoridades competentes referidas a los artículos 30 y 31 podrán actuar en el territorio de otro Estado miembro en colaboración con las autoridades de dicho Estado y de acuerdo con las mismas».

vo será, finalmente, la vertebración definitiva de un nuevo órgano de la Unión que recibirá un reconocimiento excepcional en el articulado del tratado de la Unión.

2. La inclusión de Eurojust en el Tratado de Niza

Las ambiciones de Tampere se dirigen, inicialmente, hacia el establecimiento de una red judicial que podría ir constituyéndose paulatinamente en un organismo con mayores capacidades en la medida en que los Estados le atribuyan funciones operativas. El resultado final del proceso iniciado con Eurojust, como apunta Elsen, podría ser la gestación de una fiscalía europea²¹.

En cumplimiento del mandato del Consejo Europeo, la Conferencia intergubernamental preparatoria del Tratado de Niza, acordó la inclusión de Eurojust en el Tratado enmendado resultante a iniciativa de Francia²². La razón de esta inclusión habría que situarla en la necesidad de encontrar un equilibrio y una coherencia en la base jurídica entre la cooperación judicial y la policial claramente sesgada en Amsterdam hacia la segunda. En palabras de la delegación francesa en el seno de la Conferencia «de esta forma, el espacio judicial europeo, sobre el que todos están de acuerdo al reconocer que es hoy en día uno de los principales cimientos de la construcción europea, aparecería claramente mencionado en el Tratado en sus tres dimensiones: libertad, seguridad y justicia, de la que Eurojust es un elemento central»²³.

Los artículos 29 y 31 TUE integran a Eurojust en el corazón de la cooperación judicial en materia penal atribuyéndole diversas funciones:

²¹ Vid. ELSÉN, Ch.: «l'esprit et les ambitions de Tampere. Une ère nouvelle pour la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures?», *Revue du Marche commun et de l'Union européenne*, n.º 433, 1999, pp. 659-663.

²² La Declaración relativa al apartado 2 del artículo 31 del TUE que deberá constar en el acta final de la Conferencia recuerda la relación del este nuevo artículo con el consenso resultante del Consejo de Tampere a la vez que inserta Eurojust en una vertebración más amplia de la cooperación judicial en materia penal de la que es exponente y precedente la Red Judicial Europea.

²³ Cfr. la propuesta de la delegación francesa de 13 de noviembre de 2000 dirigida al Presidente del Grupo de Representantes Permanentes de los Estados miembros en la CIG en el *Doc CONFER 4806/1/00 Rev 1*.

- En primer lugar, constituye al nuevo órgano en una pieza de la cooperación entre autoridades nacionales (artículo 29) que podrá llegar a ser un vehículo a disposición de los Estados para canalizar y acelerar las iniciativas «en relación a las causas y la ejecución de resoluciones» [artículo 31-1-a)].
- En segundo término, el apartado 2 del artículo 31 atribuye al Consejo la obligación de fomentar la cooperación a través de Eurojust en tres campos principales:
 - «a) capacitando a Eurojust para que contribuya a una adecuada coordinación de las autoridades nacionales de los Estados miembros competentes en la persecución del delito;
 - b) impulsando la colaboración de Eurojust en las investigaciones relativas a asuntos de delincuencia transfronteriza grave, especialmente en casos de delincuencia organizada, teniendo en cuenta en particular los análisis de Europol;
 - c) favoreciendo una estrecha cooperación de Eurojust con la Red Judicial Europea con objeto, en particular, de facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición».

Siendo éste el tenor literal del tratado de Niza, conviene poner de relieve los aspectos esenciales de la institución sobre los que ya existe un consenso básico a partir de diferentes propuestas nacionales²⁴. A la luz de la comunicación de la Comisión sobre la creación de Eurojust de 22 de noviembre de 2000²⁵, así como de las previsiones que ya se apuntan en instrumentos de cooperación tan importantes como el reciente convenio de asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000, podemos inducir la estructura competencial y funcional de Eurojust.

²⁴ Vid, entre otras, las propuestas encaminadas a establecer una decisión del Consejo reguladora tanto del ámbito de competencia material como de las funciones de Eurojust de Alemania *D.O. C 206 de 19 de julio de 2000* o de Portugal, Francia, Suecia y Bélgica *D.O. C 243 de 24 de agosto de 2000*.

²⁵ Vid, la Comunicación de la Comisión sobre la creación de Eurojust en el *Doc COM(2000) 746 final* que constituye un documento de síntesis de las diferentes propuestas nacionales sobre cuyas bases debería construirse la regulación futura.

3. *Competencia y Funciones. Examen de propuestas*

En cuanto a la competencia material, la Comisión considera que «dado el mandato horizontal de Tampere, no parece apropiado ni necesario reseñar en el acto fundacional todas las formas de delincuencia que Eurojust debe tratar. De lo contrario, la inclusión de cualquier nuevo delito requeriría una nueva decisión del Consejo». En todo caso, el ámbito competencial debe abarcar la misma tipología de delitos de los que puede conocer la actuación de Europol con especial atención a la delincuencia transfronteriza organizada. Y ello en la medida en que el propio artículo 31-2 vincula las investigaciones penales en las que participe Eurojust con los análisis previos que haya podido realizar Europol.

