

LA REFUNDACIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS, TERCER PILAR Y SCHENGEN: EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Por ALEJANDRO VALLE (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SITUACIÓN ANTERIOR AL TRATADO DE AMSTERDAM.—III. LA REFUNDACIÓN OPERADA POR EL TRATADO DE AMSTERDAM: 1. *Un nuevo objetivo global de la UE: el Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.* 2. *El nuevo Título TCE «Visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas».* 3. *El nuevo Tercer Pilar: la cooperación policial y judicial en materia penal.* 4. *La incorporación del acervo Schengen a la Unión Europea.* 5. *Las consecuencias para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.*—IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El ideal de la libre circulación de las personas físicas y de la supresión de controles en las fronteras entre los Estados miembros ha trascendido su configuración originaria de objetivo económico comunitario para convertirse en un elemento político capital del proyecto de la integración

(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Director del Centro de Documentación Europea, Universidad de Granada.

Letrado, luego Jefe del Gabinete del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1991-1998.

europea, progresivamente vinculado con cada vez mayor fuerza con aspectos relativos a ciudadanía y de derechos humanos en el «espacio público» (1) o «espacio constitucional» común europeo (2). Particularmente desde mediados de los años ochenta, este objetivo de la libre circulación y de sus importantes consecuencias ha tenido en sus diversas facetas de aplicación práctica, una proyección muy diversificada y desarticulada legal, política e institucionalmente.

En efecto, trascendiendo el restrictivo objetivo comunitario de la libre circulación económica de trabajadores y personas, existen actualmente, junto a las disposiciones genéricas comunitarias sobre el establecimiento del mercado interior como un *espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada* (art. 7A TCE), elementos relativos a la cooperación intergubernamental desarrollada de facto durante algún tiempo en el marco de la Cooperación Política Europea (CPE) (3), conjuntamente con un ensayo valeroso de Derecho internacional público que en paralelo y complementariamente al Derecho comunitario pretendía precisamente este objetivo de la libre circulación de personas (los Convenios de *Schengen*), además de un tratamiento por el Tratado de la Unión Europea (TUE) establecido en Maastricht de determinados aspectos vinculados al mismo, en el ámbito comunitario y del Tercer Pilar inscrito en el TUE (Cooperación en los Ambitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior-CAJI).

Estos ámbitos, de confusa implicación de competencias estatales y comunitarias, en realidad se encontraban conexos por una imperiosa necesidad política y funcional de cooperación entre los Estados miembros y entre éstos y la CE/UE al objeto de suprimir los controles fronterizos de personas y de prever sus consecuencias directas e indirectas a todos los niveles (cruce de fronteras interiores, exteriores, entrada y residencia de naciona-

(1) Vid. D. J. LIÑÁN NOGUERAS, «La ciudadanía de la Unión Europea» en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS - D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid 1993, pp. 271-295, y p. 293.

(2) Vid. las referencias al «espacio constitucional» común de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS - A. VALLE GÁLVEZ, «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (R.I.E.), 1997-2, pp. 329-376, en pp. 366-ss.

(3) Vid. A. MANGAS MARTÍN - D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid 1996, Cap. XXVIII, en particular pp. 698-700.

les comunitarios y de terceros países, asilo, inmigración, lucha contra la delincuencia internacional, cooperación judicial, aduanera, policial y penal, etc). Esta necesidad, que no se había visto acompañada de una adecuada ordenación y eficiente regulación práctica en Derecho originario, se había agudizado particularmente con la entrada en vigor del Acta Unica Europea (AUE) y del TUE, y de sus disposiciones sobre la libre circulación de personas y de ciudadanos en el mercado interior y la consecuente supresión virtual de las fronteras a estos efectos.

Una de las principales aportaciones del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 ha sido la de transformar de forma cualitativa el marco y la regulación jurídica de esta serie de ámbitos que recogen las implicaciones diversificadas de un mismo fenómeno, agrupándolos bajo el TUE y el TCE y recomponiéndolos bajo unos objetivos comunes. En efecto, a pesar de los defectos y lagunas del nuevo Tratado (4), en lo relativo a estas materias el Tratado de Amsterdam ha operado una suerte de racionalización y reestructuración material y teórica —en realidad, una verdadera refundación jurídica, institucional y política de estos ámbitos.

Tras exponer en primer lugar brevemente la situación y problemática existentes en relación a estos temas con anterioridad al Tratado de Amsterdam, este trabajo pretende analizar y calibrar las consecuencias de la nueva regulación, ofreciendo finalmente algunas reflexiones.

II. LA SITUACIÓN ANTERIOR AL TRATADO DE AMSTERDAM

En el momento en que discurre la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 1996 que dio origen al Tratado de Amsterdam, estas materias relativas a la libre circulación de personas y a sus consecuencias se encontraban contempladas básicamente por el ámbito comunitario, por el corpus normativo surgido de los Pactos de *Schengen*, y por el Tercer Pilar de la Unión (5).

(4) Una visión crítica en Jean-Victor LOUIS, «Le traité d'Amsterdam - Une occasion perdue?», *R.M.U.E.*, 1997-2, pp. 5-18; para una valoración caústica, F. DEHOUSSE, «Le traité d'Amsterdam, Reflet de la nouvelle Europe», *C.D.E.* 1997, 3-4, pp. 265-273.

(5) Aparte de los trabajos desarrollados en el marco de la Cooperación intergubernamental a doce, vid. A. BOIXAREU CARRERA, «Los trabajos del grupo de coordinadores para la libre circulación de personas: el 'Documento de Palma'» *Gaceta Jurídica de la CE* B-48, 1989, pp. 3-11.

La limitativa normativa originaria del TCEE en materia de libre circulación económica no discriminatoria se había visto redimensionada por el AUE con la noción de mercado interior como *espacio sin fronteras interiores* en el que la libre circulación de personas queda garantizada, posteriormente acompañada de un derecho de residencia (6). El Tratado de Maastricht comportó determinados añadidos en la regulación de estos ámbitos, previendo una cierta actuación bajo el pilar comunitario en determinadas materias (7), principalmente los derechos de la ciudadanía europea, en particular el *derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros* (8). La regulación del TCE no ha conseguido sin embargo hasta la fecha la supresión absoluta de controles en el cruce de fronteras interiores, por problemas de delimitación competencial comunitaria y estatal y de determinación del alcance jurídico práctico de los arts. 7A y 8A (9).

(6) Se trata de la libre circulación de personas en sentido económico que garantiza el Título III TCE y el derecho de circulación y residencia de las Directivas del Consejo, basadas en el art. 235 TCE, 90/364/CEE de 28.6.90 relativa al derecho de residencia, DOCE L 180 de 13.7.90, pp. 26-27; 90/365/CEE de 28.6.90 relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, DOCE L 180 de 13.7.90, pp. 28-29; y 93/96/CEE de 29.10.93 relativa al derecho de residencia de los estudiantes, DOCE L 317 de 18.12.93, pp. 5-ss, esta última Directiva basada en el art. 7 TCEE (art. 6 TCE) tras la anulación por el TJCE de la Directiva 90/366/CEE. Al respecto, puede verse P. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa Comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 45-ss.; M. I. LIROLA DELGADO, *Libre circulación de personas y Unión Europea* Civitas, Madrid, 1994, Caps. I-III.

(7) Como el establecimiento de países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado para el cruce de fronteras exteriores, art. 3.d y 100 C TCE, vid. Reglamento del Consejo 2317/95/CE de 25.9.95 por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, DOCE L 234 de 03.10.95, pp. 1-ss; Reglamento del Consejo 1683/95/CE de 29.5.95 por el que se establece un modelo uniforme de visado, DOCE L 164 de 14.7.95, pp. 1-ss., ambos basados en el art. 100 C TCE.

(8) Art. 8A.1: *Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.*

(9) Sobre la problemática imprecisión al respecto del art. 7A, puede verse P. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, *op. cit.* nota 6, pp. 103-109; M. I. LIROLA, *op. cit.*, nota 6, pp. 191-201. Sobre el alcance del derecho de libre circulación y residencia del art. 8A como un derecho de la ciudadanía europea, en particular su efecto di-

Por otra parte, el Tratado de Maastricht había instituido la CAJI como un título del TUE separado de los tratados relativos a las CCEE, aunque integrado en la acción global de la UE. El enfoque institucional y jurídico de este Título era claramente intergubernamental, inspirado principalmente en la necesidad de medidas compensatorias a la libre circulación de personas, configurando una acción UE «*en una difícil zona fronteriza entre los ámbitos competenciales comunitarios y los estatales*» (10); la actividad en este ámbito, muy discutible por su escasa operatividad, ha producido Convenios importantes (11).

Por su parte, la cooperación convencional de etiqueta *Schengen*, desarrollada en paralelo a la actividad UE, fue iniciada por algunos Estados en el marco de una cooperación regional de Derecho internacional público con la idea de regular con inmediatez la supresión de controles físicos en las fronteras y sus consecuencias, llevando a cabo en su ámbito espacial el objetivo comunitario de una auténtica y efectiva garantía práctica de la libre circulación entre los Estados participantes, estableciendo para ello un complicado aparato institucional y decisorio que garantizara esta libertad. Tradicionalmente ha sido calificado como «laboratorio» para reflejar la idea de una normativa que regulaba entre algunos Estados un fenómeno que había de desarrollarse posteriormente con imperatividad en el conjunto del territorio de la Unión (12).

Estas normativas de los sistemas comunitario, de *Schengen* y de la CAJI, volcadas a regular en el ámbito europeo un mismo fenómeno y sus conse-

recto y su potencial como base jurídica autónoma, vid. D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *loc. cit.* (nota 1), pp. 285-286; P. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, *Ibidem*, pp. 187-192; M. I. LIROLA, *Ibidem*, pp. 273-285; D. O'KEEFFE, «General Course in European Community Law - The Individual and European Law» *Collected Courses of the Academy of European Law* 1994, Vol. V-1, pp. 55-ss., en pp. 135-139.

(10) A. MANGAS MARTÍN - D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, nota 3, pág. 701.

(11) Respecto a la CAJI, vid. A. MANGAS MARTÍN - D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, nota 3, Cap. XXVIII; H. LABAYLE, «La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale», *RTD eur.* 33 (1), 1997, pp. 1-35; J. MONAR - R. MORGAN (eds.), *The Third Pillar of the European Union*, College of Europe, Brussels, 1994.

(12) Puede verse, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «La entrada en vigor de la libre circulación de personas en siete de los quince países de la Unión Europea» en *R.E.D.I.*, 1995-1, pp. 325-332; *Les accords de Schengen* INSTITUT EUROPÉEN D'ADMINISTRATION PUBLIQUE, Maastricht 1993; H. MEIJERS, e.a. *Schengen* Kluwer 1991; J. DE MIGUEL ZARAGOZA, «Los Pactos de *Schengen*», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1993, supl. n.º 1676.

cuencias prácticas presentaban unas muy importantes lagunas y disfunciones materiales, jurídicas e institucionales. En efecto, el conjunto de la regulación, profundamente complicada, era inviable a medio plazo por una serie de razones, que derivaban principalmente de la pluralidad de instancias y de la deficiente división de competencias comunitarias y estatales, y que hacían referencia, entre otras: al solapamiento entre el Primer y el Tercer Pilar de objetivos y ámbitos materiales de regulación; a la inoperancia y bloqueo de los mecanismos institucionales y jurídicos del Tercer Pilar; a la progresiva complicación y solapamiento de la normativa *Schengen* con la libre circulación de personas del Primer Pilar y de determinados aspectos del Tercer Pilar; a la falta de transparencia y de control jurisdiccional, y a la vulneración de principios esenciales del Estado de Derecho por la acción UE del Tercer Pilar y por la actividad *Schengen* (13).

