

LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA EN EL NUEVO ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Por LUIS NORBERTO GONZÁLEZ ALONSO (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR EN EL TUE: HISTORIA DE UNA EXPERIENCIA FRUSTRANTE.—III. LA MODULACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN LA VERTIENTE COMUNITARIA DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: 1. LA LIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA PREJUDICIAL DEL TJCE; 2. EL NUEVO RECURSO *EN INTERÉS DEL DERECHO COMUNITARIO*.—IV. UN SISTEMA JURISDICCIONAL *AD HOC* PARA LA VERTIENTE INTERGUBERNAMENTAL DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: 1. UN PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL ESPECÍFICO; 2. LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN OBLIGATORIA.—V. LA COMPETENCIA DEL TJCE EN EL LABERINTO DE EXCEPCIONES, DEROGACIONES Y RÉGIMENES ESPECIALES DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior (JAI) se ha visto sistemáticamente entorpecido desde su aparición formal en el Tratado de Maastricht por una serie de disfunciones, derivadas en buena medida del mimetismo con que fueron concebidos los dos pilares de naturaleza intergubernamental que sustentan el edificio de

(*) Profesor Titular Interino de Derecho Internacional Público (Universidad de Salamanca). Este trabajo forma parte de un proyecto de investigación más amplio financiado por la CICYT (SEC. 98-0597).

la Unión Europea (1). A este reflejo cabe atribuir, entre otras deficiencias, la ausencia de un control jurisdiccional adecuado sobre un espacio en el que, a diferencia de lo que ocurre en el campo de la política exterior y de seguridad, la cooperación se expresa a través de una actividad esencialmente normativa, que suele afectar, además, de modo directo a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos (2).

Los riesgos que entraña esta situación son bien conocidos, aunque debido a la lentitud con que inicialmente avanzaron los trabajos en el seno del Tercer Pilar no hayan tenido hasta el momento una repercusión significativa en la práctica (3). En efecto, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la exclusión de la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de este ámbito compromete la uniformidad en la interpretación y aplicación, no sólo de las normas adoptadas en el ejercicio de la cooperación intergubernamental propiamente dicha, sino del Derecho comunitario en general, con el que aquellas disposiciones mantienen una íntima relación; impide, además, garantizar una protección

(1) Vid., al respecto, el análisis de LABAYLE, H.: «La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale», *RTD eur*, vol. 33, n.º 1, 1997, pp. 9 ss; así como, los comentarios de la Comisión en su *Informe sobre el funcionamiento del TUE*, de mayo de 1995 (puntos 120 ss.).

(2) Aunque suele afirmarse que la ausencia de control jurisdiccional resulta más comprensible y, por lo tanto, tolerable en el ámbito de la política exterior, no faltan autores que mantienen una posición contraria, apelando a las particularidades que presenta la PESC en relación con la política exterior de cualquier Estado. (Vid., por ejemplo en la doctrina española, ROBLES CARRILLO, M.: «La posición del TJCE en el Tratado de la Unión Europea: alcance y consecuencias de los artículos C y L», *RIE*, vol. 21, n.º 3, 1994, p. 815).

(3) Donde sí han podido percibirse de un modo más palpable ha sido en el ámbito del *sistema Schengen*, que comenzó a operar íntegramente entre siete Estados miembros de la Unión Europea con la entrada en vigor definitiva del Acuerdo de Aplicación de 1990, el 26 de marzo de 1995. Vid. en relación con este acontecimiento y los primeros problemas experimentados en su desarrollo, entre otros trabajos, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «La entrada en vigor de la libre circulación de personas en siete de los quince países de la Unión Europea», *REDI*, n.º 1, 1995, pp. 325-332; CURTIN, D.; MEIJERS, H.: «The Principle of Open Government in Schengen and the European Union: Democratic Retrogression?», *CMLRev.*, vol. 32, 1995, pp. 391-442; DEKNOP, P.; RAES, I.: «Schengen, mars 1995: ébauche d'une libre circulation en Europe», *RMC*, n.º 397, 1996, pp. 282-286; JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P.: «Reflexiones sobre la puesta en aplicación «en su totalidad», el 26 de marzo de 1995, del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990», *RIE*, vol. 22, n.º 3, 1995, pp. 909-938.

eficaz de los derechos de los particulares frente a la actuación tanto de las instituciones de la Unión como de las administraciones nacionales, y dificulta, en definitiva, el arreglo jurisdiccional de las controversias que puedan surgir entre los Estados miembros (4). Contemplada desde la óptica de los principios que animan el proceso de integración, la ausencia de la jurisdicción comunitaria de un espacio políticamente tan sensible para los ciudadanos ofrece una magnífica coartada para cuestionar la legitimidad democrática del conjunto, al quedar en entredicho, al menos por lo que se refiere a uno de sus pilares básicos, su concepción como una *Unión de Derecho* (5).

No debe extrañar, pues, que la reforma del título VI del TUE operada por el Tratado de Amsterdam haya afectado significativamente a la posición de la jurisdicción comunitaria en lo que, no sin cierta ampulosidad, habrá de denominarse a partir de ahora el *espacio de libertad, seguridad y justicia* de la Unión Europea (6). Este nuevo concepto resulta de la trans-

(4) Para una exposición más detallada de este conjunto de problemas, vid. el *Informe del Tribunal de Justicia sobre ciertos aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea*, Luxemburgo, mayo de 1995, punto n.º 4; y, sobre todo, los trabajos de DRÜCKE, L.: «Harmonization of Asylum Law and Judicial Control Under the Third Pillar», y NEUWAHL, N.: «Judicial Control in Matters of Justice and Home Affairs: What Role for the Court of Justice?», en BIEBER, R.; MONAR, J. (eds.): *Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar*, Bruselas, 1995, pp. 167-187 y 301-320, respectivamente.

(5) Vid., a este respecto, los comentarios de MANGAS MARTÍN, A.: «El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general», *Gaceta Jurídica CE*, D-17, 1992, pp. 55-56; ROBLES, M., *loc. cit.*, pp. 823-826.

(6) Conforme a la nueva redacción del art. 2 del TUE (antiguo art. B), constituye un objetivo de la Unión su mantenimiento y desarrollo «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». Para una primera valoración del significado, alcance y contenido jurídico de esta transformación, o de alguno de sus elementos concretos, pueden consultarse los siguientes trabajos: BRIBOSIA, H.: «Liberté, sécurité et justice: l'imbróglio d'un nouvel espace», *RMUE*, n.º 1, 1998, pp. 27-54; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: «La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad, seguridad y justicia», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, n.º 2, 1998 (suplemento), pp. 7-16; LABAYLE, H.: «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *RTD eur*, vol. 33, n.º 4, 1997, pp. 105-173; MARIÑO MENÉNDEZ, F.: «Una Unión al servicio del ciudadano (II): un espacio de libertad, de seguridad y de justicia», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Ma-

formación en un espacio normativo pretendidamente homogéneo de la regulación del conjunto de consecuencias e implicaciones derivadas de la realización de la libre circulación de personas y la consiguiente supresión de los controles fronterizos en el interior de la Comunidad, anteriormente dispersa entre el pilar comunitario, la cooperación JAI y ese ámbito, ajeno, pero complementario de la estructura de la Unión, que constituye el *sistema Schengen*. Como es obvio, la consumación de una operación de esta envergadura ha sido fruto de un complejo compromiso político, en cuya vertiente institucional, entre otras variables, ha entrado en juego el papel que debía desempeñar la jurisdicción comunitaria.

De este modo, el mantenimiento de una cierta lógica intergubernamental en el nuevo título IV del TCE (*Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*) (7), en el que confluye la comunitarización de buena parte del antiguo Tercer Pilar y del *acervo Schengen*, ha forzado por vez primera una regresión en el sistema de garantías jurisdiccionales originalmente previsto por los redactores del Tratado de Roma (8). Por contra, el evidente influjo comunitarista que se percibe en el nuevo título VI del TUE (*Cooperación policial y judicial en materia penal*) (9) ha alcanzado también al Tribunal de Justicia, que consolida notablemente su presencia en este ámbito respecto de la situación imperante bajo la égida del Tratado de Maastricht.

Así pues, la adaptación de la competencia del TJCE a la vertiente comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia, por un lado, y la creación de un auténtico sistema jurisdiccional *ad hoc* para el nuevo Tercer Pilar de la UE, por otro, constituyen los dos ejes en torno a los cua-

drid, 1998, vol. I, pp. 255-297; DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: «La cooperación judicial en el Título VI del Tratado de Amsterdam», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1807, 1997, pp. 2069-2083; MONAR, J.: «Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation», *ELRev*, vol. 23, 1998, pp. 320-335; VALLE GÁLVEZ, A.: «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 3, 1998, pp. 41-78.

(7) Me refiero, evidentemente, al título IV de la Tercera Parte del Tratado CE (*Políticas de la Comunidad*), integrado por los nuevos artículos 61 a 69 (antiguos arts. 73 I a 73 Q).

(8) Bien es cierto que la comunitarización de buena parte del *acervo Schengen*, hasta ahora ajeno a cualquier tipo de control jurisdiccional, provocará un efecto contrario, y por lo tanto altamente positivo, en relación con la abundante producción normativa existente en este ámbito.

(9) Artículos 29 a 42 del TUE (antiguos arts. K.1 a K.14).

les girará el presente estudio. Convendrá, no obstante, comenzar evaluando la experiencia resultante de la aplicación del conflictivo modelo de implicación de la jurisdicción comunitaria en el marco de la cooperación JAI previsto por el TUE, y dedicar una atención particular al término del trabajo al complejo laberinto de exenciones, excepciones y regímenes especiales por el que habrá de acostumbrarse a transitar el Tribunal de Justicia a la hora de desarrollar su labor en este ámbito.

II. LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR EN EL TUE: HISTORIA DE UNA EXPERIENCIA FRUSTRANTE

Inaceptable para unos e inexcusable para otros, la introducción de un cierto grado de control jurisdiccional en el campo de la cooperación intergubernamental entre los Estados miembros de la UE en materia de justicia y asuntos de interior se ha revelado como una fuente inagotable de conflictos, que ha ralentizado notablemente su desarrollo. Desde el momento en que esta experiencia cooperativa superó el estadio de la mera concertación política y comenzó a arrojar frutos normativos concretos (10), la necesidad de garantizar una interpretación y aplicación uniformes de los mismos obligó a planterase la delicada cuestión de la intervención judicial supranacional en un espacio tradicionalmente tan próximo al núcleo duro de la soberanía de los Estados (11).

(10) Este momento puede situarse en el mes de junio 1990, cuando de modo casi simultáneo fueron adoptados, por un lado, el Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, fruto de los esfuerzos desplegados a este respecto en el ámbito de la Cooperación Política Europea, y, por otro, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, con el que se completaba y convertía en operativo el sistema inicialmente diseñado en 1985. No obstante, esta cuestión se había planteado ya con anterioridad a propósito, por ejemplo, de los primeros proyectos relativos a la protección jurídica de los intereses financieros de la Comunidad (vid., a este respecto, los interesantes comentarios de TASCHNER, H. C.: «L'étendue de la protection des intérêts financiers de la Communauté: sanctions pénales et administratives. L'évolution possible du droit communautaire», en *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, OPOCE, Bruselas, 1990, pp. 214-215).

(11) La primera iniciativa articulada a este respecto partió de los Países Bajos en noviembre de 1991. Esta propuesta consistía en la celebración de diversos protocolos asociados a cada uno de los acuerdos concluidos o que se preveía concluir

A modo de compromiso insuficientemente madurado, en el Tratado de la Unión Europea se optó por una solución que, a la postre, habría de evolucionar cual caballo de Troya en el seno del Tercer Pilar. Así puede describirse el efecto provocado por el juego de la cláusula que cierra la redacción del apartado segundo de su artículo K.3. Como única excepción a la exclusión genérica del ejercicio de la jurisdicción comunitaria en los dos espacios de naturaleza intergubernamental que integran la estructura de la Unión (art. L), aquel precepto contempla la posibilidad de reconocer en los convenios celebrados en el ámbito de la cooperación JAI la competencia del TJCE para interpretar sus disposiciones y para dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación. Es decir, la solución consiste en trasladar al momento concreto de la negociación de cada uno de estos instrumentos normativos en el seno del Consejo, no sólo la decisión de principio acerca de una eventual intervención de la jurisdicción comunitaria en su desarrollo, sino también la determinación de las pautas precisas conforme a las cuales ésta habrá de actuar. Y todo ello, en relación con materias particularmente sensibles, sobre las cuales el Consejo no puede pronunciarse más que por unanimidad, habiendo de ser sometidos luego sus acuerdos a los procedimientos internos de ratificación en los Estados miembros.

Lejos de contribuir a la consecución del objetivo antes reseñado, la aplicación de esta cláusula ha envenenado durante años el ya de por sí difícil proceso de adopción de los convenios (12), hasta el punto de colapsar en determinados momentos el avance global de la cooperación JAI, sin que en contrapartida haya podido obtenerse un patrón uniforme de control jurisdiccional. Tal es la heterogeneidad de soluciones ideadas, que

en un futuro próximo (Dublín, Schengen, Convenio sobre el paso de las fronteras exteriores, entonces como ahora, en estadio de simple propuesta...), en los que se determinarían las disposiciones de los mismos susceptibles de control jurisdiccional. La compatibilidad de este sistema con los tratados constitutivos de las CE requeriría previamente la conclusión por parte de sus doce Estados miembros de un protocolo de base, en virtud del cual se aceptase la competencia del TJCE para interpretar las disposiciones pertinentes de los mencionados convenios, así como para resolver las diferencias que, a propósito de su aplicación, pudieran surgir entre los Estados miembros. (Para un análisis de esta y otras propuestas avanzadas durante los últimos años desde diversas instancias, vid. los trabajos antes mencionados de DRÜCKE, L., pp. 169 ss., y NEUWAHL, N., pp. 314 ss.).

