

5

La posición del Parlamento Europeo en el espacio de libertad, seguridad y justicia

José Martín y Pérez de Nanclares

1. Introducción: la parlamentarización como seña de identidad del proceso constitucional europeo en materia de interior y justicia

Una de las principales señas de identidad que han caracterizado desde sus inicios el proceso de integración europea ha sido el progresivo refuerzo del elemento democrático de las Comunidades Europeas¹. Así, las sucesivas reformas de los tratados constitutivos han ido incrementando de manera sustancial los poderes del Parlamento Europeo (en adelante PE) hasta llegar en la actualidad a una situación que hace muy difícil seguir sosteniendo sin mayor precisión la existencia de un “déficit democrático” dentro de las Comunidades Europeas. En el fondo, salvando las lógicas diferencias, el PE goza de prerrogativas legislativas (codecisión con el Consejo), de control al ejecutivo comunitario (sobre todo, a la Comisión) y de elaboración del presupuesto (conjuntamente con el Consejo) muy semejantes a las existentes en cualquier Estado democrático occidental.

No puede, empero, decirse lo mismo de la situación en relación con los dos pilares intergubernamentales. Así en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (en lo sucesivo PESC) los Estados miembros siguen siendo los actores principales, de manera que los procedimientos decisarios son (todavía) absolutamente ajenos al método de integración y el PE ha quedado absolutamente relegado; aunque efectivamente, como ha mostrado la doctrina, incluso en este ámbito el PE haya ganado también por la vía de los hechos algunas competencias que van más allá del papel que formalmente le reserva la letra de los tratados constitutivos².

De igual manera, en el ámbito de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (a partir de ahora CPJMP) del tercer pilar la posición del PE

tampoco se corresponde con la que goza en el pilar comunitario ya que sus prerrogativas se limitan en lo básico a la mera consulta. Sin embargo, desde una perspectiva práctica, aunque el PE efectivamente tiene atribuidos menos poderes de los que realmente debería tener encomendados a la luz del principio democrático, al final resultan también bastante más intensos de lo que en ocasiones se cree. Además, no pueden obviarse tampoco dos elementos relevantes. En primer lugar, que el ámbito de actuación de la Unión Europea conocido como espacio de libertad, seguridad y justicia (en adelante ELSJ) no se encuentra tan sólo en este tercer pilar. Los asuntos de interior y justicia han experimentado desde el Tratado de Maastricht un progresivo proceso de comunitarización que ha conducido a que en la actualidad, en realidad, tan sólo la CPJMP quede fuera de la disciplina comunitaria. Todo lo relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (no comunitarias) está ya inserto, desde el Tratado de Ámsterdam, dentro de un título propio del TCE (título IV)³. Así, en este ámbito, aunque con alguna peculiaridad procedural propia, el PE sí goza de una posición institucional propia del método de integración. Y en segundo lugar, aunque todavía no se haya hecho uso de tal posibilidad por falta de la necesaria unanimidad requerida al efecto, el propio TUE prevé desde su redacción originaria un mecanismo de comunitarización de las disposiciones del tercer pilar (pasarela) sin necesidad de reformar los tratados constitutivos, la denominada "pasarela" del artículo 42 TUE. Ambas vías, una real y otra potencial, supone también para el PE una mejora sustancial del proceso decisorio de las cuestiones del ELSJ.

Así las cosas, en este capítulo se tratará de mostrar brevemente las luces y sombras de esta participación del PE en el ámbito del ELSJ. Tanto en la dimensión interna de este espacio, esto es, en la relación entre los Estados miembros que lo componen, como en la dimensión externa, a saber, en las relaciones entre la UE y Estados terceros u otras organizaciones internacionales. A este respecto, dedicaremos particular atención, en primer lugar, a las sombras de "desparlamentarización" que últimamente proyectan algunas nuevas tendencias dentro de esa dimensión interna, por ejemplo, el controvertido Tratado de Prüm, así como en segundo lugar a la menos tratada cuestión de la participación del PE en la dimensión externa del ELSJ, la cual por cierto está cobrando en los últimos tiempos particular relevancia, especialmente tras su actuación a propósito de los vuelos irregulares de la CIA o los datos personales de los viajeros europeos facilitados a las autoridades de EEUU. Para finalizar se ofrecerán también unas sencillas consideraciones finales que se harán eco de los avances que se derivarían

en el supuesto cada vez más improbable de que la Constitución europea entrase en vigor.

2. El papel del Parlamento Europeo en la dimensión interna del ELSJ: las sombras del Tratado de Prüm

El PE en la dimensión interna del ELSJ: actor de primer orden en el primer pilar y actor secundario en el tercer pilar

No cabe duda que la esencia y razón de ser del ELSJ es lograr entre los Estados miembros de la UE (dimensión interna) un espacio común que garantice la libre circulación de personas, a la par que permita adoptar las correlativas medidas de control de fronteras externas, asilo, inmigración o prevención y lucha contra la delincuencia para ofrecer a los ciudadanos de la UE un "alto grado de seguridad" (arts. 2 y 29 TUE y 3d TCE). Así, las medidas necesarias para lograr esta dimensión interna del ELSJ las adopta la UE con procedimientos decisarios bien diferentes según éstas caigan dentro del ámbito de los visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas propio del pilar comunitario (arts. 61 a 69 TCE) o bien encajen dentro del ámbito de la CPJMP propio del tercer pilar (arts. 29 a 42 TUE).

