

NOTA DE TRANSMISIÓN

del: Praesidium

a la: Convención

Asunto: **Justicia y Asuntos de interior - Inventario y problemática general**

Introducción

1. Bajo el epígrafe "Justicia y Asuntos de interior" (JAI) se agrupan muchos y diferentes temas, que afectan sobre todo a tres elementos fundamentales articulados en el concepto "de espacio de libertad, seguridad y justicia" consagrados por el Tratado de Amsterdam:
 - la seguridad en su dimensión tanto interna como externa (terrorismo, delincuencia, tráfico de drogas, trata de seres humanos, inmigración clandestina),
 - la justicia tanto civil como penal,
 - y la libertad, que se refleja en medidas concretas como las relativas a la libre circulación de personas o al asilo. La libertad es también un principio fundamental que afecta a todas las actividades en materia de JAI, a través de los derechos humanos, que han sido confirmados por la Carta de los derechos fundamentales.
2. Aunque la expresión "espacio judicial europeo" remonta a finales de los años 70, este concepto se desarrolla con el Tratado de Maastricht y la creación del llamado tercer pilar, que hace referencia a un funcionamiento institucional específico asimilado, por lo general, a la cooperación intergubernamental. El tercer pilar se rige por normas diferentes de las del primero, la política comunitaria, y las del segundo, relativo a la política exterior y de seguridad común. Por ejemplo, el Parlamento Europeo sólo dispone de derecho de consulta simple.

3. El Tratado de Amsterdam supuso una nueva etapa, al transferir al primer pilar (y, por consiguiente, comunitarizar) los ámbitos de la inmigración y el asilo, el control de las fronteras exteriores e interiores, la política de visados y la cooperación judicial en materia civil. Además, se introdujeron en el tercer pilar, nuevos instrumentos jurídicos, como la decisión y la decisión marco. Por último, Amsterdam introdujo en el Tratado, mediante un protocolo anexo, el acervo del Convenio de Schengen, desarrollado a partir de 1985, y que ha permitido la supresión de los controles en las fronteras entre algunos Estados miembros a partir de 1995, a los que se han unido otros posteriormente. Gran Bretaña e Irlanda disponen de la posibilidad de participación ("opting in"). Dinamarca dispone de un régimen especial.
4. El Consejo Europeo reunido en Tampere en octubre de 1999 adoptó un ambicioso programa en materia de libertad, justicia y seguridad (se presentaron aproximadamente 50 temas o recomendaciones). De esta forma, los Jefes de Estado y de Gobierno deseaban dar un fuerte impulso político a este ámbito prioritario.
5. El tema JAI está muy presente en la declaración de Laeken: "el ciudadano [...] muchas veces ha dado a entender que desea un papel más importante de la Unión en asuntos de justicia y seguridad, de lucha contra la delincuencia transfronteriza, control de los flujos migratorios, de acogida a los solicitantes de asilo y a los refugiados provenientes de zonas de conflicto periféricas" y "¿deseamos adoptar un enfoque más integrado en lo que se refiere a la cooperación policial y en materia penal?".
6. Es un tema que también se mencionó bastante a lo largo de las primeras sesiones del Convenio ("¿qué espera de Europa?", 21 y 22 de marzo y ¿qué cometidos para Europa?" 15 y 16 de abril). Algunos miembros de la Convención se ocuparon esencialmente de este tema en su intervención preliminar o lo han mencionado bastante en el epígrafe de los cometidos de Europa.
7. Por último, los datos del Eurobarómetro de abril de 2002 confirman y precisan las expectativas de los ciudadanos europeos sobre este tema. La lucha contra la delincuencia organizada y el tráfico de drogas figura en tercer lugar de prioridad (detrás de la paz y la seguridad y de la lucha contra el paro) y recibe el apoyo de aproximadamente 9 de cada 10 europeos. Si una muy amplia mayoría de las personas consultadas se declara a favor de que las decisiones se adopten a nivel de la Unión por lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo (85%), el tráfico de seres humanos (80%), la lucha contra la delincuencia organizada (72%), y la lucha contra la droga (71%), los resultados son más igualados cuando se trata de la política de inmigración y de asilo. Son minoría las personas consultadas que se pronuncian a favor de que las decisiones se adopten a nivel europeo en el ámbito de la justicia (58% de opiniones negativas) y en el de la policía (63%).