(12) LABAYLE, H.: «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *loc. cit.*, p. 873; LEPOIVRE, M.: «Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996», *CDE*, 1995, p. 337.

prácticamente cada uno de ellos presenta alguna singularidad que lo diferencia del resto. Y lo más preocupante es que, ni siquiera la definición del nuevo modelo de participación del TJCE en el espacio de libertad, seguridad y justicia previsto por el Tratado de Amsterdam ha conseguido pacificar definitivamente las disputas entre los Estados miembros a este respecto (13).

A decir verdad, tan sólo un proyecto de convenio, que lleva más de un lustro durmiendo el sueño de los justos en la antesala del Consejo y que ya nunca saldrá adelante como tal, refleja fielmente el espíritu que pareció animar la redacción del artículo K.3.2 c): facilitar el reconocimiento, mediante una previsión explícita en el texto del propio instrumento convencional, de la competencia obligatoria del Tribunal de Justicia para interpretar con carácter prejudicial sus disposiciones, así como para resolver las controversias relativas a su aplicación que pudieran surgir entre los Estados miembros, o entre éstos y la Comisión (14).

Dejando a un lado aquellos convenios que no atribuyen competencia alguna al TJCE (15), la práctica del Consejo ha seguido otros derroteros bien distintos a los marcados por aquella propuesta inicial de la Comisión. En efecto, la necesidad de desbloquear la adopción de un buen nú-

(13) A la espera de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, al menos uno de los convenios celebrados tras la conclusión de la Conferencia Intergubernamental de 1996 se distancia tanto del sentido de la reforma como del modelo de control jurisdiccional existente con anterioridad en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Se trata del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, celebrado mediante Acto del Consejo de 28 de mayo de 1998, y al que me referiré a continuación.

(14) Art. 29 de la Propuesta de Decisión por la que se aprueba el Convenio sobre el paso de las fronteras exteriores de los Estados miembros, presentada por la Comisión el 10 de diciembre de 1993 (*DOCE* n.º C 11 de 15.1.1994, p. 6), y que adapta al nuevo régimen jurídico instaurado con la entrada en vigor del TUE el sentido de otra propuesta que ya existía con anterioridad. Obsérvese que, por lo que se refiere a la competencia prejudicial del TJCE, esta disposición remite directamente a las condiciones establecidas por los apartados 2 y 3 del art. 177 del TCE.

(15) Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición, sobre extradición de personas que consienten en ésta, de 10 de marzo de 1995 (*DOCE* n.º C 78 de 30.3.1995, p. 1); y, Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996 (*DOCE* n.º C 313 de 23.10.1996, p. 11). No obstante, en una Declaración aneja a este último, el Consejo manifiesta que «estudiará, un año después de la entrada en vigor del presente Convenio, la posibilidad de conceder una competencia al TJCE».

mero de convenios negociados hasta mediados de 1995 (16) forzó el abandono de la aspiración a establecer un sistema homogéneo basado en la jurisdicción obligatoria del Tribunal, abriendo paso a toda una panoplia de soluciones diseñadas a la medida de cada instrumento convencional.

De este modo pudieron celebrarse, el 26 de julio de 1995, tres convenios en los que únicamente se contempla un mecanismo de arreglo de controversias, que ni siquiera presenta rasgos uniformes (17). No obstante, el auténtico escollo que aún habría de retrasar en más de un año el inicio de los respectivos procedimientos de ratificación, vino dado por la competencia del TJCE para interpretar con carácter prejudicial sus disposiciones. A fin de evitar que las reticencias de uno solo, o de un grupo muy reducido de Estados miembros, pudieran impedir el acceso a la jurisdicción comunitaria a través de esta vía procesal, se optó por una solución muy poco satisfactoria, consistente en la celebración de protocolos independientes vinculados a cada uno de los convenios (18). Lo cierto es que la virtualidad de estos instrumentos se agota en el reconocimiento de una capacidad abstracta del TJCE para el ejercicio de la función prejudicial, puesto que su operatividad práctica en relación con los órganos jurisdiccionales de cada uno de los Estados miembros dependerá de una aceptación expresa, realizada mediante la pertinente declaración individual, en

(16) En su *Informe sobre el funcionamiento del TUE* (pto. 121), la Comisión constataba con frustración que los nueve convenios entonces en discusión se hallaban bloqueados por el problema de la atribución de competencia al TJCE.

(17) Art. 40 del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Europol); art. 27 del Convenio relativo a la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros; y art. 8 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, todos ellos establecidos mediante Actos del Consejo de 26 de julio de 1995 (*DOCE* n.º C 316 de 27.11.1995). Entre otras diferencias, destaca la especificidad del procedimiento previsto por el primero de estos preceptos, que, como consecuencia de la actitud recalcitrante del Reino Unido en relación con la competencia del TJCE, permite recurrir a métodos internacionales de arreglo de controversias ajenos a la jurisdicción comunitaria. No obstante, en una Declaración aneja al Convenio Europol, todos los Estados miembros a excepción del Reino Unido convienen en que, llegado el caso, someterán sistemáticamente sus litigios al TJCE.

(18) Protocolo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el TJCE del Convenio Europol, de 23 de julio de 1996 (*DOCE* n.º C 299 de 9.10.1996, p. 1); y, Protocolos relativos a la interpretación, con carácter prejudicial, de los Convenios relativos a la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros y a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 29 de noviembre de 1996 (*DOCE* n.º C 151 de 20.5.1997).

la que deben determinarse, además, las particularidades concretas conforme a las cuales podrá ejercerse en cada caso (19).

Con arreglo a una modalidad distinta, ya experimentada en relación con algunos de los convenios adoptados sobre la base del antiguo artículo 220 del TCE, esta fórmula de los protocolos también ha sido empleada posteriormente y con dispar fortuna en el campo de la cooperación judicial en materia civil (20). Así ha ocurrido en el caso de dos instrumentos norma-

(19) En efecto, en el art. 1 de cada Protocolo se reconoce la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de las disposiciones del Convenio correspondiente. No obstante, en el art. 2 se perfila el régimen conforme al cual habrá de ejercerse esta competencia de acuerdo con un sistema de doble optatividad. Cualquier Estado miembro podrá, mediante una declaración efectuada en el momento de la firma del Protocolo o con posterioridad a la misma, aceptar la jurisdicción prejudicial del TJCE. En esta declaración habrá de precisar, además, si la facultad de plantear cuestiones prejudiciales quedará circunscrita a sus órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso o, si por el contrario, asistirá a cualquiera de sus jueces y tribunales. Como en ambos casos no se trata más que de una facultad, un número variable de Estados miembros se reserva, en una Declaración aneja a cada Protocolo, el derecho de disponer en sus legislaciones internas la obligatoriedad del planteamiento de la cuestión prejudicial para sus órganos jurisdiccionales de última instancia, a imagen y semejanza del régimen previsto por el art. 177 del TCE.

Conviene mencionar, en relación con el Convenio sobre protección de intereses financieros, la existencia de otros dos Protocolos que desarrollan su contenido y cuyas disposiciones también pueden ser objeto, conforme al régimen comentado, de interpretación prejudicial por parte del TJCE. El primero de ellos se refiere a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios comunitarios o nacionales y que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades (*DOCE* n.º C 313 de 23.10.1996, p. 1); el segundo, a la responsabilidad de las personas jurídicas, la confiscación, el blanqueo de capitales y la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión para proteger los intereses financieros de las Comunidades y los datos personales correspondientes (*DOCE* n.º C 221 de 19.7.1997, p. 11). Ambos instrumentos (arts. 8 y 13, respectivamente) recogen el procedimiento de arreglo jurisdiccional de controversias previsto por el propio Convenio; además, y habida cuenta de la especificidad de la materia que regula, el Protocolo concluido en último término contempla (arts. 14 y 15) dos vías de acceso directo al Tribunal a través de las cuales los particulares, personas físicas y jurídicas, pueden exigir la responsabilidad extracontractual de la Comunidad o cuestionar la legalidad de determinadas decisiones adoptadas por la Comisión, con arreglo al sistema general de recursos del Tratado CE.

(20) Me refiero al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; y al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a

tivos que, pese a compartir esa fuente de inspiración común, tampoco ofrecen una solución plenamente homogénea a la hora de articular sus sistemas de control jurisdiccional y, en particular, el mecanismo de la cuestión prejudicial (21). Ello resulta especialmente sintomático en un ámbito en el que existe un acervo consolidado a este respecto.

las obligaciones contractuales. En relación con ambos Convenios fueron concluidos posteriormente sendos Protocolos (1971 y 1988), en virtud de los cuales se atribuye al TJCE la competencia para interpretar sus disposiciones; (una versión consolidada de todos estos instrumentos se encuentra en *DOCE* n.º C 27 de 26.1.1998).

El sistema de atribución de competencia a la jurisdicción comunitaria previsto por estos instrumentos, en el que se inspiran los Convenios de 1997 y 1998, se distancia abiertamente del modelo analizado con anterioridad. En primer lugar, la ratificación de los Protocolos supone automáticamente reconocimiento de la competencia del TJCE, sin que medie una declaración de aceptación específica. Junto al procedimiento habitual del recurso prejudicial, también contemplan una segunda vía para obtener la interpretación de la jurisdicción comunitaria; se trata de una especie de recurso en interés del Derecho o para la unificación de la doctrina jurisprudencial, que pueden interponer los Fiscales Generales de los Tribunales de casación de los Estados miembros u otras autoridades designadas a tal efecto, cuando las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de ese Estado estén en contradicción con la interpretación dada, bien por el propio TJCE, bien por los órganos supremos o de apelación de otro Estado miembro. Por último, estos Protocolos designan nominalmente aquellos órganos jurisdiccionales supremos de cada uno de los Estados miembros que estarán obligados a plantear la cuestión prejudicial, cada vez que estimen necesaria una decisión interpretativa del TJCE para dictar sentencia; el resto de órganos jurisdiccionales a los que se refieren, esencialmente aquellos que se pronuncian en apelación, tan sólo estarán facultados para hacerlo. Como es bien sabido, el Tribunal de Justicia ha producido una abundante jurisprudencia al amparo de este sistema de atribución de competencia en relación con el Convenio de Bruselas de 1968.

(21) Se trata, por un lado, del Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la UE de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, y al Protocolo relativo a su interpretación por el TJCE, ambos de 26 de mayo de 1997 (*DOCE* n.º C 261 de 27.8.1997); y, por otro, del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, y de su Protocolo de interpretación, de 28 de mayo de 1998 (*DOCE* n.º 221 de 16.7.1998). Mientras en el primero de estos dos Protocolos el régimen de la cuestión prejudicial aparece perfectamente tasado conforme al modelo tradicional en este campo, el segundo ofrece a los Estados miembros la facultad de limitar el planteamiento de cuestiones prejudiciales a sus más altos órganos jurisdiccionales. Conviene llamar la atención sobre el hecho de que las materias reguladas por estos Convenios así como por el de Bruselas de 1968, pasarán, una vez entre en vigor el Tratado de Amsterdam, al ámbito del nuevo título IV del TCE, que como veremos está sometido a un sistema de control jurisdiccional más avanzado.

Finalmente, un último grupo de instrumentos convencionales celebrados con arreglo a las previsiones del artículo K.3 del TUE en las postrimerías o una vez concluida la Conferencia Intergubernamental de 1996 abandona la técnica del protocolo adicional, para alinearse, dentro de los límites impuestos por aquella disposición, con el modelo de intervención de la jurisdicción comunitaria que establece el nuevo artículo 35 del TUE (antiguo art. K.7) (22). Ello supone un evidente progreso desde el punto de vista de la coherencia y racionalidad del sistema, puesto que las materias reguladas por estos convenios corresponden esencialmente a ámbitos que, tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, permanecerán en la vertiente intergubernamental del espacio de libertad, seguridad y justicia. En todo caso, conviene no olvidar que la competencia prejudicial del TJCE resultante de los mismos dependerá, en relación con los órganos jurisdiccionales de cada uno de los Estados miembros, de la existencia y del contenido de la pertinente declaración de aceptación que podrá variar de un instrumento a otro (23); aunque, eso sí, se elimina el requisito suplementario de la ratificación por separado del protocolo en el que, en supuestos anteriores, aparecía regulado el ejercicio de aquella función jurisdiccional.

En definitiva, y contemplado a la luz de los objetivos que aconsejaron su inclusión en el artículo K.3.2 c) del TUE, el balance que arroja este somero repaso de la práctica desarrollada por el Consejo al amparo de la

(22) Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las CE o de los Estados miembros de la UE, de 26 de mayo de 1997 (*DOCE* n.º C 195 de 25.6.1997, p. 1); Convenio relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras, de 18 de diciembre de 1997 (*DOCE* n.º C 24 de 23.1.1998, p. 1); y, Convenio sobre las decisiones de privación del derecho de conducir, de 17 de junio de 1998 (*DOCE* n.º C 216 de 10.7.1998, p. 1). Evidentemente, con arreglo a la previsión del art. K.3.2 c), estos convenios tan sólo contemplan la competencia prejudicial del TJCE para interpretar sus propias disposiciones; recuérdese, en este sentido, que el nuevo art. 35 TUE también alude a la interpretación y apreciación de la validez de las medidas de aplicación de los mismos. Por lo que se refiere al procedimiento de arreglo de controversias entre los Estados miembros y la Comisión, la redacción de las disposiciones pertinentes tampoco es absolutamente uniforme en los tres convenios (arts. 12.2, 26.2 y 14, respectivamente).

