

MONTSERRAT PI LLORENS
ESTHER ZAPATER DUQUE
(Coords.)

LA DIMENSIÓN EXTERIOR
DE LAS AGENCIAS
DEL ESPACIO DE LIBERTAD,
SEGURIDAD Y JUSTICIA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	7
CAPÍTULO 1. ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO-POLÍTICO DE LA DIMENSIÓN EXTERIOR DE LAS AGENCIAS DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA (Juan SANTOS VARA)	9
I. INTRODUCCIÓN	9
II. LA PERSONALIDAD INTERNACIONAL DE LAS AGENCIAS DEL ELSJ	12
III. EL CONTROL DEMOCRÁTICO DE LAS RELACIONES EXTERIORES DE LAS AGENCIAS DEL ELSJ	17
1. El control sobre los acuerdos concluidos por las agencias	18
2. El control sobre las actividades exteriores de las agencias del ELSJ ...	22
A. Una aproximación a las actividades exteriores de las principales agencias	22
B. La debilidad del control democrático de las agencias del ELSJ...	26
IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS AGENCIAS DEL ELSJ	30
V. CONCLUSIONES	33
 LA ACCIÓN EXTERIOR DE LAS AGENCIAS RESPONSABLES DE ACTIVIDADES OPERATIVAS: FRONTEX, EUROJUST Y EUROPOL 	
CAPÍTULO 2. EL REFUERZO DE FRONTEX: SU ACTIVIDAD EXTERIOR Y EL CONTROL DE SUS ACTOS (Francina ESTEVE GARCÍA)	37
I. INTRODUCCIÓN	37
II. FRONTEX: UNA AGENCIA EN PROCESO DE EXPANSIÓN	38

	Pág.
III. LAS FUNCIONES INTERNAS Y EXTERNAS ASIGNADAS A FRONTEX.....	43
IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE FRONTEX	46
V. LAS RELACIONES DE FRONTEX CON TERCEROS PAÍSES: ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE TRABAJO	49
VI. LA ADOPCIÓN DE DECISIONES EN EL SENO DE FRONTEX Y EL CONTROL POLÍTICO DE LOS ACUERDOS DE TRABAJO	57
VII. EFECTOS EXTRATERRITORIALES Y CONTROL JUDICIAL DE SUS ACTOS.....	63
VIII. CONSIDERACIONES GENERALES	66
CAPÍTULO 3. LA DIMENSIÓN EXTERIOR DE EUROJUST: MEDIOS DE ACTUACIÓN Y MECANISMOS DE CONTROL (Mirentxu JORDANA SANTIAGO)	69
I. INTRODUCCIÓN	70
II. LA ACTIVIDAD DE EUROJUST EN LA DIMENSIÓN EXTERIOR DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL	70
1. Eurojust como ente de cooperación judicial: competencias y objetivos en la acción exterior.....	70
2. La naturaleza y el encaje orgánico-institucional de Eurojust.....	72
3. La participación de Eurojust en la conclusión de acuerdos internacionales	74
A. El ejercicio de la actividad internacional de Eurojust.....	74
B. La naturaleza jurídica de los acuerdos: tipo y contenido material.....	77
III. LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL TRATADO DE LISBOA Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACCIÓN EXTERIOR DE EUROJUST.....	82
1. La futura acción exterior de Eurojust en base a la Propuesta de la Comisión sobre el nuevo Eurojust.....	82
2. Una referencia al control jurisdiccional de la acción exterior de Eurojust.....	85
IV. CONSIDERACIONES FINALES	86
CAPÍTULO 4. LA DIMENSIÓN EXTERIOR DE EUROJUST: UNA VISIÓN DESDE LA PRÁCTICA (Juan Antonio GARCÍA JABALOY)	89
I. INTRODUCCIÓN	89
II. MARCO ACTUAL DE COOPERACIÓN CON TERCEROS ESTADOS ..	90
III. LA NUEVA DECISIÓN DE 16 DE DICIEMBRE DE 2008.....	91
IV. LA ACCIÓN EXTERIOR DE EUROJUST	92

	Pág.
1. ¿Quién decide con qué Estados se firman los Acuerdos de cooperación?.....	92
2. Peticiones de Asistencia legal mutua con terceros Estados.....	92
3. Magistrados de enlace.....	93
4. Puntos de contacto	93
V. LA ACCIÓN EXTERIOR DE EUROJUST EN CIFRAS.....	94
VI. ESTADÍSTICAS DE COOPERACIÓN CON TERCEROS PAÍSES	95
VII. PROBLEMAS A RESOLVER.....	97
CAPÍTULO 5. EL PAPEL DE EUROPOL COMO ACTOR NORMATIVO DE LA UE EN EL INTERCAMBIO DE DATOS CON TERCEROS ESTADOS (Cristina BLASI CASAGRAN).....	101
I. INTRODUCCIÓN	102
II. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE EUROPOL	103
III. LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN DE EUROPOL CON TERCEROS ESTADOS.....	104
1. Acuerdos estratégicos.....	106
2. Acuerdos operativos.....	107
3. Intercambio de datos con entes privados.....	109
IV. EVALUACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN TRANSFERENCIAS OPERATIVAS CON TERCEROS ESTADOS	109
V. LA RELACIÓN ENTRE EUROPOL Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	112
1. Acuerdos de cooperación entre Europol y EEUU	112
2. El papel de Europol en el programa TFTP.....	113
VI. RECEPCIÓN DE INFORMACIÓN POR PARTE DE TERCEROS ESTADOS SIN ACUERDO.....	115
VII. TRANSFERENCIA DE DATOS A TERCEROS ESTADOS SEGÚN LA NUEVA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE EUROPOL.....	116
1. Transferencia de datos personales a terceros Estados	116
2. El nuevo papel del Parlamento Europeo en la propuesta de Reglamento.....	119
3. La falta de una cláusula SIENA	120
4. Transferencia de datos de terceros Estados a Europol	121
VIII. CONCLUSIÓN.....	122
CAPÍTULO 6. LA DIMENSIÓN EXTERIOR DE EUROPOL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS. EL CASO DEL ACUERDO TFTP (Alba BOSCH MOLINÉ).....	125
I. INTRODUCCIÓN	126
II. EUROPOL, EL TRATAMIENTO DE DATOS Y SU ACCIÓN EXTERIOR.....	127

	Pág.
1. ¿Qué es Europol?.....	127
A. De organización internacional a agencia de la UE.....	128
2. Los sistemas de tratamiento de información de Europol.....	129
A. Intercambio de información.....	130
B. Análisis operativo.....	130
C. Acceso a otros sistemas de información de la UE.....	131
3. La acción exterior de Europol y las transferencias de datos personales a terceros países.....	131
A. La evolución de la acción exterior de Europol.....	131
B. Los acuerdos de cooperación estratégica y operativa.....	133
III. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ACCIÓN EXTERIOR DE EUROPOL EN CONTEXTO: EL MARCO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS Y EL ANTIGUO TERCER PILAR.....	134
1. El marco europeo de protección de datos.....	135
2. Las transferencias internacionales en el marco de protección de datos de Europol.....	139
A. Los principios: el Convenio 108 y la Recomendación 87(15) ...	139
B. El papel limitado de la Decisión marco del Consejo.....	140
C. La Decisión de Europol.....	141
D. Reglas específicas.....	142
3. Supervisión.....	142
A. El responsable de la protección de datos (DPO).....	143
B. La Autoridad Común de Control (ACC).....	143
C. El nivel de cumplimiento.....	144
IV. EL ACUERDO TFTP O EL CASO “SWIFT”.....	147
1. Antecedentes.....	147
A. SWIFT, el 11-S y el inicio del TFTP.....	147
B. El TFTP sale a la luz.....	147
C. El Parlamento Europeo entra en acción.....	149
2. El papel de Europol en la gestión del acuerdo TFTP.....	151
3. La supervisión del acuerdo.....	151
A. Supervisión independiente del papel de Europol: la ACC.....	151
B. Supervisión por parte de una persona nombrada por la Comisión Europea.....	153
4. La evaluación de la implementación del acuerdo TFTP.....	155
V. EL FUTURO DE EUROPOL Y DEL TFTP.....	156
1. La propuesta de Reglamento de Europol. Un nuevo marco para las transferencias internacionales.....	156
2. La continuidad del acuerdo TFTP en peligro.....	158
VI. CONCLUSIONES.....	159

**LA ACCIÓN EXTERIOR DE OTRAS AGENCIAS QUE OPERAN
EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA**

CAPÍTULO 7. EL OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS DROGAS Y LAS TOXICOMANÍAS (Claudia JIMÉNEZ y Anna AYUSO)	163
I. EL PORQUÉ DE UN OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS DROGAS Y LAS TOXICOMANÍAS (OEDT) EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	164
II. EL OEDT COMO AGENCIA QUE OPERA EN EL ELSJ	166
III. EL MARCO NORMATIVO Y PROGRAMÁTICO DE LA COOPERACIÓN DEL OEDT CON TERCEROS EN LA LUCHA CONTRA LAS DROGAS	168
1. Los instrumentos con los que cuenta para llevar a cabo sus acciones ..	169
2. Su marco programático	173
IV. EXPERIENCIAS DE COLABORACIÓN CON OI	175
1. La Cooperación en el marco de Naciones Unidas	176
2. La Cooperación con el Grupo Pompidou y ESPAD.....	177
3. La cooperación con la CICAD	178
V. EXPERIENCIAS DE COLABORACIÓN CON ESTADOS TERCEROS .	179
1. Países candidatos y potenciales candidatos a miembros de la UE.....	179
2. Colaboración con países de la Vecindad y Rusia	180
3. Terceros Estados	181
VI. CONSIDERACIONES FINALES	181
 CAPÍTULO 8. LA DIMENSIÓN EXTERIOR DE LA OFICINA EUROPEA DE APOYO AL ASILO (EASO): UNA AGENCIA ESENCIAL EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO (SECA) (Esther ZAPATER DUQUE).....	 183
I. INTRODUCCIÓN	184
II. LA CREACIÓN DE LA OFICINA EUROPEA DE APOYO AL ASILO (EASO) EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN Y ASILO.....	184
III. LA CONFIGURACIÓN ORGÁNICA Y ESTRUCTURAL DE LA EASO: UNA AGENCIA DESCENTRALIZADA CON PARTICIPACIÓN DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR).....	187
IV. EL MANDATO Y LA CAPACIDAD OPERATIVA DE LA EASO: UNA PIEZA ESENCIAL EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO (SECA).....	191
V. LA DEFINICIÓN DE OBJETIVOS Y PRIORIDADES EN EL ÁMBITO EXTERIOR: LA ESTRATEGIA DE ACCIÓN EXTERIOR DE LA EASO	194

