

# RÉQUIEM POR LAS DECISIONES MARCO: A PROPÓSITO DE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

F. Jesús Carrera Hernández\*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: UNA NUEVA “PERIPECIA” DE LA DECISIÓN MARCO RELATIVA A LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA. II. CARACTERES GENERALES DEL SISTEMA NORMATIVO DEL TERCER PILAR. III. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS RELATIVOS A LAS DECISIONES MARCO. IV. REFLEXIONES FINALES ANTE LA PREVISIBLE DESAPARICIÓN DE LAS DECISIONES MARCO.

## I. INTRODUCCIÓN: UNA NUEVA “PERIPECIA” DE LA DECISIÓN MARCO RELATIVA A LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA.

El pasado 3 de mayo de 2007, el TJCE dictó sentencia en el asunto *Advocaten* a raíz de una cuestión prejudicial planteada con arreglo al art. 35 UE por el *Arbitragehof (Cour d'arbitrage)* belga<sup>1</sup>. La cuestión prejudicial tenía por objeto la apreciación de validez de la Decisión marco que establece la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros<sup>2</sup>, cuestión suscitada en el marco de

---

\* Profesor titular de Derecho internacional público de la Universidad de Salamanca. Catedrático habilitado.

Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación SA004C05 financiado por la Junta de Castilla y León.

© F. Jesús Carrera Hernández. Todos los derechos reservados.

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (gran sala) de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, as. C-303/05.

<sup>2</sup> Decisión marco 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002, DO L 190 de 18.7.2002, p. 1 (transpuesta al Derecho español mediante Ley Orgánica 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003 de 14 de marzo, complementaria de la orden europea de detención y entrega, BOE de 17 de marzo de 2003). En relación con la misma vid. CEDEÑO HERNÁN, M.: “De la extradición a la “euro-orden”: un cambio necesario”, *iustel.com, RGDE*, nº 5, octubre de 2004. Desde una perspectiva más general vid. LIROLA DELGADO, I.; MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el estatuto de Roma y la orden europea”, *Anuario de Derecho internacional*, 2004, p. 173.

“La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones

un recurso interpuesto con objeto de conseguir la anulación de la ley belga de transposición de la citada decisión marco<sup>3</sup>.

Conviene llamar la atención, en primer término, sobre el extremo que estamos en presencia de una cuestión prejudicial en apreciación de validez suscitada por un Tribunal Constitucional nacional, aunque, tratándose de la *Cour d'arbitrage* belga, esto no es la primera vez que ocurre. Lástima que el planteamiento de la cuestión prejudicial se produjera antes del cambio de nombre que ha recibido formalmente este tribunal<sup>4</sup>. Y digo lástima porque, de haberlo hecho con posterioridad, el asunto habría llegado igualmente al Tribunal de Justicia desde la República Checa; pues el Tribunal Constitucional de este último Estado ya se vio tentado de acudir en prejudicial ante el Tribunal de Justicia, y sólo el hecho de encontrarse *subiudice* el asunto *Advocaten* le hizo cambiar de parecer<sup>5</sup>. Así habríamos tenido la oportunidad de diversificar los escasos orígenes desde los que los Tribunales Constitucionales deciden plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia<sup>6</sup>.

Con independencia de ello, el aspecto que permite destacar la relevancia de esta sentencia se centra precisamente en el hecho de que la norma controvertida haya sido la decisión marco que establece la orden de detención europea, sobretudo porque el Tribunal de Justicia ha declarado su validez.

En su razonamiento, el Tribunal de Justicia ha tenido que enfrentarse a dos grupos de argumentos distintos. Unos centrados en la improcedencia del instrumento jurídico utilizado en la Unión Europea para establecer la orden de detención europea, cuestión que constituye el núcleo central de este trabajo y que será abordada más adelante. Los otros argumentos inútilmente invocados por la asociación recurrente en el litigio principal para conseguir la anulación de la ley nacional de transposición se dirigían a conseguir también la nulidad de la decisión marco, en la medida en que se habría producido una vulneración de los principios de igualdad, no discriminación y de legalidad en materia penal.

En efecto, conforme al art. 2.2 de la decisión marco, hay treinta y dos categorías delictivas que pueden “dar lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención

---

penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad” (art. 1.1 de la decisión marco).

<sup>3</sup> Ley de 19 de diciembre de 2003, *Moniteur belge* de 22 de diciembre de 2003, p. 60075.

<sup>4</sup> «Les extensions de compétences successives et les modifications apportées aux règles de fonctionnement de cette Cour démontrent de manière prégnante que la Cour d'arbitrage n'était pas prédestinée à rester confinée dans le carcan étroit qui lui avait initialement été associé. À juste titre, cette Cour a évolué d'un état d'arbitre des conflits à celui de Cour constitutionnelle à part entière» (Intervention du Premier Ministre Guy Verhofstadt lors de la séance académique Cour d'Arbitrage devient Cour Constitutionnelle, 7, Place Royal, Bruxelles, le 9 mai 2007). Texto en <http://premier.fgov.be/fr/premier/speeches/2007/30308.html>).

<sup>5</sup> FJ 60 de la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa de 3 de mayo de 2006.

<sup>6</sup> En relación con el estado de la cuestión en España, vid. la STC 58/2004 de 19 de abril y el comentario de BAÑO LEÓN, J.M.: “Amparo del TC frente al no planteamiento de cuestión prejudicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, p. 465.

europea... sin control de la doble tipificación de los hechos...”, siempre “que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de una máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor”.

Para *Advocaten*, la exclusión de la doble tipificación, unida a la vaga e imprecisa formulación de las categorías delictivas recogidas en este artículo, sin incluir una definición legal, conduce a la violación del principio de legalidad penal; porque una persona que realiza un determinado comportamiento no tendría certeza acerca de la comisión de un hecho delictivo pudiendo, sin embargo, ser reclamada más tarde mediante una orden de detención europea.

Afortunadamente, el Tribunal de Justicia rechazó este argumento al señalar que la decisión marco controvertida no tiene por objeto armonizar las legislaciones penales de los Estados miembros. El hecho de incluir un listado de categorías delictivas que pueden merecer una orden de detención europea sin control de la doble tipificación no constituye una armonización de “las infracciones penales de que se trata en cuanto a sus elementos constitutivos o las penas correspondientes” (FJ 52). Lo relevante es la tipificación y sanción establecidas por el Estado miembro que ha emitido una orden de detención europea. Por tanto, hay certeza en cuanto al carácter delictivo de una determinada conducta en el momento de su realización y, por tanto, no se produce una vulneración del principio de legalidad penal.

No obstante, para *Advocaten*, al eliminarse el control de la doble tipificación únicamente en relación con determinados delitos, se estaría desconociendo igualmente el principio de igualdad y no discriminación: “el régimen de la decisión marco da pie a una diferencia de trato injustificada entre los justiciables según que los hechos imputados se produzcan en el Estado miembro de ejecución o fuera de dicho Estado. Por consiguiente, estos justiciables son juzgados de forma distinta en cuanto a su privación de libertad, sin que ello esté justificado”.

Sin embargo, con toda lógica, para el Tribunal de Justicia, tampoco se produce la violación de este principio: “en lo que se refiere a la elección de las 32 categorías de infracciones enumeradas en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco, el Consejo consideró legítimamente, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y habida cuenta del elevado grado de confianza y solidaridad entre los Estados miembros, que, bien por su propia naturaleza, bien por la pena aplicable ... las categorías de infracciones en cuestión son infracciones que causan un perjuicio tan grave al orden público y a la seguridad pública que resulta justificado no exigir el control de la doble tipificación” (FJ 57). Por todo ello, el Tribunal de Justicia consideró que la distinción está justificada objetivamente y, por tanto, que la decisión marco no es nula.

El asunto *Advocaten*, no representando la primera dificultad judicial encontrada por la orden de detención europea, constituye el primer pronunciamiento del Tribunal de Justicia acerca de la validez de la decisión marco que ha establecido esta figura. El fallo del Tribunal de Justicia, en contra de lo que ha ocurrido en algunos Estados

miembros, no impide que esta institución siga desplegando plenamente sus funciones en la Unión Europea.

Las verdaderas dificultades encontradas por la decisión marco controvertida han tenido lugar en sede interna, especialmente en Polonia, Alemania y Chipre. Las sentencias de los Tribunales constitucionales polaco y alemán, y del Tribunal Supremo chipriota, contrastan, sin embargo, con la sentencia emitida por el Tribunal checo y con la sentencia comentada del Tribunal de Justicia<sup>7</sup>.