Por tanto, fruto a su vez del diferente grado de integración entre ambos pilares, la participación del PE es también dispar. Dentro del pilar comunitario esta participación es ya muy intensa. Pese a las deficiencias aún existentes, puede considerarse con carácter general que el procedimiento de codecisión (art. 251 TCE) es en la actualidad ya el procedimiento tipo para todo el título IV TCE. No en vano en diciembre de 2004 el Consejo hizo uso de la posibilidad prevista en el artículo 67.2 TCE y adoptó por unanimidad una decisión por la que se considera que el procedimiento del artículo 251 TCE sea el procedimiento utilizado a partir del 1 de enero de 2005 para la adopción de todas las normas del título IV, salvo las relativas a la migración legal prevista en los artículos 63.3 a y 63.4 TCE⁴. En la actualidad el PE ocupa, pues, una posición muy semejante a la existente en el resto de materias del primer pilar.

No puede, sin embargo, decirse lo mismo de la situación de esta institución en el ámbito del tercer pilar. De hecho, o bien queda absolutamente relegada cuando se trata de adoptar posiciones comunes — tarea encomendada únicamente al Consejo— o bien se limita al mero procedimiento de consulta en el caso de la adopción de decisiones,

decisiones marco o convenios (art. 39 en relación al 34.2 TUE), incluso aunque afecte a cuestiones tan relevantes como la euroorden. Ciertamente, el Tratado prevé expresamente la posibilidad de “comunitarizar” parte de esas actuaciones a través de la pasarela del artículo 42 TUE, pero hasta el momento no se ha hecho uso de ella. Y, a la vista del requisito de la unanimidad y de la postura sostenida por algunos Estados —y no sólo por el que casi siempre se tiene en mente al tratar estas cuestiones⁵—, no parece que se vaya a poder hacer en un futuro cercano.

En conclusión, bien podría considerarse que en el ámbito del ELSJ el PE es un actor político de primer orden en el primer pilar y un actor bastante menos relevante en el tercer pilar, dentro del cual podría hablarse de una “desparlamentarización” muy considerable. E incompatible, por cierto, con las más elementales exigencias democráticas.

Nuevos riesgos de “desparlamentarización” del ELSJ en la dimensión interna: el Tratado de Prüm

Con todo, los riesgos de “desparlamentarización” europea en buena parte de las acciones adoptadas en el seno del ELSJ no provienen tan sólo de la débil posición del PE dentro de la CPJMP. Así, pese a la progresiva (e imparable) reconducción de los asuntos de interior y justicia al redil (institucional) comunitario en los términos ya expresados, están surgiendo en los últimos tiempos algunas nuevas iniciativas que, pese a sus aparentemente loables intenciones, plantean de nuevo muy serios interrogantes. Nos referimos particularmente al Tratado de Prüm, firmado en Prüm in der Eifel el pasado 27 de mayo de 2005 y actualmente en proceso de ratificación a través de los parlamentos nacionales afectados. Se trata de un tratado internacional entre Alemania, Francia, España, Austria y los tres Estados del Benelux para la profundización en la cooperación transfronteriza con el objetivo de combatir el terrorismo, la criminalidad y la inmigración ilegal entre esos Estados⁶. Pretende, pues, profundizar en la consecución de objetivos propios del ELSJ ya previstos en los tratados constitutivos, pero bajo un marco jurídico e institucional ajeno al comunitario. En concreto, su objetivo fundamental es lograr un intercambio más eficiente de información entre los Estados afectados para combatir la criminalidad en un espacio sin fronteras interiores. Tal intercambio de información prevé, por ejemplo, elementos tan sensibles como el acceso *on line* a datos de ADN, huellas digitales o matrículas de vehículos, a la par que llegado el caso podría conllevar por ejemplo la prohibición de viaje en casos de acontecimientos deportivos o manifestaciones políticas como las reuniones G-8.

En relación con este tratado internacional es oportuno señalar que no resulta, empero, sencilla su valoración ya que, entre otros aspectos, no ha entrado aún en vigor y se desconoce por completo su efectiva virtualidad práctica. Con todo, en el lado del haber existe un claro objetivo de profundizar en la consecución de determinados aspectos del ELSJ que de momento no ha resultado aún posible alcanzar para la UE a 25. Y lo hace con un claro carácter abierto dejando expedita la adhesión de otros Estados miembros (art. 1.2 y 51), así como previendo una transmisión de información sobre el estado de los avances en la cooperación al Consejo y a la Comisión (art. 1.5). Deja además claro que "dicha cooperación no afectará al derecho de la Unión Europea" (art. 1.2) y las disposiciones de este Tratado "sólo serán aplicables en la medida que sea compatible con el Derecho de la Unión Europea" (art. 47.1). Podría, así, pensarse que en el fondo se pretende avanzar con la intención de que, como ocurrió en el pasado con los Acuerdos de Schengen o el Convenio de Dublín, en el futuro desemboque en el ámbito de la Unión para todos los Estados miembros.