(23) Conforme al régimen previsto por el nuevo art. 35 TUE, la declaración de aceptación de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia realizada por un Estado miembro es única y universal para el conjunto de actos adoptados en el marco del título VI del TUE susceptibles de este tipo de control jurisdiccional.

cláusula de atribución de competencia al TJCE resulta desalentador. Ya de por sí limitado a un único instrumento normativo de la cooperación JAI y al ejercicio de una función esencialmente interpretativa, este incipiente control jurisdiccional no sólo no ha llegado a materializarse hasta la fecha en ningún supuesto concreto, sino que su mera articulación teórica ha distorsionado sobremanera el proceso de negociación y retrasado notablemente la celebración de buena parte de los convenios.

Tal vez la única virtud de esta compleja maraña de disposiciones y protocolos haya sido la de forzar, en el marco de la ineludible reforma del Tercer Pilar, una reflexión bastante más sosegada acerca del papel que debe desempeñar la jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia. En cualquier caso, es más que probable que la herencia de estos años de aplicación del título VI TUE se convierta en una pesada carga para el futuro. No en vano, es ahora cuando aquellos instrumentos comienzan a ser operativos (24) y, pese a la loable intención manifestada por la Comisión a este respecto (25), su sustitución o adaptación a las profundas modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam parece inverosímil mientras el requisito de la unanimidad continúa entorpeciendo la adopción de decisiones en este ámbito.

Pero, antes de pasar al análisis del significado y alcance de esta reforma, conviene recordar también que el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de ejercer un cierto control jurisdiccional sobre aspectos puntuales o tangenciales de la cooperación JAI, como consecuencia, por un lado, de la exigua competencia atribuida a la Comunidad por el antiguo artículo 100 C del Tratado CE en materia de visados y, por otro, de la unicidad del marco institucional del que está provista la Unión Europea.

En la primera de estas dos facetas, la labor fiscalizadora llevada a cabo por el TJCE no se ha ceñido simplemente al control de la actividad normativa desarrollada por el Consejo sobre la base de aquel precepto (26),

(24) Así, por ejemplo, el Convenio Europol, firmado el 26 de julio de 1995 y pionero en el reconocimiento de una cierta competencia al TJCE, no ha entrado en vigor hasta el 1 de octubre de 1998.

(25) Vid., en este sentido, el documento hecho público por la Comisión el 15 de julio de 1998, *Vers un espace de liberté, de sécurité et de justice* (MEMO/98/55).

(26) Como ocurrió en su sentencia de 10 de junio de 1997, *Parlamento Europeo c. Consejo* (C-392/95; Rec. 1997, p. I-3233), mediante la que el TJCE anuló, por falta de consulta al PE, uno de los pocos actos adoptados por el Consejo sobre la base del art. 100 C del TCE: el Reglamento 2317/95 de 25 de septiembre de 1995, por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar

sino que ha alcanzado también, al menos en un supuesto concreto, a la esfera de los actos adoptados directamente al amparo del título VI del TUE. En efecto, de la lectura conjunta de sus artículos L y M se colige sin dificultad, que corresponde al Tribunal de Justicia velar por que las actuaciones del Consejo en el marco del Tercer Pilar no invadan las competencias que las disposiciones del Tratado CE atribuyen a la Comunidad (27). Y esto es, precisamente, lo que la Comisión le reprochó en un recurso interpuesto en virtud del artículo 173 TCE, mediante el que solicitaba la anulación de la Acción Común de 4 de marzo de 1996, relativa al régimen de tránsito aeroportuario (28). Aunque finalmente haya desestimado las pretensiones de la Comisión en cuanto a la presunta infracción del artículo 100 C del TCE cometida por el Consejo, el TJCE no dudó en examinar la legalidad de aquella medida en relación con el ámbito de aplicación de este precepto comunitario (29).

En idéntico sentido, tampoco ha esquivado el juez de Luxemburgo, en este caso a través del Tribunal de Primera Instancia, las consecuencias que para el ejercicio de su función derivan de la existencia de un régimen jurídico unitario que disciplina la actividad de las instituciones de la Unión, con independencia del ámbito concreto en el que actúen. De este modo, el Consejo no ha podido eludir, amparándose en el artículo L del TUE, el control de la legalidad de una decisión mediante la que denegaba a una organización de periodistas suecos el acceso a determinados documentos relativos al establecimiento de la Oficina Europea de Policía, por el simple hecho de que estos hubieran sido producidos en el marco de la cooperación JAI (30). Esta circunstancia resulta irrelevante a efectos de la fiscalización de este tipo de conductas por parte de la jurisdicción comu-

provistos de un visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. La producción normativa en este ámbito ha sido tan escasa, entre otras razones, porque nunca ha llegado a utilizarse la pasarela prevista por el art. K.9 del TUE.

(27) Según el art. M del TUE, cuya observancia está sometida, a tenor de lo previsto en el art. L, al control jurisdiccional del TJCE, ninguna disposición del Tratado de la Unión Europea, que no modifique directamente el texto de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, podrá afectar al contenido de estos instrumentos ni al de los Tratados y actos subsiguientes que los hayan modificado o completado.

(28) *DOCE* n.º L 63 de 13.3.1996, p. 8.

(29) TJCE, s. de 12 de mayo de 1998, *Comisión c. Consejo*, C-170/96.

(30) TPI, s. de 17 de junio de 1998, *Tidningen Journalisten c. Consejo*, T-174/95 (vid., sobre todo, los FJ. n.º 70-87).

nitaria, que, llegado el caso, habrá de valorar incluso si la difusión de esos u otros documentos compromete la protección de la seguridad pública en este ámbito (31).

III. LA MODULACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN LA VERTIENTE COMUNITARIA DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Sin duda alguna, la incorporación al pilar comunitario de la UE de la regulación de buena parte de los aspectos complementarios o de las medidas de acompañamiento indispensables para la plena realización de la libre circulación de personas constituye uno de los avances más significativos propiciados por el Tratado de Amsterdam. Esta mejora se ha cobrado, no obstante, un precio nada desdeñable tanto en términos institucionales como en lo que atañe al procedimiento decisorio, que gravará el funcionamiento del nuevo título IV del TCE al menos durante un período de cinco años, si bien no está demasiado claro que semejante hipoteca vaya a desaparecer transcurrido ese plazo inicial (32).

Por lo que se refiere al Tribunal de Justicia, el régimen general de sus competencias queda sometido en este ámbito a una serie de modulaciones recogidas en el artículo 68 TCE (antiguo art. 73 P). La primera y fundamental afecta al mecanismo de la cuestión prejudicial, al que sólo tendrán acceso en relación con estas materias los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en el Derecho interno. En contrapartida, y a fin de amortiguar los riesgos que esta

(31) En el sentido del art. 4 de la Decisión 93/731 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo (*DOCE* n.º L 340 de 31.12.1993).

(32) Según el art. 67 TCE (antiguo art. 73 O), «[d]urante un período transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el Consejo decidirá (en este ámbito) por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo». Transcurrido este plazo inicial, tan sólo mejora automáticamente la posición de la Comisión, que pasa a ostentar el monopolio de la propuesta normativa, aunque estará obligada a estudiar las peticiones que los Estados miembros le dirijan a este respecto. En cambio, cualquier alteración del procedimiento decisorio o de la situación del PE y del TJCE dependerá de una decisión específica que el Consejo habrá de adoptar por unanimidad.

limitación entraña, la función del TJCE como garante de la uniformidad en la interpretación del ordenamiento comunitario se ve reforzada con la apertura de una nueva vía procesal, que faculta al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros para recabar su pronunciamiento sobre el sentido de las disposiciones del título IV o de los actos adoptados en su desarrollo, cada vez que lo consideren oportuno y al margen de un procedimiento nacional concreto. Por último, aquel precepto también excluye genéricamente de la competencia del Alto Órgano jurisdiccional cualquier tipo de apreciación sobre todas aquellas medidas relativas a la eliminación de los controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, que hayan sido adoptadas con vistas al mantenimiento del orden público o a la salvaguardia de la seguridad en el territorio de los Estados miembros.

Si nos atenemos a la argumentación oficial, y no carente de fundamento, que la respalda (33), esta modulación de la competencia del TJCE en la vertiente comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia constituye la mejor de las posibles soluciones para conciliar dos intereses contrapuestos: por un lado, la necesidad de garantizar una evolución uniforme de este sector del ordenamiento comunitario a través de la interpretación judicial de sus disposiciones; y, por otro, la conveniencia de evitar, tanto el colapso del propio Tribunal como consecuencia de una previsible avalancha de recursos prejudiciales en materia de asilo e inmigración, como una prolongación excesiva y a todas luces contraproducente de la duración de este tipo de procedimientos ante las jurisdicciones nacionales.

Ahora bien, más allá de esta explicación «políticamente correcta», y en un contexto como el del nuevo título IV del TCE trufado de elementos intergubernamentales, no parece creíble que haya sido ajena al ánimo de los Estados miembros la intención de preservar un control lo más estre-

(33) Esta argumentación aparecía recogida ya en los comentarios al proyecto de artículo G del documento presentado por la Presidencia irlandesa el 5 de diciembre de 1996 (*CONF 2500/96*, p. 29) y, desde entonces, fue reiterada insistentemente durante las negociaciones (vid. p. ej. los documentos *CONF 3823/97*, de 19 de febrero de 1997; *SN 2017/97*, de 18 de marzo de 1997; *CONF 3898/97*, de 2 de mayo de 1997). Aunque con ciertas reticencias iniciales, la Comisión fue asumiendo progresivamente este punto de vista. Lo cual no le impidió, sin embargo, mostrarse muy cautelosa en relación con cualquier modulación de la competencia prejudicial del TJCE, y exigir datos concretos acerca la previsible avalancha de recursos en este ámbito. No parece que estas peticiones fueran satisfechas por los Estados miembros a lo largo de la Conferencia Intergubernamental.

cho posible sobre el desarrollo futuro de este ámbito normativo, protegiéndose frente a los sobresaltos que con frecuencia les propicia ese escrutinio especialmente atento de su actividad que llevan a cabo los particulares a través del mecanismo de la cuestión prejudicial. Si bien es cierto que el artículo 68 TCE, en contra de las posiciones defendidas por buena parte de las delegaciones nacionales aún en las postrimerías de la CIG, no afecta al resto de las vías de acceso al TJCE que ofrece el sistema jurisdiccional comunitario, ni por lo tanto recorta el régimen general de recursos directos del que disponen los particulares, no lo es menos que la eficacia de estos últimos resulta sumamente limitada en un campo en el que lo habitual será que los ciudadanos contesten la legalidad de actos de sus administraciones nacionales ante los jueces internos (34).

Analicemos, en cualquier caso, con mayor detenimiento las dos alteraciones fundamentales sufridas por la competencia del Tribunal de Justicia en este ámbito. La tercera será objeto de estudio junto a otras de similar naturaleza al término del trabajo.

1. LA LIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA PREJUDICIAL DEL TJCE

Con una redacción deliberadamente confusa (35), el artículo 68.1 TCE perfila «las circunstancias y condiciones» conforme a las cuales habrá de operar en el marco del título IV el mecanismo de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de las CE previsto por el artículo 234 (antiguo art. 177). No instaura, pues, aquel precepto una nueva vía de acceso a la jurisdicción comunitaria, sino que adapta a la especificidad de las materias reguladas en este ámbito el sistema del recurso prejudicial, cuyo régimen general resultará, en todo lo demás, plenamente aplicable al mismo. Convendrá, por tanto, abordar su examen determinando en primer lugar el alcance de esa limitación, para valorar, a continuación, su significado y efectos sobre la protección jurí-

(34) En la reunión de representantes nacionales celebrada en Bruselas, los días 5 y 6 de mayo de 1997, nueve Estados miembros (Francia, Alemania, España, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal y Suecia) se mostraron firmemente partidarios de suprimir cualquier posibilidad de acceso directo de los particulares al TJCE en este ámbito, además de modular su competencia prejudicial. Tan sólo Bélgica y Austria abogaron por el mantenimiento del régimen general de prerrogativas de la jurisdicción comunitaria (*Task-force CIG 96*, Secretaría General de la Comisión, documento *PG/AB/DM/bw (D)97*, de 12 de mayo de 1997).

dica de los derechos que el ordenamiento comunitario confiere a los particulares en este campo.

En apariencia, la desviación afecta «únicamente» a la facultad de dirigirse al TJCE por la vía del procedimiento prejudicial que el artículo 234 TCE reconoce a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuyas decisiones son susceptibles de ulterior recurso en el Derecho interno. Anulada esta prerrogativa, el artículo 68.1 no altera ni la doble función que cumple la cuestión prejudicial (interpretativa y en apreciación de validez), ni la tipología de disposiciones y actos que pueden ser objeto de la misma (36). A propósito de cualquiera de estos u otros aspectos, como por ejemplo la noción de órgano jurisdiccional, habrá que estar a la sólida construcción jurisprudencial elaborada por el Tribunal en este ámbito (37).

Sin embargo, la ambigua redacción de aquel precepto impide determinar con exactitud a través de su sola lectura el régimen concreto al que

(35) El apartado primero del nuevo art. 68 TCE está redactado en los siguientes términos: «El artículo 234 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 plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

(36) Así, por ejemplo, conforme a una reiterada jurisprudencia del TJCE, los acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad, incluso los denominados acuerdos mixtos, se consideran actos de las instituciones a efectos de su interpretación por vía prejudicial.