Es evidente que el marco de discusión no ha sido planteado en los mismos términos ante las jurisdicciones internas y ante el Tribunal de Justicia. En la mayoría de los casos, el elemento controvertido ha girado en torno a la prohibición, con mayor o menor extensión, establecida en las Constituciones nacionales en el sentido de no permitir la extradición de sus propios nacionales. Probablemente los fallos recibidos habrían sido distintos de haberse realizado una valoración acerca de la naturaleza jurídica de la orden de detención europea en el sentido de considerarla una figura distinta a la extradición, aspecto sobre el que ha incidido Dámaso Ruíz-Jarabo en las conclusiones que ha presentado al asunto *Advocaten*. En tales circunstancias, las normas de transposición de la decisión sobre la “euro-orden” no habrían sido consideradas inconstitucionales.

El primer tribunal que se ha pronunciado al respecto ha sido el Tribunal Constitucional de Polonia<sup>8</sup>. El art. 55.1 de la Constitución polaca establecía en términos muy tajantes que “the extradition of a polish citizen shall be forbidden”. Ante esta situación, el tribunal declaró la inconstitucionalidad de la norma nacional de transposición de la decisión marco y reconoció la necesidad de reformar la Constitución para que la orden de detención europea pudiera tener plena operatividad en Polonia.

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal consideró también nula la norma nacional de transposición de la Decisión marco<sup>9</sup>. En este caso, Alemania ya había modificado la Constitución para permitir la operatividad de la decisión marco comentada, aunque con limitaciones: “no German may be extradited to a foreign country. The law can provide otherwise for extraditions to a member state of the European Union or to an international court of justice as long as the rule of law is

---

<sup>7</sup> Sobre las sentencias de los TC nacionales vid., en último término, KOMÁREK, J.: “European constitutionalism and the european arrest warrant: in search of the limits of “contrapunctual principles”, *CMLRev*, 2007, p. 9.

<sup>8</sup> Sentencia de 27 de abril de 2005. Texto en inglés en [http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries\\_assets/documents/P\\_1\\_05\\_full\\_GB.pdf](http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf)

<sup>9</sup> Sentencia de 18 de julio de 2005. Texto en inglés en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20050718\\_2bvr223604en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20050718_2bvr223604en.html)

Esta sentencia es consecuencia de la orden de detención europea emitida por el juzgado de instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional española contra un ciudadano sirio/alemán imputado por haber prestado apoyo a la red terrorista de Al-Qaeda.

upheld”. Para el Tribunal Constitucional, la norma nacional de transposición no había respetado los límites establecidos en la Constitución y, por tanto, era nula<sup>10</sup>.

De forma similar, el Tribunal Supremo de Chipre, en sentencia de 7 de noviembre de 2005, consideró inconstitucional la norma nacional de transposición de la decisión marco, en la medida en que la Constitución de este Estado también prohíbe la extradición de los nacionales<sup>11</sup>.

En la República Checa el problema se planteó de forma similar, aunque la norma suprema de este Estado estaba redactada en términos mucho más flexibles, al establecer que “no citizen may be forced to leave his homeland”. El Tribunal Constitucional, en este caso, señaló que “to the extent that there are several interpretations of the Constitution that are possible in accordance with the national interpretive methodology, although only certain of them would result in the Czech Republic fulfilling the obligations it undertook by its membership in the European Union, that interpretation must be selected which supports the fulfillment of those obligations”, y rechazó el recurso<sup>12</sup>.

El asunto resuelto por el Tribunal de Justicia no ha permitido traer a colación globalmente la pugna mantenida ante los tribunales internos en cuanto a la conformidad de las normas de transposición de la decisión marco con los respectivos textos constitucionales. La dialéctica judicial desarrollada en el marco del asunto *Advocaten* ha tenido por objeto con carácter general otros argumentos, aunque algunas de las alegaciones sí muestran coincidencia con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de la República Checa<sup>13</sup>; pero argumentos esgrimidos con pretensiones bloqueadoras mucho más amplias, pues se perseguía finalmente la constatación, por el Tribunal de Justicia, de la nulidad de esta figura. Con el asunto *Advocaten*, por tanto, asistimos a una declaración de plena conformidad de la decisión marco sobre la orden de detención europea realizada por el Tribunal de Justicia. Lo más relevante, desde este punto de vista, ha sido la intervención del Tribunal de Justicia para precisar el sentido de los derechos fundamentales que habían sido alegados para fundamentar la nulidad de la decisión marco. Ello debe evitar la presentación de nuevos recursos en sede

---

<sup>10</sup> En relación con la cuestión de la doble incriminación, el TC alemán señaló lo siguiente: “The partial waiver of the principle of double criminality ... is also a central decision of principle by the legislature, which is, however, predetermined by the framework decision. It can remain undecided whether it is compatible with the required level of fundamental-rights protection not to make a member state’s decision that an act is not punishable the basis of the mechanism of mutual recognition, but instead the decision in favour of punishability. Because as concerns cases with a domestic connecting factor, this in any case is not decisive because the legislature can incorporate the framework decision into national law pursuant to the constitutional guidelines” (p. 21 de la versión publicada en inglés en internet).

<sup>11</sup> Vid. al respecto MITSILEGAS, V.: “The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU”, *CMLRev.*, 2006, p. 1298.

<sup>12</sup> FJ 83 de la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa de 3 de mayo de 2006. Texto en [http://www.test.concourt.cz/angl\\_verze/doc/pl-66-04.html](http://www.test.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-66-04.html)

<sup>13</sup> Este Tribunal tuvo que pronunciarse acerca de la conformidad de la norma nacional de transposición de la decisión marco con el principio de legalidad penal (vid. FJ 97 y ss.).

constitucional interna y reabrir el debate acerca de la conformidad de la decisión marco, o de las normas nacionales de transposición, con los derechos fundamentales en causa en el asunto comentado. En definitiva, al menos desde este punto de vista, el asunto *Advocaten* debe pacificar la aplicación generalizada de la orden de detención europea.

Con independencia de ello, aunque constituye una noticia nada desdeñable en el actual estado de realización del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, esta sentencia, junto a otras aparecidas en los últimos tres años, motivan también una reflexión acerca de la posición de las decisiones marco en el sistema normativo del tercer pilar, cuestión a la que se dedicará este trabajo. Se trata de una reflexión realizada en un momento crucial desde el punto de vista de la desaparición de este instrumento normativo y que conducirá, al menos en un primer momento, a la coexistencia de esta figura con los nuevos instrumentos jurídicos adoptados, bajo la forma de reglamento o directiva, una vez que puedan entrar en vigor el grueso de las consecuencias derivadas del tratado por el que se establece una Constitución para Europa. No vale la pena dedicar una palabra en este momento a los intentos por torpedear el *Tratado de reforma* que se observan a las pocas horas de acordar la convocatoria de una nueva CIG.

Conviene en todo caso, en primer término, recordar los aspectos más relevantes del sistema de fuentes del tercer pilar, y del peculiar sistema de recursos introducido en relación con la cooperación policial y judicial penal, con objeto de hacer una nueva valoración a la luz de las diversas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en los últimos tres años. En último término, por tanto, me detendré en el análisis específico de los problemas jurídicos suscitados ante el Tribunal de Justicia en relación con las Decisiones marco en las sentencias que se irán mencionando a lo largo de este trabajo y, especialmente, en los asuntos *Advocaten*<sup>14</sup> y *María Pupino*<sup>15</sup>.

## II. CARACTERES GENERALES DEL SISTEMA NORMATIVO DEL TERCER PILAR.

### 1. El sistema de fuentes

---

<sup>14</sup> La relevancia de este asunto motivó la publicación de un comentario a raíz de la presentación de las conclusiones por el Abogado General Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer. Vid. al respecto KÜHN, W.M.: “Problemas jurídicos de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, iustel.com, *RGDE*, nº 12, enero de 2007.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005, as. C-105/03, Rec. pág. I-5285. Vid. al respecto, en la literatura en lengua española, SANTOS VARA, J.: “La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las Decisiones marco. El acercamiento de la cooperación policial y judicial en materia penal al primer pilar”, iustel.com, *RGDE*, nº 8, octubre de 2005 y SARMIENTO, D.: “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea: la sentencia *Maria Pupino* y el efecto directo de las Decisiones marco”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 10, 2005. Vid. también FLETCHER, M.: “Extending indirect effect to the third pillar: the significance of *Pupino*?”, *European Law Review*, nº 30, 2005, p. 862.

Aunque cada vez sean menores las incertidumbres que rodean la evolución del sistema de fuentes del tercer pilar tal y como lo conocemos hoy, aún debemos ceñir nuestro análisis al art. 34 UE. En esta disposición se han previsto cuatro instrumentos jurídicos a los efectos de poner en marcha medidas en los ámbitos relativos a la cooperación policial y judicial en materia penal: posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios. Se trata de figuras que presentan una forma y naturaleza jurídica diferenciada en relación con los tradicionales actos de Derecho comunitario derivado, aspectos que, junto a otros extremos, individualizan y caracterizan el tercer pilar de la UE como pilar no comunitario. Sin embargo, el análisis de la instrumentación jurídica prevista para la realización del tercer pilar no es tan simple, y no se reduce a un análisis comparativo de la eficacia jurídica de sus actos jurídicos en relación con los previstos en el pilar comunitario.