Las funciones de este órgano serán de dos clases: en primer lugar, una labor básica de asesoramiento y coordinación entre las diversas autoridades nacionales que tendrá una pluralidad de manifestaciones como, por ejemplo, la mejor aplicación en la práctica de instrumentos internacionales de cooperación²⁶, así como, y a partir de las informaciones suministradas por los registros nacionales de antecedentes penales y actuaciones judiciales, una mediación activa entre las autoridades nacionales de instrucción en cuanto pueda constatarse una interrelación entre casos de imposible apreciación desde las autoridades nacionales²⁷. En segundo término debe constatarse que la pretensión de los Estados miembros y de la Comisión alcanza a dotar a Eurojust de una importante responsabilidad operativa, lo que se materializaría en una habilitación para participar en las investigaciones penales en curso mediante la eventual iniciativa y dirección de investigaciones así como en la creación de equipos conjuntos de investigación. En este orden de ideas, debe reseñarse que el Convenio

²⁶ Función que se deberá ejercer sin que se lleguen a realizar interpretaciones uniformes de los tratados, función que corresponde exclusivamente al T.J.C.E. en virtud del artículo 35 TUE.

²⁷ En este sentido, la propuesta de la Comisión sobre la creación de Eurojust señala en lo relativo a la transmisión de información desde los Estados que «Eurojust solamente podrá contribuir de forma efectiva a la coordinación de las actuaciones judiciales si está suficientemente informada. Debe, por lo tanto, poder dirigir a las autoridades nacionales de instrucción *solicitudes de información* vinculantes, posiblemente a través de la Red Judicial Europea. Eurojust debería tener acceso a los registros nacionales de antecedentes penales y actuaciones judiciales». Cfr. Doc COM (2000) 746 final, parágrafo 3-2°.

relativo a la asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000 ya incorpora una importante previsión en este sentido en su artículo 13²⁸. Aun cuando la estructura inicial de este instrumento convencional se oriente, lógicamente, hacia la vertebración de un sistema de investigaciones conjuntas de carácter estrictamente interestatal con fines y periodos limitados, el párrafo 12 de la disposición abre las investigaciones conjuntas a la participación de personas que no sean representantes de las autoridades nacionales. «Estas personas podrán ser, por ejemplo, funcionarios de organismos creados de conformidad con el Tratado de la Unión Europea». El informe explicativo consiguiente precisa la referencia contenida en el artículo 13 al afirmarse que «la idea que guió a los redactores del Convenio fue que un equipo conjunto pueda recibir asistencia y conocimientos técnicos adicionales de personas competentes de otros Estados u organizaciones internacionales ...Podría tratarse de un órgano como Europol o de un órgano que se cree ulteriormente como Eurojust, en la medida en que en el futuro sus agentes estén facultados para participar en equipos de esta índole»²⁹.

Pero la propuesta de la Comisión va más allá de la participación de Eurojust, en tanto que órgano colectivo, en investigaciones conjuntas con las autoridades policiales y judiciales nacionales. De hecho, se concibe como un órgano operativo más amplio pudiendo intervenir en el contenido y en la tramitación de las comisiones rogatorias así como en la realización de diligencias probatorias o de protección de testigos.

Por otra parte, el que se haya dotado a Eurojust de una amplia base convencional en el Tratado de Niza, le sitúa en una inmejorable situación también para jugar un importante papel en un aspecto esencial de la consecución del anhelado espacio europeo común de justicia: el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal. Una de las cuestiones técnicamente más complejas que podrán plantearse en este ámbito sería la de la prevención de conflictos de jurisdicción entre Estados miembros (ar-

²⁸ La Convención, primera que se llega a celebrar tras la entrada en vigor del tratado de Amsterdam, se fundamenta en los artículos 31-a) y 34-d) de este tratado. No deja de ser curioso, desde la perspectiva del Derecho de los Tratados, el caparazón formal con que se intenta revestir la norma de derecho internacional. Así, mediante un «acto» el consejo se «celebra» el Convenio exclusivamente entre aquellos interesados impulsores de la propuesta sumándose a la misma, por otra parte, Islandia y Noruega. Vid. su texto en el *DO C 197 de 12 de julio de 2000*.

²⁹ Cfr. el pasaje en el texto aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 en el *DO C 379 de 29 de diciembre de 2000*.

título 31-1-d) TUE) que se produciría en el caso de inexistencia de una prelación de los criterios de jurisdicción y de que varios Estados fueran competentes respecto de un mismo asunto, lo que a la postre podría producir una negativa a reconocer decisiones firmes adoptadas por otro Estado con el que se compartiría jurisdicción. Entre los trabajos preparatorios encaminados a alcanzar unas bases mínimas que permitan el reconocimiento mutuo y prevengan conflictos de jurisdicción emerge nuevamente la institución de Eurojust como órgano de coordinación. Así se deduce de lo afirmado por la Comisión en su comunicación al Consejo y al Parlamento cuando señala que «Una manera de resolver los conflictos de jurisdicción entre Estados miembros y los consiguientes procesamientos múltiples podría ser establecer criterios de prelación de competencias y encargar a un organismo existente o de nueva creación decidir si un Estado miembro es competente caso por caso con arreglo a dichos criterios. Esta tarea podría ser encargada a Eurojust, el Tribunal de Justicia u otro órgano»... «sólo cuando las normas no sean claras en relación con un caso específico o cuando los Estados miembros, por cualquier causa insistieran en su competencia podría ser necesario remitir el asunto a un organismo europeo para que se pronunciara sobre las cuestiones de jurisdicción. Esta tarea podría encomendarse al Tribunal de Justicia o a Eurojust»³⁰.