Sin embargo, no puede ocultarse que también plantea algunos reparos de calado. El primero de ellos es, sin duda, la vuelta al modelo Schengen o Dublín de actuación *extra muros* de los tratados constitutivos que se creía haber superado con el Tratado de Ámsterdam. Precisamente en un momento en el que además los propios tratados constitutivos prevén un mecanismo de cooperación reforzada para lograr ese mismo objetivo con al menos ocho Estados miembros y dentro del esquema jurídico-institucional de la Unión Europea (art. 40 y arts. 43 a 45 TUE)⁷. De hecho, no resulta descabellado plantearse si el recurrir al mecanismo del Tratado de Prüm en una materia regulada por el TUE no podría incluso encarnar una violación del principio de lealtad comunitaria del artículo 10 TCE. Un segundo problema de entidad sería el surgimiento de potenciales conflictos entre las actuaciones llevadas a cabo al amparo del tratado y el amplio elenco de actos normativos adoptados ya por la UE en el ámbito del ELSJ. Sin ir más lejos surgen ya dudas de su compatibilidad con la propuesta de decisión marco presentada por la Comisión en octubre de 2005 a propósito del intercambio de información en virtud del principio de disponibilidad⁸; de hecho, el propio Supervisor Europeo de Protección de Datos se ha manifestado de forma muy crítica⁹. Lo mismo podría pensarse respecto al Reglamento comunitario ya aprobado en 2004 por el Consejo en el que se prevé la creación de una red de funcionarios de enlace en materia de inmigración¹⁰, mientras que el Tratado de Prüm prevé la creación de asesores en materia de documentación (art. 20) cuya correspondencia con aquéllos no queda en absoluto clara. Una tercera duda es su contenido material. Una vez más, tras el clima creado por los atentados

del 11S, 11M y otros, parece que en la siempre presente dialéctica *libertad vs. seguridad* esta última prima sobremanera respecto a la primera. El teórico equilibrio que debería haber entre los tres elementos de la *libertad*, la *seguridad* y la *justicia* difícilmente puede merecer tal calificativo para dos de ellos. Prácticamente nada regula el Tratado de Prüm para intensificar la libertad de circulación y además deja al Tribunal de Justicia absolutamente fuera de cualquier tipo de control judicial.

Pero, por último y en cuarto lugar, por lo que más afecta a este trabajo surge el importante escollo relativo al control democrático por parte del PE ya que su puesta en marcha se hace al margen de las instituciones comunitarias, con el añadido riesgo de fragmentación que ello encarna¹¹. Sería, de hecho, un Comité de Ministros el órgano central del Tratado, absolutamente ajeno a todo control o participación conjunta con el PE y con la función de adoptar "las decisiones necesarias en relación con la ejecución y aplicación del presente Tratado" (art. 43.1). Junto a él como órgano de apoyo se prevé la existencia de un grupo de trabajo conjunto también "formado por representantes de las Partes Contratantes" (art. 43.2). En suma, el Tratado de Prüm podría encarnar una potencial fuente de "desparlamentarización" de un área especialmente sensible del ELSJ a la que hay que añadir también una ausencia de control judicial por parte del Tribunal de Justicia. Con todo, este potencial riesgo no cambia la posición reforzada que el PE tiene ya en la parte del ELSJ situada en el primer pilar y la indudable garantía que a la postre representa la previsión contenida en el Tratado de Prüm de que "si en el futuro la UE adoptara normas que puedan afectar al ámbito de aplicación del presente Tratado dejarán de aplicarse en beneficio del derecho de la UE" (art. 47.1).

3. El papel del Parlamento Europeo en la dimensión externa del ELSJ: un actor con creciente protagonismo

La creciente importancia de la dimensión externa del ELSJ

Pese a que la dimensión interna es la principal faceta del ELSJ, con frecuencia se olvida que este espacio tiene también una significativa vertiente externa. De entrada, es obvio que buena parte de las medidas más emblemáticas del ELSJ tienen por definición consecuencias para nacionales de terceros Estados: el "Reglamento Dublín" tiene precisamente como ámbito propio de aplicación a nacionales de terceros Estados que caigan bajo el ámbito de protección de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y

Protocolo de Nueva York de 1967¹²; los reglamentos para establecer los listados de nacionales de los 101 países terceros a los que se requiere visado también centran su contenido en esa dimensión externa¹³; o, por citar un último ejemplo relevante, las medidas de repatriación por inmigración ilegal tienen también por definición una dimensión externa ya que exige un acuerdo internacional con terceros Estados, sean de origen o sean de tránsito.