	Pág.
VI. EL DESARROLLO DE LA DIMENSIÓN EXTERIOR: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL APOYO A PAÍSES TERCEROS Y LA COORDINACIÓN CON ACNUR Y OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES	197
VII. RECAPITULACIÓN FINAL	199
CAPÍTULO 9. LA ACTUACIÓN DE LA AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN UN MARCO TRANSEUROPEO (Montserrat Pi LLORENS)	201
I. INTRODUCCIÓN	201
II. LA AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA	202
III. LA DIMENSIÓN EXTERNA DE LA AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	206
IV. LAS RELACIONES DE LA AGENCIA CON EL CONSEJO DE EUROPEA: ENTRE LA COOPERACIÓN Y LA COMPLEMENTARIEDAD ..	209
V. LAS RELACIONES DE LA AGENCIA CON OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	214
VI. RECAPITULACIÓN FINAL	217

PRESENTACIÓN

El amplio desarrollo político y normativo que ha experimentado el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) en los últimos años ha venido acompañado de la proliferación de nuevos actores supranacionales que adoptan la forma de agencias europeas especializadas. El resultado es un heterogéneo entramado orgánico que debe interactuar en un ámbito material complejo de competencias compartidas entre los Estados y la Unión Europea. Dichos organismos constituyen un elemento único y peculiar que va más allá del tradicional marco institucional europeo y han conseguido asumir un papel cada vez más importante en la implementación y desarrollo de las políticas europeas en materia de seguridad y control de las fronteras exteriores, lucha contra el crimen organizado, así como en la gestión de las políticas migratorias y de asilo, a través del desarrollo de una serie de mecanismos operativos, de coordinación y de refuerzo de las capacidades institucionales existentes.

Esta proliferación de agencias constituye la continuación de una tendencia de descentralización funcional presente ya en la Unión Europea desde hace unos años. A pesar de ello y de que dicho fenómeno ha sido objeto de estudios desde distintas ópticas, cada vez resulta más necesario clarificar la capacidad de actuación de dichas agencias. En este contexto, el presente volumen y la jornada que lo origina se dedican a uno de los aspectos quizás menos explorado de dicha actuación: su dimensión exterior. En efecto, la actuación ad extra de las agencias del ELSJ plantea diversos interrogantes relacionados con su personalidad jurídica internacional, el análisis de los instrumentos que utilizan, la cooperación con otras organizaciones internacionales, y el control de sus actuaciones, entre otros. Para abordar dichas cuestiones el grupo de investigación sobre Justicia, Asuntos Internos, Derechos e inmigración de la Unión Europea (ERJAIDI-UE) organizó, en marzo de 2013, un seminario sobre la Dimensión Exterior de

las Agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea (ELSJ). En él se contó con la participación del Dr. Juan Santos, que presentó un análisis general del marco jurídico-político de la dimensión exterior de las agencias. A continuación, se concretó el estudio de los instrumentos empleados por las principales agencias del ELSJ: el caso de Frontex (por la Dra. Mariola Urrea), de Eurojust (por el Sr. Juan Antonio García Jabaloy) y Europol (por la Sra. Alba Bosch). Estas ponencias han sido complementadas en el presente volumen por una serie de contribuciones que amplían el objeto de análisis a otras agencias que también intervienen en el ELSJ, tales como la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO), la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) y el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías.

Ni el seminario ni este libro hubieran sido posible sin la colaboración y ayuda de diversas entidades y personas. Entre las primeras, es preciso subrayar la participación del Ministerio de Economía y Competitividad, mediante la financiación del proyecto de investigación MAGELS sobre el Mapa de las Agencias del ELSJ (DER2012-36009), temática en la que se incluye este estudio. De igual modo debe hacerse constar la participación de AGAUR, entidad financiadora, el grupo de investigación ERJAIDI, organizador del seminario, y el patrocinio económico del Centro de Documentación Europea de la Universitat de Girona. Asimismo, la colaboración de la Representación en Barcelona de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo, que nos permitió celebrar el seminario en el Aula Europa. Una mención especial merece nuestro agradecimiento al Dr. Gregorio Garzón Clariana, no sólo por su participación en la clausura de la Jornada sino también por su constante apoyo intelectual y humano.

Bellaterra, abril 2014.

CAPÍTULO 1

**ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO-POLÍTICO
DE LA DIMENSIÓN EXTERIOR DE LAS AGENCIAS
DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD
Y JUSTICIA**

Juan SANTOS VARA*
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PERSONALIDAD INTERNACIONAL DE LAS AGENCIAS DEL ELSJ.—III. EL CONTROL DEMOCRÁTICO DE LAS RELACIONES EXTERIORES DE LAS AGENCIAS DEL ELSJ: 1. El control sobre los acuerdos concluidos por las agencias. 2. El control sobre las actividades exteriores de las agencias del ELSJ: A. Una aproximación a las actividades exteriores de las principales agencias. B. La debilidad del control democrático de las agencias del ELSJ.—IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS AGENCIAS DEL ELSJ.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) pueden mantener relaciones con terceros Estados y organizaciones internacio-

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Salamanca. El autor forma parte de los proyectos de investigación DER2011-28459 y DER 2012-36703, financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad en el marco del Plan Nacional de I+D+I.

nales en el marco de las competencias atribuidas en sus normas creadoras, al igual que ocurre con la mayoría de las agencias de la UE. En los actos jurídicos constitutivos de las agencias se han incluido disposiciones específicas en las que se regulan las modalidades de cooperación con terceros Estados y organizaciones internacionales, entre las que destacan la celebración de acuerdos de trabajo o en algunos casos de verdaderos acuerdos internacionales. La dimensión exterior de las agencias ocupa un lugar central entre las actividades que desarrollan para lograr los objetivos que tienen atribuidos en el ámbito de la UE. El desarrollo del ELSJ ha dado lugar a una multiplicación de las actividades de las agencias, a las que el Consejo ha pedido «incrementar la cooperación operativa con los países que son considerados prioritarios» para la UE¹. Las agencias del ELSJ han sido creadas para reforzar la cooperación operativa entre los Estados miembros, por lo que están destinadas a desempeñar un papel fundamental en las relaciones con terceros Estados y organizaciones internacionales. Así, en el Programa de Estocolmo se prestó especial atención al desarrollo de las relaciones exteriores de las agencias, precisando en relación con Europol y Eurojust que «deberían ampliar su labor con terceros Estados, sobre todo estableciendo relaciones más estrechas con las regiones y países vecinos de la UE»².

El examen de los controles político y judicial a los que está sometida la dimensión exterior de las agencias plantea cuestiones de gran interés³. Las competencias que han ido adquiriendo las agencias en el ELSJ para reforzar la cooperación exterior, hace que sea ineludible reflexionar sobre sus cometidos, la legitimidad y el control democrático de sus actividades⁴. Si bien en principio parece oportuno descentralizar las relaciones exteriores, la proliferación de agencias añade una nueva incertidumbre en la gestión de la acción exterior, que a la postre puede incidir negativamente en el tan ansiado objetivo de lograr la coherencia del conjunto de la acción exterior. En este sentido, el Consejo Europeo ha instado al Consejo y a la Comisión a aumentar la coordinación interna para lograr una mayor coherencia entre las actividades internas y la dimensión exterior del ELSJ⁵. La misma nece-

¹ Council doc. núm. 15446/05.

² El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, adoptado por el Consejo Europeo los días 11 y 12 de diciembre de 2009, documento del Consejo núm. 17024/09, p. 20, apart. 4.3.1.

³ Para obtener una visión general sobre la problemática que plantea el control del conjunto de las agencias de la UE, *vid.* M. BUSUIOC, «Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies», *European Law Journal*, 2009, vol. 15, pp. 599-615; E. CHITI, «An important part of the EU's institutional machinery: features, problems and perspectives of European agencies», *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, pp. 1413 y ss.

⁴ H. CARRAPICO, F. TRAUNER, «The external dimension of EU justice and home affairs after the Lisbon Treaty: analyzing the dynamics of expansion and diversification», *European Foreign Affairs Review*, 2012, vol. 17, pp. 1-18.

⁵ Para un examen general de la dimensión exterior, *vid.* J. SANTOS VARA, «The external dimension of the area of freedom, security and justice in the Lisbon Treaty», *European Journal of Law Reform*, 2008, vol. 10, núm. 4, pp. 577-598; R. A. WESSEL, L. MARÍN y C. MATERA, «The

sidad de mejorar la coherencia y la coordinación plantean las agencias de la UE, tales como Europol, Eurojust, Frontex, la Escuela Europea de Policía (Cepol), el Observatorio europeo de la droga y las toxicomanías (OEDT) y la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA)⁶. Asimismo, las actividades en las que se materializa la proyección exterior de las agencias no pueden desvincularse de los objetivos generales de la acción exterior de la UE, tal y como aparecen contemplados en el art. 21 TUE.

En el Programa de Estocolmo se ha adoptado una visión amplia de las agencias del ELSJ al englobar dentro de este grupo a la Agencia de Derechos Fundamentales y al Observatorio europeo de la droga y las toxicomanías. Si bien estas dos agencias despliegan también sus actividades en el ELSJ, no son estrictamente agencias del ELSJ. El presente trabajo se centrará en el análisis del marco jurídico-político de la dimensión exterior de las agencias del ELSJ, a saber: Europol, Cepol, Eurojust, Frontex, Oficina Europea de Apoyo al Asilo, y la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el ELSJ.

El control de las relaciones exteriores de las agencias del ELSJ se enmarca en el debate más amplio que ha tenido lugar en los últimos años sobre el papel que desempeñan las agencias en el sistema de gobernanza de la Unión Europea. La importante autonomía de que disfrutaban para desarrollar sus actividades no significa que puedan escapar a todo control. En 2008, la Comisión señaló en su Comunicación sobre las agencias europeas que la diversidad de misiones y de estructuras de las agencias plantea dudas en relación con su responsabilidad y legitimidad⁷. La Declaración Común sobre las agencias descentralizadas de 2012 trata de establecer un marco común sobre la responsabilidad de las agencias⁸. Si bien en la Declaración Común no se incluye el control de la buena administración, ni el control judicial, sí se incluye el control financiero y presupuestario.