8. La presente nota tiene por objeto establecer un balance de las cooperaciones y acciones llevadas a cabo en el ámbito JAI, determinar una serie de problemas que podrían ser objeto de reflexión ulterior y, finalmente, presentar algunos temas que, a título de ejemplo, podrían contribuir a centrar el ejercicio de reflexión.

I. Descripción.

9. Los temas incluidos en el ámbito JAI siguen hoy en día dos tipos de procedimiento:

a) el ámbito comunitario (Título IV del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, TCE, artículos 61 a 69) para las cuestiones relativas a los visados, asilo, inmigración y demás políticas vinculadas al libre circulación de personas, en particular la cooperación judicial en el ámbito civil. El objetivo es establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia (artículo 61). A tal efecto, el Consejo adopta medidas relativas:

- a los controles en las fronteras interiores y exteriores, la lista de los países terceros sujetos a visado, los procedimientos y condiciones de expedición de los visados y las condiciones de circulación de nacionales de países terceros durante un máximo de 3 meses (artículo 62),
- al asilo, en particular, los criterios y mecanismos de determinación del asilo, las normas mínimas por las que se regula la acogida de los solicitantes de asilo y las condiciones mínimas que deben cumplir los nacionales de países terceros para obtener el estatuto de refugiado, así como la política de inmigración y de lucha contra la inmigración clandestina (artículo 63 y protocolo anexo al Tratado CE sobre el derecho de asilo para los nacionales de los Estados miembros),
- la cooperación judicial en materia civil en ámbitos con repercusiones transfronterizas, entre otras cosas la simplificación de las notificaciones transfronterizas, la cooperación en la obtención de pruebas, la eliminación de los obstáculos para el buen desarrollo de los procedimientos civiles (artículo 65),
- la intensificación de la cooperación administrativa entre Estados miembros así como entre los servicios de los Estados miembros y los de la Comisión (artículo 66).

Sobre todos estos asuntos, el TCE establece competencias compartidas: la competencia de los Estados miembros se mantiene mientras la Comunidad no ejerza las suyas. Aparte de esto, en determinados ámbitos, los Estados miembros conservan la posibilidad de mantener o de introducir medidas complementarias siempre y cuando sean compatibles con las del Tratado (artículo 63). También se precisa que el Tratado no afecta al ejercicio de las responsabilidades de los Estados miembros en materia de orden público y de seguridad interior (artículo 64).

Dentro del Título IV, como excepción a la norma habitual, la Comisión y los Estados miembros comparten el derecho de iniciativa. Se consulta al Parlamento Europeo. El procedimiento legislativo es complejo. La unanimidad es la norma excepto para una parte de la legislación en materia de visados. A partir del 1 de mayo de 2004, la Comisión asumirá la exclusividad del derecho de iniciativa. A partir de esa fecha también será posible adoptar decisiones por mayoría cualificada (y aplicar los procedimientos de codecisión del PE) a reserva, sin embargo, de que los Estados miembros acepten previamente el procedimiento por unanimidad. Además de toda esta complejidad jurídica, está el derecho de participación ("opting in") concedido a Gran Bretaña e Irlanda así como el régimen especial para Dinamarca.

El Tratado de Niza, cuya ratificación no ha concluido todavía, prevé el paso a la mayoría cualificada en los ámbitos de la cooperación civil (excluidos los aspectos relacionados con el derecho de la familia) y del asilo. Por lo que se refiere a este último, las normas comunes y los principios esenciales deben definirse previamente por unanimidad.

b) el ámbito, denominado del tercer pilar, que figura en el Tratado de la Unión Europea, TUE (título VI del TUE, artículos 29 a 45) para la cooperación policial y judicial en materia penal siempre que no esté ya incluida en el ámbito comunitario. El objetivo de la Unión es garantizar un "alto grado de seguridad " elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial y mediante la prevención contra el racismo y la xenofobia. Este objetivo se logra mediante la prevención de la delincuencia, organizada o no, y luchando contra ella, en particular, el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico de armas, la corrupción y el fraude.

Para ello, el Tratado prevé una cooperación más estrecha entre las fuerzas de policía y otras autoridades, directamente o a través de Europol (artículos 30, 31, 32), y entre autoridades judiciales, e incluso abre la vía para la aprobación de normas mínimas sobre los elementos constitutivos de infracciones penales y sobre las sanciones aplicables (artículos 31 y 32). Los Estados miembros se informan y consultan mutuamente en el Consejo (artículo 34).