En efecto, a pesar de los esfuerzos de simplificación normativa realizados en los últimos años, el tercer pilar se sigue caracterizando por la coexistencia de los instrumentos jurídicos previstos tras el TA, con los diseñados anteriormente para la puesta en marcha de la cooperación JAI. De esta forma, junto a las mencionadas posiciones comunes, decisiones o decisiones marco y convenios, aún seguimos encontrando acciones comunes (las posiciones comunes y los convenios ya existían durante la vigencia de la cooperación JAI), además de otros actos inicialmente no previstos en el propio tratado y que generalmente han revestido la forma de resoluciones o recomendaciones del Consejo, carentes, en principio, de efectos jurídicos. Todo ello sin olvidar el conjunto de instrumentos jurídicos incorporados al tercer pilar como consecuencia de la integración del acervo Schengen en la Unión Europea (básicamente, los propios acuerdos de Schengen y las Decisiones del Consejo Ejecutivo), así como los *actos* dictados en aplicación de los convenios, como ocurre especialmente con el convenio Europol.

Como puede comprenderse la situación dista de la sencillez y la claridad deseables en un ámbito material como el que nos ocupa. No obstante, hay que reconocer que el TA aportó en su momento ciertas dosis de claridad, al menos en lo que se refiere a la precisión de la eficacia jurídica de los nuevos instrumentos jurídicos, principalmente porque cada instrumento jurídico viene acompañado de una definición que pretende clarificar su eficacia jurídica, aunque no en toda su extensión.

Hay que destacar, en todo caso, que el Tribunal de Justicia ha llamado la atención sobre la necesidad de tener en cuenta el contenido de los actos antes que su forma o naturaleza jurídica. Se trata de una línea doctrinal muy conocida en el ámbito comunitario que ahora se extrapola también al tercer pilar, con las consecuencias que ello produce especialmente en el momento de poner en marcha los procedimientos judiciales introducidos para el tercer pilar. Los asuntos *SEGI* y *Gestoras pro amnistía* así lo han puesto de manifiesto, en dos sentencias que tenían por objeto el primero de los instrumentos jurídicos a los que quiero referirme: las posiciones comunes<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Sentencias de 27 de febrero de 2007, C-355/04 P y C-354/04 P. FJ 50 del as. C-355/04 P.

En efecto, dentro del sistema de fuentes del tercer pilar nos encontramos en primer lugar con posiciones comunes, ya conocidas en la etapa anterior al Tratado de Amsterdam. La diferencia fundamental estriba en que se intentó aclarar su eficacia y significado, al ser consideradas instrumentos definidores del enfoque que debe recibir un asunto concreto. No se incluyeron referencias a su carácter obligatorio, limitándose a establecer planteamientos político-operativos de carácter general que requerirán su concreción mediante otros instrumentos<sup>17</sup>. Como ha señalado el Tribunal de Justicia en los asuntos *SEGI* y *Gestoras pro amnistía*, la posición común “no está llamada a producir, por sí misma, efectos jurídicos frente a terceros”, razón por la que no se ha previsto la posibilidad de su anulación, ni la de su interpretación o apreciación de validez a través de las cuestiones prejudiciales (FJ 52).

En segundo lugar, se ha mantenido la figura de los convenios. Su aplicación requiere la ratificación previa de al menos la mitad de los Estados miembros conforme a sus respectivas normas constitucionales (antes del TA se requería la ratificación por todos los Estados miembros), aspecto que facilita su entrada en vigor pero que puede dar lugar, en la práctica, a supuestos específicos de geometría variable, desde el punto de vista de la asunción de diferentes obligaciones por los Estados miembros, al margen de la posibilidad abierta por el mecanismo de cooperación reforzada. Desde el punto de vista de la cooperación policial, el convenio Europol constituye el principal, y casi único, ejemplo de esta tipología de actos jurídicos. El hecho de que su predecesora, la Unidad de Drogas de Europol, fuera creada mediante acción común del Consejo, pone de manifiesto que la decisión sobre la utilización de un convenio como instrumento para la realización de los objetivos del tercer pilar, obedece a consideraciones estrictamente políticas, aunque tendrá consecuencias jurídicas evidentes, al menos en lo que se refiere al ejercicio de competencias del TJCE en relación con estos actos.

Por otro lado, las decisiones marco, que se introdujeron *ex novo* con el Tratado de Ámsterdam, constituyen una nueva tipología de instrumentación jurídica que pueden asimilarse a las ya conocidas Directivas comunitarias. En efecto, el art. 34.2.b) UE las define como obligatorias para los Estados miembros "en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios". Es el instrumento adecuado para llevar a cabo una aproximación de legislaciones en los ámbitos de la cooperación policial, judicial penal y aproximación de legislaciones penales nacionales. Sin embargo, su eficacia se ve mermada y se intenta evitar la aplicación del importante acervo jurisprudencial comunitario existente en relación

---

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, la Posición común relativa a las negociaciones en el seno del Consejo de Europa y de la OCDE en torno a la lucha contra la corrupción (DO L 320 de 21.11.97, p. 1) recoge las posiciones que debían defender los Estados miembros de la Unión Europea en el marco de las negociaciones en el seno de dichas organizaciones internacionales (vid. al respecto mi trabajo “La persecución penal de la corrupción en la Unión Europea”, en *Cooperación jurídica internacional*, BOE, Escuela Diplomática, Madrid, 2001). En el mismo sentido vid. Posición común (1999/235/JAI) del Consejo de 29 de marzo de 1999 relativa a la propuesta de Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, DO L 87 de 31.3.1999, p. 1 y la Posición común (1999/364/JAI) de 27 de mayo de 1999 relativa a las negociaciones del proyecto de convenio sobre delincuencia en el ciberespacio celebradas en el Consejo de Europa, DO L 142 de 5.6.1999, p. 1.

con el efecto directo de las Directivas, en la medida en que se establece que "no tendrán efecto directo"<sup>18</sup>. Afirmación breve y concisa que ya ha provocado un pronunciamiento al respecto por el Tribunal de Justicia como expondré a continuación.

Por último, a modo de "cajón de sastre", se prevé también la posibilidad de adoptar decisiones "con cualquier otro fin coherente con los objetivos del presente título". Estos instrumentos no pueden servir para llevar a cabo una aproximación de legislaciones (para eso está la Decisión marco), son obligatorios pero, igualmente, no tendrán efecto directo, a pesar de que también el TJCE puede ser competente con carácter prejudicial en los mismos términos, y con las mismas consecuencias, que en relación con las Decisiones marco, aspecto que se expone en los siguientes epígrafes.

En definitiva, el tercer pilar se ha caracterizado por la coexistencia de una pluralidad de actos de diferente naturaleza y eficacia jurídica, lo que ha provocado una situación de complejidad jurídica nada aceptable, aunque la simplificación ha sido una de las pautas comunes de actuación en el tercer pilar en los últimos años. Esta complejidad puede agravarse, y habrá que apelar a nuevos esfuerzos de simplificación, en la medida en que el tercer pilar finalmente desaparezca, algo loable especialmente para provocar su plena *comunitarización*, incorporando una "nueva" tipología de instrumentos jurídicos a los ámbitos materiales relativos a la cooperación policial y judicial penal que inevitablemente coexistirán con los instrumentos existentes actualmente. En el caso de las decisiones marco, la *comunitarización* del tercer pilar conducirá a la adopción de directivas, eliminándose los problemas que plantea actualmente esta figura, a los que haré referencia en la segunda parte de este trabajo.

## 2. El "sistema" de recursos.

Uno de los avances más significativos que aportó el TA al tercer pilar se refiere a la atribución de determinadas competencias al Tribunal de Justicia en relación con los instrumentos adoptados en materia de cooperación policial y judicial penal<sup>19</sup>. Como es sabido, hasta el TA la competencia del TJCE no se extendía genéricamente al tercer pilar. Tan sólo se había previsto que los convenios "podrán disponer que el Tribunal de Justicia será competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido" (antiguo art. K.3.2.c). Esta solución fue recogida, por ejemplo, en el convenio

---

<sup>18</sup> Añadido que no existía en Dublín II y que, por tanto, es fruto de las presiones de los Estados (Reino Unido fundamentalmente) contrarios a alterar la naturaleza del tercer pilar (vid. art. K.3.2 TUE del documento *Adaptar la Unión Europea en beneficio de sus pueblos y prepararla para el futuro*, Dublín II, Bruselas 5 de diciembre de 1996, CONF 2500/96).