En los últimos tiempos, la doctrina ha comenzado a prestar atención a la acción exterior de las agencias en general⁹. No es de extrañar que esta

external dimensions of the EU's area of freedom, security and justice», en C. ECKES y T. KONSTADINIDES (eds.), *Crime within the area of freedom, security and justice: A European public order*; Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 272-300.

⁶ Programa de Estocolmo, p. 33. La Comisión señaló en el Plan de Acción de Estocolmo que los objetivos del Programa no se pueden lograr sin el compromiso efectivo con los terceros Estados. Igualmente, se señala que «organismos europeos como Europol, Eurojust, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales y Frontex han alcanzado la madurez operativa en sus respectivos ámbitos de actividad» (Programa de Estocolmo, p. 4, apart. 1).

⁷ Comunicación de la Comisión, *European agencies: the way forward*, COM (2008) 135.

⁸ *Joint Statement of the European Parliament, the Council of the EU and the European Commission on decentralised agencies*, 19 de julio de 2012.

⁹ *Vid.* a este respecto C. BILLET, «Le contrôle des relations extérieures des agences ELSJ après Lisbonne», en C. FLAESCH-MOUGIN y L. SERENA ROSSI (dirs.), *La dimensión extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union Européenne après Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 95-129; A. OTT, «EU Regulatory Agencies in EU External Relations: Trap-

cuestión suscite un gran interés, pues las relaciones exteriores de las agencias han experimentado un desarrollo espectacular en los últimos años. Sin embargo, la diversidad existente entre las agencias de la UE hace que el análisis de la naturaleza jurídica de la acción exterior de las agencias sea una tarea especialmente compleja¹⁰. También han proliferado los trabajos en los que se examina la proyección exterior de algunas de las principales agencias del ELSJ. Si bien el presente trabajo supone la continuación de las investigaciones previamente realizadas por la doctrina, se pretende examinar el marco jurídico-político de la dimensión exterior del conjunto de las agencias del ELSJ. En la primera parte del estudio, se analizará si las agencias del ELSJ disponen o no de personalidad jurídica internacional. La determinación de si poseen o no personalidad jurídica internacional será de gran interés para saber si pueden o no actuar de forma independiente en las relaciones internacionales. La segunda parte del trabajo está dedicada a examinar el conjunto de los instrumentos en los que se materializa la proyección exterior de las agencias, así como los controles a los que están sometidas las actividades exteriores de las agencias del ELSJ. En la tercera parte, se analiza si las actividades exteriores de las agencias pueden ser objeto o no de control judicial.

II. LA PERSONALIDAD INTERNACIONAL DE LAS AGENCIAS DEL ELSJ

En los actos jurídicos en los que se crean las agencias se les atribuye personalidad en el ámbito interno. Sin embargo, las instituciones no han atribuido expresamente personalidad internacional a las agencias. La determinación de si una agencia está dotada de personalidad jurídica internacional no se puede inferir automáticamente de la personalidad interna¹¹, pero se puede deducir implícitamente de las competencias atribuidas y del conjunto de actividades que una agencia desarrolla en el ámbito exterior. Desde el Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia de 1949 sobre la *Reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas* se puede reconocer a cualquier entidad capacidad de actuar de forma independiente en las relaciones internacionales sobre la base de su actividad exterior¹².

ped in a Legal Minefield Between European and International Law», *European Foreign Affairs Review*, 2008, vol. 12, pp. 515-2008; C. RAPOPORT, «La participation des Etats tiers aux Agences de l'Union», en J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 141-168.

¹⁰ M. FINK, «Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding "Technical Relationships"», *Utrecht Journal of International and European Law*, 2012, vol. 28, núm. 75, pp. 20-35.

¹¹ A. OTT, «EU regulatory agencies in EU external relations: trapped in a legal minefield between European and International law», *op. cit.*, p. 526.

¹² Dictamen consultivo, *Reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas*, CIJ, *Recueil*, 1949, pp. 178 y ss.

En realidad, no se puede proporcionar una respuesta uniforme a la cuestión de si las agencias de la UE disponen de subjetividad internacional. La determinación de si una agencia puede actuar o no de forma independiente en el plano internacional no puede ser asumida o excluida, pero tiene que ser determinada sobre la base de numerosos factores. Ott, tras revisar los argumentos a los que se recurre para reconocer o negar la personalidad de las agencias, concluye que del examen de la práctica relativa a la participación de los terceros Estados en las agencias, la cooperación con organizaciones internacionales y los acuerdos de trabajo celebrados por las agencias, no se puede deducir automáticamente que disfruten de subjetividad internacional¹³. Esta dificultad para extraer conclusiones generales en relación con la personalidad internacional del conjunto de las agencias se puede aplicar también a las agencias del ELSJ. Sin embargo, se puede diferenciar entre las agencias creadas en el marco del antiguo tercer pilar, por un lado, y las agencias creadas tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa junto con las establecidas en el marco del antiguo Tratado CE, por otro lado.

En las normas fundacionales de las tres agencias creadas en el marco del antiguo tercer pilar se incluyen disposiciones detalladas sobre las relaciones exteriores de las agencias, y en particular sobre la celebración de acuerdos internacionales. Europol ha concluido numerosos acuerdos internacionales con terceros Estados y organismos internacionales, de lo que se deduce claramente que esta agencia está dotada de subjetividad internacional. La doctrina ha señalado también que la personalidad de Europol se derivaba del hecho que fue creada a través de un tratado internacional, constituyendo una auténtica organización internacional, que ha desarrollado una intensa actividad internacional al margen de las disposiciones generales relativas a la acción exterior de la UE¹⁴. En consecuencia, Europol disfrutaba de una amplia autonomía a la hora de celebrar acuerdos internacionales.

La transformación de Europol en agencia de la UE en 2009 no ha disminuido la amplia autonomía de que venía disfrutando Europol en las relaciones internacionales¹⁵. El sistema previsto en la Decisión para articular las relaciones con terceros Estados y organizaciones se asemeja bastante al régimen previsto anteriormente en el Convenio¹⁶. Sin embargo, con motivo

¹³ A. OTT, «EU regulatory agencies in EU external relations: trapped in a legal minefield between European and International law», *op. cit.*, pp. 515-540.

¹⁴ D. HEIMAS, «The external relations of Europol-Political, legal and operational considerations» en B. MARTENCZUK y S. VAN THIELS (eds.), *Justice, liberty, security, New Challenges for EU external relations*, Brussels, 2008, VUB Press, pp 367-393; C. RIJKEN, «Legal and technical aspects of co-operation between Europol, third States and INTERPOL», en V. KRONENBERG (ed.), *The European Union and the International legal order: discord or harmony?*, T.M.C. Asser Press, 2001, pp. 577-603.

¹⁵ Decisión del Consejo de 6 de abril de 2009 por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol), *DO* núm. L 121, de 15.5.2009, p. 37.

¹⁶ El procedimiento de celebración de tratados por parte de Europol será examinado en el siguiente apartado del presente trabajo.

de la adopción de la Decisión de Europol se discutió intensamente sobre la capacidad de Europol para celebrar acuerdos internacionales¹⁷. La Comisión presentó una propuesta de Decisión en la que se limitaba sustancialmente la acción exterior de Europol. Se preveía que Europol sólo podría celebrar acuerdos meramente administrativos relativos al intercambio de información estratégica de carácter no personal. El propósito declarado por la Comisión en su propuesta era que la UE celebrara acuerdos globales con terceros Estados, en los que se regularan todos los aspectos de la cooperación entre ellos y la UE en el ámbito de la justicia y asuntos de interior¹⁸.

Finalmente, ante la oposición de los Estados miembros a esta propuesta, no se introdujeron cambios sustanciales en la regulación de las relaciones internacionales de Europol. Sin embargo, sigue manteniéndose una referencia expresa a este objetivo en el preámbulo de la Decisión, si bien vacío de contenido al no haberse modificado en la versión final de la Decisión¹⁹. De nuevo esta cuestión será objeto de debate en los próximos meses, ya que la Comisión ha presentado una propuesta de Reglamento de Europol que sustituye a la Decisión de 2009, en la que se integra plenamente la acción exterior de Europol en el marco del TFUE, de modo que los acuerdos internacionales relativos a la transferencia de datos personales a terceros Estados y organismos internacionales han de celebrarse con arreglo a lo previsto en el art. 218 TFUE²⁰.

¹⁷ *Vid.* a este respecto J. LASO PÉREZ, «Las relaciones exteriores de Europol tras la adopción de la Decisión de 2009 por la que se crea Europol y la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, pp. 343-346; A. DE MOOR Y G. VERMEULEN, «The Europol Council Decisión: transforming Europol into an agency of the European Union», *CMLRev*, 2010, pp. 1107 y ss.

¹⁸ Propuesta de Decisión por la que se crea la Oficina Europea de Policía (EUROPOL), COM (2006) 817, de 20.12.2006, p. 3. La Comisión señalaba que «*one the point which came back as a recurrent basis when discussing options to improve Europol's functioning was the fact that the current provisions on Europol's international agreements are highly complex, lead to long procedures and are dispersed over a large number of different provisions and implementing measures*» [Commission Staff Working Document, Brussels, 20.12.2006, SEC (2008) 1682, p. 17].

¹⁹ En el debate que tuvo lugar en el Parlamento Europeo sobre Europol, el Director del Servicio jurídico de Europol señaló que «*while on the one hand the idea to make Europol's external relations dependent on the existence of an agreement between the Union and the third partner in question could lead to a greater coherence in the Union's external relations, especially in questions of data protection, it is also clear that the negotiation and finalization of these agreements are even more time-consuming than in the present mechanism for the conclusion of such agreements between Europol and the third partner concerned*» (Public Hearing on the Future of Europol, Comité de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Internet, Bruselas, 10 de abril de 2007).

²⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia de la Unión Europea para la cooperación y la formación en funciones coercitivas (Europol) y por el que se derogan las Decisiones 2009/371/JAI y 2005/681/JAI, COM (2013) 173 final, de 27.3.2013. En la propuesta de la Comisión se propone la fusión de las Europol y CEPOL en una única agencia con el objetivo de crear sinergias entre la formación y la cooperación policial y ser más eficientes en el uso de los recursos económicos. Todo parece indicar que un gran número de Estados no está de acuerdo con la fusión [*Vid.* Council Presidency, Discussion Paper,

Eurojust dispone de un *status* jurídico internacional similar al de Europol. Varias disposiciones de la Decisión 2002/187 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, tal y como ha sido modificada por la Decisión 2009/426, se refieren precisamente a las relaciones exteriores de la agencia²¹. Asimismo, uno de los objetivos de la reforma llevada a cabo por la Decisión 2009/426 era reforzar la cooperación con terceros Estados y organizaciones internacionales. El desarrollo de las relaciones exteriores constituye un instrumento imprescindible para luchar contra la criminalidad de carácter transnacional. Eurojust ha realizado un amplio uso de la posibilidad de celebrar acuerdos internacionales, tal y como aparece previsto en el art. 26bis, de lo que se deduce que dispone de subjetividad internacional²². Estos acuerdos podrán referirse, en particular, al intercambio de información, incluidos los datos personales, y al envío de funcionarios de enlace en comisión de servicios a Eurojust. Para celebrar un acuerdo con un tercer Estado tiene que tener una importancia particular en relación con la lucha contra ciertas formas de criminalidad grave, tal como el terrorismo, trata de seres humanos, etc.²³. Al igual que en el caso de Europol, la Comisión ha presentado también una propuesta de Reglamento sobre Eurojust, que supondrá probablemente la aplicación del procedimiento general de celebración de acuerdos internacionales previsto en el art. 218 TFUE a los futuros acuerdos de Eurojust²⁴.

En el caso de Cepol, la actividad internacional desarrollada no ha alcanzado la intensidad de Europol y Eurojust²⁵. Ello se debe a que no se trata de una agencia operativa, pues la finalidad de Cepol es la formación de los funcionarios policiales de rango superior de los Estados miembros. En consecuencia, las disposiciones contenidas en la Decisión por la que se

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia de la Unión Europea para la cooperación y la formación en funciones coercitivas (Europol), doc. 10213/13, de 29 de mayo de 2013]. Sobre esta cuestión es interesante la consulta del documento elaborado por la propia CEPOL, en el que opone a la fusión (CEPOL Position Paper, European Commission Package on the creation of a European Agency for Law Enforcement Cooperation and Training).

²¹ DO L 63, de 6.3.2002, p. 1 y DO L 138, de 4.6.2009, p. 14.

²² En relación con las relaciones exteriores de Eurojust *vid.* N. ALONSO MOREDA, *La dimensión institucional de la cooperación judicial en materia penal en la Unión europea: magistrados de enlace, Red Judicial Europea y Eurojust*, Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 294-299; M. CONIN SX y J. L. LOPES DA MOTA, «The International Role of Eurojust in Fighting Organized Crime and Terrorism», *European Foreign Affairs Review*, 2009, vol. 14, pp. 169-2009; L. SURANO, «L'action extérieure d'Eurojust», en *La dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de Lisbonne et de Stockholm: un bilan à mi-parcours*, Université de Bruxelles, Bruxelles, pp. 211-219.

²³ Se han celebrado acuerdos con Noruega, Islandia, Croacia, EEUU, Suiza, Macedonia y Liechtenstein.

²⁴ COM (2013) 535, de 17.7.2013.

²⁵ Decisión 2005/687/JAI del Consejo, de 20 de septiembre, por la que se crea la Escuela Europea de Policía (CEPOL) y por la que se deroga la Decisión 2000/820/JAI, DO L 256, 1.10.2005, p. 63.

crea Cepol en relación con las relaciones exteriores son distintas de las previstas en los casos de Europol y Eurojust. Se prevé que Cepol puede cooperar con los centros nacionales de formación de terceros países, en particular con los de los países candidatos y con los de Islandia, Noruega y Suiza, así como negociar acuerdos de cooperación con organismos de los países mencionados. Este tipo de acuerdos, si bien sólo se podrán celebrar una vez obtenida la autorización del Consejo, no constituyen verdaderos acuerdos internacionales, sino más bien acuerdos de trabajo. En consecuencia, Cepol no dispone de personalidad internacional.

Las conclusiones obtenidas en relación con Cepol se aplican también a Frontex, que fue creada en el marco del antiguo Tratado CE, a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo y a la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos, que han sido puestas en marcha tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Del examen de las previsiones contenidas en los instrumentos creadores de estas tres agencias y de las relaciones exteriores desarrolladas en la práctica se deduce claramente que no disponen de subjetividad internacional²⁶. Con el propósito de facilitar el cumplimiento de las funciones encomendadas, Frontex ha de cooperar con organizaciones internacionales que tengan competencias en los ámbitos de actuación de la agencia y con terceros Estados en el marco de las relaciones exteriores de la Unión. A tales efectos, Frontex dispone de la capacidad para celebrar acuerdos de trabajo con las autoridades competentes de los terceros Estados «de acuerdo con las disposiciones pertinentes del TFUE»²⁷. Frontex ha hecho un amplio uso de esta competencia al celebrar acuerdos con un gran número de Estados e, incluso, con varias organizaciones internacionales. Sin embargo, todos los acuerdos de trabajo celebrados por Frontex contienen una cláusula sobre su estatuto jurídico, en la que se especifica que los acuerdos de trabajo no deben ser considerados tratados internacionales y que su implementación no supone el cumplimiento de obligaciones internacionales por parte de la UE²⁸. En definitiva, la intensa actividad internacional desarrollada por Frontex en los últimos años se sitúa en el marco de las relaciones exteriores de la UE y no supone que Frontex actúe de forma autónoma en las relaciones internacionales.

Por lo que se refiere a la Oficina Europea de Asilo, además de estar abierta a la participación de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza en

²⁶ En relación con Frontex *vid.* M. URREA CORREA, «El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de Frontex», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *op. cit.*, p. 244.

²⁷ Arts. 13 y 14 del Reglamento 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento (CE) núm. 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, *DO L* 304, de 22.11.2011, p. 1.

²⁸ *Vid.* a este respecto, M. FINK, «Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding “Technical Relationships”», *op. cit.*, pp. 20-35.

calidad de observadores, se prevé la posibilidad de cooperar con las autoridades de terceros Estados que tengan competencias en los aspectos técnicos de los que conoce la Oficina, en el marco de acuerdos de trabajo celebrados con dichas autoridades y de conformidad con las disposiciones pertinentes del TFUE²⁹. En el caso de la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos, que constituye una agencia de reciente creación, las previsiones contenidas en su Reglamento de creación se limitan a facilitar la participación de los países asociados a la ejecución y desarrollo del acervo de Schengen y a las medidas relativas a Eurodac³⁰. Habida cuenta de que la agencia ha sido creada para la gestión operativa del Sistema de Información de Schengen de segunda generación, del Sistema de Información de Visados y de Eurodac es lógico que sólo se refiera a los países asociados al acervo Schengen³¹.

III. EL CONTROL DEMOCRÁTICO DE LAS RELACIONES EXTERIORES DE LAS AGENCIAS DEL ELSJ

Con independencia del mayor o menor grado de autonomía de que disfrutan las agencias en el desarrollo de sus relaciones exteriores, el control político de este tipo de actividades es esencial desde la perspectiva democrática. El hecho de que actúen con cierta autonomía en las relaciones internacionales, sobre todo Europol y Eurojust, no significa que puedan obviar totalmente los controles democráticos. En todo caso, es preciso referirse a los actos fundacionales de las agencias a la hora de determinar tanto las posibilidades de desarrollar una actuación autónoma como los controles a los que están sometidas las agencias en sus relaciones exteriores. Huelga decir que en las tres agencias creadas en el marco del antiguo tercer pilar (Europol, Eurojust y Cepol) los controles democráticos eran originariamente muy limitados, si bien, como se pondrá de manifiesto a continuación, han ido mejorando en las posteriores reformas de las mismas. Ello se debe a que estas agencias fueron concebidas siguiendo un procedimiento de carácter intergubernamental en el que el Parlamento y la Comisión estaban marginados en el proceso de adopción de decisiones. La aplicación del procedimiento legislativo ordinario a la creación y modificación de Europol, Eurojust y Cepol tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa debería traer consigo una mejora sustancial de los controles democráticos del conjunto

²⁹ Reglamento núm. 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo, *DO L* 132, de 29.5.2010, p. 11.

³⁰ Reglamento núm. 1077/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, por el que se establece una Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, *DO L* 286, de 1.11.2011, p. 1.

³¹ Se podrá encargar a la Agencia la gestión de otros sistemas informáticos de gran magnitud en el ELSJ si así se prevé en los instrumentos legislativos pertinentes (art. 1 del Reglamento núm. 1077/2011).

de sus actividades y, en particular, de las relaciones exteriores³². En cambio, Frontex fue creada en el marco del antiguo TCE, y la Oficina de Asilo y la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos se han establecido tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, lo cual no ha supuesto en ninguno de los dos casos la introducción de controles democráticos suficientes en relación con las importantes funciones que desempeñan. A efectos analíticos, es preciso distinguir entre los controles ejercidos en relación con los acuerdos celebrados por las agencias y el control sobre las actividades con proyección exterior desarrolladas por las agencias.

1. El control sobre los acuerdos concluidos por las agencias

Como se ha señalado anteriormente, en las normas constitutivas de las agencias del ELSJ se prevé la posibilidad de celebrar acuerdos con terceros Estados y organizaciones internacionales en el ámbito de sus competencias, con la sola excepción de la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos. Para examinar los controles existentes en relación con este ámbito de su acción exterior es necesario examinar el procedimiento de celebración de tratados previsto y su desarrollo práctico en cada una de las agencias del ELSJ.

En el caso de Europol, se prevé en el art. 23 de la Decisión de Europol que podrá establecer relaciones de cooperación con terceros Estados y organizaciones en la medida en que sea necesario para el ejercicio de sus funciones. En la Decisión de 2009 se mejora la sistemática de las relaciones con terceros Estados y organizaciones al llevarse a cabo una regulación general en los arts. 23 y 26 de la Decisión de una cuestión que estaba regulada en diversas disposiciones del Convenio, pero no se introducen cambios sustanciales en la regulación de las relaciones internacionales de Europol. Se encomienda al Consejo determinar por mayoría cualificada las reglas relativas a las relaciones exteriores de Europol y la lista de terceros Estados y organizaciones internacionales con las que Europol puede celebrar acuerdos³³. En esta fase inicial se prevé la participación del Parlamento Europeo, ya que debe ser consultado antes de adoptar la lista de terceros Estados con los que el director de Europol puede entablar negociaciones³⁴. Corresponde al Consejo de Administración la decisión de autorizar al director de Europol el inicio de las negociaciones con una tercera parte para

³² Arts. 88.2, 85 y 87.2 del TFUE.