En este ámbito, la Comisión y los Estados miembros comparten el derecho de iniciativa. Los instrumentos jurídicos de que disponen son:

- la posición común, mediante la cual se establece el enfoque de la Unión sobre una cuestión específica relativa, sobre todo, a las relaciones con interlocutores externos,
- la decisión marco y la decisión, por la que los Estados miembros se comprometen a algo, pero que no carece de efecto directo,
- los convenios, que son adoptados posteriormente según las normas constitucionales de cada Estado miembro.

Estos instrumentos se adoptan por unanimidad, excepto las normas de desarrollo de las decisiones y las cuestiones de procedimiento. El control jurisdiccional del Tribunal de Justicia es limitado (véase más adelante). Existe la posibilidad de traspasar las acciones llevadas a cabo en este ámbito al ámbito comunitario ("comunitarizar") con lo que se podría pasar a la mayoría cualificada (artículo 42). Como ocurre con el primer pilar, las disposiciones del Tratado se entienden sin perjuicio de las responsabilidades de los Estados miembros en materia de orden público y de seguridad interior (artículo 33).

La consulta del Parlamento Europeo es preceptiva (artículo 39). Por último, el protocolo sobre los cometidos de los parlamentos nacionales, anexo a los Tratados, como excepción a las normas habituales, garantiza un plazo de seis semanas entre la fecha de presentación de una propuesta de la Comisión y su examen por parte del Consejo, con el fin de que los parlamentos nacionales puedan expresar sus puntos de vista. Esta disposición afecta también las propuestas legislativas del primer pilar del ámbito JAI.

El Tratado de Niza consagra, en particular, la creación de la unidad europea de cooperación judicial (Eurojust) y define la función de dicha unidad.

II. Balance

10. El balance de los progresos realizados desde Tampere, realizado por el Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001, es bastante moderado. El Consejo Europeo hizo observar que "si bien se han registrado algunos avances, hacen falta nuevos impulsos y orientaciones para recuperar el retraso en algunos ámbitos".
11. Aunque sea un ejercicio excesivamente limitado, las materias tratadas se podrían clasificar en tres ámbitos, establecidos por orden decreciente en función de los progresos realizados:

a) Ámbito judicial

En este ámbito se han realizado estos últimos años verdaderos progresos, en particular, por lo que se refiere al reconocimiento mutuo de resoluciones del ámbito civil (Reglamentos Bruselas I y II), que abren el camino a la circulación de resoluciones y decisiones de la justicia.

En el marco del tercer pilar, los atentados del 11 de septiembre han tenido como efecto directo acelerar la adopción de medidas esenciales como, por ejemplo, la orden de detención europea y la decisión marco relativa a la lucha contra el terrorismo. Esta etapa importante se ha concretado gracias a la intensa presión política ejercida por el Consejo Europeo sobre los foros JAI, en particular, mediante el establecimiento de una fecha límite. Se observa que, a través de estas medidas, se está dibujando paulatinamente una noción de seguridad interior europea, complementaria de la de los Estados miembros individuales.

Todos estos textos recientemente adoptados o en curso de negociación recurren a los instrumentos jurídicos innovadores de la decisión y la decisión marco. No tienen efecto jurídico directo, pero son obligatorios para los Estados miembros. Algunos observan que los medios de recurso disponibles en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de un Estado miembro son bastante limitados (véase más adelante).

Por último, el 6 de marzo pasado se creó una institución innovadora, Eurojust, sin esperar la entrada en vigor del Tratado de Niza, en el que se consagra dicha institución. Se trata de un órgano de coordinación flexible entre magistrados en comisión de servicios (uno por Estado miembro) que se reúne actualmente en Bruselas. Eurojust podrá pedir a un Estado miembro iniciar diligencias. El Estado de que se trate no se verá obligado a iniciar las diligencias, pero deberá motivar su respuesta negativa.

La Comisión ha presentado propuestas, que figuran en un Libro Verde ¹, orientadas hacia la creación de un fiscal europeo, habida cuenta de la diversidad de los sistemas y tradiciones jurídicas. Los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Laeken, invitaron al Consejo a que "examine cuanto antes el Libro Verde" e hicieron un llamamiento "para que se establezca sin demora una red europea destinada a fomentar la formación de los magistrados".