(37) En relación con este ingente acervo jurisprudencial, pueden consultarse, entre otros muchos, los siguientes trabajos: BOULOUIS, J.; DARMON, M.: *Contentieux communautaire*, París, 1997, pp. 13-64; JIMENO BULNES, M.: *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1996; NEVILLE BROWN, L.; KENNEDY, T.: *The Court of Justice of the European Communities*, 4.^a ed., Londres, 1994, pp. 193-216; PESCATORE, P.: «Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (dirs.): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, pp. 527-571; RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993; SILVA DE LAPUERTA, R.: *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2.^a ed., Madrid, 1993, pp. 219-264; WAELBROECK, M.: «Article 177», en LOUIS, J. V.; VANDERSANDEN, G.; WAELBROECK, D.; WAELBROECK, M.: *La Cour de Justice. Les actes des institutions*, Commentaire Mègret. Le droit de la CEE, vol. 10, 2.^a ed., Bruselas, 1993, pp. 197-278.

quedan sometidos los órganos jurisdiccionales de última instancia en relación con el planteamiento de la cuestión prejudicial. Si bien la terminología que emplea reproduce en parte la del artículo 234, elude pronunciarse expresamente sobre el carácter obligatorio de tal conducta (38). Este silencio, sin duda intencionado (39), parece sugerir, a juicio de algunos (40), que también en este punto el artículo 68.1 TCE se distancia de la configuración genérica del procedimiento prejudicial, desvirtuando ya por completo su sentido como instrumento garante de la interpretación y aplicación uniformes del Derecho comunitario.

Aunque en último término habrá de ser el propio Tribunal de Justicia el que se pronuncie el respecto, no creo que pueda acogerse esta interpretación (41), abiertamente contraria a la finalidad que persigue el sistema prejudicial. Una derogación de semejante calado al régimen general del artículo 234, que, recordémoslo, es de aplicación en todo lo que el artículo 68 no excluye expresamente, no puede presumirse tan a la ligera por el simple hecho de que la redacción de este precepto resulte confusa. Si algo está claro, es que cuando los redactores tanto del Tratado de Roma como del de Amsterdam han pretendido establecer un régimen facultativo para el planteamiento de las cuestiones prejudiciales, lo han hecho de modo manifiesto, sin dejar lugar a dudas (42).

(38) En efecto, el art. 68.1 reproduce la frase final del párrafo segundo del art. 234 («... si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo»), pero desecha las expresiones clave utilizadas por este precepto («podrá pedir» y «estará obligado a someter»), para decantarse por una más ambigua: «pedirá».

(39) No cabe pensar otra cosa si atendemos a algunas de las propuestas avanzadas a propósito de la redacción de este precepto en los momentos finales de la Conferencia Intergubernamental. Así, por ejemplo, la que aparece recogida en el Anexo II del documento SN/550/97 (C 51), de 14 de mayo de 1997; y, sobre todo, la que defendió la Comisión en la reunión de los representantes nacionales celebrada en Houthem, los días 16 y 17 de mayo de 1997, en la que se remitía de modo expreso al régimen del párrafo tercero del entonces todavía art. 177 TCE.

(40) Vid., por ejemplo, las opiniones a este respecto de BRIBOSIA, H.: «Liberté, sécurité et justice...», loc. cit., p. 34; LABAYLE, H.: «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», loc. cit., p. 863; STOFFEL VALLOTTON, N.: «El Tribunal de Justicia», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *El Tratado de Amsterdam...*, op. cit., pp. 519-520. En este mismo sentido se pronunció también el Parlamento Europeo inmediatamente después de terminada la Conferencia Intergubernamental (Nota de la *Task Force* sobre la CIG, de 15 de julio de 1997; *JF/bo/Amsterdam.TUE*, p. 6).

(41) En este sentido se ha manifestado también VALLE GÁLVEZ, A.: «La refundación...», loc. cit., p. 65.

(42) Así ocurrió en su momento con los párrafos 2 y 3 del art. 177 TCEE; y, así ha ocurrido también con el apartado 3 del nuevo art. 35 del TUE por lo que se

Por otro lado, la práctica del Consejo en el ámbito de la cooperación JAI posterior al cierre de la Conferencia Intergubernamental de 1996 también milita en favor de esta interpretación. En efecto, la inclusión en el entramado particularmente conflictivo de uno de los Protocolos celebrados sobre la base del antiguo artículo K.3 TUE de una disposición redactada en términos muy similares a los del artículo 68.1 no significa, tal y como reconoce el propio Consejo en el pertinente Informe explicativo, que se exima a los órganos jurisdiccionales supremos de la obligación de plantear la cuestión prejudicial (43). Todo ello no obsta, en cualquier caso, para que, a la hora de la verdad y amparándose en una concepción sumamente amplia de la *doctrina del acto claro* (44), estas jurisdicciones na-

refiere al sistema prejudicial *ad hoc* establecido por el Tratado de Amsterdam para el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal. En la letra a) de este precepto se habla expresamente, como veremos, de la simple facultad de dirigirse al TJCE que asiste a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso en el Derecho interno.

(43) Me refiero al art. 4.1 del Protocolo relativo a la interpretación del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de 28 de mayo de 1998. Según este precepto, el alto órgano jurisdiccional nacional ante el que plantee una cuestión de esta naturaleza «...solicitará al Tribunal de Justicia que se pronuncie...». El empleo de esta terminología en el contexto de un Protocolo que, como vimos en el epígrafe anterior, se distancia del régimen general en materia de cooperación judicial civil, resulta particularmente sintomático. Máxime cuando la disposición concordante del Protocolo relativo a otro Convenio plenamente equiparable a éste por su contenido (notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil), habla de que estos órganos jurisdiccionales «deberán» pedir al Tribunal que se pronuncie (art. 3.1). En todo caso, el Informe explicativo del Consejo, adoptado junto con el Convenio y el Protocolo el 28 de mayo de 1998, no deja la más mínima duda en cuanto a la obligatoriedad de planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de las jurisdicciones nacionales de última instancia (punto 8 del Informe; DOCE n.º C 221 de 16.7.1998, p. 67).

(44) Esta doctrina fue acogida en términos bastante restrictivos por el TJCE en su sentencia de 6 de octubre de 1982, *Cilfit*, 283/81 (Rec. 1982, p. 3415). No obstante, las jurisdicciones nacionales de última instancia no suelen ser demasiado rigurosas a la hora de invocarla; en relación con la práctica española, vid. p. ej. LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España», en MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, pp. 537-538; RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El juez nacional...*, op. cit., pp. 83 ss.; CIENFUEGOS MATEO, M.: *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*, Barcelona, 1998, pp. 465-482; a propósito de la práctica en otros Estados miembros, vid. ade-

cionales continúen en lo sucesivo mostrándose tan reticentes como hasta ahora, o más si cabe en este ámbito, a dirigirse al TJCE cada vez que la correcta aplicación de las normas comunitarias así lo requiriera.

Pero, al margen de este primer aspecto controvertido, lo realmente preocupante es que esta modulación de la competencia del Tribunal supone una regresión en el sistema de garantías jurisdiccionales previsto por el Tratado CE (45), cuyas consecuencias no han sido suficientemente sopesadas. Puede que la incorporación a la disciplina comunitaria de algunas de las materias cubiertas por el espacio de libertad, seguridad y justicia (asilo, refugio, visados) exigiese una adaptación del procedimiento prejudicial, instrumento de escasa utilidad en el marco de procesos nacionales cuya eficacia depende más que en cualquier otro caso de la celeridad con que se sustancien, y que en su configuración general probablemente habría provocado una avalancha de recursos difícilmente asumible por el TJCE (46). Puede también, aunque esto ya es más discutible, que el resto de soluciones barajadas durante la CIG no ofreciesen las mismas garantías a este respecto o que su articulación práctica resultase bastante más compleja (47). Ahora bien, ni lo uno ni lo otro justifica que una medida restrictiva de esta naturaleza se extienda al conjunto de facetas que conforman un espacio normativo tan sensible desde el punto de vista de la

más del último trabajo mencionado, HAGUENAU, C.: *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruselas, 1995, pp. 139 ss.

(45) Así lo califican, por ejemplo, DEHOUSSE, F.: «Le traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe», *CDE*, n.º 3-4, 1997, p. 267; LABAYLE, H.: «Un espace de liberté...», *loc. cit.*, p. 862.

(46) De modo sin duda exagerado, se ha llegado a avanzar incluso la cifra de 300.000 recursos prejudiciales, que podrían llegar al TJCE sólo en materia de asilo (LABAYLE, H.: «Un espace de liberté...», *loc. cit.*, p. 861).

(47) Entre ellas se barajaron las siguientes: autorizar al TJCE para que pudiera «filtrar» los recursos prejudiciales, permitiendo al Presidente o a una Sala pronunciarse sobre su admisibilidad; facultarle para deliberar del modo más rápido posible en estos casos, bien mediante la remisión de este tipo de asuntos a una Sala cada vez que el propio Tribunal lo considerase oportuno, bien recurriendo a un procedimiento sumario, como el previsto para la adopción de medidas cautelares; articular un nuevo cauce procesal para que pudiera pronunciarse en caso de divergencia entre diversas decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales sobre un punto concreto; e, incluso, adjudicar todo este contencioso a una Sala especializada. Evidentemente, algunas de estas soluciones no habrían podido adoptarse sin abrir simultáneamente el debate general acerca del futuro del sistema jurisdiccional comunitario, en el que los Estados miembros han preferido no entrar durante la CIG 96.

protección de los derechos que el ordenamiento comunitario reconoce a los particulares, sean o no nacionales de alguno de los Estados miembros.

Piénsese, por ejemplo, en las normas que, de acuerdo con lo previsto en el nuevo artículo 63 TCE (antiguo art. 73 K), habrán de regular el estatuto de aquellas personas (más de diez millones en la actualidad) (48), nacionales de terceros países, que residen legalmente en la Unión Europea; incluidas cuestiones tan espinosas como la reagrupación familiar, u otras no menos relevantes, como la definición de las condiciones con arreglo a las cuales pueden desplazar su residencia del territorio de uno de los Estados miembros al de otro. Los derechos de estos ciudadanos no gozarán de las mismas garantías que los del resto, sobre todo cuando su plena protección dependa del sentido que haya de darse a la disposición comunitaria de referencia. Si las dudas surgen simplemente en torno a su interpretación, la nueva vía abierta por el apartado 3 del artículo 68 TCE podría contribuir a paliar en parte esta carencia. Pero, ¿y cuándo el juez nacional tenga razones fundadas para cuestionar la validez de la norma, que por mor de la primacía del Derecho comunitario se ve forzado a aplicar? Conforme a la jurisprudencia del propio TJCE (49), en estos casos está obligado, cualquiera que sea el lugar que ocupe en el orden jurisdiccional, a plantear la cuestión prejudicial, ya que no es competente para declarar por sí mismo la invalidez de los actos de las instituciones. En el contexto que nos ocupa esto no será factible hasta alcanzar una jurisdicción cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso, con el consiguiente perjuicio que ello pueda ocasionar.

Junto a este efecto claramente discriminatorio (50), la limitación del acceso al Tribunal de Justicia también supone en determinados ámbitos un retroceso respecto del régimen de garantías ya vigente en la actualidad.

(48) Según datos de la Comisión (*Vers un espace de liberté, de sécurité et de justice*, MEMO/98/55, de 15 de julio de 1998, p. 6); vid., igualmente a este respecto, VILÁ COSTA, B.: «El extranjero no comunitario: actualidad y evolución en materia de política común de inmigración. ¿Hacia un posible estatuto coherente?», *Anuario CIDOB*, 1996, pp. 161-170.

(49) TJCE, s. de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, 314/85 (Rec. 1987, p. 4199).

(50) Que no se da, por ejemplo, en el caso del nuevo art. 255 TCE (antiguo art. 191 A), en virtud del cual, «[t]odo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán...».

Sin ir más lejos, en este mismo campo de la regulación de los derechos de ciertos colectivos de ciudadanos extranjeros residentes en la Comunidad. En no pocos casos, la normativa aplicable a este tipo de situaciones aparece recogida en las disposiciones de los acuerdos de asociación concluidos con terceros países, o en las decisiones de los correspondientes Consejos de asociación. Tanto unas como otras pueden ser invocadas directamente ante los órganos jurisdiccionales internos de los Estados miembros, que no sufren restricción alguna para dirigirse al TJCE por la vía del procedimiento prejudicial cada vez que lo consideran oportuno para la resolución de un litigio concreto (51). Salvando las distancias, algo parecido ocurre en la esfera de la cooperación judicial en materia civil, si bien en este ámbito el acceso a la jurisdicción comunitaria, regulado, como vimos, de forma específica en cada uno de los convenios, no es ni automático ni ilimitado (52).

En fin, tampoco debe pasar desapercibida la delicada situación a la que se aboca al juez comunitario con esta modulación de su competencia prejudicial en un espacio tan íntimamente vinculado a la consecución de una de las libertades fundamentales del mercado interior. Aunque desde un punto de vista formal la línea de demarcación entre ambos campos normativos pueda establecerse nítidamente, la compleja realidad subyacente sin duda hará llegar ante el TJCE cuestiones relativas a litigios internos, cuya resolución requiera un pronunciamiento conjunto sobre aspectos cubiertos tanto por las disposiciones que regulan la libre circulación de personas como por el nuevo título IV del TCE. ¿Dejará, en estos casos, el Tribunal de Luxemburgo de suministrar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos interpretativos necesarios para una correcta apreciación de la situación jurídica de que se trate, por el simple hecho de que las decisiones de este último sean susceptibles de ulterior recurso en el Derecho interno? (53)

(51) Para un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del TJCE a este respecto, vid. DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998, pp. 48 ss.

(52) Vid. *supra* las consideraciones a este respecto en nota n.º 20.

(53) El precedente del asunto *Grau Gomis* (s. de 7 de abril de 1995, C-167/94; Rec. 1995, p. I-1023), en el que el TJCE se declaró «manifiestamente incompetente» para interpretar el artículo B del TUE en el marco del procedimiento prejudicial, no me parece relevante a este respecto, puesto que el conjunto de las cuestiones planteadas en aquel caso por el juez nacional carecía de fundamento y todas ellas fueron consideradas inadmisibles.