<sup>19</sup> Como ha señalado GONZÁLEZ ALONSO, el TJCE ve reforzada su posición "no tanto como consecuencia de una voluntad deliberada de mejorarla por parte de los Estados miembros, sino más bien como simple corolario de la constatación de las deficiencias del modelo precedente" ("La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia", *RDCE*, 1998, p. 527).

Europol mediante un Protocolo relativo a la interpretación con carácter prejudicial, por el TJCE, del convenio por el que se establece una Oficina Europea de Policía<sup>20</sup>.

Sin embargo, el artículo 35 UE ha previsto cuatro posibilidades distintas de recursos ante el TJCE, ampliando claramente la competencia del Tribunal de Justicia respecto de la situación anterior. Desde el punto de vista de las Decisiones marco, hay que reconocer las indudables ventajas aportadas por el Tratado de Ámsterdam si comparamos la nula posibilidad de recurrir las antiguas acciones comunes en el marco de la cooperación JAI.

No obstante, el sistema vigente es un “sistema” peculiar, por dos razones:

-Primero, porque su figura central escapa a los caracteres generales de la competencia del Tribunal de Justicia propios del pilar comunitario. El “sistema” de recursos del tercer pilar tiene la peculiaridad de que, si bien tres de los procedimientos introducidos tienen carácter obligatorio, la cuestión prejudicial, sin embargo, se configura como un procedimiento de carácter voluntario, lo que obliga a un acto individual de aceptación de la competencia del Tribunal de Justicia por parte de los Estados miembros.

En efecto, el art. 35 ha previsto una cuestión prejudicial, en interpretación y en apreciación de validez, que podrá ser aceptada por los Estados miembros al firmar el Tratado de Amsterdam o "en cualquier momento posterior". A través de este mecanismo, el TJCE podrá interpretar todos los actos derivados del título VI, salvo las posiciones comunes, y pronunciarse sobre la validez de Decisiones marco, Decisiones y medidas de aplicación de los convenios<sup>21</sup>. Sin embargo, es necesario recordar que el Tribunal de Justicia, en los ya citados asuntos *SEGI* y *Gestoras pro amnistía* ha señalado que lo importante es tener en cuenta el contenido de un acto, y no su forma o naturaleza jurídica, de tal forma que “pueden ser objeto de una decisión prejudicial todos los actos adoptados por el Consejo dirigidos a producir un efecto jurídico frente a terceros” (FJ 53), por lo que “debe poder someterse al control del Tribunal de Justicia una posición común que, por su contenido, tiene un alcance que excede el que atribuye el Tratado UE a este tipo de acto” (FJ 54).

Como puede observarse, el tratado no ha mencionado expresamente las disposiciones del Título VI entre el conjunto de elementos que puedan merecer una interpretación del Tribunal de Justicia en el marco de la cuestión prejudicial. Ahora bien, ello no excluye cualquier pronunciamiento del Tribunal de Justicia al respecto. Al menos indirectamente el Tribunal de Justicia es competente para interpretar las

---

<sup>20</sup> DO C 299 de 9.12.96. El artículo 1 del mismo establece que “el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas será competente, en las condiciones establecidas por el presente Protocolo, para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía”.

<sup>21</sup> Con la reserva de que "el Tribunal de Justicia no será competente para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior" (Art. 35.5 TUE).

disposiciones del tratado, por ejemplo, al pronunciarse sobre la validez e interpretación de actos derivados del título VI, y en los restantes recursos que expondré a continuación.

Este último extremo ha sido confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Advocaten* al señalar que, al poseer competencia prejudicial para interpretar o apreciar la validez, en el caso, de las decisiones marco, ello “implica necesariamente que puede verse obligado a interpretar, incluso sin tener competencia expresa a este efecto, determinadas disposiciones del Derecho primario como el artículo 34 UE, apartado 2, letra b), cuando, como ocurre en el asunto principal, se insta al Tribunal de Justicia a apreciar si la Decisión marco fue adoptada legítimamente sobre la base de esta última disposición” (FJ 18). Con ello rechazó de plano la alegación realizada por el gobierno checo, fundamentada en una interpretación literalista del art. 34 UE absolutamente insostenible<sup>22</sup>.

Desde otro punto de vista, esta cuestión prejudicial queda "descafeinada" en la medida en que, la aceptación de la competencia del TJCE prevista en el art. 35.3 UE, estará dirigida siempre a permitir, pero nunca obligar, que los órganos jurisdiccionales nacionales, cualquiera de ellos o sólo los de última instancia, presenten cuestiones prejudiciales ante el TJCE si "estiman necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo"<sup>23</sup>. Aunque también es cierto que en el Tratado de Amsterdam no se prohíbe que, en virtud del Derecho interno de los Estados miembros, los órganos jurisdiccionales de última instancia resulten obligados a presentar una cuestión prejudicial ante la jurisdicción comunitaria<sup>24</sup>.

Hasta la fecha la competencia prejudicial del TJCE en el tercer pilar ha sido reconocida por España<sup>25</sup>, Bélgica, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Finlandia, Suecia<sup>26</sup>, República Checa<sup>27</sup>, Francia y Hungría<sup>28</sup>. Por

---

<sup>22</sup> El Abogado General RUÍZ JARABO señaló al respecto en sus conclusiones que “todos los poderes de la Unión están vinculados y sometidos a los dictados emanados del “constituyente europeo”, pero al Tribunal de Justicia le incumbe también preservar su integridad y asegurar su efectividad, protegiéndolos de las desviaciones en las que incurran los otros actores comunitarios. El *Arbitragehof* no le pide nada extravagante, sino que, ejerciendo sus atribuciones, valore si una previsión del legislador de la Unión casa con un precepto del Tratado, juicio para el que, con carácter preliminar y de manera insoslayable, ha de interpretar y fijar el alcance de la norma de contraste” (párrafo 34 de las conclusiones presentadas el 12 de septiembre de 2006 en relación con el asunto *Advocaten*).

<sup>23</sup> Todos los Estados miembros, salvo España y Hungría (que lo limitan a los órganos jurisdiccionales de última instancia), que han aceptado la competencia prejudicial del TJCE, lo han hecho en relación con cualquier órgano jurisdiccional.

<sup>24</sup> Vid., en este sentido, la *Declaración sobre el art. 35 del Tratado de la Unión Europea*. Bélgica, Alemania, España, Italia, Luxemburgo, Austria, Países Bajos, Francia y la República Checa han previsto esta posibilidad.

<sup>25</sup> BOE núm. 109 de 7 de mayo de 1999, p. 17.146, DO L 114 de 1.5.1999, p. 56 y DO C 120 de 1.5.1999, p. 24.

<sup>26</sup> DO C 114 de 1.5.1999, p. 56 y DO C 120 de 1.5.1999, p. 24.

<sup>27</sup> DO L 236 de 23.9.2003, p. 980.

tanto, en torno al 50% de los Estados miembros de la UE. De las trece ausencias que se producen hasta la fecha, algunas pueden considerarse, al menos, previsibles, como las de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, dada la posición diferenciada que han obtenido en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia y en la incorporación del acervo Schengen como Derecho de la Unión Europea. Las restantes, correspondientes a diez de los socios incorporados en las dos últimas ampliaciones, quiero y deseo entender que lo que ocurre es que necesitan aún de algún tiempo para digerir buena parte del proceso de integración europea, aunque este entendimiento no es aplicable a todos los Estados.

-En segundo lugar, el conjunto de recursos introducidos en relación con el tercer pilar presenta también singularidades respecto del sistema jurisdiccional comunitario precisamente porque no representa un “sistema” completo de recursos y, por tanto, no es un sistema en el sentido que tradicionalmente se ha acuñado esta expresión para el sistema jurisdiccional comunitario. Puede constatarse que no se ha recogido el procedimiento por incumplimiento, ni el recurso de responsabilidad extra-contractual, además de introducir una cuestión prejudicial cuyas reglas del juego son distintas a la prevista en el pilar comunitario, como ya ha sido apuntado.

En relación con el recurso de responsabilidad extra-contractual, el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de esta laguna en los asuntos *SEGI* y *Gestoras pro amnistía* señalando, simple pero claramente, que sus competencias son menores en el marco del tercer pilar y que “corresponde, en su caso, a los Estados miembros, con arreglo al art. 48 UE, reformar el sistema actualmente en vigor”<sup>29</sup>.

En relación con el recurso por incumplimiento, puede considerarse que el Tratado recoge un sistema sustitutivo a través de las figuras incluidas en el art. 35.7. UE. Se trata de cláusulas de arreglo de controversias entre los Estados miembros<sup>30</sup> y, entre los Estados miembros y la Comisión<sup>31</sup> con las que tal vez se pretendan paliar en parte, sin conseguirlo, los inconvenientes de la inexistencia de un recurso por incumplimiento del Derecho derivado propio del tercer pilar<sup>32</sup>; con la peculiaridad, en el primer caso, de que el litigio no puede llegar al Tribunal de Justicia mientras no se haya buscado y conseguido una solución en el Consejo durante seis meses. Ello, unido a la ausencia de legitimación de la Comisión en el primer caso, aproxima esta categoría de recursos a ciertos procedimientos de arreglo más propios de instancias intergubernamentales.

