

**EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD
Y JUSTICIA Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL
DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:
HACIA UNA JURISDICCIÓN FLEXIBLE***

MARIOLA URREA CORRES

Doctora en Derecho

Profesora Asociada de Derecho Internacional de la Universidad de La Rioja
Profesora Tutora de Derecho Internacional Público
del Centro Asociado de La Rioja

A la memoria de Luis María Corres Díaz de Cerio.

*«Después de haber usado sus dientes en las golosinas del
acero y del carbón, el órgano de la justicia europea
ha tomado nuevo vigor y absorbe a dosis masivas alimentos de
toda índole».*

(Robert LECOURT, antiguo presidente del TJCE)**

* Segundo Premio.

** Referencia tomada de DÍEZ DE VELASCO, M.: *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 19.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA ADOPCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.— II. EL CONTROL DE INTERPRETACIÓN Y VALIDEZ EN EL ÁMBITO DEL TÍTULO IV DEL TCE: ESPECIAL REFERENCIA A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL. 1. Planteamiento de la cuestión prejudicial. 1.1. Órganos jurisdiccionales de última instancia. 1.1.1. La insuficiencia de las razones alegadas. 1.1.2. La regulación actual y el acervo jurisprudencial. 1.2. Cuestión prejudicial ¿obligatoria o facultativa? 2. Ámbito material de aplicación.— III. LA COMPETENCIA DEL TJCE EN EL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL. 1. Una cuestión prejudicial «a la carta» 1.1. Jurisdicción voluntaria con efecto obligatorio. 1.2. Ámbito material de aplicación. 2. Recurso de anulación: jurisdicción automática y obligatoria. 3. Mecanismo de arreglo de controversias.— IV. EL TJCE ANTE EL FENÓMENO DE LA PROTOCOLIZACIÓN. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN: LA ADOPCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

El Tratado de Amsterdam incorporó al listado de objetivos de la Unión previsto en el artículo 2 del TUE el de mantener y desarrollar la Unión como un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia¹.

¹ Sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia puede consultarse, entre la abundante literatura existente, BOELES, P.: «Introduction: Freedom, Security and Justice for all», en GUILD, E./HARLOW, C. (eds.): *Implementing Amsterdam Immigration and Asylum rights in EC Law*, ed. Hart Publishing, Oxford, 2001, págs. 1-12; BRIBOSIA, H.: «Liberté, sécurité et justice: l'imbroglio d'un nouvel espace», *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1998, págs. 27-54, especialmente, págs. 31-35; DEN BOER, M.: «An Area of Freedom, Security and Justice: Bugged Down by Compromise», en O'KEEFFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, ed. Hart Publishing, Oxford, 1999, págs. 303-321; LABAYLE, H.: «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 33, n.º 4, 1997, págs. 105-173; Labayle, H.: «La créa-

Para lograrlo, la reforma de Amsterdam procedió a efectuar cambios sustanciales en la estructura de los Tratados que ha mantenido sin variación el Tratado de Niza². A este respecto, uno de los cambios más importantes fue el que motivó la comunitarización parcial del pilar intergubernamental de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior³ implicando así que una parte sustancial de lo que originariamente componía el tercer pilar pasase a constituir el contenido del nuevo título IV del TCE dedicado a *visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas* (arts. 61-69 del TCE)⁴.

tion d'un espace de liberté sécurité et justice dans le cadre de la Communauté Européenne», en AA.VV.: *Le Traité d'Amsterdam: réalités et perspectives*, Ed. Pedone, París, 1998, págs. 49-73; LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: «El espacio de libertad, seguridad y justicia», en MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1999, págs. 377-391; 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*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1998, págs. 255-297; TWOMEY, P.: «Constructing a Secure Space: The Area of Freedom, Security and Justice», en O'KEEFFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 1999, págs. 351-374; VALLE GÁLVEZ, A.: «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, págs. 41-78; VAN SIMAEYS, B./CARLIER, J. Y.: «Le nouvel espace de Liberté, de Sécurité et de Justice», en LEJEUNE, Y. (ed.): *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, págs. 227-285, especialmente, págs. 236-241. Más recientemente MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *Asilo e inmigración en la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid, 2002.

² El Tratado de Niza fue firmado el 26 de febrero de 2000 (DO C 80 de 10 de marzo de 2000). En el momento de dar por concluido el presente trabajo, el Tratado todavía no había entrado en vigor ya que quedaba pendiente el depósito del instrumento de ratificación de Irlanda una vez celebrado con éxito el segundo referéndum.