Conviene subrayar, por último que con el fin de reforzar el papel preponderante del nuevo órgano de cooperación y coordinación judicial en el estructura del espacio de libertad, seguridad y Justicia, y a propuesta de Portugal, Francia, Suecia y Bélgica, se ha incluido por parte de la Comisión una capacidad de presentar dictámenes comunes y recomendaciones formales a las autoridades nacionales que, sin poseer fuerza obligatoria, sí exigirían al menos una justificación en un plazo razonable por parte de los Estados en el caso de negativa a proceder al cumplimiento, incluyendo la eventual negativa a iniciar una investigación una vez que Eurojust haya transmitido la información necesaria.

³⁰ Cfr. el texto de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal en Doc. COM(2000) 495 final de 26 de julio de 2000. En la misma línea véase el reciente programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal. D.O. C 12 de 15 de enero de 2001, en especial la medida n.º II.

4. Estructura y organización

La Declaración relativa al apartado 2 del artículo 31 del TUE incluida en el Acta Final de la Conferencia recuerda la estructura organizativa básica que ya se preveía en Tampere a partir de la designación por cada Estado miembro de fiscales y jueces (o funcionarios de policía con competencia equivalente). A partir de esta idea inicial, y equiparando Eurojust con el sistema organizativo de Europol, parece razonable pensar en un organismo a nivel europeo con personalidad jurídica, lo que le garantizaría un amplio grado de independencia y autonomía. De otra manera, «las soluciones alternativas, como una simple mesa redonda, o un organismo del Consejo o de la Comisión no cumplirían los requisitos prácticos ni garantizarían suficientemente un grado mínimo de independencia a Eurojust ni conferirían seguridad jurídica a los actos de Eurojust dirigidos a destinatarios exteriores»³¹.

En este contexto colectivo, cada Estado miembro debe delegar un magistrado, fiscal o policía y definir con precisión sus poderes individuales conforme al derecho penal nacional, aunque con un mínimo común de competencias que permita a Eurojust una actuación conjunta, bajo la fórmula de un Comité de Dirección, en lo que respecta: a la asesoría en temas de derecho internacional y de instrumentos del tercer pilar; a la coordinación de la instrucción transfronteriza cuando estén involucrados varios Estados o no se sepa qué Estados están involucrados (especialmente en tráfico de estupefacientes) y a la emisión de cualquier recomendación formal como puede ser el inicio de una investigación.

A tenor del documento de síntesis de la Comisión, es preciso distinguir en cada caso la naturaleza de las actuaciones que se lleven a cabo desde Eurojust como órgano colectivo respecto de aquellas otras realizadas en virtud de la autoridad nacional de un delegado concreto. Y ello en

³¹ *Ibid*, parágrafo 4.1. Respecto de la fórmula más adecuada para atribuir la necesaria personalidad jurídica a la nueva institución, se señala en el documento que «la base jurídica apropiada para la creación de tal personalidad jurídica sería una decisión del Consejo con arreglo a la letra c) del apartado 2 del artículo 34 del Tratado de la Unión Europea. Sin embargo, habría que tener en cuenta que tal decisión no surtiría efecto directo. Por lo tanto es posible que los Estados miembros tuvieran que tomar ciertas medidas de adaptación de su derecho nacional para aplicar lo dispuesto en la decisión».

la medida en que un delegado nacional puede haber sido habilitado, por ejemplo, para expedir comisiones rogatorias, suministrar información con el fin de agilizar una comisión rogatoria o practicar diligencias de prueba en su territorio nacional en tanto que miembro nacional de Eurojust.

Debe señalarse, en fin, que Eurojust no hará desaparecer a otras iniciativas en marcha como la Red Judicial Europea ni absorberá necesariamente en su estructura a los puntos de contacto nacionales en la Red. Respecto de Europol, Eurojust no ejercerá por el momento ningún tipo de control de legalidad sobre sus actos, actuando coordinadamente en lo referente al suministro de información.

II. LA COOPERACIÓN REFORZADA EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

A) INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, el Tratado de Amsterdam introduce en el seno de la Unión Europea la posibilidad de avanzar en la senda de una integración más rápida y más profunda entre aquellos Estados con capacidad y voluntad de actuar coordinadamente. La juridificación en el marco convencional de la Unión de las iniciativas de integración diferenciada fue un primer e importante paso en orden a contener y regular un proceso que, de todas formas, estaba siendo anunciado como inevitable dentro o fuera del marco normativo e institucional de la Unión³².