Cabe concluir pues, a la luz de estas breves reflexiones, que la restricción genérica del acceso al TJCE por la vía del procedimiento prejudicial no está, ni mucho menos, justificada en todo el ámbito de la vertiente comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia. Con independencia de los avances que se produzcan en la búsqueda de otras soluciones alternativas (54), que podrían en el futuro hacer innecesaria esta limitación, su alcance, una vez transcurrido el período transitorio de cinco años, debería ceñirse estrictamente a aquellas materias que por su particular naturaleza continúen exigiendo una derogación de semejante calado al sistema de garantías jurisdiccionales previsto por el Tratado (55).

2. EL NUEVO RECURSO EN INTERÉS DEL DERECHO COMUNITARIO

Bajo esta denominación o, simplemente, la de recurso *en interés de la ley* (56), puede designarse esta nueva vía procesal creada de modo específico por el artículo 68.3 TCE para operar en la vertiente comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia. De conformidad con la misma, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación relativa a cualquiera de las disposiciones que conforman el título IV del TCE o a

(54) La conveniencia de esta iniciativa ha sido aceptada por los Estados miembros en una Declaración, aneja al acta del Consejo, adoptada en el momento del establecimiento del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (*DOCE* n.º C 221 de 16.7.1998, p. 18). En este ámbito concreto de la cooperación judicial se plantean problemas similares a los que han motivado la limitación en el art. 68 TCE del acceso al TJCE a través del procedimiento prejudicial. En efecto, una prolongación excesiva de los procesos judiciales relativos al divorcio, la separación matrimonial o la responsabilidad parental respecto de los hijos repercute de un modo muy adverso sobre la protección de los intereses de las personas inmersas en los mismos. Por ello, el Consejo reconoce en la mencionada Declaración su intención de realizar un estudio, en colaboración con el Tribunal de Justicia, acerca de «las posibles maneras de reducir la duración de dichos procedimientos».

(55) Sin ir más lejos, la modulación de la competencia del Tribunal que opera el apartado 2 del propio art. 68 TCE afecta únicamente a un tipo de medidas o decisiones muy concretas: aquéllas encaminadas a garantizar la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores.

(56) Denominación que emplea, por ejemplo, el artículo 1.718 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

los actos adoptados por las instituciones comunitarias para su desarrollo. El sentido de la sentencia o fallo (57) emitido a su amparo no afectará en modo alguno a aquellas decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que tengan fuerza de cosa juzgada.

Se trata, como ya adelantábamos al inicio del presente epígrafe, de la solución de compromiso ideada con la intención de paliar el eventual menoscabo que la uniformidad en la interpretación del Derecho comunitario pudiera sufrir en este ámbito como consecuencia de la limitación de la competencia prejudicial del TJCE. La conveniencia de articular un procedimiento de estas características, escasamente oneroso para la jurisdicción comunitaria y, principalmente, para los propios Estados miembros, ya había sido puesta de manifiesto con anterioridad a los trabajos de la Conferencia Intergubernamental (58). Y tal fue el predicamento del que gozó en los momentos finales de la misma, que estuvo incluso a punto de desplazar por completo al mecanismo prejudicial de este nuevo espacio normativo (59).

Su precedente inmediato se encuentra en el Protocolo relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968, en el que se han inspirado después los convenios concluidos sobre la base del artículo K.3 del TUE en materia de cooperación judicial civil (60). No obstante, se constatan en este nuevo procedimiento diferencias sustanciales respecto de aquel

(57) Como ha señalado A. VALLE GÁLVEZ (*loc. cit.*, p. 67), aunque la redacción en castellano de este precepto se refiere al pronunciamiento del TJCE como «fallo», en las versiones francesa e inglesa se habla, respectivamente, de «arrêt» y «ruling».

(58) Vid., por ejemplo, HAILBRONNER, K.: «Migration Law and Policy within the Third Pillar of the Union Treaty», en MONAR, J.; BIEBER, R. (eds.): *Justice and Home Affairs...*, *op. cit.*, pp. 105-106.

(59) Así lo propuso la Presidencia neerlandesa en su *Non paper* de mediados de mayo de 1997, en el que se decantaba por un recurso en interés de la ley abierto no sólo a la Comisión y a los Estados miembros, sino también a las jurisdicciones nacionales de última instancia.

(60) Vid. *supra* la referencia a los mismos en notas n.ºs 20 y 21. Recuérdese que en el marco de estos instrumentos convencionales, al igual que ocurre en los ordenamientos jurídicos internos, la interposición del recurso incumbe fundamentalmente a los Fiscales Generales de los Tribunales de casación de los Estados miembros, cuando consideren que las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de ese Estado estuvieren en contradicción con la interpretación dada bien por el Tribunal de Justicia, bien por una resolución de uno de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro.

modelo, que le otorgan potencialidades distintas en el marco del sistema general de control jurisdiccional previsto por el Tratado, y permiten aventurarle un mayor éxito en la práctica (61). Me refiero, por un lado, al reconocimiento de legitimación activa para interponer este recurso al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros; y, por otro, a su desvinculación de cualquier proceso interno en cuya resolución el juez nacional hubiera podido incurrir en contradicción con la línea interpretativa seguida por el TJCE. Ambas circunstancias terminan de borrar por completo todo rastro del origen último de este tipo de procedimientos, asociado a la aparición del mecanismo de la casación en los ordenamientos jurídicos nacionales (62), y le confieren una naturaleza radicalmente distinta.

Así, por lo que se refiere en primer término a la legitimación activa, corresponde a los demandantes privilegiados clásicos y coincide con la prevista por el apartado 6 del artículo 300 (antiguo art. 228) para la activación del supuesto tradicional de competencia consultiva reconocida al Tribunal (63). Ello abre un interesante abanico de posibilidades para la utilización de este recurso, fundamentalmente, por parte de la Comisión y de los Estados miembros.

En lo que atañe a la primera, le ofrece una nueva vía para ejercer, aunque sea de modo indirecto, su función de control de la observancia del Derecho comunitario en relación con una faceta particularmente escurridiza de la actividad estatal: la labor desarrollada por jueces y tribunales (64). En efecto, a través de este procedimiento la Comisión podrá re-

(61) En efecto, mientras el TJCE se ha pronunciado un centenar de veces aproximadamente sobre la interpretación de diversos aspectos del Convenio de Bruselas por la vía de la cuestión prejudicial, aún no ha tenido ocasión de hacerlo a través del recurso previsto por el art. 4 del Protocolo de 1971 (Vid., a este respecto, los comentarios de DARMON, M.: «La mission de la Cour et le système de la Convention de Bruxelles», en CJCE: *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Londres-Bruselas, 1993, pp. 3-11 (especialmente, pp. 5-6).

(62) A este respecto, vid. p. ej., entre la doctrina española, CREMADES, B. A.: *El recurso en interés de la ley*, Sevilla, 1969.

(63) Queda, pues, excluido el Parlamento Europeo, al que debería reconocérsele, no obstante, capacidad para participar en el desarrollo del procedimiento mediante la presentación de alegaciones u observaciones escritas, como ya ocurre en el caso de las solicitudes de dictamen consultivo. Convendría, evidentemente, introducir una mención expresa a este nuevo recurso en el Capítulo noveno del Título tercero (arts. 103-104) del Reglamento de Procedimiento del TJCE.

(64) Aunque teóricamente cabría la posibilidad de interponer un recurso por incumplimiento contra un Estado miembro por actuaciones contrarias al Derecho co-

cabar el pronunciamiento del TJCE acerca de la interpretación de cualquier norma aplicable en el ámbito del título IV, cada vez que considere que un órgano jurisdiccional nacional no ha apreciado correctamente el sentido de la misma. No se trata, obviamente, de un mecanismo de control directo de las decisiones de los jueces nacionales, que, conforme a la previsto en el propio artículo 68.3 TCE, están protegidas por la fuerza de la cosa juzgada; pero, en virtud de su carácter obligatorio, la sentencia emitida por el Tribunal a instancias de la Comisión impondrá en lo sucesivo una determinada línea interpretativa a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Contemplada desde la óptica de las administraciones nacionales, la aparición de este nuevo recurso también presenta una virtud incuestionable. En un ámbito material en el que las autoridades administrativas de los Estados miembros habrán de asumir una responsabilidad particularmente significativa en la aplicación de las normas comunitarias, se pone a su disposición un cauce procedimental para que puedan acceder directamente a la interpretación de las mismas por parte del TJCE. No está de más recordar, a este respecto, que las obligaciones derivadas de la primacía y la eficacia directa del Derecho comunitario incumben por igual a todas las autoridades de los Estados miembros, administrativas y judiciales (65), si bien tan sólo estas últimas gozan, en el marco del sistema general de recursos previsto por el Tratado, de la facultad de plantear cuestiones prejudiciales.

En fin, el hecho de que la activación de esta vía procesal no aparezca vinculada al sentido de un pronunciamiento nacional concreto, como ocurre en el caso del modelo de recurso previsto por los convenios sobre cooperación judicial civil, refuerza el carácter consultivo de la jurisdicción que el Tribunal está llamado a ejercer a su amparo, y la aleja, al menos en principio, de las pautas restrictivas que en materia de admisibilidad el propio órgano jurisdiccional ha ido desarrollando en el ámbito prejudicial (66). Ello no quiere decir, sin embargo, que las peticiones

munitario imputables a alguno de sus órganos jurisdiccionales, es bien sabido que esta hipótesis resulta impracticable habida cuenta de la independencia del poder judicial en los ordenamientos constitucionales de todos los Estados miembros.

(65) Vid. por ejemplo, a propósito del efecto obligatorio de las directivas, el pronunciamiento del TJCE en el asunto *Fratelli Costanzo* (s. de 22 de junio de 1989, 103/88; Rec. 1989, p. 1871).

(66) Para un reciente y certero análisis de las mismas, vid. RUIZ-JARABO COLOMER, D.; LÓPEZ ESCUDERO, M.: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la

puedan formularse en términos excesivamente abstractos. Tanto la eficacia del procedimiento como la redacción misma del artículo 68.3, parecen exigir el planteamiento de cuestiones concretas acerca de la interpretación de una disposición del Tratado o de alguno de los actos adoptados por las instituciones. No en vano, también en este campo la finalidad primordial de los pronunciamientos del TJCE consiste en facilitar la labor de todas aquellas autoridades encargadas de garantizar una aplicación uniforme del Derecho comunitario.

IV. UN SISTEMA JURISDICCIONAL *AD HOC* PARA LA VERTIENTE INTERGUBERNAMENTAL DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

La reforma operada por el Tratado de Amsterdam en el denominado Tercer Pilar de la Unión ha consistido fundamentalmente, y al margen de la sustancial reducción de la esfera de materias cubiertas por el mismo, en la racionalización de los mecanismos de la cooperación intergubernamental existentes con anterioridad (67). Esta operación ha alcanzado también al Tribunal de Justicia, que ve reforzada su posición en este ámbito, no tanto como consecuencia de una voluntad deliberada de mejorarla por parte de los Estados miembros, sino más bien como simple corolario de la constatación de las deficiencias del modelo precedente. Ello explica, entre otras cosas, que el alumbramiento de estos nuevos mecanismos jurisdiccionales haya resultado bastante menos traumático que el de las modulaciones introducidas en la vertiente comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Sea como fuere, el afianzamiento de la competencia del TJCE en el título VI del TUE que comporta esta reforma supone un avance significativo, al menos, en tres planos distintos:

- se articulan, por primera vez y con carácter general, procedimientos de control jurisdiccional obligatorio en un ámbito de cooperación intergubernamental, aunque, eso sí, con arreglo a modalida-

admisibilidad de las cuestiones prejudiciales», *Revista del Poder Judicial*, n.º 47, 1997, pp. 83-113; BARNARD, C.; SHARPSTON, E.: «The Changing Face of Article 177 References», *CMLRev*, vol. 34, 1997, pp. 1113-1171.

(67) Vid., al respecto, los trabajos mencionados *supra* en nota n.º 6.

- des específicas, ampliamente inspiradas en la experiencia de los convenios anteriores;
- se termina con la fragmentación de aquella competencia en función de las materias reguladas por cada uno de estos instrumentos convencionales, pudiendo subsistir ahora tan sólo diferencias de un Estado miembro a otro en cuanto a la configuración del régimen prejudicial;
 - y, por último, en virtud de su incorporación al Tercer Pilar, los aspectos no comunitarizados del *acervo Schengen* quedan también sometidos a la jurisdicción del TJCE (68).

El indudable alcance de estas mejoras no puede ocultar, sin embargo, la naturaleza esencialmente intergubernamental de este nuevo sistema jurisdiccional adaptado a las particularidades de la cooperación policial y judicial penal. De hecho, su finalidad primordial consiste en garantizar del modo menos oneroso posible una interpretación uniforme de los actos normativos que emanen de las instituciones en este ámbito, así como facilitar la resolución de las controversias que su aplicación pudiera suscitar entre los Estados miembros. Ello excluye, obviamente, el acceso directo de los particulares a la jurisdicción comunitaria y deja en manos de los propios Estados miembros la determinación del régimen de acceso indirecto a través del cauce de la cuestión prejudicial. Al margen de otras consideraciones, esta limitación provoca una merma evidente en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales frente a la actuación de las instituciones, que el nuevo artículo 46 del TUE (antiguo art. L) encomienda al Tribunal de Justicia conforme a las modalidades procedimentales aplicables en cada uno de los tratados constitutivos (69).

(68) Artículo 2 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, anejo al TUE y al TCE. Una descripción exhaustiva del conjunto de instrumentos jurídicos y normas que componen este acervo aparece recogida como Anexo a este Protocolo.