<sup>28</sup> DO C 318 de 14.12.2005, p. 1 y DO L 327 de 14.12.2005, p. 19.

<sup>29</sup> Sentencias de 27 de febrero de 2007, C-355/04 P y C-354/04 P. FJ 50 del as. C-355/04 P.

<sup>30</sup> En litigios relativos a la interpretación o aplicación de actos adoptados de conformidad con el art. 34.2 UE.

<sup>31</sup> En litigios relativos a la interpretación o aplicación de convenios.

<sup>32</sup> Para VALLE GÁLVEZ, estos recursos “hacen referencia a litigios con un contenido claramente político, y tienen una vocación también de interpretación del Derecho de la Unión en este ámbito, por las prácticas divergentes que pueden surgir entre Estados” (“Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de las CC.EE. tras el Tratado de Amsterdam”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 186, julio de 2000, p. 31).

La cuarta figura, recogida en el art. 35.6 UE, es el recurso de anulación de decisiones marco y decisiones, que podrán presentar la Comisión o cualquier Estado miembro en los plazos, y por los mismos motivos, previstos en el art. 230 CE<sup>33</sup>. Se trata de un complemento importante de los poderes de la Comisión en el ámbito CPJ y una garantía de seguridad jurídica para los Ciudadanos de la Unión Europea<sup>34</sup>.

Es lamentable, sin embargo, pero lógico en un marco de cooperación intergubernamental "venido a menos", que no se haya admitido la legitimación de los particulares<sup>35</sup>; y llamativo que no se reconozca tampoco legitimación al Parlamento Europeo en los mismos términos que lo hace el art. 230 CE. No debe extrañar, por ello, que el TJCE pueda interpretar este precepto en el futuro, como ya hiciera en relación con el art. 230 TCE, reconociendo legitimación activa al Parlamento Europeo en esta nueva categoría de recursos de anulación.

Un problema específico en relación con la competencia del TJCE se refiere al ejercicio de sus atribuciones en relación con el acervo Schengen incorporado en concepto de tercer pilar. *A priori* el Protocolo Schengen parece aportar una solución al respecto al establecer que "el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejercerá las competencias que le otorgan las disposiciones aplicables pertinentes de los Tratados". Sin embargo, el art. 35 UE recoge las diferentes categorías de recursos ya mencionadas diferenciando su alcance por la forma de los instrumentos jurídicos controvertidos. Empero, la incorporación del acervo Schengen no ha supuesto su transformación automática en instrumentos jurídicos concretos de los previstos en el art. 34 UE. Por esta razón, bien pudiera pensarse que el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales en el tercer pilar debiera exigir una precisión previa acerca del acto que, en su caso, vaya a ser examinado por el TJCE. Por ejemplo, si se equipararan las disposiciones del convenio de aplicación a un convenio celebrado entre los Estados

---

<sup>33</sup> Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia ha anulado la Decisión marco relativa a la protección del medio ambiente mediante sentencia de 13 de septiembre de 2005, *Comisión c. Consejo*, as. C-176/03.

<sup>34</sup> De nuevo conviene recordar en relación con el recurso de anulación las sentencias *SEGI* y *Gestoras pro amnistía*, pues "el Tribunal de Justicia sería competente para controlar la legalidad de tales actos" (posiciones comunes formalmente hablando, pero con efectos frente a terceros) "cuando un Estado miembro o la Comisión interpusiera un recurso en las condiciones enunciadas en el artículo 35 UE, apartado 6" (FJ 55).

<sup>35</sup> Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha admitido el acceso de los candidatos en concursos generales o en procedimientos de selección a los recursos de funcionarios ante la jurisdicción comunitaria, sean o no agentes de las Comunidades Europeas. Este razonamiento ha sido emitido en un recurso de anulación presentado por España *ex art. 230 CE* contra una Decisión de Eurojust relativa a la convocatoria para la contratación de agentes temporales de este organismo (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2005, *España c. Eurojust*, as. C-160/03).

Por otro lado, los particulares podrán invocar la nulidad de la norma comunitaria, aunque se declare por definición que no tiene efecto directo, ante la jurisdicción nacional, intentando provocar el planteamiento de una cuestión prejudicial en apreciación de validez por el juez interno. Un ejemplo de invocación de la nulidad de una Decisión marco en sede interna, como fundamento de la nulidad de la ley nacional, lo constituye el asunto *Advocaten*.

miembros *ex art. 34 UE*, el TJCE no tendrá competencia prejudicial en apreciación de validez en relación con sus disposiciones.

Pues bien, en las cinco ocasiones en que el Tribunal de Justicia se ha enfrentado directamente con una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, todas ellas referidas a la interpretación del principio *ne bis in idem*, el Tribunal de Justicia simplemente ha entrado a conocer del caso sin plantearse el problema de forma expresa. Por tanto, asimilando indirectamente el convenio de aplicación a los convenios previstos en el art. 34 UE<sup>36</sup>.

En definitiva, las decisiones marco ocupan un lugar privilegiado en el “sistema” de recursos del tercer pilar, a salvo la imposibilidad de que la Comisión Europea pueda iniciar un procedimiento cuando exista un litigio con los Estados miembros acerca de la interpretación o aplicación de alguna Decisión marco. Las limitaciones existentes derivan exclusivamente de los caracteres propios y específicos atribuidos a este “sistema”.

### III. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS RELATIVOS A LAS DECISIONES MARCO

A partir de esta presentación del sistema de fuentes del tercer pilar, y del sistema de recursos, es preciso profundizar el análisis en el estudio de las decisiones marco. De las consideraciones efectuadas en el epígrafe anterior, debe deducirse el papel central que ocupan en el conjunto instrumental del tercer pilar, en cuanto figura básica para conseguir la armonización de los ámbitos materiales referidos.

Directivas a las que se les ha privado de su nombre habitual (o “remedo de las Directivas”, como las ha tildado RUIZ JARABO)<sup>37</sup> con la clara intención de establecer

---

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003, *Gözütok y K. Brügge*, as. C-187/01 y C-385/01; *Filomeno Mario Miraglia*, C-469/03; s. de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroeck*, as. C-436/04 y sentencias de 28 de septiembre de 2006, *Van Straaten*, as. C-150/05 y *Gasparini*, as. C-467/04.

Además, hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia puede verse obligado a interpretar los actos del tercer pilar, y el propio CAAS, con ocasión de un recurso presentado al amparo del Tratado de la Comunidad Europea. Así ocurrió en el asunto *Comisión c. España*, en el que el Tribunal de Justicia condenó a nuestro Estado por violación del Derecho comunitario al negar la entrada en territorio español a un ciudadano argelino que figuraba en la lista de no admisibles del sistema de información Schengen. El problema de fondo giraba en torno a la incompatibilidad del CAAS, aplicado por España, con la directiva 64/221 (sentencia de 31 de enero de 2006, as. C-503/03. Vid. al respecto el comentario de A. OLESTI RAYO en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2006, p. 989 y ALCOCEBA GALLEGU, A.: “La subordinación del acervo Schengen al de la Unión Europea”, *RGDE*, núm. 10, mayo de 2006 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

<sup>37</sup> Conclusiones en el asunto *Advocaten*, as. C-303/05, párrafo 4.

También se ha señalado que “la decisión marco está, según se define, muy próxima a la directiva y el artículo 34 UE, apartado 2, letra b), debe interpretarse de la misma forma que el artículo 249 CE, párrafo

una nítida diferenciación respecto de la eficacia jurídica que despliegan en el pilar comunitario, las Decisiones marco cumplen las mismas funciones, y merecerían una aplicación estricta y completa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia emanada en relación con las Directivas, de no ser porque expresamente se ha querido excluir la producción de efecto directo. Está claro que los Estados miembros quieren ir muy despacio en la tarea de comunitarizar plenamente el tercer pilar, y la inclusión de este instrumento normativo, con la privación de efectos mencionada, resulta muy ilustrativa.

No obstante, la aplicación del sistema de los tratados a veces conlleva la necesidad de buscar soluciones que pueden poner en cuarentena la intención inicial de sus redactores, so pena de incurrir en contradicciones jurídicas insalvables a través de interpretaciones literales de disposiciones aisladas. Y es que la lectura del título VI del TUE, no deja de plantear múltiples interrogantes al lector, algunos de los cuales se refieren directamente al instrumento comentado. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se han planteado fundamentalmente dos interrogantes en la práctica en relación con esta figura.