Si bien es cierto que se han realizado progresos en el ámbito judicial, muchos consideran que la cooperación en este ámbito no tiene coherencia en su conjunto: se van añadiendo medidas sin disponer de un esquema global; la repartición entre el primer y el tercer pilar es un elemento añadido de complejidad. Por último, hay quien sostiene que los progresos realizados apenas son perceptibles para el ciudadano.

Los Jefes de Estado y de Gobierno expresaron en Laeken el deseo de que prosigan "los esfuerzos encaminados a salvar las dificultades relacionadas con las diferencias de los sistemas jurídicos, favoreciendo en particular el reconocimiento de las decisiones judiciales tanto en el ámbito civil como penal".

¹ COM(2001) 715

P.M.: Los libros verdes son comunicaciones publicadas por la Comisión sobre un tema político específico. Se trata, sobre todo, de documentos destinados a las partes afectadas - organismos y particulares - a las que se invita a participar en el proceso de consulta y de debate. En algunos casos, constituyen el punto de partida de la posible evolución legislativa ulterior.

b) Cooperación policial

El ámbito de la cooperación policial tuvo unos comienzos prometedores tras la adopción del Tratado de Maastricht. Posteriormente, la integración en los Tratados del Convenio de Schengen supuso un nuevo paso importante. Sin embargo, muchos expertos hacen un balance moderado de sus logros.

Lo mismo ocurre con Europol: aunque dispone de un presupuesto autónomo de 30 millones de euros al año financiados por los Estados miembros, sus 300 funcionarios instalados en La Haya no pueden llevar a cabo directamente investigaciones o participar en investigaciones comunes. Parece ser que las autoridades nacionales les proporcionan información escasa o insuficiente y que tienen dificultades para realizar los análisis que se les piden, lo que no incita a que se recurra a ellos.

En el Consejo JAI del pasado 25 de abril los Ministros del Interior lograron un acuerdo político sobre la participación de Europol en equipos de investigación comunes y sobre la posibilidad de pedir a los Estados miembros que realicen investigaciones de este tipo. No obstante, si no existe acuerdo sobre la simplificación del proceso de modificación del Convenio Europol, la entrada en vigor de este acuerdo, en forma de un protocolo sujeto a ratificación por parte de los Parlamentos nacionales, podría tardar varios años.

La cooperación directa entre servicios de policía de todos los Estados miembros o de algunos de ellos solamente parece funcionar de forma satisfactoria. Cabe señalar asimismo la existencia en la Comisión de la Oficina de lucha contra el fraude (OLAF), que cuenta con aproximadamente 250 funcionarios e interviene en la represión de casos de fraude contra los intereses financieros de la Comunidad.

c) Asilo e inmigración

Desde la integración de ambos temas en el primer pilar, y según lo dispuesto en el artículo 62 del TCE y con arreglo a las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, la Comisión ha presentado al Consejo numerosas propuestas de directiva: estatuto del refugiado, condiciones de estancia, etc. En la mayoría de los casos no han sido adoptadas todavía, aunque se hayan realizado avances en materia de protección temporal y de creación de un fondo europeo para los refugiados. El Consejo Europeo de Laeken manifestó su preocupación por esta situación y reconoció que, por lo que se refiere a los temas de asilo e inmigración, "los avances se han alcanzado menos rápidamente y han resultado menos sustanciales de lo previsto" y expresó el deseo de que se desarrolle "un nuevo enfoque" con el fin de "adoptar [...] cuanto antes una política común en materia de asilo e inmigración".

Muchos observadores creen que estos retrasos se deben a la regla de la unanimidad o consideran que la mayoría de los Estados miembros favorecen sobre todo una armonización, que les permita mantener en vigor su derecho, lo que supone dificultades para lograr compromisos aceptables para todos. Las cargas presupuestarias, de carácter comunitario o nacional, que podrían implicar estos nuevos instrumentos explican también, en opinión de algunos, las reservas de los Estados miembros.

En su reunión del pasado 25 de abril, el Consejo de Ministros de Interior llegó, sin embargo, a un acuerdo político sobre la propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo. Después de su adopción definitiva, los Estados miembros dispondrán de 2 años para aplicarla. A pesar de su carácter general y de las numerosas posibilidades de excepciones o adaptaciones que contiene, supone un paso adelante significativo. En efecto, forma parte del grupo de Directivas cuya rápida adopción había deseado el Consejo Europeo.