Un conjunto de razones entonces, funcionales, institucionales, políticas y jurídicas hacían necesaria una nueva regulación, exigencia que, aunque no prevista en el Tratado de Maastricht, fue encargada a la CIG por el Consejo Europeo (14).

III. LA REFUNDACIÓN OPERADA POR EL TRATADO DE AMSTERDAM

La innovación más sobresaliente aportada por la nueva regulación del Tratado de Amsterdam consiste en asignar un nuevo objetivo teórico de conjunto para la Unión Europea, comunitarizando determinadas materias

(13) La bibliografía y documentación al respecto es abrumadora y coincidente. Puede verse, D. M. CURTIN - J. F. M. POUW, «La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht ?», en *La Conférence intergouvernementale sur l'Union européenne*, 1996, pp. 315-335; R. FERNHOUT, «Justice and Home Affairs: Immigration and Asylum Policy - From JHA co-operation to communitarisation», en J. A. WINTER (Ed), *Reforming the Treaty on European Union* The Hague, 1996, pp. 377-399; H. LABAYLE, *loc. cit.*, nota 11. Todos estos defectos también fueron puestos de relieve por la Comisión en su Informe sobre el funcionamiento del Tratado de la Unión Europea, de 10 de mayo de 1995, *Boletín de la UE*, 1995-5, p. 1.91.1; también, *Informe del Grupo de Reflexión* de diciembre de 1995, Secretaría General del Consejo de la UE, OPOCE 1996, puntos 45 a 48.

(14) Son significativos los Consejos Europeos de Turín (29 de marzo de 1996, *Boletín de la UE*, 1996-3, pp. I.2-8, p. II.3), Florencia (21-22 de junio de 1996, *Boletín de la UE*, 1996-6, pp. I.64-130, p. II.3) y Dublín (5 de octubre de 1996, *Boletín de la UE*, 1996-10, p. I.1).

excluidas hasta entonces del Primer Pilar, redefiniendo el Tercer Pilar con un nuevo nombre y concepción, extendiendo unas competencias especiales al TJCE en estos ámbitos, y previendo la integración de la normativa *Schengen* en el ámbito de la Unión Europea, aunque manteniendo para cada ámbito una regulación compleja y por naturaleza diferenciada —en línea con la generalización de la flexibilidad consagrada por el Tratado. Las negociaciones durante la CIG (15) ofrecen como resultado en el nuevo TUE un reparto más racional de las competencias entre los Estados y la CE/UE, estableciendo una visible reordenación de las competencias estatales y comunitarias en estos temas (16), que quedan definitivamente reagrupados y estructurados bajo el paraguas UE.

1. UN NUEVO OBJETIVO GLOBAL DE LA UE: EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

El Tratado de Amsterdam ha introducido un nuevo concepto como objetivo del TUE: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Se trata claramente de un objetivo global de la UE en sus diferentes vertientes (17), siendo evidente, por expresa y consciente, la conexión entre las

(15) Negociaciones con irreductibles oposiciones de puntos de vista de los Estados en estas materias especialmente sensibles. Para una visión general de las negociaciones y el Tratado, M. PETITE, «Le Traité d'Amsterdam: ambition et réalisme» *RMUE*, 1997-3 pp. 17-52; I. MONTAUT, «La communitarisation du second et du troisième piliers du traité de l'Union européenne, dans la perspective de la réforme institutionnelle de la CIG de 1996», *RMCUE*, n.º 408, 1997, pp. 335-348.

(16) Una valoración diferente de estas aportaciones, transida de cierto pesimismo, en F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, «La Cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad, de seguridad y de justicia», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, n.º 2, sup., 1998, pp. 7-16, quien habla del «tremendo desorden (...) de todas las reformas vinculadas al espacio de libertad, seguridad y justicia».

(17) Ello queda claro no sólo por su inserción en el Preámbulo del TUE (considerando décimo del Tratado de Amsterdam: *Resueltos a facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado*), y en el art. B TUE, sino también su referencia expresa a ser un objetivo que se encuentra en el nuevo Título III bis de la Tercera Parte del TCE, en el Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen al marco de la UE y en el nuevo Tercer Pilar, aparte de en otras nuevas disposiciones (así por ejemplo, en el Protocolo n.º 13 anejo al TUE y a los Tratados sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, punto II.5).

diferentes secciones del nuevo TUE para la consecución del objetivo común (18).

El contenido del concepto abarca decididamente al conjunto de materias que afectan directa o indirectamente a la libre circulación de personas, antes dispersas, como lo demuestra la redacción del nuevo cuarto párrafo del art. B TUE:

«mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia»

Se trata del intento más claro de definición del concepto. Si lo analizamos, veremos que la UE (la *Unión*, y no sólo la CE) es redescubierta y rebautizada como un ámbito entendido como un espacio común (19) donde priman importantes principios teórico-políticos (*espacio de libertad, de seguridad y de justicia* (20); se trata de un ámbito con unos caracteres que requieren de una acción positiva de la UE a efectos de *mantener y desarrollar* la libertad, seguridad y justicia que se declaran previamente existentes.

Pero en realidad el único contenido específico que se ofrece de este espacio libre, seguro y justo no es otro que la libre circulación de personas y las medidas compensatorias que ello conlleva: se reafirma en efecto el principio y la expresión del art. 7 A (*en la que la libre circulación de personas «tradicional» esté garantizada*, esto es, la del mercado interior

(18) Así, por ejemplo, tenemos la remisión del art. 73 I, a) y e) del Título III bis TCE al Tercer Pilar; la referencia del Tercer Pilar al ámbito comunitario de tratamiento de estas cuestiones (art. K.1); también, la referencia del Protocolo por el que se integra el acervo de *Schengen* al marco de la UE anejo al TUE y al TCE al espacio de libertad, seguridad y justicia: primera motivación del Protocolo: «*Tomando nota de que los acuerdos (de Schengen) tienen como finalidad potenciar la integración europea y hacer posible, en particular que la Unión Europea se convierta con más rapidez en un espacio de libertad, seguridad y justicia*»; igualmente, existe la posibilidad de transferir competencias del Tercer Pilar al Primer Pilar (art. K. 14).

(19) En la primera traducción del Consejo se hacía referencia a la «zona» de libertad, seguridad y justicia. Afortunadamente la versión final en castellano ha sido la de «espacio» que conlleva más la idea de apertura que la de «zona».

(20) Art. 73 I TCE; art. K.12.1 TUE.

que «trasciende» la libre circulación de trabajadores y de establecimiento), revelando que esta libre circulación de personas en las fronteras interiores debe estar acompañada en paralelo (*conjuntamente*), con «medidas adecuadas» en relación a, por una parte, lo que es el acceso en las fronteras exteriores y la estancia de ciudadanos de terceros países (*el control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración* —que pasa al nuevo título TCE—), y, por otra parte, la cooperación contra la delincuencia en los planos judiciales y penales (*la prevención y la lucha contra la delincuencia* —básicamente situadas en el nuevo Tercer Pilar).

De esta forma, el *espacio de libertad, seguridad y justicia* en tanto que sonoro nuevo objetivo comunitario tiene un único contenido real: amparar la regulación de la libre circulación de personas y de sus consecuencias en el territorio UE. Es evidente pues el contraste entre la ampulosidad de los grandes principios proclamados en el espacio y la reconducción a la realidad normativa que se hace de ellos. En efecto, la lectura jurídica del «espacio de libertad, de seguridad y de justicia» sólo puede hacerse en una única clave, la del logro efectivo de la libre circulación de personas en la Unión Europea con una muy especial proyección de la libertad (que es la libertad de circulación y residencia para ciudadanos comunitarios y de terceros países del nuevo Título TCE), de la seguridad que ha de procurarse en el contexto de la libre circulación de personas físicas (el nuevo Tercer Pilar) y la justicia a doble título ya que tanto se hace referencia a la justicia que debe regir las actuaciones comunitarias y estatales en este ámbito (la juridificación de los actos y las nuevas competencias jurisdiccionales del TJCE), como a los ámbitos de Justicia de la antigua CAJI que se han comunitarizado ahora al pasar al Primer Pilar.

La razón del título del objetivo y de su introducción es una razón de funcionalidad jurídico-política. Pueden ofrecerse algunas causas coyunturales como la necesidad de ofrecer elementos de proximidad al ciudadano y de conexión con los derechos humanos, lo que explica la localización sistemática del objetivo y de sus consecuencias en el Proyecto de Tratado de Amsterdam (21). Pero, independientemente de ello, el objetivo de la

(21) El enunciado final refleja implícitamente la idea de libre circulación de personas en un contexto de Estado de Derecho; el proyecto de la presidencia irlandesa de que se hiciera en el art. B TUE conjuntamente al nuevo objetivo referencia expresa a la noción de *Estado de Derecho* cayó durante las negociaciones. Señalemos también que en el proyecto de Tratado de Amsterdam de 19.06-97 (CONF/4001/97), el Capítulo relativo a «Derechos fundamentales y no discriminación» se englobaba

libre circulación y de sus consecuencias tiene un trasfondo explicativo bifronte.

El anverso de este trasfondo político es el de impulsar definitivamente el logro del «espacio sin fronteras interiores» que el AUE estableció a fecha fija para el 1 de enero de 1993, pero que no se consiguió efectivamente para las personas físicas en el sentido de supresión de controles en fronteras más que paralelamente al ámbito UE entre los Estados de la zona *Schengen*, debido principalmente a los problemas de muy diverso orden que creaban las consecuencias de esta libre circulación. Es por ello que el nuevo artículo 73 I TCE habla de «*A fin de establecer progresivamente*».

El reverso político sería claramente el de regular medidas compensatorias (las «*medidas adecuadas*» del nuevo art. B TUE) tanto en el ámbito comunitario como en el del Tercer Pilar de las consecuencias de todo orden que se derivan de la supresión de controles físicos en frontera a las personas, comunitarias o no. El beneficiario de la seguridad que conlleva el espacio son los pueblos europeos (nuevo preámbulo TUE), albergando el nuevo Tercer Pilar el ánimo de ofrecer más concretamente a los ciudadanos un *alto grado de seguridad* (nuevo art. K.1).

Por tanto, el nuevo objetivo UE retoma decididamente la libre circulación de personas ya establecida en los Tratados en sus diversas vertientes (arts. 48 y siguientes, 7A, 8A) y en la experiencia *Schengen* a fin de hacerla efectiva sin controles de frontera en un marco de seguridad (22).

La principal aportación del nuevo objetivo no es tanto el poner de re-

en la Sección I del Tratado de Amsterdam, que llevaba el título general de «Libertad, Seguridad, Justicia». Durante la CIG, el Capítulo de «libertad, seguridad y justicia» ocupó un lugar central en la discusión, motivado por una «*forte perception de son intérêt direct pour le citoyen et du fait qu'il compterait sans doute pour beaucoup dans les ratifications ultérieures*» M. PETITE, *loc. cit.*, nota 15, en p. 24.

(22) Esta es la filosofía de la Comisión en su Dictamen de 28.2.96 «Reforzar la Unión y preparar la ampliación», COM (96) 90, sobre la CIG, punto 16: «*L'objectif général est d'appliquer et de renforcer le principe de libre circulation et de séjour, déjà inscrit dans le traité, dans un contexte de sécurité*». Por lo que hace a la CIG 96, el nuevo concepto del Tratado de Amsterdam queda pergeñado en el Informe del Grupo de Reflexión (que lo esbozó como «espacio de libertad y seguridad»), de diciembre de 1995, título retomado por la Comisión (Dictamen *cit.* de 28 de febrero de 1996, p. I.2), y por la presidencia irlandesa (doc. CONF/3912/96 de 18.09.96), y luego reconvertido durante las negociaciones del Tratado como «espacio de libertad, de seguridad y de justicia» (COM (SEC) 96 2004 de 29 de octubre de 1996), así como en el proyecto de Tratado (Dublín II, doc. CONF/2500/96 de 5 de diciembre de 1996).

lieve la conexión entre las ideas de libre circulación de personas y de seguridad, conexión que ya se encontraba en Derecho originario (23), sino el elaborar e inscribir en los Tratados una nueva noción de Derecho de la Unión que presupone en su concepción la conexión inextricable del binomio (24), y que engloba los aspectos prácticos sobre los que incide impregnando el conjunto de ámbitos del TUE a fin de la adopción de medidas y políticas para el mantenimiento y desarrollo (art. B TUE) o consecución progresiva (art. 73 I TCE) del espacio libre, seguro y justo — hacia el que incluso la UE podría evolucionar más rápidamente (25).