El Título VII del TUE adopta, en este sentido, una suma de cautelas en orden a limitar la tan temida Europa a la Carta, reconduciendo las propuestas de cooperación reforzada a un marco dotado de numerosas condiciones generales horizontales sumamente rígidas aplicables a cualquier iniciativa. Además, las limitaciones de carácter procedimental previstas específicamente para los supuestos de cooperación en el primer y tercer pilar convirtieron a los artículos 40 TUE y 11 TCE en disposiciones retóricas de muy difícil materialización.

³² Vid, en relación a la cooperación reforzada en Amsterdam insistiendo en la juridificación como factor novedoso de una cooperación que, por otra parte, ya contaba con numerosas iniciativas al margen de los tratados, a MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «La reforma Institucional y la cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam». *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Madrid 1998, pp. 133 y ss.

El tratado de Niza, a partir del impulso de Alemania, Italia, Bélgica y España, ha apostado por un reforzamiento de los procesos de cooperación reforzada. No es ajena a esta serie de propuestas la convicción de que «en una Unión que puede llegar a tener 28 miembros, será indispensable que los Estados miembros que deseen progresar por la senda de la integración puedan hacerlo respetando plenamente el marco institucional común y la normativa vigente. Debe permitirse que estos Estados miembros formen una vanguardia abierta y funcional que sirva a los intereses del proceso de integración y no oponga obstáculo alguno a la participación futura de otros Estados miembros»³³. Agotado el modelo de integración económica y sin metas políticas claras, parece razonable pensar que en una Europa ampliada quepan impulsos que permitan avanzar en diferentes direcciones en función de intereses de grupos homogéneos de Estados. En este sentido, no han faltado advertencias sobre el riesgo de fragmentación de la Unión con la consiguiente imposición de puntos de vista de los unos sobre los otros en lugar de alcanzar un espacio común de progreso de la organización³⁴. Sin embargo, pretender mantener modelos futuros de uniformidad en lo político en una Europa ampliada más heterogénea supone apostar por el bloqueo de la Unión. La lógica del Tratado de Niza apunta en una dirección realista y posibilista al flexibilizar el sistema perfeñado en Amsterdam tal y como se demuestra en la apertura de la cooperación reforzada al segundo pilar, además de modificar las condiciones y el procedimiento de tal cooperación en lo referente al denominado espacio de libertad, seguridad y justicia. Y ello sin excluir a las instituciones de la Unión que, como veremos a continuación, pasan a ocupar un lugar mucho más relevante en la gestión del proceso de cooperación.

B) NUEVAS CONDICIONES GENERALES PARA LA COOPERACIÓN
REFORZADA. LA REFORMA DEL TÍTULO VII DEL TUE

Los artículos 43 y 44 del tratado de Amsterdam establecen un marco general en el que deberán inscribirse las iniciativas de cooperación refor-

³³ Cfr. C.I.G. 2000; Cooperación reforzada, Documento de síntesis de la posición de Alemania e Italia. *CONFER 4783/00* de 4 de octubre de 2000.

³⁴ Vid en este sentido, por ejemplo, a DASTIS, A.: «De la Unión Europea a la Europa de las Naciones: flexibilidad y cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam». *Reflexiones en torno al tratado de Amsterdam y el futuro de la Unión Europea*. Comares, Granada 2000, pp. 201-225.

zada iniciadas en el marco institucional único previsto en los tratados. Las habilitaciones específicas para entablar relaciones de cooperación en los artículos 40 TUE y 11 TCE deben cumplir las previsiones y postulados genéricos del título VII.

La regulación transversal así establecida pretende, ante todo, marcar el necesario equilibrio entre la necesidad de reconocer la posibilidad de avanzar en ámbitos que podrían quedar fuera de la disciplina convencional y el imprescindible control de tales iniciativas evitando que se desboken y sean utilizadas como instrumento de regresión y no de progreso en la integración³⁵. En el tratado de Amsterdam —artículo 43— los Estados optaron por primar cautelarmente el control sobre las iniciativas de cooperación reforzada tejiendo una serie de condiciones entre las que cabe destacar las siguientes: respeto del marco institucional único y de los principios contenidos en los Tratados y en el acervo comunitario; utilización de la cooperación reforzada como último recurso cuando no se hayan podido alcanzar los objetivos de los tratados por medio de los procedimientos establecidos en los mismos; establecimiento de un mínimo de Estados implicados en la propuesta de cooperación que constituyan una mayoría de Estados miembros y, en fin, respeto de los derechos, competencias y obligaciones de los demás Estados miembros así como una apertura del sistema de cooperación a ulteriores adhesiones.

En el Tratado de Niza se ha optado por una flexibilización de las condiciones comunes a cualquier cooperación. De acuerdo con S. Rodrigues, en el nuevo tratado se han reagrupado los requisitos comunes en torno a los mismos principios básicos preexistentes como son el respeto al marco institucional de la Unión, apertura a todos los Estados miembros en condiciones transparentes y no discriminatorias, absoluto respeto al acervo de la Unión y respeto de los derechos de los Estados no participantes³⁶.