De hecho, basta leer el contenido de las diez prioridades recogidas en el Programa de La Haya, aprobado por el Consejo Europeo de 4 y 5 de diciembre de 2004, para percatarse que prácticamente todas ellas hacen referencia explícita a la necesidad de completar la dimensión interna con una acción exterior¹⁴. No es de extrañar, pues, que la propia Comisión haya elaborado una estrategia sobre la dimensión exterior del ELSJ que afecta a ámbitos tan variados como los derechos humanos, la migración, asilo y gestión de fronteras, la lucha contra el terrorismo o la delincuencia organizada¹⁵. Mas no pensemos que se trata de una novedad "inventada" ahora por la Comisión. Los propios tratados constitutivos prevén atribución de competencia suficiente para la celebración de acuerdos internacionales con terceros Estados u organizaciones internacionales. Tales convenios pueden ser de carácter obligatorio si se celebran en el marco comunitario (art. 300 TCE) o respecto a los que la UE únicamente puede recomendar su adopción a los Estados miembros cuando nos encontramos en el ámbito del tercer pilar (art. 34.2 TUE). Y no se piense que se trata de una posibilidad más teórica que real. Hasta el momento se han celebrado ya buen número de convenios. Algunos para extender a Noruega, Islandia y Dinamarca ámbitos del ELSJ como la determinación del Estado responsable del estudio de las demandas de asilo¹⁶ o la cooperación civil¹⁷ o incluso la penal¹⁸, así como para regular las relaciones de Islandia y Noruega con el Reino Unido e Irlanda¹⁹. Otros lo son, por ejemplo, con Estados para la readmisión de residentes ilegales²⁰ o para el intercambio de información clasificada²¹. Los hay también con otras organizaciones internacionales, por ejemplo, con el Consejo de Europa para lograr una colaboración entre ambas organizaciones internacionales en materia de racismo y xenofobia²². Mas hay también convenios de importancia política y jurídica de primer orden, como serían por ejemplo los acuerdos celebrados con Estados Unidos en materia de asistencia judicial²³ y extradición²⁴. Por otro lado, no deben infravalorarse las potencialidades de otros instrumentos comunitarios en el marco de las otras políticas comunitarias, como por ejemplo los procesos de ampliación y preadhesión²⁵, los planes de acción de la política europea de vecindad²⁶, la cooperación

regional²⁷, los programas de ayuda exterior²⁸ o la propia política de desarrollo²⁹.

La relevante participación del PE en la dimensión externa del ELSJ

La participación del PE en esta dimensión externa del ELSJ es ciertamente menor de lo que recomendarían los postulados más elementales del principio democrático de la Unión. Ni en la práctica comunitaria (art. 300.3 TCE) ni menos en la extracomunitaria (art. 34.2 TUE) se supera el modesto umbral del procedimiento de consulta. Pero en ocasiones se olvida que el PE tiene en su mano otros instrumentos parlamentarios nada desdeñables. Así, dejando de lado en este trabajo su importante poder de participación en la elaboración del presupuesto comunitario, nos centraremos en dos aspectos básicos: por un lado el control al ejecutivo (a) y, por otro lado, el no menos importante control judicial (b).

a) El control político

En efecto, en el marco de la dimensión externa del ELSJ, el PE ha hecho un inteligente y medido uso de las posibilidades de control político que le brindan los tratados constitutivos. Así, además de las frecuentes preguntas formuladas —también en el marco del tercer pilar— o del uso del debate anual o de los informes de la Presidencia y la Comisión (art. 39. 1 y 2 TUE), no cabe duda que algunas de sus principales resoluciones y recomendaciones tienen una directa incidencia en la opinión pública de los Estados miembros y las reviste de un valor político y mediático de primer orden.

Con todo, a nuestro entender, han sido las comisiones del PE las que mejor han sabido jugar un papel sin parangón. En primer lugar, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, la LIBE, ha llevado a cabo —junto a su homóloga en materia de asuntos exteriores— una tenaz labor de control político a propósito de algunos de los aspectos más delicados de la misma, en especial en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales dentro de un espacio que, pese a su nombre, se ha escorado en exceso del lado de la seguridad. Y, en segundo lugar, no cabe tampoco duda que los trabajos de la Comisión temporal sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de personas (la TDIP)³⁰ ha desplegado unas labores de investigación seria y ponderada cuyos resultados en realidad han puesto en evidencia las “miserias” del resto de instituciones políticas europeas (Comisión y Consejo)

y, sobre todo, el desentendimiento más escandaloso por parte de los Estados. Ello pese a afectar directamente a algunos Estados miembros de la UE y pese a representar una de las más flagrantes violaciones de los derechos humanos en territorio de la Unión vividas en los últimos años.

b) Activación del control judicial

Pero con ser importante el control político no lo es menos el control judicial. Resulta evidente que un elemento irrenunciable del ELSJ es precisamente su dimensión de justicia. Las medidas adoptadas en este ámbito son por definición medidas susceptibles de afectar a derechos fundamentales y de hacerlo además a personas particularmente vulnerables. A este respecto, se olvidan con frecuencia las importantes prerrogativas de que goza el PE; también en la dimensión externa del ELSJ. El PE tiene un relevante *ius standi*, tanto en el control previo de los acuerdos internacionales como en el control (*a posteriori*) de legalidad de actos comunitarios con repercusión exterior.

A propósito del control previo, el PE está legitimado para hacer uso de la potestad prevista en el artículo 300.6 TCE e instar al Tribunal de Justicia a que se pronuncie sobre la compatibilidad con las disposiciones del TCE de cualquier acuerdo internacional que la CE tenga previsto celebrar. Con todo, este control se limita a los acuerdos internacionales celebrados al amparo de bases competenciales recogidas en el primer pilar del ELSJ, ya que en materia de la CPJMP no cabe tal posibilidad; como, por cierto, no caben tampoco otros mecanismos de control judicial ordinario (art. 35 TUE)³¹.