2. EL NUEVO TÍTULO TCE «VISADO, ASILO, INMIGRACIÓN Y OTRAS POLÍTICAS RELACIONADAS CON LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS»

El Tratado de Amsterdam introduce un nuevo título III bis en la parte Tercera (Políticas de la Comunidad) del TCE. El Título se encuentra en-

(23) Cabe recordar la Declaración política de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la libre circulación de personas, anexa al AUE. En realidad el binomio libertad de circulación de personas-seguridad ya estaba presente de forma expresa en el Preámbulo del Tratado de Maastricht, cuyo considerando décimo señalaba que «*Reiterando su objetivo de facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la defensa de sus pueblos, mediante la inclusión de disposiciones sobre justicia y asuntos de interior en el presente Tratado*»; la vinculación era explícita en la CAJI instaurada en Maastricht: el importantísimo art. K. 1. ya señalaba que «*Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes....*» (subrayado nuestro). El Tratado de Maastricht focalizaba así en la CAJI el peso de las consecuencias de seguridad que conllevaba la libre circulación, pero sin que ello se articulara con las Disposiciones Comunes y el Primer Pilar del TUE.

(24) El nuevo Preámbulo TUE conecta ambas ideas cuando habla de «*facilitar la libre circulación... garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección... mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia*»; el art. B, habla de garantizar la libre circulación *conjuntamente* con medidas adecuadas para mantener y desarrollar este espacio; el art. K.1 señala que el objetivo de la Unión es el de ofrecer seguridad *dentro de* un espacio de libertad, seguridad y justicia.

(25) Mediante una cooperación reforzada en el ámbito del Tercer Pilar, que podrá autorizarse siempre que la cooperación propuesta «*tenga por objeto permitir a la Unión una evolución más rápida hacia un espacio de libertad, de seguridad y de justicia*», art. K.12, 1 (*enable the Union to develop more rapidly; permettre à l'Union de devenir plus rapidement*, dicen las versiones inglesa y francesa).

focado a los aspectos de libre circulación de personas —comunitarias y de otros países— en el interior de la Unión, como complemento al desarrollo histórico normativo y jurisprudencial de la libre circulación de trabajadores y de establecimiento y residencia de nacionales de los Estados miembros (26). Se trata por tanto de medidas o políticas vinculadas directa o indirectamente a la libre circulación y que deben completar la existencia de un espacio federal de entrada, circulación y residencia de las personas físicas, cualquiera que sea su nacionalidad, en el interior de la Unión.

Para ello, el nuevo Título ha procedido a comunitarizar todo lo relativo a la libre circulación de personas del mercado interior: medidas directamente vinculadas a la libre circulación (cruce de fronteras interiores y exteriores de ciudadanos de la Unión y de terceros países), y medidas indirectamente vinculadas a la libre circulación en el territorio de la Unión (previsión de un común *régimen de extranjería* de estancia y residencia (27) y cooperación judicial-civil y administrativa).

En primer lugar (art. 73 I a), tenemos las medidas directamente vinculadas con la libre circulación de personas ex art. 7A. Se trata de medidas de garantía y de medidas de acompañamiento, a adoptar en cinco años.

Por una parte, las medidas de garantía hacen referencia a la necesidad de adoptar medidas que aseguren la libre circulación de personas en las fronteras interiores (art. 73 I a y art. 73 J 1), en una suerte de redimensionamiento del mercado interior en el aspecto de la libre circulación de personas del art. 7A.

En efecto, importantísima aportación del nuevo Título TCE es el redefinir en Derecho originario el contenido del art. 7A, en la medida en que

(26) En efecto, es de destacar que el Tratado de Amsterdam no ha alterado el art. 7A ni el art. 8A.1 TCE, y que ha permanecido inalterado el precedente Título III de «Libre circulación de personas, servicios y capitales», enfocado principalmente —por lo que hace a la libre circulación de personas— a la de los trabajadores y al derecho de establecimiento. Aunque el nuevo título aparece en la primera versión del proyecto de Tratado como «Libre circulación de personas, asilo e inmigración» (*Consejo Europeo de Amsterdam - Proyecto de Tratado* editado por el Consejo de la Unión Europea, Proyecto de 19 de junio de 1997, CONF/4001/97), el título final («Visado, asilo, inmigración, y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas») evita la repetición con el Título III, que mantiene su denominación formal anterior.

(27) La expresión *régimen de extranjería* la utilizó sin un formal rigor jurídico el Grupo de Reflexión en su Informe (puntos 49 y 55, *Informe cit.* nota 13, pp. 48-49). Se trata de un concepto que utilizamos con precaución.

del nuevo Título TCE se deduce que el contenido del concepto de libre circulación de personas debe entenderse en adelante como supresión de controles a las personas comunitarias y no comunitarias en las fronteras interiores. Y es que, teniendo la libre circulación como único asidero expreso el art. 7A («de conformidad con el art. 7A») (28), las medidas deben garantizar «la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores» (art. 73 J, 1). Por tanto, el mercado interior se redefine o redimensiona a partir de ahora en la medida en que ya *el espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de personas estará garantizada* del art. 7A cabrá entenderlo como extensivo a todas las personas, «tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países», ya que no hay controles en frontera; por ello la definición de mercado interior del art. 7A en lo atinente a las personas adquiere el importantísimo matiz de que el espacio sin fronteras interiores excluye cualquier control en frontera, comprendido el de la verificación de nacionalidad de la persona, y ello con rango de Derecho originario.

Por otra parte, tenemos las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con la libre circulación de personas del mercado interior, relativas principalmente a la entrada y breve estancia de ciudadanos de terceros países. Estas acciones hacen referencia a lo que es la entrada en fronteras exteriores de ciudadanos de la Unión y de terceros países (29); visados de corta duración (30); estancia y viajes interiores inferiores a tres meses (31); examen de solicitudes de asilo (32); normas para protección temporal de personas desplazadas (33). También son consideradas como me-

(28) Al respecto de la omisión de toda referencia al art. 8A.1 TCE, ver nota 127.

(29) Art. 73 J 2 a TCE, relativo a la adopción de normas y procedimientos de control de personas en fronteras exteriores. Existe un protocolo sobre esta disposición, relativo a la competencia de los Estados para celebrar acuerdos con terceros países.

(30) Art. 73 J 2 b TCE, relativo a los visados para estancias no superiores a tres meses, que prevé la adopción de normas sobre la lista de países cuyos nacionales necesitan visado, expedición de visados por los Estados miembros, modelos y normas para el visado uniforme. Existe una declaración en el Acta Final sobre el 73 J, 2, b) que señala que en la aplicación de esta disposición deberán tenerse en cuenta consideraciones de política exterior de la Unión y de los Estados miembros.

(31) Art. 73 J 3 TCE, sobre condiciones de viaje en el territorio de la Unión de nacionales terceros durante un tiempo inferior a tres meses.

(32) Art. 73 K 1 a TCE.

(33) Art. 73 K 2 a TCE: «normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional»

didadas directamente vinculadas aquellas que se adopten para prevenir y luchar contra la delincuencia en el marco de la cooperación judicial en materia penal del Tercer Pilar (adopción de normas mínimas sobre elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, terrorismo y tráfico de drogas, art. K 3 e).

En segundo lugar, tenemos una serie de medidas o políticas a adoptar indirectamente vinculadas con la libre circulación de personas. Así, las referidas a las medidas del *régimen de extranjería* de estancia, residencia y protección de los derechos de nacionales no comunitarios, a adoptar también en cinco años: acogida de solicitantes de asilo (34), concesión del estatuto de refugiado (35), acogida de refugiados y de personas desplazadas (36), inmigración (visados de larga duración y permisos de residencia) (37), residencia ilegal (38)), estatuto de residencia de nacionales de terceros países en el territorio de la Unión (39). El asilo de nacionales de los Estados miembros tiene una regulación particular en un Protocolo anejo al TCE.

Otras medidas o políticas indirectamente vinculadas o relacionadas con la circulación de personas son las previstas para la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se inscriban en el correcto funcionamiento del mercado interior (40). De la misma forma, las medidas para fomentar la cooperación administrativa entre Estados, y entre éstos y la Comisión (41).

En fin, otras medidas indirectamente vinculadas a la circulación de personas hacen referencia a las medidas en el ámbito Tercer Pilar (art. 73 I e), aunque su inclusión aquí —al igual que las medidas previs-

(34) Art. 73 K 1 b. Según la Declaración n.º 17 adoptada por la Conferencia, «*Se entablarán consultas sobre cuestiones relativas a la política de asilo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con otras organizaciones internacionales pertinentes*».

(35) Arts. 73 K 1 c, y 73 K 1 d TCE.

(36) Art. 73 K 2 b TCE

(37) Art. 73 K 3 a. La Declaración n.º 18 adoptada por la Conferencia señala que en estos ámbitos los Estados podrán negociar y celebrar tratados con terceros países siempre que respeten el Derecho Comunitario.

(38) Art. 73 K.3.b.

(39) Art. 73 K 4 TCE.

(40) Art. 73 I c y art. 73 M TCE, sobre el que existe una Declaración en el Acta Final que señala que estas medidas no impiden a los Estados la aplicación de sus normas constitucionales sobre libertad de prensa y libertad de expresión.

(41) 73 I d y art. 73 N.

tas en el art. 73.I a *in fine*— es problemática; quizás la referencia es para afirmar el estrecho vínculo que se crea entre este nuevo Título TCE y el Tercer Pilar en aras de la consecución del objetivo común (42).

El art 73 L TCE dispone que el nuevo título no afecta las competencias de los Estados para el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (43).

El procedimiento decisorio se encuentra regulado en el art 73 O (44). Durante el primer periodo de 5 años el Consejo decide, a propuesta de la Comisión o de un Estado y tras consulta del PE, por unanimidad; numerosas medidas pueden sin embargo adoptarse de inmediato tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (45). Tras este periodo transitorio, la

(42) Como «sorprendente» califica el juez KAPTEYN («The Role of the Court of Justice», *Europa-Instituut, Universidad de Leiden, en nota 16, en prensa*) la inclusión de estas medidas. En efecto esta previsión, aún no sujeta a la obligación de adoptar medidas por el Consejo en un plazo de cinco años, es problemática, a menos que esta referencia constituya «una especie de estructura de acogida, en el caso de que funcionase el mecanismo de la pasarela» desde el Título VI, señala J. DE MIGUEL ZARAGOZA, «La Cooperación Judicial en el Título VI del Tratado de Amsterdam», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1997 n.º 1807, pp. 2069-ss., en p. 2075.*

(43) Según una Declaración aneja al Tratado, los Estados pueden en el ejercicio de sus responsabilidades con arreglo al art. 73.L.1, tener en cuenta consideraciones de política exterior. Se regula además un procedimiento especial para situaciones de emergencia basada en la llegada repentina de nacionales de terceros países, en el art 73 L 2.