Periódicamente se menciona la creación de una policía europea de fronteras. El Consejo Europeo pidió al Consejo y a la Comisión que "definan los mecanismos de cooperación entre los servicios encargados del control de las fronteras exteriores y que estudien las condiciones en que podría crearse un mecanismo o servicios comunes de control de fronteras exteriores". Este tema ha sido objeto de orientaciones y de propuestas preliminares por parte de la Comisión en una comunicación adoptada el 7 de mayo de 2002 ². La Comisión ha propuesto, en particular, crear inicialmente una base común de policía de fronteras y un órgano colegiado europeo de policías de frontera, que a medio plazo llevaría a la creación de un cuerpo europeo de policías de frontera. El próximo 30 de mayo Italia debería publicar una comunicación sobre este tema.

III. Los cinco retos en el ámbito JAI

12. El balance anterior nos lleva a buscar la problemática de conjunto con el fin de facilitar la comprensión de las dificultades que se plantean en el ámbito JAI. Las dificultades que se plantean a continuación no son específicas del ámbito JAI, sino que a menudo se trata de problemas horizontales que tienen especial importancia o incidencia en este ámbito.

² COM(2002) 233 final.

a) Reparto coherente de competencias

En el ámbito penal no existe delimitación precisa entre lo que está incluido en el nivel europeo y lo que debe seguir siendo competencia de los Estados miembros. Los objetivos que figuran en el artículo 29 del Título VI del TUE son generales y pueden ser objeto de diferentes interpretaciones ("el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia...."). A continuación le sigue una enumeración no exhaustiva por materias que incluye la prevención de la delincuencia organizada, el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico de drogas, el tráfico de armas, la corrupción, el fraude. No se precisa que estos fenómenos deben tener carácter europeo o transnacional para que sean objeto de una acción o de medidas comunes.

Cabe recordar asimismo las competencias de la Comunidad y de la Unión para legislar para sancionar la violación de sus propias reglas (por ejemplo, la normativa medioambiental o financiera comunitaria puede prever sanciones penales en caso de infracción).

Como el Tratado no lo precisa y no existe un control jurisdiccional eficaz del reparto de competencias entre el nivel europeo y el nivel nacional, la práctica demuestra que en algunos casos se asciende a nivel europeo una serie de temas, que pueden tener carácter transeuropeo, al constituir una prioridad política para uno o más Estados miembros (véase, por ejemplo, el trato de crímenes sexuales o de carácter pedófilo como consecuencia de los hechos ocurridos en un Estado miembro o la demanda de algunos países en favor del concepto de delito medioambiental). El derecho de cada Estado miembro a presentar propuestas, junto con el carácter rotatorio de las Presidencias, tiene también como efecto complicar la elección de prioridades, que se suceden unas a otras.

Muchos consideran que hay que llegar a un reparto claro y a una concentración de la acción europea: los principales criterios podrían ser la dimensión transnacional de la delincuencia perseguida o sus consecuencias o, incluso, la necesidad de perseguir algunos tipos de delincuencia a escala de la Unión y no solamente a nivel nacional.

b) Instrumentos jurídicos eficaces

La experiencia demuestra que los instrumentos jurídicos del tercer pilar no resultan adecuados ya para llevar a cabo proyectos legislativos ambiciosos, acordes con las conclusiones de Tampere. Este problema se debe, en parte, a su propia concepción: se basan en lo esencial en los instrumentos jurídicos adoptados para el segundo pilar (PESC) en el Tratado de Maastricht y, aunque el Tratado de Amsterdam ha introducido mejoras, no resultan muy adaptados para una función legislativa sostenida.

Cabe señalar que:

- por una parte, el instrumento jurídico del convenio entre los Estados miembros ya no se utiliza, debido a su lentitud y a las incertidumbres en relación con los procedimientos de ratificación (de 4 a 5 años sólo para la fase de ratificación). La pesadez de este instrumento nos lleva también a preguntarnos cuál será la evolución ulterior -muy esperada a nivel político- de los convenios existentes, en particular, el convenio de Europol.
- por otra parte, si bien los últimos progresos se han plasmado sistemáticamente en los nuevos instrumentos de la decisión marco o de la decisión, introducidos por Amsterdam, también son objeto de crítica debido a que no tienen efecto directo.