Por otro lado, en la dimensión del control de legalidad, el PE goza de legitimación activa suficiente para instar al Tribunal de Justicia la anulación de cualquier acto comunitario en materia de ELSJ que no revistan la forma de recomendación o dictamen (art. 230 TCE). De hecho, en la práctica el PE ha hecho un fructífero uso de esta posibilidad. Así, por lo que aquí interesa, el PE interpuso por ejemplo sendos recursos de anulación contra el Consejo y la Comisión respectivamente instando la anulación de la Decisión del Consejo relativa a la celebración del acuerdo entre la CE y los EEUU sobre tratamiento y transferencia de datos de pasajeros por compañías aéreas a EEUU³², así como de la Decisión de la Comisión sobre el carácter adecuado de los datos de los pasajeros que se transmiten a EEUU³³. El PE era de la opinión de que los datos que se había acordado facilitar al Departamento de Seguridad Nacional y a la Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras de EEUU a través de la Decisión del Consejo, además de tener una base jurídica inadecuada (el artículo 95 TCE), carecer de motivación suficiente,

violar los principios de proporcionalidad y cooperación leal y violar los requisitos procesales (art. 300.3 TCE), conculcaba el artículo 8 CEDH relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar³⁴. El PE consideró desmesuradas las condiciones exigidas por EEUU, muy por encima de las ya duras exigencias negociadas por ejemplo con Canadá o Australia³⁵. Aparte de que el PE tampoco aceptó el procedimiento de urgencia que impuso el Consejo (art. 300.3 TCE) y empleó todas las argucias a su alcance durante el trámite parlamentario. Por otro lado, consideraba igualmente que la Decisión de la Comisión, además de violar lo previsto en la propia Directiva comunitaria sobre protección de datos³⁶ y los principios de proporcionalidad y legalidad, también vulneraba el ya citado artículo 8 CEDH³⁷.

El Tribunal de Justicia, aunque de forma cauta no entra en el fondo del asunto y por tanto nos priva de conocer un aspecto trascendental del acuerdo internacional en cuestión³⁸, aceptó plenamente el recurso del PE y decidió anular ambas decisiones. Consideró de forma lapidaria que el artículo 95 TCE “no puede constituir la base de la competencia de la Comunidad para celebrar el Acuerdo”³⁹.

Lo más relevante de todo, más allá del contenido jurídico concreto de la sentencia y de sus profundas consecuencias jurídicas⁴⁰, es su dimensión política. A la postre ha visto reforzado notablemente su papel político en la materia⁴¹ y bien puede decirse que adquiere cierta *auctoritas* frente a quienes *de facto* ostentan la *potestas* en la materia⁴². Y en el plano de lo más concreto obligó a que el pasado 30 de septiembre se denunciara el acuerdo en cuestión y se negociase con carácter inmediato uno nuevo que resultase compatible con los tratados constitutivos⁴³ y que regirá de modo transitorio hasta que antes de noviembre de 2007 se celebre uno nuevo con vocación de permanencia⁴⁴. Obtiene, pues, a través de un instrumento judicial unos réditos políticos de primer orden.

4. Conclusiones: a la espera de la Constitución Europea

Más allá de los riesgos que encarna el Tratado de Prüm y de las potencialidades de la dimensión externa del ELSJ; el PE viene a ser rehén de la misma tensión interna que impregna todo el ELSJ. Por un lado, la dialéctica *libertad versus seguridad* tras el 11S —aunque ya antes también— ha sido ganada de manera evidente por el segundo de los elementos, si bien el PE ha perseverado por el mantenimiento de una adecuada protección de los derechos fundamentales. Por otro lado, en la dialéctica *eficiencia versus democracia* tanto la Comisión como, sobre todo, el Consejo se han vuelto a

favor de la primera dejando en ocasiones al PE sólo en su preocupación por el respeto escrupuloso de los postulados democráticos dentro de la UE; también en el ámbito procedural. Y, entre ambos extremos, el PE indirectamente también es víctima de la vieja dialéctica latente al ELSJ entre, por un lado, la *necesidad de intervención comunitaria* por resultar manifiestamente insuficiente la intervención aislada de los Estados miembros y, por otro lado, la *resistencia de los Estados* miembros a perder el control último sobre unas materias que siguen considerando especialmente unidas a la propia esencia del Estado, lo que conlleva una preeminencia del Consejo en detrimento del PE. A pesar de todo ello, creemos que el PE ha sabido hacer uso de las prerrogativas que le brindan los tratados constitutivos para defender en el ámbito del ELSJ sus dimensiones de libertad y justicia, así como de los resortes de control político propios de su legitimidad democrática. Especialmente en el ámbito exterior del ELSJ.