(44) Se trata de «*dispositions procédurales de nature «évolutive»*», S. VAN RAEPENBUSCH, «Les résultats du Conseil européen d'Amsterdam- Présentation générale du Traité d'Amsterdam» *Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Liège* (en prensa). El art. 73 O ha motivado la decisión del Consejo Constitucional francés de la necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional previamente a la ratificación del Tratado de Amsterdam, vid. déc. n.º 97-394 DC de 31.12.1997 en *La Semaine Juridique* 14 janvier 1998 - n.º 3, pp. 57-59.

(45) Así, las medidas sobre el modelo uniforme de visados y la lista de países cuyos nacionales deben poseer visado para cruzar una frontera exterior, que el Consejo puede adoptar de inmediato por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al PE (art. 73 O, 3, primer inciso). También las medidas sobre acogida de refugiados y personas desplazadas que incidan en el esfuerzo equitativo entre los Estados, las medidas sobre política de inmigración (visados de larga duración y permisos de residencia), y las medidas que definan las condiciones en las que nacionales extracomunitarios con residencia en un Estado pueden residir en otro (art. 73 K 4, último párrafo). Recordemos que las medidas que deben adoptarse «en el plazo de cinco años» son en general las contempladas en los artículos 73I.a, 73J y 73K.

iniciativa reviene a la Comisión y el Consejo decidirá por unanimidad qué ambitos del título pasan al procedimiento ex art. 189 B (46).

El artículo 73 Q del nuevo Título confirma que su aplicación está su-peditada a tres Protocolos establecidos para el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (47), que representa probablemente el precio pagado por el desmantelamiento del Tercer Pilar en favor del Primero (48), y que subraya con más fuerza la particularidad de este nuevo título dentro del TCE.

3. EL NUEVO TERCER PILAR: LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL

Debe destacarse del nuevo Título su expreso anclaje en el objetivo de la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia, su nueva denominación —de conformidad al nuevo contenido—, los nuevos tipos de actos jurídicos, las competencias del TJCE, y la expresamente reconocida posibilidad de cooperaciones reforzadas en este ámbito.

El nuevo título del Tercer Pilar «*Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal*», por relación al antiguo del Título VI TUE («*Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior*») es la consecuencia directa de la división ámbitos de justicia/planos civiles - ámbitos de interior/planos penales operada, habiendo pasado los primeros al pilar comunitario mediante su inserción en el nuevo Título III bis TCE (49). Se reconvierte así conceptualmente este Título, en cuanto ámbito de garantía de la seguridad o o reverso de las facetas judiciales y penales de interior del nuevo

(46) Sin embargo, las medidas en materia de normas para visado uniforme y de procedimientos de expedición de visados, se adoptarán según el procedimiento del art 189 B, automáticamente al haber transcurrido los cinco años (art. 73 O, 3, segundo inciso). También por unanimidad se decidirá la adaptación de las disposiciones relativas a la competencia del TJCE.

(47) Para J.-V. LOUIS, el Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al TUE y al TCE «*donne l'impression que cet Etat n'est que très partiellement membre de l'Union et est étranger au processus d'intégration et à la solidarité qu'elle comporte*», *loc. cit.* nota 4, p. 10.

(48) KAPTEYN, *loc. cit.* nota 42.

(49) En su Dictamen sobre la CIG, la Comisión ya había señalado que «*ces objectifs seraient le mieux assurés par le transfert des domaines de la justice et des affaires intérieures vers le cadre communautaire, à l'exception de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière*» *doc. cit.* punto 18.

objetivo UE, con la significativa mención del término «policial» en la denominación del nuevo Pilar TUE. Así, el nuevo art. K.1 dispone que «*Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia*». Por tanto, el nuevo Título VI TUE va encaminado específicamente a reforzar la seguridad interior (*el objetivo...será ofrecer...un alto grado de seguridad*) inscrito como es lógico en el común espacio de libertad, seguridad y justicia centrado como sabemos en la libre circulación de personas.

En primer lugar, el art. K. 1 engloba el contenido del nuevo Título, aunque quizás confundiendo acumuladamente objetivos y medios. Así, el *alto grado de seguridad* se consigue mediante dos grandes tipos de cooperaciones: la cooperación judicial y penal *stricto sensu* y la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia. Para ello se prevé la lucha en una serie de ámbitos (delincuencia —particularmente el terrorismo—, trata de seres humanos, delitos contra los niños, tráfico de drogas y armas, corrupción, fraude).

La concreta cooperación necesaria comprende: la cooperación entre fuerzas policiales, aduaneras y otras (50) directamente o a través de Europol (51), acción que debe estar sujeta a un control judicial adecuado por las autoridades nacionales (52); la cooperación judicial en materia penal (53); en fin, la aproximación de normas de los Estados en materia

(50) Señala M. DEN BOER que «y otras autoridades competentes de los Estados miembros» del art. K.1 «*rather open-ended formulation possibly opens the door to wider participation of the Secret Intelligence Services which may imply less transparency*», «Step by Step Progress: An Update on the Free Movement of Persons and Internal Security» EIPASCOPE, 1997-2, pp. 8-11, en p. 10.

(51) El art. K.2 señala por una parte, que la cooperación policial requerirá una acción en común en cuanto a la cooperación operativa, la recogida, tratamiento e intercambio de información, la cooperación y la evaluación de técnicas de investigación; por otra parte, que el Consejo fomentará la cooperación mediante Europol, debiendo adoptar medidas en un plazo de cinco años tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Manifestando diversas preocupaciones sobre las funciones reales de Europol, M. DEN BOER, *loc. cit.*, nota 50, p. 10; sobre Europol, también A. H. KLIP, «Europol, who is watching you?» *Democracy, Migrants and Police in the European Union: the 1996 IGC and beyond*, Utrecht 1997, pp. 61-72.

(52) Según la Declaración n.º 7 adoptada por la Conferencia.

(53) Según el art. K.3, esta acción debe incluir la cooperación entre ministerios y autoridades judiciales, la facilitación de la extradición, la compatibilidad de las normas aplicables, la prevención de conflictos de jurisdicción, y la adopción de normas mínimas sobre elementos constitutivos de los delitos.

penal (54). El Consejo señalará en qué condiciones las autoridades de un Estado podrán actuar en el territorio de otro Estado miembro (55).

En segundo lugar se establece una nueva tipología de actos jurídicos en el art. K.6, que se convierten en una serie de nuevas normas privativas del Tercer Pilar. Este artículo dispone que en el contexto del Título VI y con un lenguaje intergubernamental (56), el Consejo adoptará por unanimidad: a) posiciones comunes (57); decisiones marco (58); decisiones (59) y medidas de aplicación de decisiones (60); convenios (61); medidas de aplicación de Convenios (62). Se trata en realidad del establecimiento de

(54) Según el art K.3.e). Pero esta aproximación de normas no debe imponer a los Estados cuyo sistema judicial no establezca condenas mínimas la obligación de imponerlas, según la Declaración n.º 8 de la Conferencia.

(55) art. K.4, sobre el que señala DE MIGUEL ZARAGOZA, que *«no parece que se esté refiriendo a la persecución en caliente o a la observación transfronteriza, pues ello forma ya parte del acervo de Schengen y quizás puede referirse a la presencia física de autoridades judiciales, del Ministerio Fiscal o policiales ante sus homólogos en el curso de investigaciones en las áreas citadas en «La Cooperación...» loc. cit. nota 42, en p. 2075.*

(56) *«los Estados se informarán y consultarán...al objeto de coordinar... establecerán una colaboración», K.6.1; «el Consejo fomentará...la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos...» art. K.6.2.*

(57) *«...que definen la actitud de la Unión sobre un asunto concreto», art. K.6.2.a).*

(58) *«...para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. No tendrán efecto directo», art. K.6.2.b. Un comentario sobre esta especie de Directivas en M. PETITE, loc. cit., nota 15, p. 28.*

(59) El art. K.6.c señala que el Consejo podrá *«adoptar decisiones con cualquier otro fin coherentes con los objetivos del presente título, con exclusión de toda aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Estas decisiones serán obligatorias y no tendrán efecto directo».*

(60) El mismo K.6.c. señala que *«el Consejo adoptará por mayoría cualificada medidas que permitan aplicar estas decisiones a escala de la Unión».* Es dudosa su cualificación como un acto específico del Tercer Pilar, diferentes de las decisiones: el procedimiento de adopción es desde luego diferente del aplicable a las decisiones, pero no parece recogerlas el art. K.7.1 sobre la competencia del TJCE.

(61) *«celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales. Los Estados miembros iniciarán los procedimientos pertinentes en un plazo que deberá fijar el Consejo».*

(62) *«Las medidas de aplicación de los convenios se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las Partes Contratantes», señala el art. K.6.2.d, segundo párrafo in fine. Su especificidad como acto específico del Tercer Pilar viene también reconocida en el art. K.7.1.*

una tipología de actos como reflejo adaptado de los actos comunitarios del Primer Pilar en proyección en la sombra intergubernamental. A su vez, la conexión de la acción en este Tercer Pilar con el Segundo Pilar queda reconocida (63).

Aunque es clara la voluntad de limitar los efectos jurídicos de estos nuevos actos (decisiones marco y decisiones no tendrán efectos directos (64)), es expresa la voluntad de obtener con rapidez la aplicación de los Convenios (65), y de que los nuevos actos —que se publicarán en el D.O.C.E. (66)— vinculen a los Estados dado su expreso carácter obligatorio —salvo para las posiciones comunes. A excepción de estas últimas, el Tribunal de Justicia es de hecho competente para pronunciarse sobre la validez e interpretación de todos ellos con un sistema prejudicial optativo y adaptado a la especificidad del Tercer Pilar (67). Nada se dice sin embargo sobre la eventual transformación del acervo del antiguo Tercer Pilar - CAJI (68).

El procedimiento de adopción es la unanimidad del Consejo, a iniciativa de la Comisión o de un Estado, previéndose en algún caso la mayoría cualificada y la mayoría (69). El PE posee un rol limitado, aunque obtiene ahora el que el Consejo deba consultarle obligatoria y previamente a la adopción de los actos vinculantes (decisiones marco, decisiones, medidas de aplicación de decisiones y Convenios) (70).

(63) En virtud de los artículos K.9, K.10, J.8, J.9, J.14, y la Declaración n.º 4 adoptada por la Conferencia aneja al Acta Final sobre los artículos J.14 y K.10.

(64) Un comentario de la ausencia de efecto directo de las decisiones marco en F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, *loc. cit.*, nota 16, p. 13.

(65) La propuesta española encontró en efecto eco en el Tratado de Amsterdam: art. K.6.2.d), segundo párrafo. Entraron en vigor una vez han sido adoptados por la mitad de los Estados miembros.

(66) Declaración en el Acta Final sobre el art. K.6.2.

(67) Según el art. K.7; en el caso de los Convenios, el Tribunal de Justicia tiene sólo una competencia prejudicial de interpretación, y no de validez. Vid. *infra*, III.5.

(68) En efecto, los actos adoptados (conclusiones, recomendaciones, resoluciones y declaraciones) no se sabe si seguirán siendo válidos, transferidos al nuevo Título III bis o reconvertidos a los nuevos actos del Título VI TUE, vid. al respecto las observaciones de M. DEN BOER, *loc. cit.*, nota 50, p. 10.

(69) Art. K.6.3, y art. K.6.4.

(70) Sin embargo desaparece el deber de la Presidencia de velar por que sus opiniones se tomen debidamente en cuenta (antiguo K.6). El Art. K.11 también retoma las anteriores competencias que tenía el PE en este ámbito: se reconoce un deber de informarle regularmente, y también el que formule preguntas, recomendaciones; el PE deberá además realizar debates anuales sobre el Tercer Pilar.