³⁵ Vid. EHLERMAN, C. D.: «Différenciation, Flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam». *Revue du Marché Unique Européenne*, 1997-3, pp. 53-90. La nota de la Presidencia de 30 de agosto de 2000 destaca una serie de orientaciones en este sentido: ante todo, la necesidad de concebir las cooperaciones reforzadas como un factor de integración y no de segregación alertando sobre el posible riesgo que pueden entrañar para la coherencia de las actuaciones de la Unión. Consiguientemente, se insiste en descartar en la práctica el recurso a las cooperaciones reforzadas en determinados ámbitos. Cfr. el Doc *CONFER 4766/00* de 30 de agosto de 2000.

³⁶ Vid. RODRIGUES, S.: «Le traité de Nice et les coopérations renforcées au sein de l'Union Européenne», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 444, 2001, pp. 11-16

Desde la perspectiva de la flexibilización señalada las novedades que aporta el nuevo tratado son las siguientes: en primer lugar, la reconsideración del número mínimo de Estados parte en la cooperación reforzada pasando de exigirse la mayoría de Estados miembros a considerarse que ocho Estados pueden llevar adelante la propuesta de cooperación; y ello con independencia del número de Estados que puedan adherirse a la organización. Consiguientemente, se adopta para el futuro el quórum actualmente vigente³⁷.

En segundo término, la cláusula B denominada de último recurso mantiene una discutida exigencia prevista en el artículo 43-1-c) del TUE a tenor de la cual sólo cabrá una cooperación reforzada cuando ésta sea la única vía para alcanzar los objetivos de los tratados. Ciertamente, semejante previsión suscitó no pocas incertidumbres y críticas. Por una parte mantiene el carácter excepcional de la cooperación reforzada que, en todo caso, se podrá desencadenar una vez que se ha desechado una actuación a quince. Por otra, la cláusula plantea un importante número de dudas tanto respecto de los criterios utilizables para determinar cuando la iniciativa de cooperación reforzada constituye realmente el último recurso como en lo relativo al plazo necesario para que el Consejo adopte la decisión de autorizar la iniciativa³⁸. La nueva cláusula B del tratado de Niza afirma que «sólo podrán iniciarse las cooperaciones reforzadas como último recurso en caso de que haya quedado sentado en el seno del Consejo que los objetivos que se les hayan asignado no pueden alcanzarse en un plazo razonable limitándose a las disposiciones pertinentes de los Tratados». A la luz de la nueva redacción cabe pensar que la referencia al plazo razonable podrá contribuir a satisfacer más fácilmente el test de necesidad previo a la autorización de la cooperación.

Conviene subrayar, en fin, que junto a las disposiciones institucionales

³⁷ Apartado g) de la cláusula A. Establecer un umbral concreto fue una iniciativa italo-alemana en previsión de una futura ampliación. Si se mantuviera el requisito de la mayoría, una propuesta de cooperación reforzada podría llegar a exigir, en una hipotética Unión de 28 Estados, un número manifiestamente desproporcionado de Estados miembros. Vid, el origen de la iniciativa en el Doc. *CONFER 4783/00* de 4 de octubre de 2000. Alternativamente al umbral numérico fijo, fue igualmente propuesto el criterio de un tercio del total de Estados. Vid en este sentido la Nota de la Presidencia dirigida al cónclave Ministerial de la CIG de 5 de octubre de 2000. Doc. *CONFER 4780/00*.

³⁸ Vid en relación a las críticas a la cláusula de último recurso a RODRIGUES, S.: «Le traité de Nize...», *op. cit.* p. 14.

y financieras de las nuevas cláusulas D y E que incorporan las disposiciones del artículo 44 del Tratado de Amsterdam en cuanto a la adopción de actos y decisiones necesarias para la realización de la propuesta de cooperación, la cláusula F denominada de «coherencia de las políticas de la Unión», introduce un nuevo factor de corrección de las propuestas de cooperación dejando en manos del Consejo y de la Comisión la misión de controlar ésta coherencia, especialmente en el ámbito de las acciones de cooperación reforzada en el segundo pilar.

C) CONDICIONES ESPECÍFICAS Y PROCEDIMIENTO DE LA COOPERACIÓN REFORZADA EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA TRAS LA REFORMA DE NIZA

El artículo 40 del Tratado de Amsterdam introduce una habilitación en relación a las iniciativas de cooperación reforzada en el tercer pilar. Esta disposición cumple un doble papel. Por una parte, integra el tratado de Schengen en el marco institucional de la Unión de acuerdo con lo preceptuado en el Protocolo anejo al tratado de Amsterdam, lo que, según T. L. Margue insuflará una nueva vitalidad a la lucha contra el crimen organizado³⁹. Por otra parte, y al margen de este objetivo, el tratado de Amsterdam supuso una arriesgada apuesta por abrir el pilar intergubernamental a la flexibilidad aun sabiendo que sobre él actúan fuerzas centrífugas, pero también centrípetas destructoras. La cooperación reforzada en este contexto evitaría el inmovilismo y el bloqueo de los procesos de cooperación en un pilar en el que la unanimidad es la regla básica. Ciertamente, como subraya el H. Labayle, no dejan de plantearse serias dudas en torno a la virtud de la fórmula de cooperación reforzada en orden a la efectiva consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia común. Y ello en la medida en que una geometría variable en este espacio podría acarrear una ruptura en la igualdad de los ciudadanos de la Unión dependiendo de la pertenencia o no de los Estados a las propuestas de cooperación reforzada⁴⁰. Con todo, introducir el sistema de cooperaciones reforzadas qui-

³⁹ Vid. MARGUE, T. L.: «La coopération européenne en matière de lutte contre la criminalité organisée dans le contexte du traité d'Amsterdam». *Revue du Marché Unique Européen*, 1997-3, p. 738.