³ Una interesante y completa descripción de la situación de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior previa al Tratado de Amsterdam puede consultarse en PEERS, S.: *EU Justice and Home Affairs Law*, Ed. European Law Series, 2000, especialmente, págs. 8-38.

⁴ Al respecto puede consultarse HAILBRONNER, K.: «The New Title on Free Movement of Persons, Asylum and Immigration in the TEC», en DEN BOER, M. (ed.): *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, Ed. Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht, 1997, págs. 201-221; KUIJPER, P. J.: «Some Legal Problems associated with the comunitarization of Policy on

Esta operación —denominada por algún autor como «Amsterdamización»⁵— provocó que el ámbito de la cooperación intergubernamental del tercer pilar menguara de forma significativa en favor del método de integración comunitario propio del primer pilar hasta quedar reducido única y exclusivamente a la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (título VI del TUE)⁶. Consecuentemente, se puede afirmar que el citado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia ha quedado configurado en torno a una vertiente de naturaleza comunitaria (título IV TCE) y una vertiente de naturaleza intergubernamental (título VI TUE).

Con todo, el hecho de que el conjunto de Estados miembros de la Unión Europea adoptara un acuerdo en el seno de la Conferencia Intergubernamental de 1996 que procediera a este conjunto de modificaciones ha exigido importantes concesiones a la flexibilidad⁷. Así, por ejemplo, el Tratado de Amsterdam se vio impregnado de una mul-

Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis», *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, págs. 345-366, especialmente, pág. 345; POLLET, K.: «The Amsterdam Treaty and Immigration and Asylum Policies: A Legal Analysis», *Revue des Affaires Européennes*, vol. 1-2/2000, págs. 57-80; SIMPSON, G.: «Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam», *European Public Law*, vol. 5, 1999, págs. 91-124.

⁵ KUIJPER, P. J.: *loc. cit.* («Some Legal Problems associated with the Comunitarization of Policy on Visas, Asylum and Immigration under...»), pág. 345.

⁶ Véase ADAM, R.: «La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione et metodo intergovernativo», *Il Diritto dell'Unione Europea* 2-3/1998, págs. 481-509, especialmente, págs. 498-509; CARRERA HERNÁNDEZ, J.: «La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad, de seguridad y de justicia», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, n.º 2, febrero, 1998, págs. 7-16; DEN BOER, M.: «An Area of Freedom, Security and Justice: Bugged Down by Compromise», en O'KEEFFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 1999, págs. 303-321, especialmente, págs. 315-319; LIROLA DELGADO, I.: «El ciudadano europeo ante la cooperación policial y judicial en materia penal», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Amsterdam*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 193-236.

⁷ Como ha acertado en señalar DEN BOER la comunitarización parcial del tercer pilar se ha hecho acompañar «the many “ifs” and “buts”»; DEN BOER, M.: «An Area of Freedom, Security and Justice: Bugged Down by Compromise», en O'KEEFFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *op. cit.* (*Legal Issues of the Amsterdam...*), pág. 312.

tipicidad de Protocolos con importantes cláusulas de exclusión en favor de un grupo de Estados miembros cuyas consecuencias para la unidad del ordenamiento jurídico comunitario constituyen, sin duda, el peaje que la Unión ha debido pagar para aglutinar las «diversas sensibilidades nacionales»⁸ ante el hecho de comunitarizar un ámbito competencial íntimamente unido al concepto de soberanía estatal⁹.

Aunque la flexibilidad no ha sido nunca un fenómeno extraño al proceder comunitario sino que más bien puede afirmarse que forma parte de su propia mecánica¹⁰, sí supuso una novedad que el Tratado de Amsterdam extendiera este fenómeno al ámbito de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)¹¹. Tendencia que ha sido, además, mantenida y confirmada por el Tratado de Niza.

⁸ Este concepto es utilizado por ROLDÁN BARBERO, J.: «Las bases estatales del Tratado de Amsterdam», en FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. (coord.): *Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y el futuro de la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 49-68, especialmente, pág. 55. Otros autores se han referido a ello como el «precio de la comunitarización», así, HAILBRONNER, K.: «The new Title on Free Movement of Persons, Asylum and Immigration in the TEC», en DO'KEEFFE, D./TWOMEY, M. (ed.): *op. cit. (Schengen, Judicial Cooperation and...)*, pág. 203; MONAR, J.: «Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation», *European Law Review*, vol. 23, 1998, págs. 320-335, en pág. 334.