³³ Decisión 2009/934/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se adoptan las normas de desarrollo que rigen las relaciones de Europol con los socios, incluido el intercambio de datos personal y de información clasificada, *DO L 325*, de 11.12.2009, p. 6; y Decisión 2009/935/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se determina la lista de terceros Estados y organizaciones con los que Europol celebrará acuerdos, *DO L 325*, de 11.12.2009, p. 12.

³⁴ Art. 26.1 de la Decisión 2009/371/JAI.

celebrar un acuerdo operativo. Una vez finalizadas las negociaciones, la celebración de tales acuerdos requerirá la aprobación previa del Consejo, tras consultar al Consejo de Administración. Además, si se trata de un acuerdo operativo, el Consejo de Administración ha de contar previamente con la aprobación de la Autoridad común de control. Por tanto, nos encontramos ante un procedimiento de celebración de tratados en el que perviven rasgos de carácter intergubernamental al otorgarse una gran relevancia a la función encomendada al Consejo y un papel totalmente secundario al Parlamento Europeo. Si se tiene en cuenta que los acuerdos operativos suscritos por Europol permiten el intercambio de datos personales, que pueden afectar a los derechos de los ciudadanos, es inaceptable que no se proporcione al Parlamento información alguna a lo largo de las sucesivas etapas del proceso de celebración de este tipo de acuerdos³⁵.

La celebración de acuerdos internacionales por parte de Eurojust presenta debilidades en cuanto al control democrático similares a Europol. Así, el procedimiento de celebración de acuerdos se asemeja mucho al procedimiento examinado anteriormente en relación con Europol, pues tales acuerdos sólo podrán celebrarse tras la aprobación del Consejo por mayoría cualificada y previa consulta a la Autoridad Común de Control en relación con las disposiciones sobre protección de datos. Asimismo, Eurojust debe informar al Consejo de «los planes que tenga para entablar esas negociaciones y el Consejo llegará a las conclusiones que estime adecuadas»³⁶. En la práctica, Eurojust informa a la Presidencia del Consejo especificando las razones por las que desea iniciar las negociaciones, así como la fecha prevista para el inicio de las mismas³⁷. Ha de transcurrir un período razonable de aproximadamente dos meses entre el envío de la comunicación y el inicio de las negociaciones a fin de que el Consejo pueda adoptar las conclusiones que estime pertinentes. El inicio de las negociaciones se corresponde con la transmisión formal del modelo de acuerdo por parte de Eurojust al tercer Estado³⁸. De lo expuesto se deduce claramente que a los acuerdos internacionales celebrados por Eurojust no se les aplica el procedimiento ordinario de conclusión de tratados internacionales previsto en el TFUE y el Parlamento permanece totalmente al margen del proceso de celebración de este tipo de tratados.

Igualmente, en el caso de Cepol, no se aplica el procedimiento de celebración de tratados y los controles democráticos son inexistentes. Sin embargo, al tratarse de una agencia dedicada únicamente a la formación de

³⁵ J. LASO PÉREZ, «Las relaciones exteriores de Europol tras la adopción de la Decisión de 2009 por la que se crea Europol y la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», *op. cit.*, p. 354.

³⁶ Art. 26 bis, Decisión 2009/426/JAI.

³⁷ Eurojust's obligations *vis-à-vis* the Council of the EU before entering into negotiations on co-operation agreements and posting of Eurojust Liaison Magistrates, doc. 12479/10.

³⁸ Para una visión detallada del procedimiento de celebración de acuerdos por parte de Eurojust, *vid.* L. SURANO, «L'action extérieure d'Eurojust», *op. cit.*, pp. 213 y ss.

los funcionarios policiales de rango superior, la atribución al Consejo de un papel determinante en la celebración de los acuerdos de trabajo de Cepol, no exenta de críticas, no puede equiparse a la situación de Europol y Eurojust desde la perspectiva de las garantías democráticas.

La intensa actividad desarrollada por Frontex a nivel internacional sigue planteando cuestiones delicadas desde la perspectiva democrática y la protección de los derechos humanos. El procedimiento de celebración de los acuerdos de trabajo no aparece claramente precisado en las normas constitutivas de Frontex, por lo que es preciso referirse a la práctica desarrollada y a la Decisión del Consejo de Administración de Frontex de 1 de septiembre de 2006, en la que se establecieron las normas para negociar y concluir acuerdos de trabajo con terceros Estados y organizaciones internacionales. Corresponde al director de la Agencia negociar los acuerdos administrativos siguiendo las directrices establecidas por el Consejo de Administración en su mandato de negociación, quien además ha de aprobar finalmente el acuerdo. Asimismo, la Comisión está plenamente implicada en el proceso de celebración de este tipo de acuerdos, pues se le debe consultar antes de solicitar el mandato de negociación al Consejo de Administración y antes de proceder a la votación final. Sin embargo, la Comisión no tiene una influencia decisiva a lo largo del procedimiento, pues se trata de una simple consulta y no de un dictamen conforme³⁹.

Por lo que se refiere a la participación del Parlamento en la celebración de los acuerdos de trabajo de Frontex, el procedimiento ha experimentado algunos cambios en la reforma del Reglamento de Frontex adoptada en 2011⁴⁰. Mientras que en el Reglamento núm. 2007/2004 no se incluía ninguna referencia al Parlamento Europeo, en el Reglamento núm. 1168/2004 se prevé que «se informará plenamente al Parlamento Europeo sobre estas actividades lo antes posible» (art. 14.8). Sin embargo, el Parlamento ha criticado la lentitud de Frontex a la hora de cumplir con esta obligación⁴¹.

En principio, al tratarse de meros acuerdos administrativos que se celebran con los servicios de fronteras de los terceros Estados, es lógico que

³⁹ *Vid.* art. 14.7, Reglamento núm. 1168/2011. En la propuesta inicial de la Comisión se preveía que la conclusión de los acuerdos de trabajos estaba sometida a la obtención del dictamen favorable de la Comisión [Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council amending Council Regulation (EC) No 2007/2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex), COM (2010) 61 final].

⁴⁰ La reforma de 2011 ha proporcionado cobertura legal a las prácticas desarrolladas en las relaciones con terceros Estados por Frontex (V. MORENO-LAX, «Frontex as a global actor: External relations with third countries and international organisations», en *La dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de Lisbonne et de Stockholm: un bilan à mi-parcours*, *op. cit.*, p. 172).

⁴¹ A. SPENGEAN, «Upholding the legitimacy of Frontex: European Parliamentary Oversight», *European Security Review*, marzo de 2013, p. 7.

no se otorgue al Parlamento un protagonismo mayor. Ahora bien, a la luz de las debilidades que presenta el control democrático del conjunto de las actividades de Frontex, como se pondrá de manifiesto en el siguiente apartado de este trabajo, y del hecho de que los acuerdos de trabajo no se publican, la afirmación realizada anteriormente no es tan evidente. No parece aceptable desde la perspectiva democrática que este tipo de acuerdos sean secretos, pues se impide la posibilidad de que se desarrolle un debate público con carácter previo a su celebración. Asimismo, existe el riesgo de que este tipo de acuerdos pueda conllevar en la práctica apoyar actividades o políticas de terceros Estados que no respeten los derechos humanos. A la luz de las implicaciones que los acuerdos de trabajo de Frontex pueden tener para los derechos humanos, se ha señalado que deberían estar sometidos a la previa aprobación del Parlamento⁴². En este sentido, la falta de referencia a los derechos humanos en el art. 14.2 del Reglamento 1168/2004 se basaba en la asunción de que los acuerdos meramente administrativos no afectan a los individuos, lo que no deja de ser extraño si se tiene en cuenta que este tipo de acuerdos tratarán exclusivamente de la gestión de la cooperación operativa⁴³. Tras la modificación del Reglamento Frontex de 2011, se señala constantemente en su norma fundacional que la agencia está obligada a respetar los derechos fundamentales tanto cuando actúa autónomamente como en cooperación con terceros Estados y organizaciones internacionales. Si bien la situación dista mucho de ser satisfactoria, Frontex ha emprendido numerosas acciones encaminadas a integrar los derechos fundamentales en todas sus actividades, entre las que destaca el Plan de Acción en materia de derechos, el Foro Consultivo sobre derechos humanos y la designación de un coordinador sobre los derechos fundamentales⁴⁴.

Por lo que se refiere a la Oficina Europea de Asilo, esta agencia está destinada a desempeñar un papel muy importante en la proyección exterior del sistema europeo común de asilo⁴⁵. En el marco de las relaciones exteriores de la UE, la Oficina puede concluir acuerdos de trabajo con terceros Estados y ACNUR. Sin embargo, no está claramente explicitado en el Reglamento a quién corresponde la decisión sobre su conclusión, bien al Consejo de Administración, bien a la Comisión⁴⁶. En el art. 49 del Reglamento núm. 439/2010 se señala que «en la medida necesaria para la realización de sus funciones, la Oficina de Apoyo, de acuerdo con la Comisión y den-

⁴² Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Frontex: human rights responsibilities, Doc. 13161 8 April 2013.

⁴³ M. FINK, «Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding «Technical Relationships», *op. cit.*, p. 31.

⁴⁴ *Frontex Fundamental Rights Strategy*, de 31 de marzo de 2011.

⁴⁵ Considerandos 10, 20 y 34, y arts. 49.2, 50.1 y 53, Reglamento núm. 439/2010.

⁴⁶ F. TOSO, «Le Bureau européen en matière d'asile: représente-t-il une bonne réponse à la demande de solidarité dans les relations extérieures de l'UE?», en *La dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de Lisbonne et de Stockholm: un bilan à mi-parcours*, *op. cit.*, p. 192.

tro de los límites de su mandato, facilitará la cooperación operativa entre los Estados miembros y países terceros», y en el art. 50 se prevé que «el Consejo de Administración decidirá acerca de los acuerdos de trabajo, incluidas las repercusiones presupuestarias de los mismos», celebrados con ACNUR. Lo que está totalmente claro es que el Parlamento Europeo permanece totalmente al margen del proceso de celebración de los acuerdos de trabajo de la Oficina Europea de Asilo. Dado que este tipo de acuerdos puede tener también implicaciones serias para los derechos humanos⁴⁷, las valoraciones realizadas en torno a Frontex se pueden extrapolar a la Oficina Europea de Asilo. Sin embargo, es preciso reconocer que todavía es pronto para obtener conclusiones definitivas en relación con la acción exterior de la Oficina porque sólo han transcurrido dos años desde su puesta en marcha.