⁴⁰ Vid. una valoración de los peligros y potencialidades de la cooperación reforzada en LABAYLE, H.: «Un espace de liberté, de sécurité et de justice». *Revue trimestrielle de droit européenne*, 1997-4, pp. 876-881.

zás fuera el único sistema de evitar que el título VI TUE, una vez comunicada la regulación de visados, asilo e inmigración, se convirtiera en papel mojado, optando los Estados por soluciones externas a la estructura institucional. Pues bien, si el artículo 40 del Tratado de Amsterdam introducía la cooperación reforzada en el título VI con unos contornos limitados y un procedimiento que giraba en torno al Consejo, el Tratado de Niza apuesta claramente por el reconocimiento de un mayor papel de la Comisión en la fase de iniciativa de la propuesta a la par que elimina trabas en el mecanismo de adopción y en la participación de terceros Estados miembros, ajenos en su origen a la iniciativa de cooperación reforzada.

1. *Iniciativa de la propuesta*

Frente a lo establecido en el párrafo primero del artículo 40 que atribuía al Consejo la autorización solicitada por los Estados interesados por mayoría cualificada previo dictamen de la Comisión y del Parlamento, la nueva cláusula O del tratado de Niza atribuye a la Comisión el papel de órgano canalizador de la propuesta estatal. De acuerdo con un criterio de oportunidad, la Comisión posee la facultad de presentar la iniciativa al Consejo. En el supuesto de que no se estime oportuna la presentación de la solicitud de autorización se comunicará a los Estados miembros interesados el motivo del rechazo, pudiendo entonces presentar éstos al Consejo la iniciativa de que se trate. La propuesta deberá tener su origen en, al menos, 8 Estados en coherencia con lo dispuesto en el párrafo segundo de la misma cláusula.

2. *Procedimiento de adopción de la propuesta*

Una vez la iniciativa en manos del Consejo, la concesión de la autorización se realizará por mayoría cualificada a iniciativa de la Comisión o de, al menos, ocho Estados miembros y previa consulta al Parlamento Europeo. El párrafo 2 de la Cláusula O incorpora expresamente el sistema de ponderación de votos en el seno del Consejo de acuerdo con lo establecido en el artículo 205-2 del TCE. El resultado de la propuesta deberá adquirir cualquiera de las formas jurídicas previstas en el artículo 34. Si ya de por sí una iniciativa de cooperación reforzada elimina el

requisito de la unanimidad del Consejo para adoptar posiciones comunes, decisiones-marco o decisiones o proponer la celebración de tratados entre los Estados miembros, el Tratado de Niza suprime el de facto derecho de veto (cláusula de salvaguardia) incluido en el artículo 40-2 del Tratado de Amsterdam. En efecto, como es sabido, de acuerdo con esta disposición y en el caso de que un Estado miembro del Consejo se oponga a la concesión, por mayoría cualificada, de la autorización solicitada por motivos «importantes y explícitos de política nacional», no se procederá a la votación. El Consejo, por mayoría cualificada, podrá pedir que el asunto se remita al Consejo Europeo para que decida al respecto por unanimidad. Constituye esta disposición, como subraya Constantinesco, la introducción oficial de los acuerdos de Luxemburgo en el derecho comunitario originario que, junto a la suma de las condiciones de fondo, provoca una gran desconfianza hacia la posibilidad de articular una propuesta de cooperación⁴¹. Este «furioso recuerdo» de los compromisos de enero de 1966 de grado indeterminado y contenido impreciso⁴², ha sido afortunadamente suavizado en la redacción propuesta del Tratado de Niza. En efecto, el último párrafo del párrafo segundo del artículo 40 del nuevo texto afirma que «cualquier miembro del Consejo podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo. Una vez tratado dicho asunto, el Consejo podrá decidir de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior». Desaparece, por tanto, la referencia a las importantes razones de política nacional a la par que se elimina igualmente la exigencia de la unanimidad en el seno del Consejo Europeo. Ello supone un importante avance respecto de la regulación de Amsterdam en la medida en que con la nueva fórmula la oposición férrea de uno o varios Estados miembros reticentes a la propuesta de cooperación reforzada no será un impedimento insalvable para su autorización final en el seno del Consejo por mayoría cualificada. Con todo, el texto deja algunas incógnitas por resolver pues, por ejemplo, no se señala el momento de ejercer este derecho de evocación afirmado genéricamente. Por otra parte, la opción por el Consejo Europeo como sede en la que dirimir la controversia entre partidarios y contrarios a la iniciativa de cooperación plantea la duda respecto del papel de la presidencia de la Comisión en su defensa del interés comunitario.

⁴¹ Vid. CONSTANTINESCO, V.: «Les clauses de 'cooperation renforcée'. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité». *Revue trimes-trielle de Droit européenne*, 1997-4, pp. 751-767.