⁹ Esta misma conclusión es asumida por ALVARGONZÁLEZ SAN MARTÍN, F.: «Hacia un nuevo escenario de Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior», en AA.VV.: *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia*, Ministerio del Interior, Madrid, 2000, págs. 15-25, en pág. 18; HAILBRONNER, K.: «European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty», *Common Market Law Review*, vol. 35, 1998, págs. 1047-1067, en pág. 1057; WEATHERILL, S.: «Flexibility or Fragmentation: Trends in European Integration», en USHER, J. A. (ed.): *The States of the European Union. Structure, Enlargement and Economic Union*, Ed. Longman, Londres, 2000, págs. 1-20, especialmente, pág. 7.

¹⁰ Sobre el uso de los mecanismos de flexibilidad en el ámbito comunitario puede consultarse UREA CORRES, M.: *La cooperación reforzada en la Unión Europea: concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Ed. Colex, Madrid, 2002, págs. 53-67.

¹¹ ALBORS LLORENS, A.: «Changes in the jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam», *Common Market Law Review*, vol. 35, 1998, págs. 1273-1294, especialmente, pág. 1273; LYONS, C.: «Flexibility and the European Court of Justice», en DE BURCA, G./SCOTT, J. (eds.): *Constitutio-*

En este contexto se enmarca, pues, el presente trabajo que pretende abordar el estudio de la «fragmentación» y la flexibilidad que el sistema de recursos y la competencia del TJCE ha sufrido en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Para ello, una vez planteado con carácter introductorio la estructura del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (I), se analizarán los instrumentos jurídicos establecidos al efecto para controlar la interpretación y la validez de la vertiente comunitaria del citado Espacio, especialmente las peculiaridades de la cuestión prejudicial aplicable en el ámbito del nuevo título IV del TCE (II). A continuación, centraremos nuestra atención en las novedades previstas por el propio Tratado al incluir mecanismos de control judicial en el ámbito intergubernamental del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (III). Es el caso de la previsión de un mecanismo prejudicial en el ámbito de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (III.1), así como de los nuevos recursos que el Tratado previó para el ámbito del tercer pilar: recurso de anulación (III.2) y procedimiento de arreglo de controversias (III.3). También será objeto de tratamiento la función jurisdiccional que el TJCE está llamado a desempeñar en el marco de la multitud de protocolos previstos igualmente por el Tratado de Amsterdam (IV). El trabajo finalizará con unas consideraciones finales que incluirán la valoración de los cambios efectuados por el propio Tratado de Amsterdam los cuales permanecerán con la entrada en vigor del Tratado de Niza (V).

II. EL CONTROL DE INTERPRETACIÓN Y VALIDEZ EN EL ÁMBITO DEL TÍTULO IV DEL TCE: ESPECIAL REFERENCIA A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El Tratado de Amsterdam al regular la comunitarización parcial del tercer pilar en el actual título IV del TCE no se limitó a una mera ampliación de la esfera competencial del Tribunal de Luxemburgo a un ámbito hasta el momento excluido de cualquier tipo de control

nal change in the EU. From uniformity to flexibility?, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2000, págs. 95-112, en págs. 97-102; NOMDEM, K.: «Flexibility: A Key Element in Future European Integration?», en DEN BOER, M./GUGGENBÜHL, A./VANHOONACKER, S. (eds.): *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, Ed. Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht, 1998, págs. 31-44, en pág. 42.

judicial. De hecho, el Tratado de Amsterdam incluyó dos importantes novedades relacionadas con el control de interpretación y de validez de las normas dictadas en el ámbito de aplicación comunitario del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Así, en primer lugar, por lo que se refiere al *control de interpretación*, el Tratado estableció en el artículo 68.3 TCE un nuevo recurso denominado en interés del Derecho Comunitario Europeo de clara naturaleza consultiva aunque con efectos contenciosos¹². Se trata de un recurso directo que podrá ser planteado por el Consejo, la Comisión o los Estados miembros (no el Parlamento Europeo). A este respecto, cualquiera de las instituciones citadas podrán dirigirse ante el TJCE para que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación relativa al nuevo título IV del TCE o a los actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título. El citado recurso queda limitado a cuestiones de interpretación del título IV de carácter abstracto en la medida en que no viene motivado por un conflicto previo que se debate en un litigio principal.

En segundo lugar, en relación con el *control de interpretación y validez*, el Tratado adoptó un régimen particularizado¹³ de la cuestión prejudicial sometido a condiciones especiales¹⁴ o poderes espe-

¹² Así lo ha definido GIRERD, P.: «L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1999, págs. 239-260, especialmente, pág. 247 («procédure consultive à effect contentieux»).