2. El control sobre las actividades exteriores de las agencias del ELSJ

Las actividades que desarrollan las agencias del ELSJ en el marco de las relaciones con terceros Estados son muy diversas y no han cesado de expandirse en los últimos años. Al tratarse de un ámbito de la acción exterior que se ha intensificado a medida que se han planteado nuevos desafíos a los que los Estados miembros no pueden proporcionar una respuesta satisfactoria de forma aislada, el control sobre las actividades exteriores de las agencias no ha sido objeto de reflexión en las sucesivas reformas de los Tratados. Antes de adentrarse en el estudio de esta cuestión, es preciso presentar algunas de las principales actividades que desarrollan las agencias en las relaciones con terceros Estados. La aproximación a la proyección exterior de las principales agencias se llevará a cabo sin ánimo de exhaustividad, ya que en la presente obra colectiva se incluyen trabajos en los que se examina minuciosamente la acción exterior de las agencias del ELSJ. El examen de algunas de las principales actividades de las distintas agencias del ELSJ servirá para poner de manifiesto las principales debilidades que presenta el control democrático de este grupo de agencias.

A. Una aproximación a las actividades exteriores de las principales agencias

Frontex es probablemente la agencia que ha experimentado un desarrollo más espectacular en la cooperación con terceros Estados en los últimos

⁴⁷ Estudio de la Dirección General de Políticas Internas del Parlamento Europeo, *Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies Frontex, Europol and the European Asylum Support Office*, agosto de 2011, p. 77.

años. Por ello, en la reforma introducida por el Reglamento núm. 1168/2011 se ha tratado de proporcionar cobertura legal a las prácticas desarrolladas en las relaciones con terceros Estados. Con el objetivo de facilitar la cooperación operativa con las autoridades de terceros Estados la agencia puede adoptar varias formas de cooperación⁴⁸. En primer lugar, Frontex puede enviar y recibir funcionarios de enlace sobre una base de reciprocidad, con objeto de contribuir a la prevención y lucha contra la inmigración ilegal y al retorno de emigrantes ilegales, a condición de que se respete un nivel mínimo de derechos humanos en el tercer país. En segundo lugar, Frontex podrá invitar a observadores de terceros países a participar en las iniciativas de las agencias relativas a las operaciones conjuntas y proyectos piloto, análisis de riesgos y formación. La participación de estos observadores ha de realizarse con el acuerdo del Estado o Estados miembros afectados. En tercer lugar, la agencia podrá beneficiarse de la financiación de la Unión en el marco de las relaciones exteriores con el objetivo de poner en marcha proyectos de asistencia técnica en terceros países.

Los acuerdos de trabajo, examinados anteriormente, constituyen un instrumento muy importante para implementar y desarrollar las relaciones exteriores de Frontex⁴⁹. El contenido de los acuerdos de trabajo concluidos hasta la fecha es bastante similar. Este tipo de acuerdos incluye generalmente un compromiso en materia de intercambio de información, previsiones encaminadas a elaborar y coordinar operaciones conjuntas y proyectos piloto, así como cláusulas relativas a la cooperación en materia de análisis de riesgos, desarrollos técnicos en la gestión de los controles fronterizos y formación. La cooperación con terceros Estados es necesaria en aras de promover las normas de la UE en materia de gestión de fronteras, entre las que se confiere actualmente una gran importancia al respeto de los derechos fundamentales⁵⁰. Entre las numerosas actividades de formación desarrolladas por Frontex destaca el *European Joint Masters in Strategic Border Management*, que está previsto comience a implementarse en el curso académico 2015-16. En un principio, el Máster va dirigido únicamente a altos funcionarios policiales de los Estados miembros implicados en la gestión de las fronteras. Es de esperar que a medio o largo plazo se permita la participación

⁴⁸ Art. 14, Reglamento núm. 1168/2011.

⁴⁹ *Vid.* a este respecto M. FINK, «Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding «Technical Relationships»», *op. cit.*, pp. 20-35; M. URREA CORREA, «El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de Frontex», *op. cit.*, p. 246.

⁵⁰ La gestión fronteriza en la UE desborda el objeto del presente trabajo. Se puede consultar entre otros, los siguientes trabajos: S. CARRERA y P. HOOBING, «Integrated Border Management at the EU Level», en T. BALZACQ, S. CARRERA (eds.), *Security versus Freedom? A Challenge for Europe's Future*, Hampshire, Ashgate, 2006, pp. 155-182; P. HOOBING, «The management of the EU's external borders; from the customs union to Frontex and e-borders», en E. GUILD, et al. (eds.), *The area of freedom, security and justice ten years on: successes and future challenges under the Stockholm Programme*, Brussels, CEPS, 2010, pp. 63-72.

de alumnos procedentes de los Estados vecinos en aras de promover las normas de la UE en materia de gestión de fronteras.

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la principal actividad exterior que desarrolla Europol es la posibilidad de proceder al intercambio de información con terceros Estados en el marco de los acuerdos celebrados por la agencia⁵¹. La naturaleza de la cooperación entablada depende del tipo de acuerdo celebrado. Mientras que los acuerdos estratégicos permiten únicamente el intercambio de información genérica, los acuerdos operativos facilitan también el intercambio de datos personales. No obstante, Europol podrá también transmitir datos personales e información clasificada a terceros Estados cuando el director de Europol considere que la transmisión de dichos datos es necesaria para proteger intereses esenciales «o con el fin de prevenir un peligro asociado a delitos o actos terroristas»⁵².

Es preciso también hacer referencia al nuevo cometido atribuido a Europol en el marco del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos relativo al tratamiento y transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efecto del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo (TFTP) de 2010, conocido como «Acuerdo SWIFT»⁵³. Este acuerdo establece el procedimiento a seguir para la obtención por parte de las autoridades estadounidenses de datos de mensajería financiera para «la prevención, investigación, detección o persecución del terrorismo o de la financiación del terrorismo que estén almacenados en el territorio de la Unión Europea» por parte de los proveedores designados⁵⁴. Corresponde a Europol comprobar que las solicitudes de las autoridades norteamericanas cumplen con los requisitos previstos en el Acuerdo, entre los que destacan las exigencias en materia de protección de datos. El cumplimiento de este mandato puede entrar en contradicción con las fun-

⁵¹ *Vid.* Decisión 2009/934/JAI.

⁵² Art. 22.8, Decisión Europol.

⁵³ Decisión del Consejo 2010/16/PESC/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos, a efectos del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo, *DOUE L 8*, de 13.1.2010, p. 9. Para un examen minucioso del acuerdo SWIFT, *vid.* M. CREMONA, «Justice and Home Affairs in a Globalised World: Ambitions and Reality in the tale of the EU-US SWIFT Agreement», *Institute for European Integration Research, Austrian Academy of Sciences*, Working Paper, No 04/2011; M. GOEDE, «The SWIFT affair and the Global Politics of European Security», *Journal of Common Market Studies*, 2012, vol. 50, pp. 214-230; V. MITSILEGAS, «EU-US Co-operation in Criminal Matters post-9/11: Extradition, Mutual Legal Assistance and the Exchange of Police Data», *European Foreign Affairs Review*, 2003, vol. 8, pp. 515-536; P. PAWLAK (ed.), *The EU-US security and justice agenda in action*, EUISS Chaillot Paper, 2012; V. PFISTERER, «The Second SWIFT Agreement between the European Union and the United States of America-An overview», *German Law Journal*, 2011, vol. 11, pp. 1173-1179; J. SANTOS VARA, «El Acuerdo SWIFT con Estados Unidos: génesis, alcance y consecuencias», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *op. cit.*, pp. 355-380.

⁵⁴ Art. 4 del Acuerdo SWIFT.

ciones asignadas a Europol, e incluso con las previsiones incluidas en el propio Acuerdo. En efecto, en el art. 10 del Acuerdo SWIFT se prevé que Europol podrá solicitar información obtenida a través del Programa TFTP si considera que una persona o entidad está relacionada con el terrorismo. A este respecto, el supervisor Europeo de Protección de Datos ha señalado que «resulta difícil conciliar esta facultad de Europol, que puede ser importante para el cumplimiento de la función de Europol, y que requiere mantener buenas relaciones con el Tesoro de los Estados Unidos, con la función de Europol de asegurar una supervisión independiente»⁵⁵. Asimismo, se debe resaltar que no se contempla expresamente en el propio Acuerdo la posibilidad de que Europol rechace la entrega de los datos requeridos por los Estados Unidos, y no se conoce ninguna solicitud de entrega de datos que haya sido denegada por Europol⁵⁶. Europol ha sido muy criticada por la asunción y el desarrollo de esta función, pero se trata de una tarea que no había solicitado y que no se enmarca claramente en su mandato⁵⁷. La agencia está sometida a la Autoridad Común de Control (ACC) en materia de protección de datos⁵⁸. Sin embargo, la ACC no tiene la capacidad de bloquear la transmisión de datos innecesarios o desproporcionados a las autoridades norteamericanas. Es preciso señalar que tampoco se permite al Parlamento Europeo supervisar la intervención de Europol en el marco del Acuerdo SWIFT⁵⁹. La clasificación de este tipo de información como EU Secret bloquea la posibilidad de que el Parlamento supervise realmente la implementación del mandato conferido a Europol⁶⁰.

Eurojust, al igual que Europol, puede recibir y enviar datos a terceros Estados al margen de la existencia de acuerdos en vigor. Eurojust puede utilizar directamente la información procedente de terceros Estados u orga-

⁵⁵ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos sobre el tratamiento y transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, *DO C 355*, de 29.12.2010, apart. 25.

⁵⁶ «Europol JSB inspects for the second year the implementation of the TFTP Agreement», *Europol JSB Press Statement*, Brussels, 14 de marzo de 2012.

⁵⁷ European Parliament, *Parliamentary oversight of security and intelligence agencies in the European Union*, 2011, p. 46.

⁵⁸ Art. 34, Decisión Europol.

⁵⁹ *Vid.* E. FAHEY, «Law and Governance as Checks and Balances in Transatlantic Security: Rights, Redress, and Remedies in EU-US Passenger Name Records and the Terrorism Finance Tracking Program», *Yearbook of European Law*, 2013, pp. 1-21; J. SANTOS VARA, «Transatlantic counter-terrorism cooperation agreements on the transfer of personal data: a test for democratic accountability in the EU», en D. CURTIN y E. FAHEY (eds.), *A Transatlantic Community of Law? Legal Perspectives on the Relationship between the EU and US legal orders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 (en prensa).