Se establece por tanto una cooperación intergubernamental que retoma buena parte del antiguo Tercer Pilar y de su imbricación con la estructura institucional y financiera del TCE (71), simplificando el sistema (72), e imprimiendo ahora un sesgo marcadamente vinculado al sistema de la Unión, que le viene por su expresa imbricación con el objetivo general UE de la zona de libertad, seguridad y justicia, además de por el mantenimiento del sistema institucional único y la extensión de la competencia jurisdiccional —optativa— del TJCE. La especificidad del título VI en el TUE se confirma por retomar ideas del antiguo Tercer Pilar con un nuevo desarrollo: la posibilidad de llevar a cabo en este ámbito una cooperación más estrecha (73), los nuevos tipos de actos jurídicos, y la posibilidad de comunitarizar un determinado ámbito del nuevo Tercer Pilar (74).

4. LA INCORPORACIÓN DEL ACERVO *SCHENGEN* A LA UNIÓN EUROPEA

Tras reconocer *ex post facto* que la finalidad del acervo de *Schengen* (75) es hacer posible que la UE se convierta con más rapidez en un espacio de libertad, seguridad y justicia, el Protocolo incorpora dicho acervo al marco institucional y jurídico UE por la vía de autorizar inmediatamente a 13 Estados a establecer una cooperación reforzada en este ámbito (76). Se trata de la adopción directa de una modalidad de la cooperación reforzada o flexibilidad que instaura el mismo Tratado de Amsterdam en el TUE y en el TCE, recibiendo en el caso de la regulación *Schengen* un reconocimiento inmediato y sincrónico de su validez.

El acervo *Schengen*, que en adelante se considerará acervo UE a efectos de las negociaciones de adhesión de futuros Estados (77), se integra

(71) Vid. art. K.13

(72) Vid. art. K.8 sobre el Comité de Coordinación.

(73) Actual art. K.7 y nuevo art. K.12.

(74) Art. K.14.

(75) Definido específicamente como Anexo al Protocolo: Acuerdos de 1985 y 1990 entre los países Benelux, RFA y Francia; Protocolos y Acuerdos de adhesión de los nuevos Estados; decisiones y declaraciones del Comité Ejecutivo, y actos de otras instancias decisorias competentes adoptados para implementar el Convenio de aplicación de 1990.

(76) Protocolo *cit.*, Preámbulo, art. 1, art. 5.1, segundo párrafo; art. 5A.5 TCE.

(77) El art. 8 del Protocolo hace referencia al «acervo de *Schengen* y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito», lo que añade al acervo *Schengen* actual el conjunto posterior de decisiones de las instituciones UE relativas a su incorporación al sistema UE y a su desarrollo posterior en este marco.

jurídica, jurisdiccional (78) e institucionalmente (79), debiendo ofrecer como mínimo el mismo nivel de protección y seguridad que ahora ofrece este acervo (80). Dicha integración en el marco UE tiene lugar con las siguientes características:

a) La aplicabilidad inmediata, ya como normativa UE, a los trece Estados del acervo definido en el Anexo al Protocolo (81). Cualquier decisión al respecto, principalmente la de la determinación exacta del contenido completo del acervo *Schengen*, será adoptada por el Consejo por unanimidad de los trece Estados.

b) La refundación jurídica o determinación por el Consejo, por unanimidad de los quince Estados, de la base jurídica Tercer Pilar o Primer Pilar —y aquí, en el seno del nuevo Título III bis o de otra parte del acervo comunitario anterior— de cada disposición o decisión del acervo *Schengen* (82).

Hasta tanto no se produzca esta decisión de atribución de la base jurídica UE, las disposiciones o decisiones *Schengen* se considerarán actos basados en el Tercer Pilar. Ello tiene importantísimas consecuencias, en particular en lo que se refiere al carácter vinculante sin efecto directo de

(78) El art. 2.1 tercer párrafo del Protocolo señala que las competencias del TJCE serán aplicables en este ámbito de acuerdo con la base jurídica elegida. Vid. *infra*, III.5.

(79) El Consejo sustituye al Comité Ejecutivo Schengen (art. 2.1. primer párrafo del Protocolo), y decide por mayoría cualificada la forma en que la Secretaría *Schengen* se integra en la Secretaría General del Consejo (art. 7 del Protocolo).

(80) Y más concretamente el nivel que garantiza el Convenio de Schengen de 1990, vid. Declaración n° 15 adoptada por la Conferencia, que M. DEN BOER interpreta en el sentido de que «*possibly implies that Member States who fear that their internal security is at stake, can reintroduce internal border controls*», *loc. cit.*, nota 50, p. 9.

(81) Incluidas las decisiones del Comité ejecutivo Schengen hasta la fecha anterior a la entrada en vigor, art. 2, 1, primer párrafo. Hay que tener en cuenta el art. 2.2 relativo a Estados que han firmado protocolos de adhesión a los acuerdos de Schengen en fechas más recientes, que pueden ver aplazada la aplicación de este acervo por decisión del Consejo por unanimidad (de los trece Estados).

(82) M. DEN BOER habla de que, particularmente por lo que hace a las *about 200 mostly unpublished decisions* del Comité Ejecutivo *the question is whether all the decisions (...) are also in line with Community law, and whether they have any legally binding force at all* en *loc. cit.*, nota 50, pp. 9-10. Se trata de un proceso complejo con implicaciones políticas evidentes, vid. P. MASSON, *L'intégration de Schengen dans l'Union européenne Les rapports du Sénat*, n.º 53, París 1997, en especial pp. 19-ss.

los actos del Tercer Pilar (83), y a las competencias particularizadas del TJCE en este Título VI TUE.

c) Las propuestas e iniciativas de desarrollo del acervo *Schengen* deben realizarse *ratione materiae* según las disposiciones pertinentes de los Tratados, aun cuando el Consejo no haya aún decidido la base jurídica UE correspondiente (84).

Hay un compromiso para que todas las medidas necesarias para la aplicabilidad inmediata del acervo y para la determinación de la base jurídica, un trabajo sin duda inmenso, se adopten por el Consejo en el momento de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (85).

Quedan con un régimen particular Reino Unido, Irlanda (86), Dinamarca (87) y dos Estados no comunitarios, Islandia y Noruega (88).

5. LAS CONSECUENCIAS PARA EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

El TJCE ve reconocida una importante ampliación de sus competencias jurisdiccionales por virtud del nuevo artículo L TUE (89). Por lo que

(83) A menos que se trate de una disposición de un Convenio internacional, que tiene su régimen jurídico particular de Derecho Internacional Público; ya sabemos por otra parte que las posiciones comunes no tienen carácter obligatorio.

(84) Art. 5 del Protocolo.

(85) Declaración n.º 44 adoptada por la Conferencia sobre el art. 2 del Protocolo.

(86) Que pueden sumarse en cualquier momento a todas o parte de las disposiciones del acervo, Protocolo, art. 4, art. 5,1, segundo párrafo, y Declaraciones n.ºs 45 y 46 adoptadas por la Conferencia.

(87) Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen, art. 3; Protocolo sobre la posición de Dinamarca, art. 5.

(88) Protocolo Schengen, art. 6; Declaración n.º 47 adoptada por la Conferencia.

(89) Que reconoce la aplicación de las disposiciones relativas a su competencia y a su ejercicio a las disposiciones del Tratado de Amsterdam: a) modificadoras del TCE, TCECA, TCEEA; b) a las disposiciones del título VI TUE en las condiciones establecidas en su artículo K.7; c) a las disposiciones del Título VI bis TUE sobre una Cooperación Reforzada, en las condiciones establecidas en el art. 5A TCE y K.12 Título VI TUE; d) al art. F.2 TUE «con respecto a la actuación de las instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado»; e) artículos L a S TUE.

nos interesa particularmente, señalemos que el TJCE tiene competencia de interpretación del mismo concepto de Derecho de la Unión de *espacio de libertad, seguridad y justicia* en tanto que objetivo de la Unión Europea (90). Además, el TJCE tendrá una serie de espectaculares nuevas competencias en el Título III bis TCE y en el Tercer Pilar, estableciéndose para cada uno de ellos un régimen jurisdiccional particularizado (91).

* * *

Por lo que hace al acervo *Schengen*, el art. 2, 1, tercer párrafo del Protocolo dispone que el TJCE será competente en función de la base jurídica elegida de los Tratados para cada disposición o decisión *Schengen*, esto es Primer Pilar o Tercer Pilar tras la decisión de refundación operada en virtud del art. 2.1, segundo párrafo del Protocolo. Sin embargo el TJCE queda sin competencia «*alguna sobre las medidas o decisiones relativas al mantenimiento de la ley y el orden público así como a la salvaguarda de la seguridad interior*». Se trata de una limitación general sobre las

Esta extensión de competencias (en particular, a los Títulos VI, VI bis y art. F.2 TUE) debe llevar en nuestra opinión a la modificación del nombre del Tribunal, que tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam ya no será competencialmente sólo el Tribunal de Justicia «de las Comunidades Europeas», sino propiamente el Tribunal de Justicia de la «Unión Europea».

En general, sobre las posiciones durante la negociación del Tratado de Amsterdam al respecto de las competencias del TJCE, puede verse, N. STOFFEL VALLOTTON en M. OREJA (dir.), *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea. Análisis y Comentarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

(90) Aunque la competencia del TJCE no se extiende al art. B TUE, el concepto figura como objetivo de la UE en los arts. K.1 TUE y 73 I TCE, así como en el art. K.12.1 TUE relativo a la cooperación reforzada del Tercer Pilar (*cit. notas 25 y 131*), sobre el que el TJCE tiene competencia (art. K.12.4 TUE) a fin de comprobar que la cooperación reforzada propuesta persigue el objetivo de conseguir más rápidamente el espacio de libertad, seguridad y justicia.

(91) La extensión de competencias del TJCE en materia de derechos fundamentales puede llevar a plantearnos la eventual afectación de los contenidos del «espacio de libertad, seguridad y justicia». El art. F,2 se encuentra con el Tratado de Amsterdam bajo la competencia del TJCE (con ciertas condiciones, *vid. nota 89*); sin embargo, no parece que este aspecto represente un nuevo título competencial o ámbito de competencias para el Tribunal, *vid. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS*, «Algunas reflexiones sobre la protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea» en *Scritti Mancini*, Giuffrè ed., 1998, vol. II, pp. 831-845, en p. 845; en el mismo sentido, P. J. G. KAPTEYN, *loc. cit. nota 42*.

medidas o decisiones del acervo *Schengen* cuya base jurídica se haya decidido que recae tanto en el Primer como en el Tercer Pilar y sobre las que el TJCE no podrá pronunciarse (92). Estimamos que esta limitación general es oponible sólo ante las decisiones adoptadas en el marco *Schengen* en estas materias antes de su refundación —o sea, aquellas con el *pecado original* Schengen—, y no ante las medidas o decisiones de aplicación posteriores que se adopten sobre estos mismos temas, una vez entrado en vigor el Tratado de Amsterdam, sobre la base del Título III bis TCE —u otra parte del Primer Pilar— o del Título VI TUE ya como normativa UE.

* * *

En relación al nuevo Título TCE, el régimen general de competencias del TJCE (arts. 164 a 188 TCE) es de aplicación, con el añadido de las especificidades del régimen privativo de este Título, que queda establecido en el art. 73 P TCE.

En primer lugar, se establece un régimen artículo 177 particularizado. Hay que poner de relieve que *no* se instaure *ex novo* un régimen de planteamiento de cuestiones prejudiciales diferente y específico para el nuevo Título III bis TCE, sino que el régimen 177 aplicable a todo el TCE es también aplicable a este nuevo Título (93) con dos limitaciones, aparte de la limitación general referida sobre las medidas o decisiones de origen *Schengen*:

a) Expresamente dispone que este artículo TCE será de aplicación al nuevo Título TCE sólo en determinadas *circunstancias y condiciones*; básicamente, en el marco del planteamiento de cuestión prejudicial al TJCE por los tribunales u órganos jurisdiccionales de última instancia (94). Se

(92) Ver nota 119.