De esta forma, la orden de detención europea, adoptada en forma de decisión marco a raíz de los atentados del 11 de septiembre, contiene normas de procedimiento muy detalladas basadas en un sistema de reconocimiento mutuo inmediato de las resoluciones judiciales de un Estado miembro en todos los demás Estados, y de esta forma sustituye a los pesados procedimientos de extradición. Se trata de un sistema comparable a los sistemas de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en el ámbito civil. Estos sistemas sólo pueden funcionar de manera eficaz si todas las autoridades judiciales deben aplicar idéntico mecanismo. Por este motivo se optó en el ámbito civil por el Reglamento. Ahora bien, la orden de detención europea sólo podrá ser realmente operativa una vez que los Estados miembros la hayan incorporado, palabra por palabra, en su legislación interna. Cualquier variación podrían dar lugar a denegaciones de reconocimiento mutuo. La ausencia de un mecanismo eficaz de sanción en caso de incumplimiento por un Estado miembro de sus obligaciones, en particular, en caso de no incorporación exacta y a su debido tiempo, también supone una debilidad para el mecanismo. En efecto, sólo otro Estado miembro está habilitado para interponer un recurso ante el Tribunal contra otro Estado, la Comisión no dispone de la posibilidad de recurso por incumplimiento y la experiencia demuestra que no es fácil que un Estado miembro presente un recurso contra otro.

c) Control político y judicial reforzado

El ámbito policial o el de la justicia han sido siempre ámbitos en los que la responsabilidad individual y colectiva debe estar claramente definida y debe asumirse rápida y eficazmente. Cuando ocurren circunstancias adversas, los ciudadanos exigen conocer inmediatamente a quién deben pedir cuentas y quién debe ser objeto de sanción.

Algunos observadores consideran que el actual sistema institucional europeo responde muy imperfectamente a esta exigencia de responsabilidad política, en particular, debido a que las actividades de Europol no están sometidas al control del Parlamento Europeo. Igualmente, la adopción por parte del Consejo de una posición común no requiere la consulta del Parlamento Europeo.

Si se avanzara, aunque fuera de forma limitada y paulatina, hacia el establecimiento de un derecho penal europeo, un posible fiscal europeo, un verdadero régimen común de asilo europeo o una policía europea, la cuestión de la responsabilidad política se plantearía de forma más intensa.

Lo mismo ocurre con el proceso legislativo. Desde el momento en que la práctica parece cada vez más descartar el sistema tradicional de negociación de convenios, la transparencia y la legitimidad del proceso legislativo se convierten en elementos importantes para el buen funcionamiento y la aceptación del sistema. ¿Es posible que el Consejo debata a espaldas del público cuestiones políticamente sensibles como la de un régimen común de derecho de asilo, los poderes y estructuras de una policía europea? ¿Qué función tendría el Parlamento Europeo (hoy se limita a la consulta) en todos estos ámbitos? ¿Qué lugar ocuparían los Parlamentos nacionales?

El control que ejerce actualmente el Tribunal de Justicia en el ámbito JAI es limitado. Los Tratados excluyen toda competencia del Tribunal de Justicia, para todo el tercer pilar, pero también por lo que se refiere a los ámbitos "comunitarizados" en caso de medidas de reestablecimiento del control de las personas en las fronteras interiores y, de manera global, para controlar medidas nacionales de policía u orden público. Las disposiciones del TUE han llevado, por lo que se refiere al procedimiento prejudicial en el tercer pilar, a un régimen de geometría variable extremadamente complejo. Además, este régimen coexiste con diferentes procedimientos establecidos en el marco de convenios anteriores al Tratado de Amsterdam (en particular, el convenio Europol).

No existe protección jurisdiccional alguna en la Unión contra las actividades realizadas por Europol. Existe la posibilidad de introducir recursos a nivel nacional, pero es objeto de controversias y, de todas formas, no está nada clara. Se ha criticado también el hecho de limitar exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia el derecho a presentar una cuestión prejudicial en los ámbitos del asilo y la inmigración y del derecho civil.

Algunos observadores piensan que esta situación plantea problemas para la uniformidad de la interpretación y la aplicación del derecho de la Unión al respecto y perjudica la eficacia del sistema, que ha sido construido sobre la base de la confianza mutua entre Estados miembros.

d) El reto de la simplificación: la cuestión de la cláusula de exclusión voluntaria y del reparto por pilares

El ámbito JAI es, hoy en día, uno de los más complejos por muchos aspectos.