(69) En efecto, pese a las propuestas avanzadas en este sentido, la Conferencia Intergubernamental descartó finalmente la posibilidad de incluir en el Tratado una vía específica de acceso al Tribunal para salvaguardar los derechos fundamentales, tal y como se contemplan en el apartado segundo del nuevo artículo 6 TUE (antiguo art. F). Así pues, el sometimiento de esta disposición a la competencia del TJCE en virtud del artículo 46 (antiguo art. L) no supondrá una mejora sustantiva de la situación de los particulares a este respecto en el marco del Tercer Pilar, puesto que el nuevo título VI del TUE no les reconoce ninguna posibilidad de recurso di-

En fin, tres son las vías de recurso previstas por el artículo 35 TUE (antiguo art. K.7) para operar en el marco del Tercer Pilar. Junto a ellas, y también en este ámbito, una cláusula de excepción sustrae genéricamente ciertas medidas de la competencia del TJCE (70). A esta última me referiré más adelante; veamos ahora cómo funcionan las primeras.

1. UN PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL ESPECÍFICO

Aunque se distancia abiertamente del modelo comunitario, el régimen prejudicial específico que establece el nuevo artículo 35 TUE no es en absoluto original. Reproduce básicamente los términos en los que quedó configurada la competencia del TJCE en los protocolos relativos a la interpretación de los primeros convenios concluidos en el marco de la cooperación JAI, y en particular del Convenio Europol. Comporta, no obstante, una mejora muy significativa respecto de estos últimos, al fijar con carácter general las condiciones conforme a las cuales va a operar el recurso prejudicial en este ámbito, y evitar así la reapertura de este conflictivo debate en el momento de la adopción de cada instrumento normativo concreto, tal y como venía ocurriendo en la práctica anterior.

En todo caso, el sistema no consigue desprenderse de su característica fundamental: la amplísima libertad de que gozan los Estados miembros para determinar las modalidades precisas con arreglo a las cuales están dispuestos a aceptar el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de sus órganos jurisdiccionales internos. Ciertamente, desaparece esa manifestación de voluntad previa que consistía en la ratificación del pertinente protocolo de interpretación, que después permitía reconocer de modo específico la competencia del TJCE; pero ello no parece haber sido motivo de controversia, ni siquiera para los Estados miembros más recal-

recto ante la jurisdicción comunitaria. (A propósito del tratamiento dispensado a esta cuestión durante la CIG 96 y la solución retenida por el Tratado de Amsterdam, vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «La consolidación en la Unión de los principios de democracia y respeto de los derechos y libertades fundamentales», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *El Tratado de Amsterdam...*, op. cit., pp. 150-167).

(70) Según el apartado 5 de aquel precepto, «[e]l Tribunal de Justicia no será competente para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior».

citantes (71). Lo realmente importante es que la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en este espacio de cooperación intergubernamental continúa dependiendo de un acto de aceptación individual y explícita por parte de los Estados miembros (72). Aquellos que consideren oportuno realizarlo, bien de modo simultáneo a la firma del Tratado de Amsterdam o en cualquier momento posterior, habrán de precisar si restringen o no el acceso a esta vía procesal a los órganos jurisdiccionales internos cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso (73). Sea cual sea la opción por la que se decanten, dispondrán además de la facultad de establecer en su legislación nacional la obligatoriedad del planteamiento de la cuestión prejudicial para estos últimos cada vez que les surjan dudas acerca de la validez o interpretación de alguno de los actos mencionados en el apartado 1 del artículo 35 (74).

Un sinfín de puertas abiertas para que todos los Estados miembros

(71) De hecho, y aunque pueda parecer sorprendente, el primer Estado miembro que ratificó tanto el Convenio Europol como el Protocolo relativo a su interpretación fue el Reino Unido, el 10 de diciembre de 1996 (vid. al respecto, la Comunicación aparecida en el *DOCE* n.º C 76 de 11.3.1997, p. 4).

(72) Conforme al régimen jurídico previsto en los apartados 2 y 3 del art. 35.

(73) Ambas posibilidades aparecen recogidas, respectivamente, en las letras a) y b) del apartado 3. El modelo utilizado para realizar esta declaración, tal y como se acordó en la reunión del COREPER de 10 de septiembre de 1997, es el mismo empleado en el marco del Convenio Europol (*DOCE* n.º C 299 de 9.10.1996, p. 14). En el momento de la firma del Tratado de Amsterdam, cinco Estados miembros (Bélgica, Alemania, Grecia, Luxemburgo y Austria) emitieron la declaración según la modalidad prevista por la letra b); es decir, la que permite el acceso al TJCE a todos los órganos jurisdiccionales internos. El Gobierno de los Países Bajos, por su parte, manifestó también su intención de reconocer la competencia prejudicial del Tribunal, si bien confesaba no tener todavía claro el alcance de su futura declaración (*DOCE* n.º C 340 de 10.11.1997, p. 308). Por lo que se refiere a España, el Ministerio de Justicia se ha mostrado partidario de atribuir a todos los órganos jurisdiccionales la capacidad de recurrir al TJCE a través del procedimiento prejudicial, «porque si no, en caso de sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, contra sentencias de los Jueces de lo Penal, que no tienen acceso a la casación, no se podría disponer de la interpretación comunitaria» (DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: «La cooperación judicial...», *loc. cit.*, p. 2077).

(74) Esta facultad aparece contemplada en la Declaración n.º 10 aneja al Acta Final de la CIG'96, como también ocurría en la mayor parte de los protocolos relativos a la interpretación de los convenios adoptados al amparo del antiguo art. K.3 TUE. En el momento de la firma del Tratado de Amsterdam, cuatro Estados miembros (Bélgica, Alemania, Luxemburgo y Austria) manifestaron su intención de hacer uso de la misma.

puedan encontrar acomodo en el nuevo sistema (75), sin cuestionar la autoridad del Tribunal de Justicia como máxima instancia jurisdiccional no sólo en la esfera comunitaria sino en todo el ámbito de la Unión. Es cierto que el resultado no puede considerarse plenamente satisfactorio en la medida en que suscita serias dudas acerca de la igualdad real de los ciudadanos ante la justicia comunitaria (76); pero, por el momento, el objetivo que se persigue en este espacio de cooperación intergubernamental consiste simplemente en garantizar una interpretación uniforme de instrumentos normativos que suelen ser el fruto de compromisos extremadamente complejos y sensibles, y para ello sí es apto el sistema (77). Cualquiera que sea el origen de una cuestión prejudicial concreta, la interpretación que emane del TJCE se impondrá con idéntica fuerza en todos los Estados miembros, hayan aceptado o no el acceso de sus órganos jurisdiccionales internos a esta vía procesal (78). Para evitarlo, no les quedaría mas remedio que automarginarse del régimen jurídico del título VI en su conjunto, y no sólo de un aspecto concreto de su engranaje jurisdiccional (79).

No terminan aquí, en todo caso, las peculiaridades del modelo prejudicial previsto por el artículo 35 TUE. Su apartado primero restringe el círculo de disposiciones susceptibles de apreciación por la jurisdicción comunitaria a los actos normativos propios del Tercer Pilar. En efecto, ésta

(75) Ello supone que, por el momento, el número de declaraciones de aceptación de la competencia del TJCE sea sensiblemente inferior que en la mayor parte de los convenios celebrados sobre la base del art. K.3 TUE y que contemplaban este mismo sistema prejudicial. No en vano, ahora la competencia del TJCE se acepta por anticipado y en relación con todos los instrumentos normativos a que pueda dar lugar la cooperación en materia policial y judicial penal.

(76) LABAYLE, H.: «Un espace de liberté...», *loc. cit.*, p. 875.

(77) Buena prueba de que los Estados miembros desean preservar el carácter intergubernamental del sistema es la exclusión explícita de la eficacia directa de los nuevos instrumentos normativos que se introducen en el Tercer Pilar (decisiones marco y decisiones), pese a su enorme similitud con algunos de los actos comunitarios típicos (art. 34 TUE; antiguo art. K.6).

(78) En este sentido se pronuncia también VALLE GÁLVEZ, A.: «La refundación...», *loc. cit.*, p. 69.

(79) Como ocurre en la vertiente comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia con el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. En virtud de los regímenes específicos previstos por sus respectivos protocolos (vid. *infra* el apartado V de este trabajo), las resoluciones del Tribunal de Justicia sólo les obligarán cuando voluntariamente decidan incorporarse al desarrollo normativo del título IV del TCE, bien participando en la adopción de una medida concreta, bien aceptándola *a posteriori*, cuando ésta ya se encuentra en vigor.

sólo será competente para pronunciarse sobre la interpretación de los convenios y sobre la validez e interpretación de las decisiones marco, de las decisiones y de las medidas adoptadas en aplicación tanto de estas últimas como de aquéllos. Aunque esta circunstancia priva al Tribunal de la posibilidad de desentrañar directamente las potencialidades que pudieran albergar las disposiciones del Tratado en este ámbito mediante una interpretación dinámica o evolutiva de las mismas por vía prejudicial, eventualidad frente a la que parecen haber entendido protegerse los Estados miembros, resulta paradójico comprobar cómo el artículo 46 del TUE (antiguo art. L) no las excluye genéricamente de su competencia (80).

Por otro lado, cualquier Estado miembro, haya realizado o no una declaración con arreglo al apartado 2 del artículo 35, estará facultado para presentar alegaciones u observaciones escritas ante el Tribunal en el transcurso de estos procedimientos prejudiciales. Esta prerrogativa, que no hace sino corroborar el carácter obligatorio general de las sentencias interpretativas resultantes de los mismos, ya aparecía contemplada en los protocolos relativos a la interpretación de los convenios celebrados sobre la base del antiguo artículo K.3 (81). En estos últimos, sin embargo, junto a ella se incluía una remisión explícita al Estatuto del TJCE, con lo que, entre otras cosas, se dejaba a salvo la capacidad genérica de la Comisión para participar en este tipo de procesos (82). La omisión de esta referencia en el artículo 35 provocó un cierto desasosiego en el seno de esta institución, que llegó a proponer incluso la pertinente modificación del texto salido del Consejo Europeo de Amsterdam (83). Aunque esta demanda fue finalmente desatendida, nada parece indicar que, llegado el momento, la

(80) En efecto, tal y como recuerda A. VALLE GÁLVEZ (*loc. cit.*, p. 68), el art. 46 TUE declara aplicables las normas que en los tratados constitutivos regulan el ejercicio de las competencias del TJCE, a las «disposiciones del título VI, en las condiciones establecidas en el artículo 35». Esta aparente contradicción podría obedecer simplemente al hecho de que los apartados 1, 2 y 3 del art. 40, en los que se prevé el régimen concreto conforme al cual operará la cooperación reforzada en el ámbito del Tercer Pilar, sí están sometidos a la competencia plena del Tribunal en el sentido del TCE. No debe descartarse, sin embargo, que, al amparo de la redacción de aquel precepto y en el marco de un procedimiento distinto al prejudicial, el juez comunitario pueda interpretar las disposiciones del título VI.

(81) Vid., por ejemplo, el art. 3.2 del Protocolo relativo a la interpretación del Convenio Europol.

(82) Conforme al régimen general previsto por el art. 20 del Estatuto del TJCE.

(83) Vid., en este sentido, la Nota de la Presidencia de 27 de junio de 1997 (SN/615/97 (C 116)).

Comisión pueda verse privada de ejercer en este ámbito el derecho que le reconoce el artículo 20 del Estatuto del TJCE (84).

Mejor hubiera sido, en todo caso, desactivar de antemano la eventual conflictividad que esta u otras cuestiones similares puedan plantear en el futuro, remitiendo de modo explícito tanto al Estatuto como al Reglamento de Procedimiento del Tribunal (85). Conviene no olvidar que nos movemos en un terreno extremadamente sensible para los Estados miembros, en el que cualquier vacío jurídico, por nimio que parezca, podría ser utilizado para entorpecer el ejercicio de una función jurisdiccional, que, pese a la especificidad que le impone su entorno intergubernamental, debería conservar en toda la medida de lo posible las señas de identidad comunitarias.

2. LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN OBLIGATORIA

Junto al régimen prejudicial descrito, de carácter esencialmente facultativo, el artículo 35 del TUE también contempla dos vías de acceso directo al TJCE, cuya activación no depende de ningún tipo de manifestación de voluntad previa por parte de los Estados miembros. Con ellas se articula por primera vez un sistema de intervención jurisdiccional automática y obligatoria en uno de los pilares de cooperación intergubernamental, que afectará al control de la legalidad de determinados actos adoptados por las instituciones en su seno, así como a la resolución de las controversias que su interpretación o aplicación pudieran suscitar entre los Estados miembros, o entre estos y la Comisión.

Por lo que se refiere al contencioso de la legalidad, el modelo de recurso previsto por el apartado 6 del artículo 35 reproduce los motivos de

(84) Así parecen considerarlo los Servicios Jurídicos tanto de la Comisión como del Consejo (*Task-force CIG'96* de la Secretaría General de la Comisión, nota de 30 de junio de 1997 (*MP/ mnb (D) 97*).

(85) Como hacen no sólo los protocolos relativos a la interpretación de los primeros convenios JAI (p. ej. el art. 3 del Protocolo Europol), sino también los convenios concluidos tras la finalización de la Conferencia Intergubernamental y que, en buena medida, recogen el régimen de atribución de competencia al TJCE previsto por el nuevo art. 35 del TUE. (Vid. *supra* nota n.º 22, y en particular los arts. 26.6 del Convenio relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras, y 14.4 del Convenio sobre las decisiones de privación del derecho de conducir).

nulidad del artículo 230 TCE (antiguo art. 173), pero limita notablemente tanto el elenco de actos susceptibles de escrutino por parte del Tribunal, como la legitimación activa para instarlo, que tan sólo incumbe a los Estados miembros y a la Comisión (86). Si bien esta última restricción resulta, en términos generales, comprensible a la luz de la filosofía que inspira el título VI del TUE (87), el alcance de la primera plantea mayores problemas. En efecto, admitido el control de la legalidad de las decisiones marco y de las decisiones, no veo por qué razón deban quedar al margen del mismo sus medidas de aplicación y las de los convenios, de

(86) «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».