Con todo, no cabe duda que una hipotética —y cada vez más improbable— entrada en vigor del Tratado Constitucional traería consigo importantes avances para la plena realización del ELSJ. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la PESC (art. I- y arts. I-40 y 41) que en el fondo mantiene su identidad intergubernamental propia pese a la formal desaparición de la estructura en pilares, el Tratado Constitucional conlleva la plena comunitarización (formal y material) de toda la CPJMP. Así, todo lo relativo al ELSJ pasa a considerarse una competencia compartida más de la Unión al mismo nivel que el mercado único, el medio ambiente o la PAC (art. I-14.2 j)⁴⁵. Es más, por lo que en este trabajo interesa, el procedimiento decisorio previsto en esta materia es el procedimiento legislativo ordinario —previsto en el artículo I-34.1 y precisado en el artículo III-396— para adoptar leyes y leyes marco europeas, el cual viene a equivaler al actual procedimiento de codecisión (art. 251 TCE). Así, el PE sería elevado por fin en el ámbito del ELSJ a la categoría de plena institución colegisladora junto al Consejo, a la par que la mayoría requerida en éste será la mayoría cualificada y no la unanimidad⁴⁶.

Igualmente, en este mismo orden de refuerzo del PE, éste sería informado de los contenidos y los resultados de la evaluación objetiva que los Estados —en colaboración con la Comisión⁴⁷— realicen de la aplicación por las autoridades de los Estados miembros de las políticas que desarrolle la Unión en materia de espacio de libertad, seguridad y justicia (art. III-260). Lo propio se prevé también respecto del comité permanente que se cree en el seno del Consejo para garantizar dentro de la Unión el fomento y la intensificación de la cooperación operativa en materia de seguridad interior (art. III-261), así como en la evaluación de las actuaciones de Eurojust (art.

III-273.1 *in fine*) y Europol (art. III-276.2 *in fine*). Por último, el refuerzo de la dimensión parlamentaria se ve igualmente reforzada por la posición que en este ámbito —como en todas las demás competencias compartidas— cobran los parlamentos nacionales a la hora de controlar las propuestas legislativas de la Unión a través del nuevo mecanismo de alerta temprana previsto en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Protocolo núm. 2); mecanismo que, por expresa previsión del Tratado Constitucional, también se hace extensivo a las propuestas que en materia de cooperación judicial y policial en materia penal (arts. III-270 a 277 de las secciones 4 y 5 del capítulo IV) provengan de un cuarto de los Estados miembros (art. III-259).

Pero todas estas mejoras de la posición del PE hoy por hoy parecen más deseo que realidad ya que la entrada en vigor del Tratado Constitucional no parece probable que pueda hacerse efectiva en el futuro inmediato. Esperemos, no obstante, que con Constitución o sin ella la mejora de la posición del PE no se demore *ad calendas graecas*.

Notas

¹ Este trabajo se inserta también dentro de otro proyecto de investigación más amplio financiado por el Ministerio de Educación (BJU 2003-08641).

² Véase por ejemplo, A. MAURER, D. KIETZ y C. VÖLKEL, "Interinstitutional Agreements in the CFSP: Parliamentarization through Back Door?", *European Foreign Affairs Review*, 2005, pp. 175-195, especialmente pp. 184-188.

³ *In extenso* sobre esta cuestión véase nuestra monografía: *Inmigración y asilo en la Unión Europea—Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002.

⁴ Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 2004, *DOL* 396 de 31.12.2004, p. 45. Esta Decisión no afecta al Protocolo sobre el artículo 67 TCE, anexo al TCE por el Tratado de Niza (*vid.* considerando quinto de la Decisión).

⁵ En la sesión del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior celebrada en Tampere el 22 de septiembre de 2006, la presidencia sometió a discusión la posibilidad de utilizar la pasarela del artículo 42 y en modo alguno alcanzó la unanimidad necesaria. Tan sólo Francia, Luxemburgo, Bélgica, Países Bajos, Finlandia, Hungría y España parecen claros defensores de su uso. Otros como Alemania, Polonia, Malta, Chipre, la República Checa e Irlanda se muestran claramente en contra. Por último, Austria es partidaria de limitar la pasarela a las cuestiones relativas a la justicia y otros como Portugal e Italia se encuentran en una situación ambigua; véase *Agencia EUROPE* núm. 9271 de 23.9.2006, p. 7.

⁶ Tratado relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. Véase al respecto, T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA y E. GUILD, "Security and the Two-Level Game: The Treaty of Prüm, the EU and the Management of Threats", *CEPS Working Document 234/2006*.

⁷ *In extenso* sobre las potencialidades del mecanismo de cooperación reforzada, véase M. URREA CORRES, *La cooperación reforzada en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002.

⁸ COM (2005) 490 final de 12.10.2005. Esta propuesta se funda básicamente en que la información necesaria para la lucha contra la delincuencia pueda atravesar las fronteras interiores de la UE sin encontrar obstáculos.

⁹ DOC 116 de 17.5.2006, p. 8, en especial apartados 48 y 49

¹⁰ DOL 64 de 2.3.2004, p. 1.

¹¹ Véase D. KIETZ y A. MAURER, "Der Vertrag von Prüm: Vertiefungs- und Fragmentierungstendenzen in der Justiz- und Innenpolitik der EU", *Integration* 2006, pp. 201 y ss.

¹² DOL 50 de 25.2.2003, p. 1.

¹³ DO L 72 de 18.3.1999, modificado por cuarta y última vez en DOL 141 de 4.6.2005.

¹⁴ Sobre la ejecución de este programa hasta la actualidad, así como sobre el camino a seguir, véase COM (2006) 331 final de 28.6.2006.