(93) La redacción del artículo L a) confirma la aplicabilidad general a este nuevo Título del régimen 177, y por tanto del *acquis* jurisprudencial del art. 177 (por ejemplo, noción de órgano jurisdiccional en el sentido de la jurisprudencia, admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, valor de las sentencias del TJCE, etc.).

(94) El art. 73.P.1 dispone en efecto que «*El artículo 177 será de aplicación al presente título en las siguientes circunstancias y condiciones: cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se planteen en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria*

trata ciertamente de una ruptura del marco jurídico y jurisprudencial, ya muy desarrollado, sobre el art. 177 TCE. Esta limitación se justifica no sólo por la sensibilidad de los temas tratados en el nuevo Título TCE, sino —principalmente— por la inoperancia de aplicar el modelo completo ex artículo 177 —con competencias para todos los jueces europeos— a los procedimientos nacionales que versan sobre las materias de visados, asilo e inmigración, y que conducirían a una disfunción de los procedimientos urgentes nacionales y, muy probablemente, a un colapso en el funcionamiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo (95). El sistema previsto garantiza así un equilibrio entre la necesidad de evitar la consolidación de prácticas y doctrinas jurisprudenciales divergentes y las necesidades de operatividad y eficacia judicial en estos temas.

b) Otra limitación específica del régimen 177 aplicable al nuevo Título va referida a las cuestiones prejudiciales que pueden plantearse, ya que podrán ser remitidas cuestiones prejudiciales de validez o de interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el Título III bis TCE, con una sola excepción: las medidas o decisiones de garantía directa de la libre circulación sin controles en fronteras interiores del art. 73 J.1 *relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior*, sobre las cuales el TJCE no podrá pronunciarse (96). Hay que subrayar que no se trata de la exclusión competencial del TJCE en general sobre estas materias —sólo aplicable a las medidas de origen *Schengen*—, sino sobre una muy determinada catego-

una decisión al respecto para poder emitir su fallo.» La redacción se ajusta a la del último párrafo del art. 177, con la diferencia de que en el artículo 177 se habla de que el órgano «*estará obligado*» -por contraposición al «*podrá pedir*» de los órganos ante los que cabe ulterior recurso judicial-, mientras que en el art. 73 P.1 se dice que el órgano «*pedirá*». A nuestro entender, esta diferencia es irrelevante a los efectos de la aplicación de la jurisprudencia del TJCE sobre la obligatoriedad del reenvío prejudicial, ya que estos órganos jurisdiccionales de última instancia deben hacer suya la obligación del art. 177 párrafo tercero de elevar cuestión prejudicial.

(95) Vid. KAPTEYN, *loc. cit.*, nota 42.

(96) Art. 73 P.2. La versión española dice que sobre las mismas el Tribunal «*no tendrá (...) competencia alguna*»; sin embargo, las versiones inglesa y francesa ciñen la limitación de la competencia a la del pronunciamiento: «*la Cour de justice n'est pas compétente pour statuer*»; «*The Court of Justice shall not have jurisdiction to rule*».

ría de medidas de aplicación del Título (97), sobre las que además será el TJCE el que determinará el alcance de la restricción impuesta.

Además, pueden plantearse por otra parte, cuestiones sobre la interpretación del mismo título III bis TCE, lo que implica forzosamente proyectar la competencia del TJCE para interpretar determinadas conexiones con el Tercer Pilar (art. 73 I, a *in fine*, y 73 I e), además de la competencia de interpretación de determinados Protocolos anejos al TUE y al TCE (98).

En segundo lugar, la gran innovación es la introducción de un nuevo recurso, una suerte de recurso «en interés de la ley» (99), del que existen antecedentes (100).

Hay que resaltar que, a diferencia del régimen 177, quienes pueden instarlo no son las jurisdicciones, sino exclusivamente el Consejo, la Comisión o un Estado, si bien se persigue el mismo objetivo de la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el territorio europeo, en una materia particularmente compleja y donde las prácticas nacionales parten de tradiciones muy diversas. Otra limitación viene dada por la exclusión del planteamiento de la validez de un acto, ya que aquí se limita a las cuestiones de interpretación.

El marco jurídico a interpretar no es el del Tratado, sino exclusivamente el nuevo título TCE. En efecto, no se menciona más que la *interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basados*

(97) En efecto, la exclusión general en estas materias sólo va referida a las medidas o decisiones provenientes del acervo *Schengen*. En el nuevo título III bis la única referencia general es la del art. 73 L: «*El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior*».

(98) Ya que en efecto el art. 73 Q remite a ellos: «*La aplicación del presente título quedará sometida a lo dispuesto en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda así como al Protocolo sobre la posición de Dinamarca, y se entenderá sin perjuicio del Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 7A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda*».

(99) Dispone el art. 73 P.3 que «*El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título. El fallo emitido por el Tribunal de Justicia en respuesta a tal petición no se aplicará a sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan fuerza de cosa juzgada*».

(100) Vid. art. 4 del Protocolo sobre la interpretación por el TJCE del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOCE C* 189 de 28.7.90, p. 25.

dos en el presente título. Sin embargo, hay que considerar que desgajar en el vacío este nuevo título del TCE y del TUE puede resultar en ocasiones artificial, considerando la interconexión del concepto UE de *espacio de libertad, seguridad y justicia* con otros títulos y disposiciones, la competencia del TJCE para interpretar esta misma noción de base, y el encaje sistemático en el TCE y su complementariedad sobre la base del TCE y del TUE.

La sentencia (101) del TJCE interpretativa del recurso «en interés de la ley» no podrán afectar a sentencias firmes o que hayan pasado a constituirse en *cosa juzgada* (102), con lo que se limitan los efectos en el tiempo en estas materias particularmente sensibles; por tanto, la intención es claramente la de desvincular la cuestión interpretativa solicitada de un asunto concreto que se encuentre en curso -de hecho, no se puede solicitar una cuestión de interpretación de actos de los Estados basados en el Título o en actos de las instituciones basados en este Título. Más bien, es la de armonizar criterios interpretativos de cara al futuro que pueden haberse establecido tanto por prácticas estatales como por doctrinas jurisprudenciales divergentes en el ámbito europeo en una materia que pretende la consecución de un sistema armónico en el cruce de fronteras exteriores e interiores y posterior residencia de ciudadanos tanto comunitarios como de países terceros.

En cualquier caso, son también aplicables las limitaciones que hemos visto relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior en el sentido de que el TJCE no podrá interpretar ni las medidas o decisiones de las instituciones que antes de su refundación pertenecían al acervo *Schengen* (protocolo, art. 2,1, tercer párrafo), ni las medidas o decisiones de garantía directa de la libre circulación sin controles en fronteras interiores (art. 73 J.1 TCE), y relativas ambas a estos temas.

Tras el periodo transitorio de cinco años, será posible adaptar las disposiciones del art. 73 P sobre estas competencias del TJCE en el Título III bis (103).

* * *

(101) «fallo», aunque en la versión francesa «arrêt», y en la inglesa «ruling».

(102) La versión española habla de «sentencias (...) que tengan fuerza de cosa juzgada»; la francesa «décisions (...) qui ont force de chose jugée»; la inglesa «judgments (...) which have become res judicata».

(103) Por unanimidad del Consejo tras consulta del PE, art. 73 O.2, segundo inciso; en efecto, la referencia a «adaptar las disposiciones relativas a las competencias del Tribunal de Justicia» parece sólo hecha al art. 73 P —y no al art. 169, 173 o 175 TCE— adaptación que además puede coincidir con la futura reforma institucional asociada a las próximas adhesiones, cfr. KAPTEYN, *loc. cit.* nota 42.

En la parte relativa al Tercer Pilar, el sistema jurisdiccional *ad hoc* establecido en relación al TJCE consiste en tres nuevos bloques de competencias, sobre las que pende una importante reserva estatal sobre la competencia del TJCE (104), que se añade a la falta de competencia sobre las medidas o decisiones de origen *Schengen* relativas al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior.

En primer lugar, se instaura un nuevo régimen prejudicial para el Tercer Pilar (105), que otorga al TJCE un nuevo ámbito de competencias para conocer de cuestiones prejudiciales de interpretación o validez que le pueden ser remitidas por los órganos jurisdiccionales nacionales. El sistema tiene las siguientes características:

a) Los actos que pueden motivar la cuestión prejudicial son los nuevos actos específicos y privativos del Tercer Pilar: decisiones marco, decisiones —y sus medidas de aplicación—, sobre los que pueden plantearse cuestiones prejudiciales de interpretación y validez; convenios celebrados de conformidad con el Título VI TUE, que pueden motivar sólo cuestiones de interpretación (106). Es de hacer notar que queda excluido el Tercer Pilar en cuanto tal Título VI TUE en sus arts. K.1 a K.14, sobre los que no podrán remitirse cuestiones de interpretación —quizás con la excepción del art. K.12 (107)— aunque sobre cuyas disposiciones el TJCE tiene una competencia general de interpretación (108).

(104) El art. K.7.5 dispone *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 salvaguardia de la seguridad interior*. Para M. DEN BOER la referencia a la validez y proporcionalidad de las operaciones implica que «*official judgements on international criminal investigation activities will remain a matter for the national courts and the European Court of Human Rights*» *loc. cit.*, nota 50, p. 11. Obsérvese cómo se utilizan términos extremadamente amplios: «*validez o proporcionalidad*» «*operaciones*» «*policía u otros servicios con funciones coercitivas*».

(105) No ocurre por tanto como en el nuevo Título III bis, al que se extiende, particularizándolo, el régimen del art. 177 TCE.

(106) Se plantea la duda de si las medidas de aplicación de los Convenios se encuentran aquí comprendidas.

(107) Ya que en materia de cooperación reforzada, el art. K.12.4 extiende las competencias del TJCE a los requisitos y procedimientos de autorización (arts. K.12 1, 2 y 3).

(108) Ya que el art. L b) habla de las «*disposiciones del Título VI, en las condiciones establecidas en el artículo K.7*»

b) Los órganos jurisdiccionales que pueden plantear cuestión prejudicial son exclusivamente los que determinen los Estados, con un sistema básicamente optativo —sobre el que existe un modelo precedente (109). En efecto, se establece un mecanismo de doble optatividad: cualquier Estado puede aceptar o no esta competencia prejudicial del TJCE (110), y además el que lo haga puede aceptar el mecanismo prejudicial sólo para jurisdicciones de última instancia o para todas las jurisdicciones (111). Cualquier Estado sin embargo, podrá presentar memorias u observaciones escritas en los procedimientos prejudiciales de este Título (artículo K.7.4).

Queda naturalmente abierta la cuestión de cómo se desarrollará en la práctica la asimilación del régimen prejudicial Tercer Pilar que se crea con el *acquis* jurisprudencial existente del régimen 177 TCE (112) y la conexas conformación de los elementos diferenciales que debe forzosamente conllevar un régimen prejudicial para un Pilar no comunitario. En cualquier caso los órganos jurisdiccionales de última instancia no están obligados llegado el caso a remitir cuestión prejudicial: los Estados en efecto pueden modular la obligación asumida, en el sentido de que los Estados podrán habilitar una normativa interna para obligar a los órganos jurisdiccionales a remitir el asunto al TJCE (113). La uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión y en general la sumisión del Tercer Pilar al objetivo UE exige sin embargo que las sentencias interpretativas del TJCE en este ámbito tengan fuerza obligatoria para todos los Estados, incluidos los que no acepten esta competencia prejudicial del TJCE para sus órganos jurisdiccionales.