⁴² Críticas formuladas por LABAYLE, H.: «Un espace de liberté...», *op. cit.*, p. 880.

3. *Participación de otros Estados miembros*

La cláusula P según la nomenclatura de Niza prevé el procedimiento de incorporación de nuevos Estados miembros a una propuesta de cooperación reforzada ya existente. El sistema no ha sufrido serias variaciones respecto al vigente artículo 40-3. Así, el inicio del procedimiento corresponde en todo caso al Estado miembro interesado que notificará su intención al Consejo y a la Comisión. Esta, en el plazo de tres meses desde la notificación, deberá dictaminar acerca de la incorporación solicitada incluyendo, en su caso, las oportunas recomendaciones relativas «a las disposiciones particulares que pueda considerar necesarias para que el Estado miembro interesado participe en la cooperación de que se trate». Como no podía ser de otra manera en este pilar intergubernamental y a diferencia de lo preceptuado en relación al primer pilar, será el Consejo el que en el plazo de cuatro meses desde la notificación se pronuncie sobre la solicitud. La decisión final se adoptará sin votación, estableciéndose una presunción en favor de la incorporación solicitada salvo que, por mayoría cualificada y en el mismo plazo, se acuerde dejar en suspenso la petición indicando los motivos y señalando un plazo para volverla a estudiar. La cláusula C de carácter general refuerza la apertura de las propuestas de cooperación reforzada con la única condición del respeto de la decisión final ya existente y las decisiones tomadas en ese marco. Con tal fin, «la Comisión y los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada procurarán fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros».

Conviene recordar en relación al procedimiento de participación que, de acuerdo con el último inciso de la denominada cláusula P, el funcionamiento del Consejo se regirá por un mecanismo institucional específico previsto en la cláusula D a tenor del cual «si bien todos los miembros del Consejo podrán participar en las deliberaciones, sólo aquellos que representen a los Estados miembros participantes en dicha cooperación reforzada tomarán parte en la adopción de decisiones. Se entenderá por mayoría cualificada la misma proporción de los votos ponderados y la misma proporción del número de los miembros del Consejo de que se trate que las establecidas en el apartado 2 del artículo 205 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.»

III. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CON TERCEROS ESTADOS Y ORGANIZACIONES EN EL ÁMBITO JAI. REFERENCIAS AL ARTÍCULO 24 EN EL TRATADO DE NIZA

Los artículos 38 y 24 TUE determinan la posible celebración de Convenios con terceros Estados u Organizaciones Internacionales con el fin de «llevar a la práctica» los títulos V y VI del Tratado⁴³. Para ello se establece un mecanismo específico de participación de la Presidencia del Consejo en la negociación del correspondiente tratado y en la manifestación del consentimiento en obligarse también por el Consejo. El Consejo Europeo de Tampere así como la Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio en materia de prevención y control de la delincuencia organizada⁴⁴, hicieron referencia entre sus conclusiones de manera singular a la necesidad de activar el mecanismo convencional con otros sujetos jurídico-internacionales como una de las posibilidades que ofrece el Tratado de Amsterdam para prevenir y controlar eficazmente la delincuencia organizada, con especial referencia a los Estados limítrofes de la Unión y a la OSCE, OCDE, Consejo de Europa y Naciones Unidas.

Pues bien, el artículo 24 del vigente TUE determina la aplicación al título VI de la técnica convencional prevista básicamente para la PESC. Desde el punto de vista de las novedades que aporta el Tratado de Niza en esta cuestión, merece destacarse ante todo la supresión de la unanimidad tanto en la autorización otorgada por el Consejo a la Presidencia para entablar negociaciones como en lo relativo a la celebración misma del acuerdo por parte del Consejo. En el ámbito de JAI esta regla ha sido sustituida en el párrafo 4 del artículo 24 por un régimen en el que la mayoría requerida para la celebración del acuerdo dependerá del contenido material del mismo. Así se señala que «Cuando el acuerdo se refiera a una cuestión en la que se requiera mayoría cualificada para la adopción de decisiones o medidas internas, el Consejo decidirá por mayoría cualifica-

⁴³ Conviene recordar que de acuerdo con la Declaración n.º 4 sobre los artículos 28 y 34 del TUE adoptada en la Conferencia Intergubernamental de 1996 «Las disposiciones de los artículos 24 y 38 del Tratado de la Unión Europea y cualquier acto resultante de las mismas no llevarán implícito ningún traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión Europea».

⁴⁴ Vid. este importante documento en el que se sintetizan las dificultades y se formulan recomendaciones a corto y medio plazo estableciendo prioridades en el *D.O. C 124 de 3 de mayo de 2000*.

da de conformidad con el apartado 3 del artículo 34». La nueva regulación concordará, por tanto, con lo dispuesto en el artículo 300-2º del TCE que mantiene la mayoría cualificada como regla general en la celebración de tratados, salvo exigencia en contrario derivada expresamente del propio articulado del Tratado.