### **1. La ausencia de efecto directo.**

Ya me he pronunciado en otro lugar sobre el valor que debe atribuirse a la explícita exclusión del efecto directo de la Decisión marco, provocando una importante traba desde el punto de vista de su alegación ante las autoridades nacionales<sup>38</sup>. En todo caso, siempre he mantenido mis dudas al respecto, manifestándome a favor de una interpretación *contra legem* que tiene casi imposible apoyatura en la letra de los tratados.

Mi postura se ha basado en la difícil aplicación conjunta de la definición de Decisión marco con la aplicación práctica de la cuestión prejudicial prevista en el art. 35 UE. En efecto, el TJCE es competente para "pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de las decisiones marco..."<sup>39</sup>. Esto supone admitir su alegación ante la jurisdicción nacional y, eventualmente, un posterior conocimiento por parte de la jurisdicción comunitaria y, por tanto, contradecir su ausencia de efecto directo. La pregunta que siempre me he planteado es si esto no es una forma indirecta de reconocer, a pesar de todo, que esas decisiones marco sí van a poder generar derechos para los particulares que los jueces puedan hacer valer en su favor<sup>40</sup>. Y puse como ejemplo la Decisión marco por la que se establece el estatuto de la víctima en el proceso penal, pues

---

tercero, en la medida en que coincida el contenido de ambas disposiciones" (conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott en el asunto *Maria Pupino*, párrafo 34).

<sup>38</sup> CARRERA HERNÁNDEZ, F.J.: "La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad, de seguridad y de justicia", *BEUR*, nº 2, febrero 1998, p. 12. Vid. también *Cooperación policial en la Unión Europea, acervo Schengen y Europol*, Colex, Madrid, 2003, específicamente el capítulo 2.

<sup>39</sup> Art. 35.1. UE.

<sup>40</sup> Para MARTÍNEZ LAGE, sin embargo, la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial debe limitarse exclusivamente a los casos de colisión con una norma nacional ("El Tratado de Amsterdam: algunos aspectos jurídicos", *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, *Boletín*, nº. 124, junio 1997, p. 3).

consideraba que resulta suficientemente ilustrativa: una norma que tiene que ser “transpuesta” en Derecho interno y que, al igual que en el caso de las Directivas, puede generar situaciones de incumplimiento por parte de los Estados miembros ¿se va a negar a las víctimas la invocación de la Decisión marco en procedimientos nacionales por la referencia incluida en el art. 34 UE a la ausencia de efecto directo?<sup>41</sup>.

El asunto *María Pupino* ha venido a responder en parte a mis interrogantes. Como se recordará, en este caso nos encontrábamos ante un procedimiento penal iniciado en Italia contra una maestra de parvulario acusada de haber causado lesiones a alumnos menores de cinco años. Durante el procedimiento se discutió si los menores de edad que han sido víctimas de malos tratos deben o no prestar declaración según unas formas que les garanticen un nivel adecuado de protección. El problema de fondo giraba en torno al contenido de la norma italiana (que limitaba la adopción de garantías en el sentido apuntado a los delitos sexuales) y su compatibilidad con la decisión marco relativa al estatuto de la víctima en los procesos penales. No es de extrañar, por tanto, que cuando el asunto llegara al Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial, éste tuviera que pronunciarse en primer término sobre su competencia, pues el juez italiano le estaba cuestionando acerca de la interpretación de varios preceptos de la decisión marco mencionada, traída a colación por el propio juez italiano como consecuencia de la disputa originada en el procedimiento principal entre el fiscal y la acusada.

¿Qué podía hacer el Tribunal de Justicia en un caso como *María Pupino*? El efecto útil de la decisión marco nos avoca a plantear la aplicación de la doctrina del efecto directo de las directivas. Sin embargo, chocamos con el tenor literal del art. 34 UE que impide tal eventualidad, tal y como recordó el gobierno francés en sus alegaciones. No cabía otra solución que recurrir a principios sólidamente establecidos en el plano comunitario, si bien elaborados en relación con un instrumento jurídico “distinto”, como las directivas. Por tanto, el Tribunal de Justicia debía de utilizar un principio que tiene plena operatividad, aunque no sólo, en los casos en que una directiva no tiene efecto directo: me refiero al principio de la interpretación del Derecho nacional conforme a las prescripciones de la directiva; en el caso, de la decisión marco.

En tres afirmaciones, el Tribunal de Justicia aclaró la aplicación de la mencionada doctrina en relación con las decisiones marco:

-primero, justificando dicha aplicación, para lo cual recurre a la necesidad de buscar el efecto útil de la norma: “dicha competencia se vería privada de la esencia de su efecto

---

<sup>41</sup> Decisión marco (2001/220JAI) del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, DO L 82 de 22.3.2001, p. 1.

Para LIROLA DELGADO la ausencia de efecto directo implica derivar la cuestión planteada hacia el mecanismo de la responsabilidad extracontractual, en el caso de que algún Estado miembro hubiera incumplido una Decisión marco (“El ciudadano europeo ante la cooperación policial y judicial en materia penal”, en OLESTI RAYO, A. (Coord.): *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Amsterdam*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 224).

útil si los particulares no tuvieran derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros” (FJ 38). Por tanto, “el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco adoptadas en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea”.

- Segundo, determinando el grado de implicación del juez nacional para la solución del caso concreto, de tal manera que, al aplicar el Derecho nacional, “el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco y de esta forma atenerse al art. 34 UE, apartado 2, letra b)” (FJ 43) (...)

- Tercero, fijando los límites del juez nacional al aplicar este principio: “la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una decisión marco en la interpretación de las correspondientes normas de su Derecho nacional cesa cuando éste no puede ser objeto de una aplicación que lleve a un resultado compatible con el que pretende alcanzar dicha decisión marco. En otros términos, el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Sin embargo, dicho principio requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la decisión marco” (FJ 47).

Es la solución primera a la que podía recurrir el Tribunal de Justicia. Ello supone aplicar una parte de la doctrina elaborada para las directivas comunitarias a las decisiones marco, lo que niega la absoluta separación, en términos de eficacia, entre ambos instrumentos jurídicos. Claro que, de no ser posible tal interpretación del Derecho nacional conforme a la directiva, de poco servirá la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia respecto de las disposiciones de la decisión marco en causa ¿podrá el juez nacional inaplicar el Derecho interno incompatible con la decisión marco porque ésta no tiene efecto directo? Conviene no olvidar que la redacción dada a la definición de decisión marco en el TUE persigue también el objetivo de eliminar parcialmente las consecuencias de la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho interno.

Lo que no cabe duda es que, con el asunto *Pupino*, de nuevo asistimos a un supuesto de efecto indirecto, no de una directiva sino, en este caso, de una decisión marco. Como ha señalado Araceli MANGAS en relación con la obligación de interpretación del Derecho nacional conforme a las directivas “por esta vía se está aproximando, cada vez más, al reconocimiento indirecto del efecto horizontal, aunque sin admitirlo, impelido por el carácter obligatorio de las directivas y por su primacía sobre el Derecho nacional en contradicción con sus disposiciones”<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 5ª ed., Madrid, 2005, p. 416.

En todo caso, conviene tener en cuenta que el Tribunal de Justicia ha evitado toda referencia explícita al hecho de que el art. 34 UE niegue el efecto directo de las decisiones marco ¿nos deparará alguna sorpresa antes de que este instrumento jurídico sea eliminado del ordenamiento jurídico de la Unión Europea? Tal vez no haya tiempo, aunque, vista la actitud de gobiernos como el francés o el italiano en el asunto comentado, el Tribunal de Justicia tiene difícil un nuevo embarque hacia posiciones pretorianas propias de sentencias de antaño (sin negar el valor del asunto *Pupino*).

Lo que ocurre es que este planteamiento, cuyos objetivos son bien comprensibles, niega la propia evidencia de los principios más elementales del Derecho internacional público. Aunque nos situemos en el polo más intergubernamentalista, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica del tercer pilar, algo que quedó desmentido desde la reforma de Ámsterdam, está claro que una norma internacional prima sobre el Derecho interno, y sus disposiciones podrán ser directamente aplicables si cumplen los requisitos establecidos a tal efecto. Luego, no cabe otro planteamiento coherente. Pero claro, la Decisión marco no es una norma directamente aplicable, porque requiere transposición en Derecho interno, y no tiene efecto directo porque se lo ha negado el poder constituyente de la Unión Europea.

La sentencia dictada en el asunto *Pupino* tiene una consecuencia clara: constituye el primer acercamiento jurisprudencial de las decisiones marco a las directivas, negando la radical separación que han pretendido buena parte de los Estados al definir esta fuente del tercer pilar. Cabe esperar que, en segundo término, el Tribunal de Justicia, en otros casos que puedan plantearse en el futuro, termine aplicando la doctrina de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho comunitario también en este ámbito, cuando no sea posible conciliar la norma interna con la norma contenida en la decisión marco mediante el criterio hermenéutico<sup>43</sup>.