En segundo lugar, se instaure también para el Tercer Pilar una modalidad del recurso ex artículo 173 TCE, segundo y cuarto párrafo TCE en

(109) Vid. el Protocolo establecido sobre la base del art. K.3 del TUE, relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el TJCE del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (EUROPOL), *DOCE* C 299 de 9.10.96, pp. 1-ss, que ha servido de modelo a Protocolos similares de los Convenios posteriores adoptados en este ámbito.

(110) En el momento de firmar el Tratado de Amsterdam o en cualquier momento posterior, art K.7.2.

(111) La fidelidad en la redacción a la del art. 177 TCE es considerable, art. K.7.3.

(112) Ver nota 93. También plantea dudas la participación del Consejo y la Comisión en estos procedimientos

(113) Declaración n.º 10 adoptada por la Conferencia sobre el artículo K.7.

el art. K.7.6 (114). Aunque se mantienen los mismos motivos jurídicos para argumentar el recurso y el mismo plazo que en el marco 173 TCE, existen importantes limitaciones: los únicos actos controlables son las decisiones marco y las decisiones —excluyendo por tanto a las posiciones comunes, los Convenios y las medidas de aplicación de Convenios y de decisiones—, y sólo podrán interponerlos los Estados y la Comisión —excluyendo a las personas físicas y jurídicas.

En tercer lugar, también se insta un particular sistema de arreglo de diferencias adaptado a este título VI TUE (115). Podemos distinguir dos tipos de recursos: el que se produce como consecuencia de un litigio entre Estados miembros sobre los actos adoptados del art. K.6.2 tras una fase de seis meses de intento de solución política en el seno del Consejo (116); por otra parte, el recurso sobre la interpretación o aplicación de convenios que surja entre Estados y la Comisión. Es de destacar que estos últimos 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 puedan surgir entre Estados.

(114) *«El Tribunal de Justicia será competente para controlar la legalidad de las decisiones marco y de las decisiones en relación con los recursos interpuestos por un Estado miembro o la Comisión por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder. Los recursos previstos en el presente apartado deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir de la publicación de la medida».* Aunque, al excluirse a los particulares de las personas con *ius standi*, el recurso debe interponerse en el plazo de dos meses a partir de la publicación.

(115) El art. K.7.7 dispone *«El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros relativo a la interpretación o aplicación de actos adoptados de conformidad con el apartado 2 del artículo K.6, siempre que dicho litigio no pueda ser resuelto por el Consejo en el plazo de seis meses a partir de su remisión al Consejo por uno de sus miembros. El Tribunal será también competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre los Estados miembros y la Comisión relativo a la interpretación o la aplicación de convenios celebrados con arreglo a la letra d) del apartado 2 del artículo K.6.»*. Vid. como antecedente el art. 8 del Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del TUE, relativo a la protección de los intereses financieros de las CC.EE., DOCE C 316 de 27.11.95, pp. 48-ss.

(116) recurso inscrito *«entre los métodos tradicionales de arreglo de controversias del Derecho internacional público»*, si bien el TJCE tiene jurisdicción obligatoria, señala F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, *loc. cit.*, nota 16, p. 15.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

1. El Tratado de Amsterdam ha operado en el plano del Derecho originario de la Unión una suerte de refundación jurídica e institucional —entendiendo refundar como erigir o establecer sobre nuevas bases el marco jurídico aplicable— del conjunto de los aspectos y consecuencias de un mismo fenómeno, el de la libre circulación y la supresión de controles a las personas en las fronteras interiores en el espacio común europeo, ámbitos ahora reagrupados en su complejidad bajo el nuevo objetivo UE del *espacio de libertad, seguridad y justicia*. Se simplifica así radicalmente la pluralidad de instancias y de sistemas jurídicos diferenciados ocupados del tratamiento de las distintas facetas prácticas de estos temas, en una reconducción global de los mismos al ámbito institucional y jurídico de la Unión Europea.

2. Se trata ante todo de una refundación conceptual en el enfoque y tratamiento de estos temas, que viene por el establecimiento de un concepto y objetivo UE de nuevo cuño.

El contenido jurídico más importante del objetivo es el de ofrecer una muy especial cobertura jurídica en el plano de la Unión a la supresión de controles de personas en las fronteras interiores y a sus consecuencias en el Derecho de la Unión. Ello conlleva el convalidar y retomar todo lo actuado anteriormente en la UE y en el marco *Schengen* en estas materias, que son acogidas y concebidas como privativas de la Unión y tratadas coordinadamente en el seno del Primer y Tercer Pilar (117). Por ello el nuevo objetivo refleja y ofrece una coherencia jurídica entre los diversos elementos de los Tratados que contemplan estos temas, lo que confiere una unidad y vertebración a los cambios operados en estos ámbitos.

En tanto que objetivo global de la UE, su consecución se presenta como permanente e indefinida, ya que aspira a mantener, desarrollar y asegurar la completa libre circulación de personas en un contexto de seguridad, si

(117) Este hecho es una importante innovación, en tanto que los distintos aspectos de estos temas contemplados por el TUE carecían de objetivos de conjunto, y sólo estaban vinculados por elementos aislados como la estructura institucional única y los principios genéricos enunciados en los artículos A a F.

bien determinados aspectos jurídicos del mismo cuentan con un determinado plazo de logro.

El objetivo y su plasmación en el TUE encuentra su razón de ser en una necesidad ante todo funcional, que posee una innegable faceta o añadido político que explica tanto su denominación grandilocuente, pretenciosa y ambigua (118) como la cláusula de salvaguardia propia que conlleva, que es la del «*mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior*» (119).

La principal aportación del nuevo objetivo no es tanto el poner de relieve la conexión entre estas ideas de libre circulación de personas y de seguridad sino el elaborar una nueva noción de Derecho originario que presupone en su concepción jurídico-política la conexión inextricable del binomio, y que implica englobar los aspectos prácticos sobre los que incide impregnando el conjunto de ámbitos del TUE.

3. El cambio de enfoque se acompaña de una reordenación competencial, ya que el nuevo objetivo conlleva una redistribución de las competencias de los Estados y la UE en estos ámbitos: las consecuencias judiciales-civiles y administrativas de la supresión de controles en frontera a las personas físicas comunitarias y de Estados terceros se *comunitarizan* (120), quedando las consecuencias de índole policial y penal o de se-

(118) El título del objetivo posee una evidente dimensión política al concebir la Unión como una zona donde priman tres grandes principios, «*libertad, seguridad y justicia*», cuya primera lectura es antes bien político-filosófica y por tanto confundidora de su contenido real, y que componen una tríada —en una suerte de adaptación milenarista del friso revolucionario «*libertad, igualdad, fraternidad*»— que pretende ofrecer a los ciudadanos europeos un emblema identificable de la nueva Unión Europea. Ver nota 21.

(119) Sobre la que no existen elementos en cuanto al contenido, aún estando ya reconocido en Derecho originario (art. 100 C.5 TCE, art. K.2.2 TUE). Parece tratarse de un concepto diferente al de las limitaciones *por razones de orden público, seguridad y salud públicas* del Título III TCE sobre libre circulación de personas, servicios y capitales (art. 48.3, 56.1, 66 TCE), ya muy desarrolladas normativa y jurisprudencialmente, y también diferente de los conceptos de los arts. 223 y 224 TCE. El concepto es probablemente la cláusula de salvaguardia de Derecho de la Unión en estas materias para el objetivo de «*espacio de libertad, seguridad y justicia*», ya que se encuentra tanto en el nuevo Título TCE —más limitadamente— como en el Tercer Pilar y en las normas de origen *Schengen*. Hay que temer que esta excepción o límite se incorpora al art. 8A.1, que ya no sólo acogería las excepciones derivadas de razones de orden público, seguridad y salud públicas.

(120) Hay una cierta resistencia a hablar de «*comunitarización*», vid. S. MARTÍNEZ LAGE, «El Tratado de Amsterdam: algunos aspectos jurídicos (I)» *Gaceta Ju-*

guridad interior (121) en el Tercer Pilar. El acervo *Schengen* se integra en la UE y se divide entre el Pilar comunitario y el Tercer Pilar. Esta redistribución competencial supone en cualquier caso una transformación radical en la comprensión y enfoque del conjunto de ámbitos abarcados, que permite a la UE un muy importante papel de centralización en la iniciativa sobre estos temas (122), ya que es la Unión la que queda responsabilizada de la construcción de un espacio federal y seguro de entrada, circulación y residencia de las personas físicas independientemente de su nacionalidad.

4. En cuanto a los diversos ámbitos ahora asumidos por el nuevo objetivo UE, la refundación jurídica e institucional más evidente la constituye el caso del acervo *Schengen*, que transmuta su naturaleza de Derecho internacional público por la de Derecho comunitario y Derecho de la Unión. Esta reconversión supone su desaparición como estructura jurídica paralela a la UE y la consiguiente emigración jurídica de los Convenios *Schengen* y demás actos de aplicación hacia las estructuras jurídico-institucionales de la UE, que los asumen.

La absorción del acervo *Schengen* puede tener una lectura positiva en la demostración de la fortaleza del ordenamiento de la Unión, en los as-

ridica de la CE y de la Competencia Boletín 124 junio 1997, p. 3; F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, *loc. cit.*, nota 16, p. 9, quien señala que en cualquier caso no es una comunitarización «a la vieja usanza»; por su parte, el Informe LIGOT de la Asamblea nacional francesa (M. LIGOT, *La révision des traités européens après Amsterdam*, Délégation pour l'Union européenne, Rapport d'information n.º 39, Asssemblée nationale, 1997) habla de una «cuasi comunitarización». En nuestra opinión, la transferencia masiva de las consecuencias normativas, administrativas y judiciales-civiles de la libre circulación del Tercer Pilar al Pilar comunitario (no sólo al Título III bis: art. 209 A TCE, medidas contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad; art. 116 TCE, cooperación aduanera entre los Estados miembros y entre éstos y la Comisión), supone la aplicación a las mismas del ordenamiento jurídico comunitario con todas sus consecuencias, por lo que la particularización del Título III bis (papel de las instituciones, establecimiento de plazos para la adopción de las medidas y protocolos del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) en el seno del Pilar comunitario no menoscaba la cuestión de principio: la extensión de las competencias comunitarias a estos ámbitos.

(121) R. DEHOUSSE prefiere hablar de *seguridad interior* al referirse a estas materias, *loc. cit.*, nota 4, p. 270.

(122) Para LABAYLE, se trata de un objetivo o proyecto político que permite un relanzamiento de la iniciativa comunitaria en estos temas *loc. cit.*, nota 11, pp. 26-29.

pectos de su *vis atractiva* (123), su adaptabilidad (124), y su nivel suficiente de legitimidad democrática (125).

5. La principal reconversión que se opera en el Tercer Pilar viene a nuestro entender por el hecho de su sumisión conceptual al objetivo específico de la UE del *espacio de libertad, seguridad y justicia*. Por ello es de hacer notar que el Tercer Pilar dejará de tener tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam la justificación preambular propia y autónoma en el TUE —introducida por el Tratado de Maastricht—, ya que ésta ha sido subsumida por el concepto general de espacio de libertad, seguridad y justicia, lo que supone su pérdida de autonomía en el sistema UE y su interconexión de base con los diversos aspectos comunitarios (126). Con-

(123) Y la consecuente inviabilidad a largo plazo de las experiencias de cooperación intergubernamental que en paralelo se desarrollen extramuros a la UE en ámbitos vocacionalmente comunitarios —como es este de la libre circulación de personas y sus consecuencias. Estas experiencias poseen un papel incentivador importante, pero acaban atraídas a la UE y a la espiral integradora comunitaria cuando su viabilidad se demuestra factible y existe un mínimo consenso entre los Estados que precipita el acuerdo jurídico, una vez comprobada su viabilidad en el ámbito de cooperación paralela. Recordemos en este orden de ideas los precedentes de fenómenos como la CPE y la Cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, que pasaron por una fase de adaptación intergubernamental antes de ser entronizados como Derecho originario en los Tratados.