(87) Tal y como ha sido concebido el régimen jurídico de esta vertiente intergubernamental del espacio de libertad, seguridad y justicia, no resulta extraño que se haya negado el acceso al recurso de nulidad tanto a los particulares como al resto de instituciones. Por lo que se refiere a los primeros, no parece que puedan ser destinatarios directos de ninguno de los actos jurídicos que integran la nueva tipología del art. 34 TUE (antiguo art. K.6). Además, los Estados miembros se han encargado de subrayar el carácter estrictamente internacional de las obligaciones que asumen en este ámbito, mediante la exclusión explícita de una eventual eficacia directa de los instrumentos normativos *de inspiración comunitaria* (decisiones marco y decisiones).

En cuanto al resto de demandantes privilegiados, la referencia al Consejo fue eliminada con buen criterio de la redacción de los proyectos de art. K.7 en los últimos meses de la Conferencia Intergubernamental (compárense p. ej., en este sentido, los documentos SN/2017/97, de 18 de marzo de 1997, en el que todavía figuraba, y SN/550/97, de 27 de mayo); su monopolio absoluto de la capacidad de decisión en este ámbito hace imposible imaginar un supuesto en el que pudiera estar interesado en contestar la legalidad de una medida adoptada por otra institución. Por el contrario, la ausencia del Parlamento Europeo es susceptible de crítica, con todas las cautelas derivadas del entorno intergubernamental en el que nos movemos, puesto que el art. 39 (antiguo art. K.11) establece su consulta obligatoria por parte del Consejo antes de adoptar cualquiera de las medidas contempladas en las letras b), c) y d) del apartado 2 del art. 34. Cabría, en todo caso, la posibilidad de que, basándose en el precedente de la sentencia del TJCE de 12 de mayo de 1998 (comentada *supra* en el apartado II de este trabajo), el PE contestase la legalidad de un acto normativo adoptado en el marco del título VI, alegando la inobservancia de las prerrogativas que le son propias en la vertiente comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia.

naturaleza igualmente obligatoria (88). Máxime cuando de modo paralelo se reconoce la competencia del Tribunal para apreciar su validez en el marco del procedimiento prejudicial.

Por su parte, el apartado 7 del artículo 35 traslada al ámbito de la cooperación en materia policial y judicial penal el principio comunitario básico del arreglo jurisdiccional obligatorio de las diferencias entre los Estados miembros. Lo hace, no obstante, siguiendo en lo fundamental el modelo establecido por los primeros convenios JAI (89), de tal suerte que en realidad articula dos procedimientos distintos, en los que la esencia intergubernamental del sistema resulta particularmente perceptible (90).

Así es, en primer lugar, porque pervive una fase precontenciosa previa al sometimiento de cualquier litigio entre Estados miembros al Tribunal de Justicia, en el transcurso de la cual, el Consejo dispone de seis meses para evitar que la controversia haya de dilucidarse finalmente por vía jurisdiccional. Podrían surgir problemas, a este respecto, en el caso de que los Estados miembros consensuasen una resolución de la misma que entrase en contradicción con la interpretación de una norma dada por el TJCE con arreglo al régimen prejudicial. Aunque parecería lógico pensar que esta última prevalece, en función del carácter obligatorio de sus sentencias, lo

(88) También queda excluido el control de la legalidad de los convenios, que, si bien aparecen caracterizados en el art. 34 como una tercera categoría de instrumentos normativos junto a las decisiones marco y decisiones, han de ser sometidos a los procedimientos constitucionales de ratificación en cada uno de los Estados miembros. Pese a todo, en su *Informe sobre la aplicación del TUE* (punto n.º 62), la Comisión ya criticaba la imposibilidad de verificar por parte del Tribunal la validez de estos instrumentos, «bien en relación al Tratado o en relación a los principios generales del derecho o incluso a las normas superiores contenidas fundamentalmente en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el Convenio de Ginebra relativo al estatuto de los refugiados...».

(89) A excepción, claro está, de la previsión contenida en el art. 40 del Convenio Europol, que, como vimos, faculta a los Estados miembros para elegir el procedimiento de arreglo de controversias que consideren más oportuno.

(90) Conforme a este precepto, «[e]l 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 34, 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 34».

cierto es que el sistema jurisdiccional previsto por el artículo 35 TUE fuerza en la práctica la convivencia de dos instancias investidas de la autoridad para interpretar el Derecho institucional en este ámbito (91).

Por otro lado, la intervención de la Comisión se circunscribe a la variante del procedimiento que presenta un menor alcance (92). En efecto, el Tribunal sólo será competente para pronunciarse sobre los conflictos que la enfrenten a uno o varios Estados miembros a propósito de la interpretación o aplicación de los convenios. En relación con el resto de actos normativos, y en especial con las decisiones marco, que deberían convertirse en el instrumento privilegiado para la acción legislativa en este campo, el escrutinio al que habitualmente se ve sometida la actividad de los Estados miembros por parte de la Comisión no podrá traducirse en control jurisdiccional (93). No cabe, pues, asimilar en modo alguno la función que este nuevo recurso está llamado a desempeñar en la vertiente intergubernamental del espacio de libertad, seguridad y justicia, con la que corresponde al procedimiento por incumplimiento en el seno del dispositivo jurisdiccional comunitario.

Muy lejos de esas pretensiones, y pese a su particular configuración,

(91) Al igual que ocurría en el marco del régimen prejudicial, las disposiciones que integran el título VI del TUE tampoco pueden ser objeto de interpretación por parte del TJCE a través de este cauce procedimental. En todo caso, la situación descrita adquiere perfiles particularmente escabrosos a la luz de las propuestas avanzadas por alguno de los Estados miembros, y afortunadamente rechazadas durante la Conferencia Intergubernamental, para resolver los supuestos en los que, en el ámbito comunitario, la interpretación de un acto normativo por parte del TJCE no coincida con la política legislativa que el Consejo entendió seguir al adoptar dicha norma (Vid., en este sentido, el *Memorándum británico sobre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, de julio de 1996, y, sobre todo, sus puntos 26-31 y el Anexo G; *CONF/3883/96* de 25 de julio de 1996).

(92) Y estuvo a punto de ser inexistente, ya que no aparecía recogida en el Proyecto consolidado de 30 de mayo de 1997 (*SN/600/97*). Ello habría supuesto, desde luego, un serio retroceso respecto del régimen previsto por los primeros convenios JAL. Su inclusión obedeció a la insistencia de la propia Comisión en los momentos finales de la Conferencia Intergubernamental.

(93) Lo cual, unido a la ausencia de eficacia directa de las decisiones marco (art. 34.2 b), hará realmente difícil, por no decir imposible, cualquier tipo de control jurisdiccional sobre el grado de cumplimiento por parte de los Estados miembros de la obligación de trasladar su contenido a sus ordenamientos jurídicos internos. Recuérdese que, a imagen de la directiva comunitaria, este instrumento obliga a las autoridades nacionales en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero les deja la elección de la forma y de los medios.

la finalidad de esta última vía de acceso al Tribunal de Justicia también responde a esa preocupación genérica por garantizar la interpretación y aplicación uniformes de un incipiente sistema de normas jurídicas (94), que se debate entre el imperativo de la eficacia y los lastres que le impone su naturaleza esencialmente intergubernamental.

V. LA COMPETENCIA DEL TJCE EN EL LABERINTO DE EXCEPCIONES, DEROGACIONES Y RÉGIMENES ESPECIALES DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

La determinación del auténtico lugar reservado al Tribunal de Justicia en el complejo entramado jurídico del espacio de libertad, seguridad y justicia no puede realizarse simplemente a la luz de las modulaciones o alteraciones de su competencia analizadas en los epígrafes precedentes. Junto a ellas, el ejercicio de la función jurisdiccional se verá condicionado en este ámbito por otra serie de circunstancias específicas, de diversa naturaleza, pero que en general obedecen a las exigencias individuales impuestas durante las negociaciones por algunos Estados miembros para aceptar el compromiso final resultante de las mismas. No es mi intención, desde luego, abordar su estudio en profundidad, puesto que ello requeriría un desarrollo previo de conjunto (95) que excede, con mucho, las pretensiones de este trabajo. Sí considero necesario, no obstante, comentar brevemente su alcance y repercusiones sobre la competencia del TJCE.

Se trata, en primer término, de las cláusulas que, de un modo explícito, excluyen el control jurisdiccional de determinadas esferas de actuación comunitaria o nacional. No es que los Estados miembros se reserven, en virtud de estos preceptos, el ejercicio de ciertas prerrogativas en relación con materias particularmente sensibles, como la protección del orden público o de la seguridad interior (96), sino que sustraen directa y comple-

(94) VALLE GÁLVEZ, A.: «La refundación...», *loc. cit.*, p. 70.

(95) Esta visión de conjunto puede encontrarse, por ejemplo, en LABAYLE, H.: «Un espace de liberté...», *loc. cit.*; MARIÑO MENÉNDEZ, F.: «Una Unión al servicio del ciudadano...», *loc. cit.*; VALLE GÁLVEZ, A.: «La refundación...», *loc. cit.*

(96) Al modo de disposiciones comunitarias bien conocidas, como por ejemplo el antiguo art. 48.3 en el ámbito de la libre circulación de trabajadores, que siempre han sido objeto de una interpretación restrictiva por parte del TJCE. Este tipo de cláusulas también aparecen contempladas en ambas vertientes del espacio de li-

tamente las medidas afectadas a cualquier tipo de apreciación por parte del Tribunal de Justicia. Disposiciones de esta naturaleza aparecen contempladas tanto en ambas vertientes del espacio de libertad, seguridad y justicia, como en el Protocolo que incorpora el *acervo Schengen* a las mismas (97).

La de menor alcance restrictivo es, sin duda, la que descarta de forma contundente el escrutinio del TJCE sobre las medidas del título IV TCE encaminadas a garantizar la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, siempre y cuando esté en juego el mantenimiento del orden público o la salvaguardia de la seguridad interior (98). Con ella se pretende evitar que el restablecimiento temporal de este tipo de controles en circunstancias excepcionales por un Estado miembro pudiera ser contestado de un modo u otro ante la jurisdicción comunitaria (99).

Mayor amplitud reviste la cláusula que excluye genéricamente de la competencia del Tribunal en el Tercer Pilar, la capacidad para «controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u

bertad, seguridad y justicia (arts. 64.1 TCE y 33 TUE). Su interpretación obviamente no podrá ser idéntica, habida cuenta del distinto entorno jurídico, comunitario o intergubernamental, en el que han de operar; la jurisprudencia del TJCE acerca de estas nociones (orden público, seguridad interior...) debería ser, no obstante, plenamente aplicable al menos en relación con el primero de aquellos preceptos.

(97) Se trata de los arts. 68.2 del TCE, 35.5 del TUE y 2.1, párrafo tercero, del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, anejo al TUE y al TCE.

(98) Conforme al apartado 2 del art. 68 TCE, «[e]l Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 62 relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior».

(99) La exigencia de esta cláusula de excepción partió de Francia, a la que después se unieron otros Estados miembros. El objetivo de todos ellos consistía en impedir que la posibilidad de restablecer los controles en las fronteras interiores prevista por el art. 2 del Convenio de aplicación Schengen pudiera quedar sometida al control del TJCE. Recuérdese que, en julio de 1995, inmediatamente después de que este último instrumento comenzase a ser operativo, Francia invocó aquel precepto y mantuvo los controles en sus fronteras, sobre todo con el Benelux, durante meses (vid., al respecto, los comentarios de DEKNOP, P.; RAES, I.: «Schengen, mars 95...», *loc. cit.* (nota n.º 3), p. 286; MONTAUT, I.: «La communautarisation du second et du troisième piliers du traité de l'Union européenne, dans la perspective de la réforme institutionnelle de la CIG de 1996», *RMC*, n.º 408, mayo 1997, pp. 344-345.

otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro» (100), así como para pronunciarse «sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior». A diferencia de la anterior, en este caso queda incluso vedada al juez comunitario la posibilidad de interpretar el tenor literal de este precepto y, por lo tanto, de realizar cualquier tipo de apreciación sobre su propia competencia (101). Lo cual, unido al contexto general en que está llamado a operar y a la actitud oscurantista mostrada hasta la fecha por los Estados miembros en este ámbito, no puede sino suscitar una preocupación razonable acerca de sus consecuencias prácticas (102).

Por su parte, el artículo 2.1 del Protocolo *Schengen* también aparece redactado en términos extremadamente genéricos, pero distintos a los de las cláusulas precedentes (103). El origen de tanta cautela debe buscarse, además de en la tradicional ausencia del más mínimo control sobre la actividad de los Estados miembros en esta esfera normativa, en el hecho de que el *acervo Schengen* habrá de ser «repartido» a través de una complejísima operación jurídica entre las dos vertientes del espacio de libertad, seguridad y justicia; en caso de que la denominada «decisión de ventilación» no pudiera ser adoptada a tiempo (104), su contenido pasaría a regirse íntegra e interinamente por el régimen previsto en el título VI del

(100) En la Declaración n.º 7 adoptada por la Conferencia y aneja al Acta final de la misma se especifica lo siguiente: «La acción en el ámbito de la cooperación policial en virtud del artículo 30 del Tratado de la Unión Europea, incluidas las actividades de Europol, estará sujeta a un control judicial adecuado por parte de las autoridades nacionales competentes con arreglo a las normas aplicables en cada Estado miembro».

(101) Recuérdese que, conforme al sistema jurisdiccional previsto por el art. 35 TUE, la competencia interpretativa del TJCE aparece limitada a determinados actos normativos adoptados en desarrollo del título IV, y no alcanza a las disposiciones mismas del Tratado.