En primer lugar, se caracteriza por un reparto de competencias entre el primer y el tercer pilar, y cuenta con instrumentos jurídicos, normas de procedimiento y funciones institucionales diferentes. Esta situación provoca frecuentes debates jurídicos sobre la delimitación entre

ambos pilares. Obliga al legislador a responder a un único reto político con dos instrumentos jurídicos, con el riesgo de perder así eficacia y coherencia. Entre los ejemplos recientes cabe destacar: el establecimiento de sanciones penales en ámbitos como la inmigración clandestina, la protección de los intereses financieros o el medio ambiente, el desarrollo del Sistema de información de Schengen (SIS), la cooperación aduanera, la cuestión del reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias. Idénticos problemas se plantean también ante la dualidad de los regímenes de los acuerdos internacionales en el ámbito comunitario (artículo 300 del TCE) y del tercer pilar (artículo 38 del TUE).

Además, el ámbito JAI ha dado lugar a varios mecanismos diferentes y muy complejos de participación voluntaria de Gran Bretaña e Irlanda, así como Dinamarca, relativos al Título IV del TCE (inmigración y asilo, cooperación civil) y en el espacio Schengen. Cabe señalar, sin embargo, que, en la práctica, en la mayoría de los casos estos tres países han demostrado su voluntad de asociarse a las iniciativas y políticas europeas.

A esta situación compleja hay que añadir que algunos Estados exteriores, como Noruega e Islandia, y quizás algún día Suiza, participan en el espacio de libre circulación de personas que resulta de la aplicación de Schengen.

La complejidad institucional no sólo se presenta en el ámbito JAI, pero en este ámbito se ha distanciado especialmente de las expectativas de los ciudadanos en materia de visibilidad y de transparencia.

e) El reto de la confianza mutua

La confianza es un elemento esencial de la calidad de la cooperación entre Estados miembros en el ámbito JAI. Sin embargo, a veces resulta difícil consolidarla cuando existen muchos interlocutores. Como demuestra el ejemplo de la cooperación policial, en particular por lo que se refiere a Europol. Por este motivo, los Estados miembros prefieren determinados tipos de cooperación en las que sólo participan algunos de ellos o la cooperación bilateral.

También es necesario tener confianza en el sistema judicial de los demás Estados miembros, incluso en su aspecto penitenciario. Dado que el ámbito judicial no se presta fácilmente a la adopción de criterios cuantitativos, ¿cómo evaluar la eficacia de un sistema judicial? Y, sin embargo, un espacio judicial común se basa en la confianza recíproca. Lo mismo ocurre en el ámbito penitenciario desde el momento en que los Estados miembros podrían verse obligados a extraditar a sus propios nacionales a otros países miembros, en los que deberían cumplir total o parcialmente la pena.

Las condiciones difieren de un Estado a otro, lo que puede provocar que los Estados miembros tengan dudas a la hora de intensificar su cooperación.

En este contexto, la ampliación con la entrada de nuevos Estados a partir de 2004 podría tener importantes repercusiones. Por ejemplo, podría modificar la percepción de la gestión de las fronteras exteriores. En efecto, uno de los principios esenciales de Schengen es que cada Estado miembro sigue siendo responsable del control de su parte de la frontera exterior común. Se realiza una evaluación común. Este mecanismo es aceptable en general siempre que las cargas se repartan más o menos de forma equitativa y que los niveles de desarrollo sean similares. En un espacio mucho más amplio, podría intensificarse la demanda de gestión común. Incluso algunos miembros de la Convención de los países candidatos han presentado en varias ocasiones sugerencias al respecto ³.

IV. Cuestiones o vías que pueden considerarse

Habida cuenta del análisis expuesto, varias cuestiones podrían, entre otras, ser objeto de reflexión ulterior:

- en materia de asilo e inmigración, ¿debe recurrirse a la mayoría cualificada para llevar a cabo los grandes proyectos establecidos en Tampere: un verdadero régimen común de asilo, solidaridad en caso de afluencia masiva, estatuto jurídico y libre circulación de nacionales de países terceros con residencia a largo plazo?
- ¿procede mantener los procedimientos de participación y exclusión voluntaria que existen actualmente? Y, en caso afirmativo, ¿deben mantenerse en su integralidad? ¿Puede establecerse una nueva definición por temas o debe mantenerse la posibilidad que se ejerza libremente en función de cada caso individual, como ocurre actualmente?
- ¿procede mantener la norma de la unanimidad en los ámbitos incluidos actualmente en el tercer pilar actual?
- en el ámbito penal ¿se puede lograr un reparto de competencias más simple y claro que deje al ámbito europeo competencias limitadas, pero definidas con precisión? En caso afirmativo ¿cómo y con arreglo a qué criterios? ¿qué mecanismo se podría utilizar para una posible modificación de este reparto?