⁶⁰ En relación con el tratamiento de la información clasificada y la intervención del Parlamento Europeo en la celebración de tratados internacionales, resulta de gran interés el trabajo de D. CURTIN, «Official Secrets and the Negotiation of International Agreements: is the EU Executive Unbound?», *Common Market Law Review*, 2013, 50, pp. 423-458.

nizaciones internacionales, incluidos los datos personales, «siempre que sea necesario para la legítima realización de su misión», e igualmente, Eurojust puede transmitir directamente la información, a excepción de los datos personales, a terceros Estados u organizaciones internacionales «siempre que sea necesario para la legítima realización de la misión de los receptores» y el miembro nacional del Estado miembro que haya facilitado tal información dé su consentimiento para su transmisión⁶¹. Igualmente, en el nuevo art. 27 bis de Eurojust se prevé la posibilidad de enviar magistrados de enlace en comisión de servicios a un tercer Estado con el fin de facilitar la cooperación judicial.

B. La debilidad del control democrático de las agencias del ELSJ

Indudablemente, el control más relevante que viene ejerciendo el Parlamento Europeo en relación con las agencias del ELSJ se deriva del hecho de que se financian principalmente a través del presupuesto general de la UE. Al ser el Parlamento la autoridad presupuestaria junto con el Consejo, los Comités sobre Presupuestos y Control presupuestario están implicados en la elaboración y supervisión del presupuesto de las agencias. En las normas creadoras de todas las agencias se prevé el control parlamentario en la elaboración del presupuesto y en el control de su ejecución⁶². El descargo del presupuesto le proporciona al PE medios para controlar y supervisar la ejecución presupuestaria de las agencias. El debate en los dos comités del Parlamento que se ocupan del tema le da la oportunidad al Parlamento para reclamar cambios y mejoras en la gobernanza de las agencias⁶³.

Las agencias del ELSJ, al igual que la generalidad de las agencias, están obligadas a elaborar un programa de trabajo y un informe anual de sus actividades, que han de ser transmitidos al Parlamento Europeo a título informativo⁶⁴. Aunque estos documentos informan sobre las actividades de las agencias y son examinados por la Comisión de Libertades Civiles, Jus-

⁶¹ Art. 26 bis, aparts. 5 y 6, y art. 27 Decisión 2009/426.

⁶² Arts. 29 y 30 del Reglamento de Frontex; art. 58 de la Decisión de Europol; arts. 34, 35 y 36 de la Decisión de Eurojust; arts. 15 y 16 de la Decisión de Cepol; arts. 36 y 36 del Reglamento por el que se crea la Oficina Europea de Apoyo al Asilo; y arts. 32 y 33 del Reglamento por el que se crea la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el ELSJ.

⁶³ M. BUSUIOC, «Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies», *op. cit.*, pp. 599-615.

⁶⁴ Art. 20.2, Reglamento de Frontex; art. 37 de la Decisión Europol, arts. 10 y 12 de la Decisión por la que se crea Cepol, art. 29 del Reglamento por el que se crea Oficina Europea de Apoyo al Asilo y art. 9 del Reglamento por el que se crea la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud. En el caso de Eurojust, corresponde a la Presidencia del Consejo remitir al Parlamento el informe anual sobre los trabajos de la agencia (art. 32, Decisión Eurojust).

ticia y Asuntos de Interior (LIBE), no dan lugar a una evaluación de las actividades de cada una de las agencias por el Parlamento.

Una de las debilidades que presenta el control democrático de las agencias del ELSJ se deriva del hecho de que el Parlamento Europeo no participa en el nombramiento del director de las agencias. El Parlamento no es consultado en el proceso de nombramiento de los directores de Europol, Frontex y Cepol. En cambio, en las dos agencias de reciente creación (Agencia Europea de Apoyo al Asilo y Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud), el candidato seleccionado por el Consejo de Administración tiene que comparecer ante la comisión o comisiones competentes del Parlamento, el cual ha de adoptar una opinión sobre el candidato seleccionado. Asimismo, el Consejo de Administración de las agencias ha de informar al Parlamento de la manera en que dicho dictamen se haya tenido en cuenta⁶⁵. Esta nueva fórmula se puede interpretar como una respuesta positiva a los esfuerzos desarrollados para mejorar la gobernanza y *accountability* de las agencias⁶⁶. Asimismo, en el marco de la Agencia Europea de Apoyo al Asilo se ha creado un foro consultivo con el objetivo de servir de cauce de diálogo entre la Agencia y la sociedad civil⁶⁷.

En la Decisión Europol de 2009 se ha introducido una posibilidad original en aras de mejorar el control democrático de las actividades de esta agencia. El presidente del Consejo de Administración y el director de Europol han de comparecer en cualquier momento ante el Parlamento, a petición de éste, para tratar cuestiones relativas a Europol⁶⁸. Por lo que se refiere a la adopción de las decisiones relativas al funcionamiento y al desarrollo de los poderes de Europol, la Decisión de 2009 no ha aportado cambio alguno, esto es, el contenido del dictamen del Parlamento no es vinculante para el Consejo⁶⁹. El mero encaje del Convenio Europol en el ámbito de la cooperación penal y policial no ha proporcionado una solución satisfactoria para paliar el déficit democrático de un órgano que desarrolla funciones de gran relevancia en la lucha contra la delincuencia organizada⁷⁰. El control ejercido por el Parlamento sobre Europol debería reforzarse en

⁶⁵ Art. 18 del Reglamento por el que se crea la Agencia Europea para la gestión operativa; y art. 30 del Reglamento sobre la Oficina Europea de Apoyo al Asilo.

⁶⁶ *Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies Frontex, Europol and the European Asylum Support Office, op. cit.*, p. 33.

⁶⁷ Art. 51, Agencia Europea de Apoyo al Asilo.

⁶⁸ Art. 48, Decisión 2009/371/JAI.

⁶⁹ Para un examen minucioso de las debilidades que presenta el control democrático y judicial de Europol, *vid.* J. SANTOS VARA, «El desarrollo de las competencias de la Oficina Europea de Policía (EUROPOL): El control democrático y judicial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, núm. 14, pp. 141-179.

⁷⁰ J. SANTOS VARA, «Las consecuencias de la integración de Europol en el Derecho de la Unión Europea (Comentario a la Decisión del Consejo 2009/371/JAI, de 6 de abril de 2009)», *Revista General de Derecho Europeo*, 2010, núm. 20.

cumplimiento de las previsiones incluidas en el Programa de Estocolmo a tales efectos. En este sentido, en la reciente propuesta de Reglamento de Europol se incluyen medidas de gran relevancia en aras de incrementar el control democrático de esta agencia, que están en consonancia con la Comunicación de la Comisión de 2010 «*on the procedures for the scrutiny of Europol's activities by the European Parliament together with national Parliaments*»⁷¹. Destaca la obligación de Europol de informar y transmitir al Parlamento Europeo y a los parlamentos nacionales las valoraciones de las amenazas, análisis estratégicos e informes generales de situación relacionados con los objetivos de Europol, así como los convenios de colaboración celebrados con terceros Estados y organizaciones internacionales. A tales efectos será preciso celebrar un convenio de colaboración entre Europol y el Parlamento Europeo⁷².

La obligación del director de informar al Parlamento cuando éste lo solicita ha sido incluida en las dos agencias creadas con posterioridad⁷³. En cambio, en la reforma del Reglamento Frontex, llevada a cabo en 2011, no se ha querido transformar la posibilidad existente de invitar al director ejecutivo para que informe al Parlamento sobre la ejecución de sus funciones en una obligación de comparecer cuando sea requerido por la institución en la que están representados los ciudadanos europeos⁷⁴. En el pasado, altos funcionarios de Frontex han declinado participar en los debates organizados en el Parlamento sobre la gestión de la frontera marítima en el sur de Europa⁷⁵. Una de las dificultades a las que se enfrenta la supervisión parlamentaria de Frontex, al igual que en la generalidad de las agencias del ELSJ, es el acceso a la información clasificada⁷⁶. El propio Parlamento Europeo ha abogado por el establecimiento de un marco legal que permita el acceso a esta información. Así, se ha propuesto la creación de un subcomité LIBE dedicado únicamente a la supervisión parlamentaria de las agencias del ELSJ⁷⁷. Un subcomité de estas características constituye la solución ideal para hacer frente a las debilidades que caracterizan el control democrático

⁷¹ COM (2010) 776 final, 17 diciembre de 2010.

⁷² En relación con el tratamiento de la información clasificada y la intervención del Parlamento Europeo en la celebración de tratados internacionales, resulta de gran interés el trabajo de D. CURTIN, «Official Secrets and the Negotiation of International Agreements: is the EU Executive Unbound?», *op. cit.*, pp. 423-458.

⁷³ Art. 31, del Reglamento núm. 439/2010, en relación con la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, y art. 17 del Reglamento núm. 1077/2011, por el que se establece la Agencia Europea para la gestión de sistemas informáticos de gran magnitud.

⁷⁴ Art. 25.2 del Reglamento Frontex.

⁷⁵ A. BALDACCINI, «Extraterritorial Border Controls in the UE: the Role of Frontex in Operations at Sea», en B. RYAN y V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, p. 236.

⁷⁶ Para una visión de conjunto sobre la supervisión parlamentaria de Frontex, *vid.* A. SPENGMAN, «Upholding the legitimacy of Frontex: European Parliamentary Oversight», *op. cit.*

⁷⁷ European Parliament, *Parliamentary oversight of security and intelligence agencies in the European Union*, *op. cit.*

de las agencias del ELSJ. Obviamente, la creación de este subcomité debería venir acompañada de las necesarias garantías con el objetivo de garantizar la confidencialidad de la información.