¹³ Como adecuadamente señala VALLE GÁLVEZ, «no se instaura *ex novo* un régimen de planteamiento de cuestiones prejudiciales diferente y específico para el nuevo Título III bis TCE, sino que el régimen 177 aplicable a todo el TCE es también aplicable a este nuevo Título con dos limitaciones»; VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: ...»), pág. 64. Por su parte, para GONZÁLEZ ALONSO se trata de un régimen general sometido «a una serie de modulaciones recogidas en el artículo 68 del TCE»; GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1/1998, págs. 501-545, en pág. 514. Finalmente, MARTÍN ARRIVAS y DEMBOUR VAN OVERBERGH, califican la cuestión prejudicial del artículo 68 del TCE como «específica o particular»; MARTÍN ARRIVAS, J. J./DEMBOUR VAN OVERBERGH, P.: «La cuestión prejudicial a la luz del artículo 68 del Tratado de la Comunidad Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero-junio, 2001, págs. 321-346, en pág. 326.

¹⁴ DASHWOOD, A.: «States in The European Union», *European Law Review*, vol. 23, 1998, págs. 201-216, especialmente, pág. 215.

cíficos¹⁵ a aplicar única y exclusivamente en el ámbito recientemente comunitarizado. Todo ello implica, ciertamente, una limitación, una restricción o una reducción del papel del TJCE¹⁶ hasta el punto de que no han faltado autores que comparando tales funciones con las generales del TJCE no han dudado en calificarlas como «miopes e involucionistas»¹⁷.

Centrándonos en las novedades introducidas por el artículo 68 en lo referente al planteamiento de cuestiones prejudiciales¹⁸ dos son básicamente las cuestiones a destacar. En primer lugar, por lo que se refiere a la legitimación activa, única y exclusivamente aquéllos órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno podrán plantear ante el TJCE una cuestión prejudicial. En segundo lugar, por lo que se refiere al ámbito material de la cuestión prejudicial, el artículo 68 del TCE excluye cualquier tipo de competencia del TJCE sobre las medidas adoptadas (art. 62.1 TCE) con el propósito de garantizar la ausencia de controles sobre ciudadanos de la Unión o sobre nacionales de terceros países en el cruce de fronteras interiores relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior.

¹⁵ GRILLER, S./DROUTSAS, D. P./FALKNER, G./FORGÓ, K./NENTWICH, M.: *The Treaty of Amsterdam. Facts, Analysis, Prospects*, Ed. Springer, Viena, Nueva York, 2000, pág. 237.

¹⁶ DEHOUSSE, F.: «Le Traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe», *Cahiers de Droit Européen*, 1997, págs. 265-273, especialmente, pág. 267.

¹⁷ MARTÍN ARRIVAS, J. J./DEMBOUR VAN OVERBERGH, P.: *loc. cit.* («La cuestión prejudicial a la luz del artículo 68...»), pág. 327.

¹⁸ La jurisprudencia del propio TJCE ha venido estableciendo una serie de límites, condiciones u orientaciones a los jueces nacionales respecto al planteamiento de cuestiones prejudiciales. Así, siguiendo a RUIZ-JARABO COLOMER, puede concluirse que el planteamiento de cualquier cuestión prejudicial exige la existencia de un litigio real, la existencia de una relación entre la cuestión y el objeto del litigio principal, así como la necesidad de que la resolución de remisión sea motivada. El desarrollo de estos puntos puede consultarse en RUIZ-JARABO COLOMER, D.: «La cooperación entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales: límites del procedimiento prejudicial», en AA.VV.: *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, 1998, págs. 847-878.

También puede consultarse la nota informativa remitida por el TJCE a los órganos jurisdiccionales nacionales legitimados para interponer cuestiones prejudiciales en la que el Alto Tribunal ofrece algunas orientaciones acerca de cómo plantear este tipo de reenvíos (<http://europa.eu.int/cj/es/txts/others/txt8.pdf>).

En cualquier caso, podemos concluir que salvo las modificaciones ya citadas, «el artículo 68.1 TCE 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 objetivo de la misma»¹⁹. Por lo tanto, las competencias del TJCE en el ámbito del título IV del TCE son, excepto las particularidades ya comentadas, «idénticas a sus competencias en Derecho Comunitario clásico»²⁰.

Con todo, antes de analizar con mayor detalle las modificaciones introducidas por el artículo 68 del TCE conviene precisar que la regulación es, no obstante, temporal²¹. Efectivamente, según establece el apartado segundo del artículo 67 del TCE, una vez transcurrido el período transitorio de cinco años otorgado por el Tratado de Amsterdam, será el Consejo por unanimidad quien adoptará una decisión con el propósito de «adoptar las disposiciones relativas a las competencias del Tribunal de Justicia».