³ Véanse, por ejemplo, las intervenciones del Sr. Martikonis y de la Sra. Birzniece a favor de la gestión común de las fronteras en la sesión de los días 15 y 16 de abril.

- ¿no convendría adaptar al régimen general el régimen sobre competencias del Tribunal de Justicia previsto en el artículo 35 del TUE y el artículo 68 del TCE? ¿No convendría también prever la competencia de la Comisión, como guardiana de los Tratados, para todos los temas incluidos en el tercer pilar con el fin de garantizar una incorporación correcta de las medidas adoptadas por los Estados miembros?
- ¿cómo mejorar la eficacia de los instrumentos jurídicos del tercer pilar? ¿Habría que aproximarlos a los del régimen comunitario o adaptarlos a ellos?
- ¿debe mantenerse el reparto entre dos pilares ⁴? ¿Qué ventajas aporta respecto de la complejidad que introduce? En la hipótesis de la integración de los temas incluidos en el tercer pilar en el primer pilar, ¿habría que concebir normas específicas de funcionamiento o podría aplicarse íntegramente el régimen normativo común?
- en el ámbito del derecho civil, ¿debe darse prioridad a la solución de conflictos en el ámbito del derecho de la familia, a pesar de que el Tratado de Niza ha excluido este aspecto de la aplicación del voto por mayoría cualificada?
- ¿cómo se puede reforzar la confianza mutua, en particular, en materia judicial, incluido el ámbito penitenciario? ¿procede avanzar hacia una aproximación de las condiciones materiales entre Estados miembros? ¿Hay que establecer nuevos dispositivos de comprobación, seguimiento, intercambios de mejores prácticas u homologación de las condiciones de encarcelamiento?
- ¿debe plantearse la creación de una verdadera policía europea con competencias en delitos o infracciones que deban ser perseguidos a nivel europeo? De no ser así, ¿puede y debe reforzarse la cooperación en un marco europeo entre policías de los Estados miembros? ¿con arreglo a qué modalidades?
- ¿Eurojust podría ser precursora de un fiscal europeo? ¿qué valor añadido tendría una fiscalía de este tipo? ¿Este fiscal estaría encargado de iniciar y realizar las investigaciones confiadas a una policía europea sobre las infracciones de ámbito europeo ⁵ o procedería prever una cooperación entre el fiscal europeo y los fiscales de los Estados miembros? ¿Si se creara un fiscal europeo, habría que limitar sus competencias, como lo prevén algunos, a la protección

⁴ Cf. p. ej. contribución del Sr. Teufel, que figura en Conv 24/02 y la intervención del Sr. Duff a favor de la supresión del reparto en pilares.

⁵ Cf. por ejemplo las contribuciones del Sr. Barrau, doc. Conv. 30/02, D^a Lena Hjelm Wallén, Conv. 29/02, Sra. Idrac, Conv 44/02.

de los intereses financieros o a la falsificación del Euro? Si no es así, ¿habría que prever una cooperación reforzada entre fiscales nacionales? ¿Mediante el desarrollo de Eurojust o según qué otras modalidades?

- ¿habría que prever también la creación de una jurisdicción penal europea o la creación de una sala de lo penal en el Tribunal de Justicia? En este caso ¿qué competencias debería atribuirse a una jurisdicción de este tipo?
- ¿es necesario y, en caso afirmativo, cómo abordar la cuestión del control de las fronteras comunes? ¿Es necesario, por ejemplo, crear una fuerza europea de fronteras exteriores o reforzar la cooperación entre fuerzas existentes de los Estados miembros?
- en el supuesto de que nos orientáramos hacia la creación de órganos comunes operativos (policía, policía europea de fronteras, fiscal), ¿con arreglo a qué procedimientos deberían funcionar? En este mismo supuesto ¿qué responsabilidad política habría que prever en el ámbito JAI? ¿Conviene mantener la responsabilidad del derecho común de los Tratados o debe preverse otro tipo de responsabilidad?