El análisis del marco jurídico-político de la dimensión exterior de las agencias del ELSJ se enmarca, como se ha señalado en la introducción, en la reflexión en torno al lugar y función que desempeñan las agencias en la UE, desarrollada en los últimos años⁷⁸. Con el objetivo de mejorar la situación actual y, en particular, la coherencia, efectividad, *accountability* y transparencia de las agencias, el Parlamento, el Consejo y la Comisión crearon en 2009 un grupo de trabajo de carácter intersistitucional. Los resultados de este diálogo interinstitucional se han plasmado en la Declaración común sobre las agencias descentralizadas de 2012 y en el Plan de seguimiento para implementar la Declaración, elaborado posteriormente por la Comisión. En la Declaración común se prevén normas para armonizar las prácticas en materia de control del conjunto de las agencias⁷⁹. En primer lugar, se señala que la Comisión debe ser consultada y emitir su opinión en relación con el programa anual de trabajo o en su caso multi-anual de las agencias, tal y como se prevé ya en los actos constitutivos de muchas agencias. Si se elabora un programa de carácter multianual se debe consultar al Parlamento con el objetivo de proceder a un intercambio de puntos de vista sin que los resultados del mismo sean vinculantes para las agencias, pero cuando se trata de un programa anual se debe continuar la práctica actual de presentarlo ante el comité correspondiente del Parlamento por el director de la agencia. Asimismo, se señala que el informe anual debe ser enviado al Tribunal de Cuentas, al Parlamento, al Consejo y la Comisión. En segundo lugar, además de las evaluaciones solicitadas por la Comisión que se refieren a las actividades y funcionamiento de las agencias en su globalidad, se prevé una medida novedosa en lo que se refiere al control político de las agencias. Si la Comisión tiene serias dudas para sospechar que el consejo de administración de una agencia se dispone a adoptar decisiones contrarias al mandato de la agencia o los objetivos de la UE, la cuestión puede ser

⁷⁸ Sobre los precedentes de este debate, *vid.* E. BERNARD, «Accord sur les agences européennes: la montagne accouche d'une souris», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2012, núm. 3, p. 429; F. COMTE, «Agences européennes: relance d'une réflexion interinstitutionnelle européenne», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2008, núm. 3, pp. 461-501.

⁷⁹ En la Declaración común se parte de la idea de que la creación de las agencias no ha venido acompañada de una reflexión de conjunto sobre su rol y posición en la Unión. Como consecuencia de la importancia que han adquirido las agencias, desde hace algunos años la Comisión ha intentado elaborar normas comunes en relación con su funcionamiento, y en general sobre su lugar en el sistema institucional de la Unión. La Comisión presentó en 2005 un proyecto de acuerdo interinstitucional, en el que proponía un mínimo de principios y reglas en relación con la creación, funcionamiento y control de las agencias. El Consejo consideró que la adopción de un acuerdo interinstitucional de estas características era contrario a los Tratados porque tenía un carácter vinculante, por lo que fue rechazado [*Draft Interinstitutional agreement on the operating framework for the European regulatory agencies*, COM (2005) 59 final, 25.2.2005].

planteada por la Comisión ante el consejo de administración a fin de que se abstenga de adoptar la decisión (*Alert/warning system*). En el caso de que no se siga su recomendación, la Comisión informará al Parlamento y al Consejo con el objetivo de que las tres instituciones puedan reaccionar rápidamente. En tercer lugar, en la Declaración común se dedican varias disposiciones al control financiero de las agencias. Dado que las agencias gestionan una cantidad de recursos importante, es lógico que sean sometidas a controles particularmente intensos. El control financiero es llevado a cabo no sólo por el servicio de auditoría interna de la Comisión y por el Tribunal de Cuentas, sino también por el servicio de auditoría de las propias agencias.

Tanto en la Declaración común sobre las agencias descentralizadas de 2012 como en el Plan de seguimiento para implementar la Declaración, elaborado posteriormente por la Comisión, se presta atención específicamente a las relaciones internacionales de las agencias en aras de lograr mayor transparencia. En las agencias en que se prevea la cooperación con terceros Estados u organizaciones internacionales se debe elaborar una estrategia para desarrollar estas actividades, que tiene que ser incluida en el programa anual o multianual de trabajo. La estrategia ha de garantizar que las agencias actúan dentro de su mandato, y no son consideradas como representantes de la Unión en las relaciones internacionales. A tales efectos, está previsto la firma de acuerdos de trabajo entre las agencias y las Direcciones Generales de las que dependen en 2014⁸⁰.

Como se puede apreciar de la exposición realizada anteriormente, la Declaración común de 2012 no supone la introducción de mecanismos realmente novedosos en materia de responsabilidad de las agencias, a excepción del *Alert/warning system*. Este sistema de alerta confirma que la Comisión tiene competencias importantes sobre la supervisión de las agencias, de modo que puede influir en su funcionamiento a través de su participación en el consejo de administración. Las esperanzas que suscitó el proceso de elaboración de la Declaración común no han resultado satisfechas, pues las cuestiones más sensibles que plantean las agencias, tales como los límites a los poderes que pueden ser objeto de delegación o la responsabilidad de las agencias, no han sido realmente abordadas por las instituciones⁸¹.

IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS AGENCIAS DEL ELSJ

En principio, las agencias del ELSJ no están dotadas de poderes para adoptar decisiones que tengan efectos jurídicos vinculantes para terceros ni tampoco disponen de facultades para adoptar decisiones de carácter opera-

⁸⁰ *Roadmap on the follow-up to the Common Approach on EU decentralised agencies*, p. 5.

⁸¹ E. BERNARD, «Accord sur les agences européennes: la montagne accouche d'une souris», *op. cit.*, p. 429.

tivo. Se trata de agencias creadas para facilitar y coordinar la cooperación operativa entre las autoridades de los Estados miembros. Por esta razón, la posibilidad de ejercer un control de legalidad de las actividades exteriores de las agencias, y en particular de los acuerdos celebrados con terceros Estados y organizaciones internacionales, no es muy probable que se vaya a plantear en la práctica. Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto en los apartados anteriores de esta contribución, las actuaciones de las agencias pueden afectar directamente a los derechos fundamentales. En consecuencia, es necesario examinar las vías de recurso que ofrece el ordenamiento jurídico de la Unión Europea para controlar la legalidad de las diversas acciones que pueden emprender las agencias en su proyección exterior y, en particular, de los acuerdos internacionales.

Es necesario señalar que en las normas constitutivas de las agencias no se han incluido disposiciones específicas sobre el control judicial de sus actividades, con la salvedad de las normas en las que se regula la responsabilidad extracontractual por los daños causados por sus agentes en el ejercicio de sus funciones⁸². La única excepción es Europol, ya que en la Decisión de 2009 se prevé que el control jurisdiccional de Europol se realizará de conformidad con el antiguo art. 35 del TUE⁸³. Sin embargo, la extensión de la jurisdicción del Tribunal de Justicia a todo el ELSJ se ha retrasado por un período máximo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁸⁴. Las limitaciones que se derivan de la aplicación de esta disposición desaparecerán el 1 de diciembre de 2014.

En la actualidad, el Tratado de Lisboa introdujo expresamente la posibilidad de plantear un recurso de nulidad en relación con los actos de las agencias. En el art. 263 TFUE se prevé que el Tribunal de Justicia «controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros». Dentro del concepto de organismo previsto en el art. 263 TFUE se puede incluir a todas las agencias de la UE a excepción de las agencias PESC, pues la competencia del Tribunal de Justicia es excluida en virtud del art. 24 TUE⁸⁵. El control judicial de las agencias fue objeto de reflexión en el marco de los trabajos de la Convención Europea con el objetivo de extender el control judicial a todos los actos de las agencias. La Convención Europea conside-

⁸² Art. 19 del Reglamento 2007/2004 en el caso de Frontex; art. 45 del Reglamento núm. 439/2010, por que se crea la Oficina Europea de Apoyo al Asilo; y art. 24 del Reglamento núm. 107/2011, Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el ELSJ.

⁸³ Decisión 2009/371/JAI.

⁸⁴ Protocolo sobre las disposiciones transitorias, art. 10.

⁸⁵ En este sentido se manifiesta también C. BILLET, «Le contrôle des relations extérieures des agences ELSJ après Lisbonne», *op. cit.*, p. 118.

ró que los principios de legalidad y de protección jurisdiccional efectiva exigen que las agencias no queden al margen del control judicial⁸⁶.

En realidad, el Tribunal General ya había aceptado antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la posibilidad de plantear un recurso de nulidad contra un acto de una agencia en el asunto *Sogelma*⁸⁷. Sobre la base de la sentencia *Les Verts*, el Tribunal General afirmó que «un acto que emana de un organismo comunitario y que debe producir efectos jurídicos frente a terceros no puede escapar al control judicial del juez comunitario»⁸⁸. A la luz del análisis de la proyección exterior de las agencias realizado con anterioridad, es indiscutible que la mayoría de las actividades exteriores que realizan las agencias no están destinadas a producir efectos jurídicos frente a terceros. Además, es preciso tener en cuenta que el Tribunal de Justicia interpreta de forma muy restrictiva el acceso a la jurisdicción comunitaria. En consecuencia, sólo será posible controlar la legalidad de los verdaderos tratados internacionales, y no de los denominados acuerdos de trabajo que no implican la asunción de obligaciones internacionales por parte de la Unión.

Como se ha señalado en las primeras páginas de este capítulo, los acuerdos de trabajo celebradas por Frontex, Cepol, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo y la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos no constituyen verdaderos acuerdos internacionales. Incluso en el caso de los acuerdos celebrados por Frontex, se incluye sistemáticamente una cláusula en la que se señala expresamente que la implementación de los mismos no supone el cumplimiento de obligaciones internacionales por parte de la Unión. Ante la indiscutible voluntad de los Estados de no dotar a este grupo de agencias de la competencia para celebrar acuerdos internacionales, queda totalmente excluida la posibilidad de plantear un recurso de nulidad. En cambio, Europol y Eurojust disponen de la capacidad de celebrar acuerdos internacionales y han hecho un amplio uso de la misma en los últimos años. En consecuencia, es posible someter al control de legalidad los acuerdos internacionales de Europol y Eurojust en el marco de las limitadas posibilidades que ofrece el antiguo art. 35 TUE. Una vez que en diciembre de 2014 desaparezcan las limitaciones que se derivan de esta disposición, se podrá aplicar plenamente la jurisprudencia clásica sobre el control judicial de los tratados internacionales a los acuerdos celebrados por Europol y Eurojust⁸⁹.

⁸⁶ Convención Europea, Círculo de Discusión sobre el Tribunal de Justicia, working document núm. 9, 10 de marzo de 2003.

⁸⁷ Sentencia de 8 de octubre de 2008, *Sogelma*, T-411/06.

⁸⁸ Apart. 48, sentencia *Sogelma*.

⁸⁹ *Vid.*, entre otras, Sentencias de 9 de agosto de 1994, *Francia c. Comisión*, C-327/91, Rec. p. I-3641 y de 3 de diciembre de 1996, *Portugal c. Consejo*, C-268/94, Rec. 1996, p. I-6177.