(102) Vid., al respecto, los comentarios de MARIÑO MENÉNDEZ, F.: «Una Unión al servicio del ciudadano...», *loc. cit.*, pp. 284-285.

(103) En su párrafo tercero, después de afirmar que las disposiciones o decisiones que constituyen el *acervo Schengen* quedarán sometidas al control jurisdiccional establecido por los Tratados en función de la base jurídica que se le atribuya en los mismos, señala: «En todo caso, el Tribunal de Justicia no tendrá 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».

(104) La Comisión ya ha manifestado sus temores a este respecto (*Vers un espace de liberté, sécurité et justice*, Bruxelles, 15 de julio de 1998; MEMO 98/55, p. 3).

TUE (105). Este cúmulo de circunstancias provoca un aparente solapamiento entre las tres cláusulas de excepción, del que sin duda se verán tentados a sacar partido los Estados miembros para limitar al máximo la intervención del Tribunal en este campo. Lo más razonable sería, no obstante, considerar, como ha propuesto A. VALLE GÁLVEZ, que el ámbito de aplicación de la restricción contenida en el artículo 2.1 del Protocolo se circunscribe únicamente a las medidas o decisiones que guarden la marca del «pecado original Schengen» (106). Las adoptadas con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, en el contexto ya de los nuevos círculos de cooperación reforzada, habrán de atenerse a las previsiones específicas de las respectivas disposiciones de los Tratados (arts. 68.2 TCE y 35.5 TUE).

Al margen de todas ellas, y de la enésima singularidad que el artículo 40 TUE añade a la competencia del TJCE, esta vez a propósito de la activación del mecanismo de la cooperación reforzada en el seno del Tercer Pilar (107), conviene recordar que la (no)participación de tres Estados miembros en el espacio de libertad, seguridad y justicia, y en particular en el título IV del TCE, está sometida a regímenes especiales e individualizados, que también repercuten sobre el ejercicio de la labor jurisdiccional en este ámbito.

Así es, en primer lugar, por lo que se refiere al Reino Unido e Irlanda que, en principio, permanecerán ajenos al desarrollo del título IV TCE y no estarán vinculados ni por sus disposiciones, ni por las medidas adoptadas en virtud de las mismas, ni por las resoluciones del Tribunal de Justicia que las interpreten (108). No obstante, en cualquier momento estos dos Estados miembros podrán manifestar su voluntad de, o bien participar en la adopción y posterior aplicación de una medida propuesta, o bien aceptar simplemente un acto normativo que ya se encuentra en vigor (109). Tanto si deciden subirse al tren en el punto de partida, como si optan por

(105) Párrafos segundo y cuarto del art. 2.1 del Protocolo Schengen.

(106) VALLE GÁLVEZ, A., *loc. cit.*, p. 64.

(107) Conforme al apartado 4 de este precepto, los mecanismos jurisdiccionales previstos por el art. 35 serán aplicables a las experiencias de cooperación reforzada que se inicien en el seno del título VI del TUE. Sin embargo, las normas que rigen el procedimiento para autorizarla quedan sometidas a la competencia del TJCE con arreglo al régimen general del Tratado CE.

(108) Arts. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, anejo al TUE y al TCE.

(109) *Ibidem*, arts. 3 y 4.

abordarlo en marcha, no se incorporan más que a uno de sus vagones, en relación con el cual, sin embargo, operará plenamente el sistema jurisdiccional previsto por el artículo 68 TCE (110). ¿Es esto realmente posible? ¿Podrá fragmentarse en la práctica el acervo interpretativo del Tribunal sobre una materia determinada para hacer frente a este tipo de situaciones, en las que un Estado miembro se halla individualmente vinculado por una medida aislada?

Más compleja si cabe resulta la situación de Dinamarca, como consecuencia de su condición de Estado Schengen con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (111). En efecto, aun beneficiándose de un régimen muy similar al del Reino Unido e Irlanda en relación con el título IV del TCE (112), este Estado miembro no puede desentenderse de las obligaciones asumidas en aquel foro, ni siquiera cuando éstas cambien de naturaleza para pasar a fundarse jurídicamente en disposiciones comunitarias concretas. Pervivirán, pues, aunque como «obligaciones de Derecho internacional» entre Dinamarca y los restantes Estados miembros; esta misma consideración se otorgará a las decisiones en virtud de las cuales se desarrolle el *acervo Schengen* en el marco del pilar comunitario, que Dinamarca considere oportuno incorporar a su legislación nacional (113). Tanto en uno como en otro caso, ¿hasta qué punto habrán de sentirse concernidas las autoridades danesas por la interpretación de estas normas que emane del Tribunal de Justicia?

En fin, si con carácter general la comprensión del ordenamiento jurídico de la Unión Europea suele plantear problemas al ciudadano medio, en este ámbito hasta su máximo conocedor y artífice habrá de esforzarse para no errar el tiro en su actuación. Y es que, como certeramente ha señalado J. V. LOUIS, las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia constituyen la más grosera violación del objetivo de simplificación que le fue asignado a la Conferencia Intergubernamental (114).

(110) *Ibíd.*, art. 6.

(111) El Protocolo y el Acuerdo de adhesión de Dinamarca al Acuerdo de 1985 y al Convenio de aplicación de 1990 fueron firmados, junto con los de Finlandia y Suecia, en Luxemburgo el 19 de diciembre de 1996.

(112) Regulado con carácter general en el Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TCE.

(113) Art. 3 del Protocolo por el que se integra el *acervo de Schengen* en el marco de la Unión Europea; y art. 5 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca.

(114) LOUIS, J.V.: «Le traité d'Amsterdam. Une occasion perdue?», *RMUE*, n.º 2, 1997, p. 10.

VI. CONCLUSIONES

La plena incorporación de la jurisdicción comunitaria al desarrollo del nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia constituye una faceta fundamental del importante esfuerzo de racionalización llevado a cabo por el Tratado de Amsterdam en este ámbito normativo, hasta ahora extremadamente disperso y heterogéneo. Su articulación concreta se ha visto condicionada, no obstante, por la misma atonía y falta de ambición política que ha lastrado el conjunto de la reforma (115). En efecto, la preocupación por avanzar en la senda de la progresiva legitimación de la Unión a los ojos de sus ciudadanos, objetivo con el que teóricamente arrancaron las negociaciones en este campo (116), ha cedido a la hora de la verdad en el ánimo de los Estados miembros frente a la simple inercia que les imponía la obligación ineludible de superar, con el mínimo coste posible, el fracaso cosechado con el Tratado de Maastricht.

El resultado es un sistema jurisdiccional diseñado a la medida de un espacio en el que en términos generales, incluida su vertiente comunitaria, continúan predominando los elementos intergubernamentales. Ello se traduce en una notable limitación de los mecanismos procesales que permiten reivindicar a los particulares esa función dinamizadora del proceso jurídico de la integración que desempeñan en el ámbito estrictamente comunitario, y redundan en beneficio de los Estados miembros, que, al menos en un principio, conservarán un control mucho más férreo sobre el desarrollo normativo de esta nueva experiencia constitucional. Especialmente preocupante resulta, en este contexto, la modulación indiscriminada que sufre la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en el título IV del TCE. No sólo por las distorsiones que pueda provocar en este campo

(115) En este sentido, F. DEHOUSSE ha escrito certeramente que «... le traité d'Amsterdam se distingue de ses prédécesseurs par l'absence d'un nouveau projet politique. Il n'a pas défini un objectif spécifique, comme le marché unique ou la monnaie unique naguère. Les Etats membres préfèrent ne plus discuter des finalités de l'Union» («Le traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe», *CDE*, n.ºs 3-4, 1997, p. 266).

(116) Vid., a este respecto, el *Informe del Grupo de Reflexión*, transmitido al Presidente del Consejo Europeo el 5 de diciembre de 1995, y en el que la reforma del título VI del TUE ya aparecía contemplada en el capítulo dedicado al «Ciudadano y la Unión» (puntos 45 ss.).

concreto, sino sobre todo por su valor de precedente de cara a una futura reforma en profundidad del sistema jurisdiccional comunitario (117).

Con todo, el Tratado de Amsterdam comporta un avance sustantivo respecto de la situación anterior, puesto que se dota al TJCE de los medios necesarios para garantizar una interpretación y aplicación uniformes de esta importante parcela del ordenamiento jurídico de la Unión. Ciertamente, esta garantía goza de menor intensidad en el ámbito de la cooperación policial y judicial penal, al no afectar más que a determinados actos de Derecho institucional. Pero, no debe olvidarse que ésta es la primera ocasión en la que se extiende a un espacio de estas características el principio del control jurisdiccional obligatorio, quedando de este modo apuntalada la unicidad del marco institucional de la UE, que no es, desde luego, incompatible en ninguna de sus facetas con una significativa diversidad funcional (118).

Resta comprobar hasta qué punto se resentirá la operatividad práctica de este nuevo sistema jurisdiccional como consecuencia de la doble hipoteca que condiciona su futuro. Por un lado, será realmente difícil desembarazarse a corto plazo de los regímenes específicos y fragmentarios que fue preciso articular para facilitar la presencia del Tribunal de Justicia en los sucesivos convenios concluidos al amparo del antiguo artículo K.3 del TUE, y que ahora comienzan a entrar en vigor (119). Por otro, la extrema complejidad del propio entramado jurídico del espacio de libertad, seguridad y justicia suscita serias dudas acerca de la viabilidad del proyecto en su conjunto. Porque, si bien es cierto que «la complejidad es el precio que la Unión ha de pagar para salvaguardar su diversi-

(117) En relación con este tema, y con los problemas específicos que afectan al sistema prejudicial, vid. p. ej. los trabajos de KOVAR, R.: «L'avenir de l'article 177 du traité CE»; USHER, J. A.: «Les renvois à titre préjudiciel», en VANDERSANDEN, G. (dir.): *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Bruxelles, 1994, pp. 35-57 y 59-66, respectivamente.

(118) Cabría hablar, pues, una vez entre en vigor el Tratado de Amsterdam, de Tribunal de Justicia *de la Unión Europea* (STOFFEL VALLOTTON, N., *loc. cit.*, p. 522; VALLE GÁLVEZ, A., *loc. cit.*, p. 63; nota n.º 89). A propósito de las nociones de «unidad orgánica y dualidad funcional» en el marco institucional creado por el TUE, vid. las reflexiones de ROBLES CARRILLO, M.: «La posición del TJCE en el Tratado de la Unión Europea...», *loc. cit.*, pp. 809 ss.

(119) Recuérdese que, de todos los instrumentos adoptados sobre la base de aquel precepto, tan sólo el Convenio Europol ha entrado en vigor, el 1 de octubre de 1998.

dad» (120), en este caso la búsqueda del consenso ha forzado a los Estados miembros a engendar una criatura jurídica de cuya monstruosidad ni siquiera ellos son plenamente conscientes.

ABSTRACT

The full incorporation of community jurisdiction in the development of a new space of freedom, security and justice constitutes a fundamental facet of the important effort of rationalization made by the Treaty of Amsterdam in this normative area, which until now has been extremely dispersed and heterogeneous. The concrete articulation of this operation has been conditioned, however, by the same lethargy and lack of political ambition which has encumbered the reform as a whole. The result is a jurisdictional system designed to fit a space in which, in general terms, including the community aspect, intergovernmental elements still predominate. This results in a considerable limitation of the procedural mechanisms which allow private parties to claim the dynamizing function of the legal process of integration that they carry out in the strictly community sphere; it also benefits Member States, which at least at first will maintain a much firmer control over the normative development of this new constitutional experience.

In spite of everything, the Treaty of Amsterdam signifies substantial progress with respect to the previous situation, since the Court of Justice of the European Communities is endowed with the means necessary for guaranteeing a uniform interpretation and application of this important sector of the legal system of the Union. This guarantee is certainly less intense in the sphere of police cooperation and criminal justice, since it only affects certain acts of institutional law; however, it should not be forgotten that this is the first occasion on which the principle of compulsory jurisdictional control has been extended to a space of these characteristics, and thus the oneness of the institutional framework of the EU is sustained.

RÉSUMÉ

La pleine incorporation de la juridiction communautaire au développement du nouvel espace de liberté, sécurité et justice est un trait fondamental de l'important effort de rationalisation mené par le Traité d'Amsterdam dans ce domaine normatif, jusqu'à maintenant extrêmement éparé et hétérogène. Son articulation réelle a été cependant conditionnée par la même atonie et manque d'ambition politique qui a lesté l'ensemble de la réforme. Le résultat en est un système juridictionnel créé à la mesure d'un espace —son versant communautaire y compris— où prédominent encore, en termes généraux, les éléments intergouvernementaux. Ceci s'est traduit

(120) *Informe del Grupo de Reflexión para la Conferencia Intergubernamental de 1996* (Primera parte: *Una estrategia para Europa*; apartado primero: *Los desafíos*).

en une notable limitation des mécanismes de procédure permettant aux particuliers de revendiquer cette fonction dynamisante du processus juridique qu'ils développent dans le domaine strictement communautaire; cela bénéficie aussi les États Membres qui, tout au moins en principe, conserveraient un contrôle beaucoup plus fort sur le développement normatif de cette nouvelle expérience constitutionnelle. Malgré tout, le Traité d'Amsterdam représente une claire amélioration par rapport à la situation préalable; en effet, il proportionne à la CJCE les moyens nécessaires à garantir une interprétation et une application uniformes de cet important domaine de l'ordre juridique de l'Union. Certainement, cette garantie est moins forte dans le domaine de la coopération policière et judiciaire pénale car elle ne concerne que certains actes de Droit institutionnel; il ne faut pas oublier cependant que pour la première fois, le principe de contrôle juridictionnel obligatoire s'est répandu à un espace de ces caractéristiques, l'unicité du cadre institutionnel de l'UE étant ainsi consolidée.

NOTAS