¹⁵ COM (2005) 491 final de 12.10.2005.

¹⁶ Véanse: Acuerdo entre la CE y el Reino de Dinamarca relativo a los criterios y mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en Dinamarca o cualquier otro Estado miembro de la UE y a Eurodac, DOL 66 de 8.3.2006, p. 38; Protocolo del Acuerdo entre la CE, la República de Islandia y el Reino de Noruega relativo a los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un Estado miembro o en Islandia o Noruega, DOL 57 de 28.2.2006, p. 16; Acuerdo entre la CE y la República de Islandia y el Reino de Noruega relativo a los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un Estado miembro o en Islandia o Noruega, DOL 93 de 3.4.2001, p. 40.

¹⁷ Acuerdo entre la CE y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, DO L 300 de 17.11.2005, p. 55; Acuerdo entre la CE y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, DOL 299 de 16.11.2005, p. 62.

¹⁸ Acuerdo entre la UE y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal, entre los Estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000, y del Protocolo del mismo año, DOL 26 de 29.1.2004, p. 3.

¹⁹ *DOL* 15 de 20.1.200, p. 2.

²⁰ Acuerdo entre la CE y la República Socialista Democrática de Sri Lanka sobre la readmisión de residentes ilegales, *DOL* 124 de 17.5.2005, p. 43; Acuerdo entre la CE y la República de Albania sobre la readmisión de residentes ilegales, *DOL* 124 de 17.5.2005, p. 22; Acuerdo entre la CE y la Región Administrativa Especial de Macao de la República Popular China sobre la readmisión de residentes ilegales, *DOL* 143 de 30.4.2004, p. 99; Acuerdo entre la CE y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales, *DOL* 17 de 24.1.2004, p. 25.

²¹ Acuerdo entre la Antigua República Yugoslava de Macedonia y la UE sobre procedimientos de seguridad para el intercambio de información clasificada, *DOL* 94 de 13.4.2005, p. 39.

²² Acuerdo entre la CE y el Consejo de Europa con el fin de establecer una estrecha cooperación entre el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia y el Consejo de Europa, *DOL* 44 de 18.2.1999, p. 34.

²³ Acuerdo de Asistencia Judicial entre la UE y los Estados Unidos de América, *DOL* 181 de 19.7.2003, p. 34.

²⁴ Acuerdo de Extradición entre la UE y los Estados Unidos de América, *DOL* 181 de 19.7.2003, p. 27.

²⁵ Las negociaciones de ampliación con Turquía y Croacia o el Proceso de Estabilización y Asociación de los Balcanes occidentales incluye entre sus prioridades el ELSJ.

²⁶ Los Planes de Acción con Ucrania, Moldavia, Marruecos, Túnez, Israel, Jordania, la Autoridad Palestina, Líbano, Armenia, Azerbaiyán y Georgia contienen ya elementos propios del ELSJ. Se están negociando otra media docena de planes.

²⁷ También empieza a haber elementos del ELSJ de interés común en organizaciones regionales como la cumbre Asia-Europa, el Proceso Euromediterráneo o, sobre todo, el grupo operativo del Mar Báltico contra la delincuencia organizada.

²⁸ Los programas de ayuda en el marco de las relaciones exteriores (CARDS, TACIS o MEDA) incluyen determinados proyectos en materia de libertad, seguridad y justicia.

²⁹ Así, junto a la reducción de la pobreza, la nueva política comunitaria de cooperación al desarrollo prevista por la Comisión incluye también elementos relevantes para el ELSJ. De hecho, existen pocas dudas de que a largo plazo es el instrumento más eficaz para lograr un flujo migratorio equilibrado.

³⁰ Antes de llegar a la Resolución de 6 de julio de 2006, la Comisión ha ido elaborando toda una serie de documentos de trabajo sobre la cronología de los hechos (PE374.338v01-00), sobre los vuelos propiamente dichos (PE374.340v01-00) o sobre sociedades ligadas a la CIA, aviones utilizados y países europeos donde han hecho escala (PE280.984v02-00) que no dejan mucho espacio para la duda a propósito de los hechos investigados. Por otro lado, desde una perspectiva netamente jurídica, a partir de sus trabajos se han elaborado también por los servicios jurídicos del PE documentos de gran interés doctrinal, por ejemplo a propósito de ciertas cuestiones de Derecho

Internacional en materia de prohibición de la tortura, así como de las reglas de interpretación en vigor en EEUU sobre esta materia (*Research Note* de 10 de abril de 2006, SJ-0273-06).

³¹ Véase, por ejemplo, L.N. GONZÁLEZ ALONSO, "La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, p. 501-545; M. URREA CORRES, "El espacio de libertad, seguridad y justicia y la competencia del TJCE: hacia una jurisdicción flexible", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Núm. 23, 2003, pp. 65-121.

³² Decisión 2004/496/CE del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos, *DOL* 183 de 20.5.2004, p. 83 y corrección de errores en *DOL* 2005, L 255, p. 168.

³³ Decisión 2004/535/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de Aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos, *DOL* 235 de 6.7.2004, p. 11.