De cualquier forma, este planteamiento, que en muchos casos permite dar una solución, más formal que material, a los particulares en caso de incumplimiento de una decisión marco, hace un flaco favor al proceso de integración europea. Lo verdaderamente relevante es afirmar, sin limitaciones la eficacia directa de las decisiones marco. Todo ello resulta suficientemente ilustrativo de la necesidad de que el Tratado de reforma llegue a buen puerto, aunque perdamos oportunidades de abrir este tipo de debates jurídicos.

Pero lo cierto es que rozamos el absurdo cuando observamos que un determinado contenido puede regularse, bien a través de una decisión marco, bien a través de un convenio. Sin entrar ahora en la cuestión relativa a la elección de la forma jurídica del acto, lo cierto es que la discrecionalidad de la que goza el Consejo en este sentido tiene una trascendencia práctica indudable. En el asunto *Pupino*, si la decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal se hubiera regulado mediante convenio, el Tribunal de Justicia no habría tenido necesidad de haber recurrido a la doctrina de la interpretación del derecho interno conforme al contenido de la directiva

---

<sup>43</sup> En el mismo sentido *vid.*, por ejemplo, SANTOS VARA, J.: *loc.cit.*, p. 19.

(decisión marco). Simplemente, habría procedido a interpretar la norma comunitaria sin ningún tipo de discusión al respecto, como ha ocurrido en los asuntos antes mencionados en los que se plantearon cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del art. 54 del convenio de aplicación del acuerdo de Schengen. No quiero con ello llamar la atención sobre la conveniencia de elegir los convenios sobre las decisiones marco, pues la práctica ha demostrado las dificultades que han encontrado los primeros para entrar en vigor. Simplemente quiero destacar, una vez más, lo absurdo de la situación generada.

## **2. La opción por las decisiones marco en cuanto instrumento de armonización**

En el asunto *Advocaten*, los principales argumentos esgrimidos por esta asociación para apoyar su pretensión de anulación de la ley nacional relativa a la transposición en Bélgica de la decisión marco relativa a la orden europea de detención y entrega se dirigían a atacar la validez de esta decisión marco. Para la demandante, la decisión marco no es válida porque la materia abordada debía haberse regulado mediante convenio y no mediante una decisión marco. Las decisiones marco sólo pueden adoptarse para la “aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”, algo que no ocurría en este caso, según su opinión. Para *Advocaten voor de Wereld VZW*, el Consejo sólo está habilitado para adoptar decisiones marco con el fin de aproximar gradualmente las normas de Derecho penal únicamente en los casos contemplados en los artículos 29 párrafo segundo, tercer guión, y 31.1.e) TUE.

Su posición la consideraba reforzada desde el momento que la decisión marco ha venido a sustituir al Derecho convencional aplicable en materia de extradición en las relaciones entre los Estados miembros; “sólo un acto de la misma naturaleza, concretamente un convenio en el sentido del artículo 34 UE, apartado 2, letra d), puede excluir válidamente la aplicación del Derecho convencional en vigor”.

Este planteamiento condujo al *Arbitrahehof* belga a plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en los siguientes términos: “la Decisión marco, ¿es compatible con el artículo 34, apartado 2, letra b), del Tratado UE, según el cual las decisiones marco sólo pueden adoptarse para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros?”

Teniendo en cuenta la posición mantenida por *Advocaten* el Tribunal de Justicia tenía ante sí un doble problema jurídico: por un lado, la pertinencia de la utilización de la decisión marco como instrumento para introducir la orden europea de detención y entrega; por otro lado, su utilización teniendo en cuenta que la extradición, sustituida entre los Estados miembros mediante la “euro-orden”, había sido regulada anteriormente mediante acuerdos internacionales.

### ***A) La decisión marco en cuanto instrumento de armonización.***

Si tenemos en cuenta las consideraciones efectuadas en los epígrafes anteriores sobre el sistema de fuentes del tercer pilar, hay que admitir que la aproximación de legislaciones en los ámbitos materiales previstos en el mismo puede producirse a través de dos instrumentos: la decisión marco, expresamente prevista como instrumento básico de armonización; y los convenios, caracterizados por su flexibilidad material, ofreciéndonos un amplio abanico de posibles utilizaciones prácticas, como la práctica nos ha demostrado desde hace varios años; porque los convenios han sido utilizados tanto para poner en marcha un sistema de asistencia judicial en materia penal, como para aproximar las legislaciones penales de los Estados miembros en delitos de corrupción. En sentido contrario, por tanto, la aproximación de legislaciones no debe llevarse a cabo a través de posiciones comunes, dado el enfoque que debe presidir su adopción; ni a través de decisiones, pues deben ser utilizadas para “cualquier otro fin coherentes con los objetivos del presente título”.

Ahora bien: ¿cuándo acudir a decisiones marco y cuándo acudir a convenios?

Desde un punto de vista práctico, la opción acerca de la utilización de uno u otro instrumento jurídico puede depender de las mayores o menores dificultades encontradas para adoptar una decisión en el Consejo de la mayor aceptación. Quiero decir con ello que, aunque sea necesaria la unanimidad, en cualquier caso, tanto para la aprobación de decisiones marco o convenios, estos últimos únicamente vincularán a los Estados miembros que los hayan aceptado, si bien se requiere catorce Estados para su entrada en vigor. Pero es un argumento que puede permitir la adopción de un acto normativo de estas características cuando un determinado número de Estados miembros no está dispuesto a aplicar un determinado contenido. Claro que, como argumento contrario a su utilización, hay que tener en cuenta que la armonización realizada a través de un convenio no sería siempre completa; no habría garantías de que se aplicara en todos los Estados miembros, si esa fuere la razón por la que se decidiera optar por la adopción de un convenio. La propia práctica ha demostrado las dificultades que han encontrado los convenios para entrar en vigor, al menos cuando se ha requerido la ratificación por todos los Estados miembros.

De todas formas, en el asunto *Advocaten*, la demandante planteó el problema en otros términos: la decisión marco, por su contenido, únicamente puede utilizarse para armonizar las legislaciones penales de los Estados miembros en cuanto a el establecimiento de “normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas” (art. 31.1.e) TUE). Por tanto, en su opinión, únicamente cabía el recurso al convenio.

Es evidente que este planteamiento nacía viciado desde su propia formulación. El Tratado de la Unión Europea ha previsto una acción en común sobre cooperación judicial en materia penal que trasciende la elaboración progresiva de un Derecho penal común en Europa. Así se lo ha hecho saber el Tribunal de Justicia a la demandante.

Para el Tribunal de Justicia la base jurídica de la decisión marco controvertida se encuentra en el art. 31.1. a) y b) y no en la letra e) de esta misma disposición. Luego, cabe utilizar una decisión marco para adoptar una figura como la orden europea de detención y entrega.

Ahora bien, el propio Tribunal de Justicia puso el acento en señalar que la acción común en materia de cooperación judicial penal, “no contiene indicación alguna sobre los instrumentos jurídicos que deban ser utilizados a tal fin” (FJ 34). Por tanto, el Consejo goza de discrecionalidad casi absoluta, en el sentido de optar por una decisión marco o por un convenio: “el artículo 34 UE, apartado 2, tampoco establece un orden de prelación entre los diferentes instrumentos que enumera, de modo que no cabe descartar que el Consejo pueda escoger entre varios instrumentos para regular una misma materia, sin perjuicio de los límites impuestos por la naturaleza del instrumento elegido” (FJ 37).

El Tribunal de Justicia va a reconocer que el Consejo tenía una opción: o regular la materia mediante convenio; o acudir a una Decisión marco. Y el Consejo “en ejercicio de su facultad de apreciación, puede dar prioridad al instrumento jurídico de la decisión marco cuando, como en el caso de autos, se cumplen los requisitos para la adopción de tal acto” (FJ 41).

En definitiva, la decisión marco no está viciada, no es nula, por el mero hecho de que el Consejo haya decidido utilizar este instrumento jurídico en lugar del convenio para la introducción de la orden de detención europea. Pero ¿realmente el Consejo acudió al instrumento más eficaz para conseguir la armonización del derecho interno de los Estados miembros en esta materia?. Podemos responder afirmativamente, dadas las exigencias ya mencionadas requeridas para la entrada en vigor de los convenios, al margen de que su propia denominación nos sitúa en esferas de cooperación más intergubernamentales, al menos formalmente, sin olvidar que los convenios no son susceptibles de apreciación de validez por el Tribunal de Justicia, ni de recursos de anulación. Sin embargo, si tenemos en cuenta la negación de efecto directo de las decisiones marco, extremo no aplicable a los convenios, la valoración puede ser distinta.