Por otra parte, se mantiene la posible excepción respecto a la obligatoriedad del acuerdo celebrado en esta sede respecto de aquellos Estados que aleguen la necesidad de encauzar el compromiso de la Unión a través de sus propios procedimientos constitucionales, cuestión lógica si se piensa que la Unión no está ejerciendo sus propias competencias materiales al celebrar el tratado. El impulso colectivo en el orden internacional a través de esta vía se verá sumamente aminorado pues so pretexto del cumplimiento de las formalidades internas de por sí largas y pesadas los Estados reticentes demorarán sin límite o incluso excluirán definitivamente su presencia en el tratado. Eso sí, de manera bienintencionada se afirma la posible aplicación provisional del Tratado cuando el Consejo así lo decida respecto de los demás Estados.

Por último debe repararse en la adición de un párrafo 6 al nuevo artículo 24 que pretende afirmar la naturaleza jurídica obligatoria de los tratados celebrados en los ámbitos de PESC y JAI en los siguientes términos «Los acuerdos celebrados con arreglo a las condiciones establecidas en el presente artículo serán vinculantes para las instituciones de la Unión». Redactado el epígrafe en términos similares al artículo 300-7º del TCE, cuenta sin embargo con una notable diferencia que no es otra que la omisión de la obligatoriedad para los Estados miembros prevista en el tratado comunitario y ausente en relación a los tratados de la Unión ex artículos 24 y 38.

A la luz del nuevo texto comentado, resulta sorprendente que en el pilar intergubernamental relativo a los asuntos de justicia e interior se pretenda agilizar la cooperación internacional mediante la eliminación de condiciones rígidas para la celebración de tratados con terceros Estados y Organizaciones, cuando la práctica demuestra un elevado grado de demora en la ratificación de tratados ya existentes entre los Estados miembros, esenciales en la prevención y el control de la delincuencia organizada, hasta el punto de incluirse en la estrategia de la Unión Europea para la prevención de la delincuencia organizada una recomendación de máxima prioridad en orden a comprometer realmente a los Estados miembros a ratificar en «plazos razonables». Sería, pues, conveniente, en la línea de la estrategia ci-

tada, poder llegar a establecer en el seno del Consejo una fórmula de compromiso en orden a fijar plazos y condiciones para alcanzar rápidamente un grado de ratificación suficiente que permita la entrada en vigor de los tratados considerados esenciales para la consecución real de un espacio de libertad, seguridad y justicia⁴⁵.

IV. CONCLUSIÓN

El Tratado de Niza ha dado un pequeño paso, pero sumamente elocuente, en cuanto a la voluntad de la Unión por consolidar el anunciado espacio de libertad, seguridad y justicia. La refundación del tercer pilar en Amsterdam supuso, qué duda cabe, una revolución al determinar nuevos objetivos y comenzar la institucionalización de un ámbito de actuación reservado estrictamente a la voluntad exclusiva de los Estados miembros. Sin embargo no faltaron, lógicamente, lagunas y carencias especialmente en lo tocante a la cooperación judicial en materia penal, espacio crítico de confluencia de los diferentes sistemas jurídicos nacionales.

Con el fin de continuar hacia la consecución del objetivo definido en el artículo 2 del Tratado, especialmente en cuanto la prevención y lucha contra la criminalidad organizada transnacional, amén de la voluntad política nítidamente expresada en los artículo 29 y ss del Tratado, se revela como ineludible la puesta en marcha de instituciones y procedimientos que reforzando la cooperación entre Estados pueda alcanzar en el futuro un espacio común de justicia. En esta línea se inscribe Eurojust, cuyo reconocimiento en el derecho originario juntamente con Europol, le convierte en el instrumento llamado a facilitar en el terreno de los hechos lo que los Estados puedan llegar a acordar en el seno del Consejo en materias tan sensibles como la extradición, la asistencia judicial en materia penal o el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal. De manera singular Eurojust se erige, por su propia composición, en un instrumento operativo cuyas funciones deberán abarcar un amplio espectro de

⁴⁵ Según la recomendación n.º 27 de la citada estrategia: «En caso de que algún convenio no haya sido ratificado para la fecha prevista, deberán informar por escrito al Consejo sobre los motivos de dicho retraso cada seis meses hasta que se haya ratificado el convenio. Si un Estado miembro no ha ratificado el convenio en un plazo razonable por un motivo determinado, el Consejo evaluará la situación con vistas a resolverla».

actuaciones desde la mera transmisión de información a las autoridades judiciales de los Estados miembros hasta funciones de investigación e inicio de procedimientos penales.

Pero el impulso dado en Niza respecto a la progresión en el espacio común de libertad, seguridad y justicia no queda aquí. Frente al inmovilismo de algunos Estados que por omisión pueden llegar a bloquear la adopción de medidas uniformes de cooperación policial y judicial, especialmente en el escenario de una Unión ampliada, se opta por flexibilizar acertadamente el sistema de cooperaciones reforzadas en el seno del tercer pilar.

La cooperación exterior con terceros Estados y Organizaciones recibe, como no podía ser de otra manera, un sustancial respaldo al suprimirse requisitos paralizantes relativos a las mayorías exigidas para su efectiva materialización. La Unión no puede constituirse en un espacio aislado de libertad, seguridad y justicia al margen de su entorno más inmediato, ni permanecer ajena a los acuerdos globales, singularmente en las Naciones Unidas.