(124) La desaparición de *Schengen* también demuestra la capacidad de la experiencia UE de racionalizar fenómenos complejos y de adaptar sus propias estructuras a los mismos; en este caso, estableciendo tanto su integración en el marco general de la flexibilidad que diseña el Tratado de Amsterdam y permitiendo situaciones particularizadas por países, como por el establecimiento de regímenes jurídicos particularizados en el Derecho de la Unión.

(125) La integración del acervo *Schengen* no sólo implica terminar con la disfunción y opacidad jurídica e institucional que para el conjunto de los beneficiados suponía el desarrollar un objetivo comunitario mediante estructuras paralelas intergubernamentales. Además, supone indirectamente un reconocimiento de la legitimidad democrática de la UE, que aún con sus profundas carencias, mantiene un nivel de garantías democráticas —equilibrio de poderes y controles comunitarios, transparencia, obligatoriedad y control jurisdiccional comunitario y nacional de los actos y normas jurídicas— lo suficientemente elevado como para que se estime beneficiosa la extensión de estas garantías a la esfera de actividad *Schengen*, considerada tradicionalmente opaca a los controles democráticos.

(126) Para LABAYLE «*il marquerait un coup d'arrêt sinon la rupture du mouvement initié a Maastricht, celui de la concurrence de l'action intergouvernementale institué au détriment de l'action communautaire*», *loc. cit.*, enp. 28.

secuentemente con ello, el nuevo Tercer Pilar se despegaba del modelo PESC del Segundo Pilar que le había marcado hasta entonces. De esta nueva concepción se derivan importantes consecuencias que se plasman en los sustantivos cambios operados en el Tercer Pilar.

6. Pero también se ha efectuado a nuestro entender un cambio sustantivo en la percepción jurídica de la libre circulación de personas bajo el pilar comunitario. Este ámbito comunitario de acción tradicional desde el origen de las Comunidades Europeas, pasa explícitamente a convertirse en un objetivo común UE, siendo ahora las bases jurídicas de Derecho originario, de forma explícita, ya no exclusivamente comunitarias; la inextricable vinculación con la idea de seguridad que comporta el *espacio de libertad, seguridad y justicia*, en el que se subsume la libre circulación, hace de ésta un objetivo de realización compleja y vinculada a otras dimensiones de la integración europea.

Por lo que hace a la nueva regulación complementaria de la libre circulación de personas bajo el pilar comunitario, dos son las principales aportaciones del nuevo Título III bis.

En primer lugar, se realiza una opción de envergadura sobre la base jurídica adecuada para completar la libre circulación de personas, que no es otra que el art. 7A, y no el art. 8A sobre ciudadanía (127). Además, la libre circulación de personas en el sentido de mercado interior debe comprenderse como libre circulación de comunitarios y no comunitarios sin controles en las fronteras interiores, necesitando preceptivamente de una serie de políticas directas de garantía y de acompañamiento sobre el cruce de fronteras interiores y exteriores, entrada y breve estancia; ello supone tanto redimensionar en Derecho originario el mercado interior como reconocer su no consecución actual y aplazar su vigencia efectiva en lo que respecta a las personas (128).

(127) De todas formas este artículo 8 A.1 no podía proporcionar una base jurídica autónoma y suficiente, ya que sólo reconoce el derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión: los nacionales de los Estados miembros, y no los de terceros Estados (principio reafirmado en el nuevo art. 8.1 TCE). Pero sí es de lamentar su no mención como base jurídica *complementaria* al art. 7A.

(128) En efecto, los cambios por relación a la situación anterior vienen confirmados por el margen temporal previsto: las medidas que aseguren el nuevo concepto de la libre circulación de personas han de adoptarse en un plazo de 5 años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Es por ello que

En segundo lugar, hay una serie de políticas desvinculadas *stricto sensu* del mercado interior pero que atañen indirectamente a la circulación de personas (establecimiento de un común *régimen de extranjería* de estancia y residencia, cooperación judicial-civil y administrativa, y una cierta cooperación policial y judicial en materia penal).

Estas dos consideraciones se corresponden además con la doble base jurídica en el nuevo TCE de la circulación de personas: por una parte, la «*libre circulación de personas*» del mercado interior (art. 3c, 7A, Título III, 73I.a TCE); por otra, la «*entrada y circulación de personas*» (art. 3d, 73I.b, 73I.c, 73I.d y 73I.e).

7. Son evidentes las problemáticas abiertas de una refundación de la magnitud de la presente inscrita en un contexto general de entronización constitucional de la flexibilidad o de «cooperaciones reforzadas», de la que existían ejemplos anteriores (129), pero para los que ahora existirá una cláusula de cobertura general (130), y a la que se unen las previsiones de

la precisión del contenido como supresión de controles en frontera a comunitarios y no comunitarios supone un añadido de complejidad que necesita un tiempo para hacerse efectiva, lo que demuestra que su consecución anterior no era evidente.

(129) Protocolo Social, UEM, art. J.4.5 TUE

(130) El Tratado de Amsterdam consagra y generaliza la posibilidad de avances desiguales en el proceso de integración, lo que se conoce como flexibilidad o cooperaciones reforzadas. En general queda reconocida en el ámbito TUE por un nuevo título VI bis, *Disposiciones sobre una cooperación reforzada*, arts. K.15 a K.17. Se trata de tres artículos, el primero de los cuales señala que los Estados que tengan la intención de instituir una cooperación más estrecha entre sí podrán hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos establecidos en los Tratados siempre que se den una importante serie de condiciones [Artículo 1, K.15.1, a) a h)]. Estos Estados participantes, que asumen los gastos no administrativos de la cooperación más estrecha (Art. K.16.2 TUE), aplicarán los actos y decisiones adoptados para la ejecución de dicha cooperación; las decisiones serán adoptadas por los Estados participantes, dentro del marco de las disposiciones institucionales del Tratado, teniendo los Estados no participantes derecho a participar en las deliberaciones; la mayoría cualificada tendrá la misma proporción de los votos de los miembros del Consejo participantes, según la ponderación del art. 148 TCE (art. K.16.1 TUE), mientras que los Estados no participantes deben no impedir su aplicación a los Estados participantes (art. K.15.2). El Consejo y la Comisión deben de informar al PE del desarrollo de esta cooperación más estrecha (Art. K.17 TUE).

cooperaciones reforzadas en distintos ámbitos (131), además de los múltiples protocolos y cláusulas (132).

En efecto, si bien la regulación en el TUE del nuevo objetivo presenta en sí misma una serie importante de incógnitas sobre su articulación futura, uno de los principales problemas será la eventual introducción y aplicación de las cooperaciones reforzadas, y el uso normal en la práctica de los diferentes regímenes particularizados y optativos que dentro del TCE y del Tercer Pilar como excepción al régimen general suponen los múlti-

(131) La posibilidad general es reconocida también por pilares. Así, la posibilidad de estas cooperaciones reforzadas es también expresa en el Primer Pilar comunitario: art. 5 A TCE, que preve la autorización del Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al PE, y que permite a la cooperación reforzada hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos del Tratado siempre que se den una serie de condiciones (Art. 5A, 1, letras a) a e).

Por lo que hace referencia al nuevo Tercer Pilar una disposición, el art. K. 12, se inscribe expresamente en el marco general de cooperación reforzada establecido en el nuevo Título TUE, aunque con importantes especificidades: la cooperación debe tener por objeto específico el permitir a la Unión una evolución más rápida hacia una zona de libertad, de seguridad y de justicia, deben ser al menos 10 Estados los que soliciten la cooperación (art. K.12.2, tercer párrafo), el Tribunal de Justicia tiene competencia sobre el núcleo duro del art. K.12 (en concreto, sobre los apartados 1, 2 y 3, art. K.12, 4, primer apartado), junto con algunas particularidades procedimentales. El acervo *Schengen* se constituye de hecho en el mismo Tratado de Amsterdam en la aplicación inmediata de un modelo de cooperación reforzada, a su vez con un régimen particular para los dos Estados no parte en el sistema *Schengen*, Reino Unido e Irlanda, y unas especiales relaciones con otros dos Estados no comunitarios, Noruega e Islandia (arts. 4, 5 y 6 del Protocolo por el que se integra el acervo de *Schengen* y Declaraciones 45 a 47 Anejas al Acta Final de la Conferencia). La no participación de Irlanda y el Reino Unido no empece su consideración inmediata como una cooperación reforzada, aunque su eventual participación total o parcial puede ser problemática. Dinamarca también tiene una posición particular (Art. 3 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen, y art. 5 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca).

(132) Hay que tener en cuenta en el ámbito del nuevo título III bis TCE sobre libre circulación de personas 3 protocolos específicos: Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del art. 7A del TCE al Reino Unido e Irlanda, y Protocolo sobre la posición de Dinamarca. Por su parte, F. DEHOUSSE llega a hablar del nuevo Título III bis como del primer pilar bis o ter, *loc. cit.*, p. 266. Sin olvidar las condiciones de ratificación de los Convenios del Tercer Pilar, lo que dará los juristas «and implementing officials in the Member States many sleepless nights», M. DEN BOER, *loc. cit.*, nota 50, en p. 8.

ples Protocolos y Declaraciones (133); además, por lo que hace al ámbito *Schengen* y al Primer y Tercer Pilar, esta complejidad ya se encuentra abocada a producirse (134). Este conjunto de regímenes jurídicos diferenciados suponen también unas modulaciones de las competencias jurisdiccionales del TJCE de una envergadura desconocida por esta institución (135).

Estas cooperaciones reforzadas y articulaciones diferentes y particularizadas del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión suponen en realidad una complicación de la regulación material e institucional, que va en contra de la transparencia, y de los textos claros y accesibles, siendo aquí un fracaso de la CIG (136), y además probablemente un perjuicio y agravación del déficit democrático (137).

(133) En efecto, el diseño y presentación del Tratado de Amsterdam es abiertamente complejo, en parte por la misma complejidad que alberga el TUE en su seno, y además por las potencialidades de complicación y de problemas que pueden surgir, y que hace decir a F. DEHOUSSE que «*Ce n'est plus de l'acquis communautaire qu'il faut parler, mais bien du maquis communautaire*», *loc. cit.*, nota 4, p. 272.

(134) Por la necesidad de regular las consecuencias en los ámbitos TCE y Tercer Pilar de las relaciones entre, por una parte, doce Estados, y Dinamarca, Reino Unido e Irlanda con un especial estatuto en el nuevo Título, y los trece Estados *Schengen*. También se encuentra ya el problema de regular las relaciones de las nuevas medidas *Schengen* con Noruega e Islandia, Estados parte en el Espacio Económico Europeo y donde existe ya alguna previsión al respecto. La afectación de estos ámbitos puede modular en consecuencia el objetivo de la Unión «espacio de libertad, seguridad y justicia», pudiéndose producir la paradoja de encontrarnos ante un espacio con diferentes contenidos o garantías de la libre circulación, la seguridad y la cooperación judicial.

(135) En efecto, la particularización alcanza también al TJCE, que recibe nuevas competencias TCE y Tercer Pilar. En el primer pilar despliega sus competencias con las particularidades vistas, no siendo una novedad el que tenga ámbitos particularizados por relación al TCE (ya, p. ej., los tenía en materia de protocolo social), pero sí es la primera vez que tiene una competencia prejudicial 177 particularizada por relación a un Título del TCE. Aunque también en el Tercer Pilar tiene una serie de problemáticas abiertas, sin embargo, la particularización de la jurisdiccionalidad del TJCE será considerable en caso de aplicación formal del mecanismo de cooperaciones reforzadas.

(136) J.-V. LOUIS, *loc. cit.*, nota 4, p. 10.

(137) M. LIGOT, *loc. cit.* nota 121, p.