Personalmente, creo que el recurso a los convenios debe limitarse en la medida de lo posible y, por tanto, abogo por la inclinación de la balanza en *pro* del recurso a las decisiones marco, como está ocurriendo en la práctica. El convenio puede ser útil, sin embargo, sin necesidad de abrir una cooperación reforzada, cuando haya muy serias dificultades para la aplicación unánime de una determinada medida. La armonización se resentirá pero, al menos, se podrá seguir avanzando fragmentadamente en la senda de la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia, permitiendo que, los Estados recelosos, puedan cambiar de opinión en el futuro, pues nada impide la ratificación de los convenios en un momento posterior. Pero ésta no es la situación óptima.

## ***B) La decisión marco como instrumento para la sustitución de acuerdos internacionales.***

*Advocaten* intentó reforzar su argumentación sobre la improcedencia de la utilización de la decisión marco para la introducción de la orden de detención europea

en el hecho de que esta figura, como reza en el propio tenor literal de la decisión marco controvertida, viene a sustituir los procedimientos de extradición entre los Estados miembros. Ahora bien, como la extradición estaba regulada en convenios internacionales, la Unión Europea tendría que haber recurrido a un convenio, y no a una decisión marco, para establecer este contenido material.

El Tribunal de Justicia utilizó un único fundamento jurídico (FJ 42) para rechazar el argumento de la asociación recurrente y ello porque “conllevaría el riesgo de que la facultad reconocida al Consejo de adoptar decisiones marco en los ámbitos que antes estaban regulados mediante convenios internacionales se vea privada sustancialmente de su efecto útil”.

No hay ningún obstáculo, por tanto, a la regulación de la orden de detención europea mediante una decisión marco. No se puede limitar la discrecionalidad que tiene el Consejo en el momento de decidir el instrumento jurídico más adecuado (convenio o decisión marco) para regular un determinado sector material; y su discrecionalidad no puede verse limitada por el hecho de que, anteriormente, se hubiera recurrido a un instrumento jurídico distinto, como el convenio, para regular un determinado sector material.

Lo cierto es que, con independencia de la consideración de la orden de detención europea como una figura distinta a la extradición, o no, los Estados miembros han decidido poner en marcha un procedimiento diferenciado respecto de la extradición clásica, que permite simplificar y despolitizar la entrega de autores de hechos delictivos que se encuentran en un Estado miembro distinto de aquél en el que se adopta una “euro-orden”. Esto quiere decir que, en sus relaciones recíprocas, no seguirán aplicando el procedimiento de extradición tal y como se encuentra regulado en diversos instrumentos internacionales. Y ello, sin que se produzca la terminación de los acuerdos anteriores<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> El art. 31 de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea establece lo siguiente:

1. “Sin perjuicio de su aplicación en las relaciones entre Estados miembros y terceros Estados, las disposiciones contenidas en la presente Decisión marco sustituirán a partir del 1 de enero de 2004 a las disposiciones correspondientes de los convenios siguientes aplicables en materia de extradición en las relaciones entre los Estados miembros: a) el convenio europeo de extradición, de 13 de diciembre de 1957, su protocolo adicional, de 15 de octubre de 1975, su segundo protocolo adicional, de 17 de marzo de 1978, y el convenio europeo para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977, en lo que se refiere a la extradición; b) el acuerdo entre los doce Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, de 26 de mayo de 1989; c) el convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 10 de marzo de 1995; el convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996; e) el capítulo IV del título III del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 19 de junio de 1990.

2. Los Estados miembros podrán seguir aplicando los acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales en vigor en el momento de la adopción de la presente Decisión marco en la medida en que éstos permitan ir más allá de los objetivos de la misma y contribuyan a simplificar o facilitar más los procedimientos de entrega de las personas que fueron objeto de una orden de detención europea. (...)

Este proceso de sustitución no plantea ningún problema en Derecho Comunitario. El asunto *Advocaten* avala esta afirmación si pudiera quedar alguna duda. Además, ¿y si no se hubiera previsto el convenio como instrumento jurídico del tercer pilar? ¿significaría que el contenido de un convenio nunca podría pasar a tener la forma de decisión marco, o de reglamento o directiva? La práctica comunitaria ya nos ha ilustrado al respecto, convirtiendo los argumentos de *Advocaten* en una manifestación de esquizofrenia jurídica.

La discusión podría llevarse al ámbito de las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y alguno de los acuerdos internacionales sobre extradición mencionados, en la medida en que se apliquen en las relaciones con terceros Estados. Pero aquí tampoco se plantean problemas jurídicos pues, los Estados miembros, seguirán respetando el régimen previsto en tales acuerdos en sus relaciones con terceros. Y la aplicación de un régimen distinto en sus relaciones mutuas no implica la violación del acuerdo respecto de terceros Estados: se trata simplemente de simplificar la entrega de delincuentes mediante la sustitución de la extradición por la orden de detención europea. Por ello, las relaciones entre los Estados miembros seguirán rigiéndose por tales acuerdos en la medida en que contengan un régimen más favorable que el previsto en la decisión marco en causa.

Es más. Desde el punto de vista de las relaciones con terceros Estados, podría plantearse el problema en términos distintos al de las relaciones entre tratados sucesivos relativos a la misma materia pues, podríamos argumentar, se trata de dotar a la extradición clásica de una filosofía diferente acorde con los postulados del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, ante la perspectiva del fortalecimiento de una Unión política. Reconducir paulatinamente la entrega de delincuentes a los procedimientos procesales aplicables en el interior de un mismo Estado.

#### **IV. REFLEXIONES FINALES ANTE LA PREVISIBLE DESAPARICIÓN DE LAS DECISIONES MARCO.**

Si el Tratado de Reforma consigue efectivamente que se produzca la desaparición del tercer pilar, la práctica totalidad de los problemas que rodean la aplicación de las decisiones marco pasarán a ser una anécdota más del devenir histórico del proceso de integración europea. Sin embargo, temporalmente, se abre un nuevo debate derivado precisamente de la desaparición del tercer pilar, consecuencia de la incorporación de la cooperación policial y judicial penal al Tratado sobre el funcionamiento de la Unión (de su comunitarización, si utilizamos la jerga habitual). Conviene no olvidar que hay un número importante de decisiones marco en vigor sobre

---

3.En la medida en que los convenios o acuerdos contemplados en el apartado 1 se apliquen a territorios de los Estados miembros, o a territorios cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro, a los cuales no se aplique la presente Decisión marco, esos instrumentos seguirán regulando las relaciones existentes entre dichos territorios y los demás Estados miembros”.

las que el Tratado de la Unión Europea actualmente contiene provisiones con incidencia en el momento de su aplicación práctica: la referencia explícita a la ausencia de efecto directo y las disposiciones relativas al Tribunal de Justicia, cuestiones ambas sobre las que me he pronunciado anteriormente, desaparecerán con la imposibilidad de adoptar nuevos instrumentos con esta forma, pero en el *interim* podrán seguir planteándose problemas prácticos mientras las decisiones marco adoptadas continúen vigentes.

Ante esta previsible eventualidad se imponen dos reflexiones:

-Por un lado, el legislador comunitario debe actuar con cierta celeridad transformando las decisiones marco en directivas. La operación es tan simple como elaborar un listado de actos normativos que a partir de una determinada fecha, se consideren directivas. Habrá que cambiar la denominación del acto, no el contenido. No es algo novedoso en la actuación normativa de la Unión Europea, como ha puesto de manifiesto la práctica de los últimos años. Tal vez la experiencia ayude a conseguir una actuación más ágil en este sentido.

-Por otro lado, vinculado a lo anterior, las decisiones marco no dejan de ser actos susceptibles de recurso ante el Tribunal de Justicia por el hecho que desaparezcan las disposiciones específicas relativas al Tribunal en el marco del tercer pilar. Si realmente se respetan las disposiciones sobre el Tribunal de Justicia resultantes del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, buena parte de las competencias del Tribunal se conectarán con los “actos” adoptados por las instituciones, con independencia de la forma jurídica que hayan podido revestir. Luego, no debería de haber impedimentos para que una decisión marco pueda ser conocida por el Tribunal de Justicia a través, por ejemplo, de la cuestión prejudicial, incluso después de la eliminación de todas las disposiciones que hoy integran el tercer pilar. Y ello sin que exista más una definición que niega el efecto directo a las decisiones marco.

Esta última reflexión ilustra claramente la innecesaria resistencia política que debe mostrarse al proceso de acomodación de las decisiones marco a los nuevos instrumentos jurídicos aplicables en los ámbitos de la cooperación policial y judicial penal una vez que se produzca la tan ansiada reforma. Porque será casi lo mismo. *Réquiem* por las decisiones marco.

Salamanca, 4 de julio de 2007