³⁴ El párrafo segundo del artículo 8 CEDH establece como posible restricción a este derecho la siguiente previsión: "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

³⁵ En concreto, el PE manifestó su profunda preocupación respecto al acceso sistemático por parte de las autoridades públicas a datos relacionados con la conducta, como el número de tarjeta de crédito, la dirección electrónica, la afiliación a algún grupo particular o la información sobre usuarios regulares de transporte aéreo, de pasajeros "corrientes" (o sea, personas no registradas como peligrosas o delincuentes en el país de llegada) con el fin exclusivo de contrastar únicamente con una pauta teórica si el pasajero en cuestión podría constituir una amenaza "potencial" para el vuelo, para su país de destino o para algún país que tenga previsto atravesar; Recomendación del PE de 7 de septiembre de 2006 destinada al Consejo sobre las negociaciones para un Acuerdo con los Estados Unidos de América sobre la utilización de los datos de los registros de nombres de los pasajeros (PNR) con vistas a prevenir y combatir el terrorismo y la delincuencia internacional, incluida la delincuencia organizada, A6-0252/2006.

³⁶ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *DOL* 281 de 23.11.1995, p. 31.

³⁷ Véanse igualmente las anteriores Resoluciones de 13 de marzo de 2003 (*DOC* 61 de 10.3.2004, p. 381), 9 de octubre de 2003 (*DOC* 81 de 31.3.2004, p. 105) o de 31 de marzo de 2004 (*DOC* 103 de 29.4.2004, p. 665).

³⁸ A propósito del artículo 8 CEDH y también referido a la política de inmigración, véase la muy relevante sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo* (C-540/03, no publicada aún en la Recopilación oficial), apartados 52-53 y 57-59.

³⁹ Sentencia del TJCE de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Parlamento Europeo c. Comisión* (C-317/04 y 318/04, no publicada aún en la Recopilación oficial), apartado 67. En idéntico sentido, Conclusiones del Abogado General Léger de 22 de noviembre de 2005.

⁴⁰ Véase el Dictamen 5/2006 sobre la sentencia del TJCE de 30 de mayo de 2006 sobre la transmisión de los registros de nombres de pasajeros a los Estados Unidos: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2006_en.htm.

⁴¹ Buena prueba de ello es por ejemplo la Recomendación de 7 de septiembre de 2006, *op. cit.*

⁴² Véase por ejemplo, la Recomendación de 1 de septiembre de 2006, A6-0252/2006.

⁴³ El 6 de octubre de 2006 la Comisión anunció formalmente que había llegado a un acuerdo con EEUU que cerraba todo riesgo de vacío jurídico y que estará provisionalmente en vigor hasta finales de julio de 2007. Con ello se logra un intervalo de tiempo suficiente para negociar un nuevo acuerdo con EEUU que entre en vigor a partir de julio de 2007 con vocación de permanencia y cumpla plenamente con las exigencias jurídicas exigidas por el Derecho Comunitario; *Agencia EUROPE* núm. 9281, de 7.10.2006, p. 6.

⁴⁴ Véase S. SIMITIS, "Übermittlung der Daten von Flugpassagieren in die USA: Dispens vom Datenschutz?", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, pp. 2011-2014.

⁴⁵ Sobre las novedades del Tratado Constitucional en esta materia, véase J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "El nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia en el proyecto de Constitución europea", en: VV.AA. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional—Libro homenaje al profesor J.A. Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 857-877; D. KORNOBIS-ROMANOWSKA, "Developments in the Area of Freedom, Security and Justice Brought by the Constitutional Treaty", en: P. DANN y M. RYNKOWSKY (eds), *The Unity of the European Constitution*, Springer, Berlín, 2006, pp. 235-253; D. THYM, *The Area of Freedom, Security and Justice in the Treaty Establishing a Constitution for Europe*, Walter Hallstein Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Berlín, 2004 (<http://www.rewi.hu-berlin.de>).

⁴⁶ Perviven, no obstante, algunas excepciones en las que se sigue requiriendo la unanimidad del Consejo. Tal es el caso de las medidas relativas del Derecho de familia con repercusiones transfronterizas (art. III-269.3) o las normas que fijen las condiciones y límites con arreglo a los cuales las autoridades competentes de los Estados miembros puedan actuar en el territorio de otro Estado miembro (art. III-277) que en ambos casos requerirán la unanimidad del Consejo y la simple consulta al Parlamento Europeo. También se exige la unanimidad del Consejo para la creación de la Fiscalía Europea, si bien en este caso se requiere también la previa aprobación del Parlamento Europeo y no la simple consulta (art. III-274.1).

⁴⁷ La Comisión, por su parte, recobraría su papel ordinario de iniciativa legislativa; no obstante para el ámbito de la CPJMP (arts. III-270 a 277) y los reglamentos europeos que garanticen la cooperación administrativa (art. III-263) el Tratado Constitucional permite que un cuarto de los Estados miembros puedan gozar del derecho de presentar iniciativas legislativas (art. III-264 b) lo que, si bien representa un avance respecto al derecho individual de cada Estado existente en la actualidad (art. 34.2 TUE), sigue encarnando una reminiscencia del modelo intergubernamental poco acorde con la búsqueda del interés común en esta área e incluso con el capital principio comunitario del equilibrio institucional.