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Respecto a la legitimación activa cabe señalar que tan sólo los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia podrán plan-

¹⁹ En este sentido GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de Libertad, Seguridad y...»), pág. 517.

²⁰ VAN SIMAEYS, B./CARLIER, J. Y.: «Le nouvel espace de Liberté, de Sécurité et de Justice», en LEJEUNE, Y. (ed.): *op. cit. (Le Traité d'Amsterdam...)*, pág. 274.

²¹ Así lo han apreciado igualmente ALBORS LLORENS, A.: *loc. cit.* («Changes in the jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty...»), pág. 1288; FARAMIÑÁN GILBERT, J. M.: «El Tribunal de Justicia en los Tratados de Maastricht y de Amsterdam: una visión comparativa», en FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. (coord.): *Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y el futuro de la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 159-198, en pág. 179; KAPTEYN, P. J. G.: «The Court of Justice after Amsterdam: taking stock», en HEUKELS, T./BLOKKER, N./BRUS, M. (eds.): *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, Ed. Kluwer, La Haya, 1998, págs. 139-151, en pág. 146; MARIÑO MENÉNDEZ, F.: «Una Unión al servicio del ciudadano (II): Un espacio de libertad, de seguridad y de justicia», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *op. cit. (El Tratado de Amsterdam...)*, pág. 274; VALLE GÁLVEZ, A.: «Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de las CC.EE. tras el Tratado de Amsterdam», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 186, 2000, págs. 23-36, en pág. 30.

tear una cuestión prejudicial de interpretación o validez en el ámbito del título IV del TCE siempre que estimen «necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo». A diferencia, pues, de la regulación general prevista por el artículo 234 del TCE podemos apreciar varias diferencias sustanciales que deben ser tomadas en cuenta. Así, por un lado, sólo los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no admiten recurso resultan autorizados a plantear reenvíos prejudiciales al TJCE. Por otro lado, se plantean interesantes dudas acerca del alcance obligatorio o meramente facultativo de la cuestión prejudicial en la medida en que el artículo 68 del TCE reserva el planteamiento de este tipo de cuestiones prejudiciales a los órganos jurisdiccionales de última instancia únicamente cuando estimen necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

1.1. Órganos jurisdiccionales de última instancia

En efecto, aquéllos órganos jurisdiccionales cuyas decisiones son todavía susceptibles de recurso no podrán utilizar la cuestión prejudicial en el supuesto de que se encuentren con una duda de interpretación²², ya que sólo los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no admiten recurso resultan autorizados a plantear reenvíos prejudiciales al TJCE²³. Es más, ni siquiera podrán recurrir a la cuestión prejudicial cuando se encuentren con una duda sobre la validez del Derecho Comunitario Europeo que necesariamente tiene que aplicar para resolver el asunto²⁴.

²² Los efectos negativos de este supuesto, como señala GONZÁLEZ ALONSO, pueden ser efectivamente compensados con la previsión por el propio artículo 68.3 TCE del recurso en interés de ley; GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo Espacio de Libertad, de Seguridad y...»), pág. 521.

²³ Acerca del concepto de «órgano jurisdiccional» para el Derecho Comunitario Europeo puede consultarse el reciente trabajo de MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: «La notion de juridiction d'un État membre (article 177 du traité CE)», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C./DUE, O./SCHINTGEN, R./ELSEN, Ch. (eds.): *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Ed. Baden-Baden, 1999, págs. 463-478.

²⁴ Esta misma paradoja ha sido puesta de manifiesto por ARNULL, A.: «Taming the Beast? The Amsterdam Treaty of Amsterdam and the Court of Justice», en O'KEEFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 1999, págs. 109-121, especialmente, pág. 117;

Esta opción²⁵ que pudiera parece *a priori* carente de toda lógica, ha sido argumentada atendiendo, en primer lugar, a la naturaleza de los procedimientos nacionales sobre visados, asilo e inmigración cuya efectividad en tanto que procedimientos urgentes podría quedar prácticamente destruida si se permite la suspensión del proceso por todos los jueces nacionales mediante el reenvío de la cuestión al TJCE²⁶. En segundo lugar, desde instancias comunitarias²⁷ y académicas²⁸, se ha recurrido al colapso que el Tribunal de Luxemburgo

BANK, R.: «The Emergent EU Policy on Asylum and Refugees. The New Framework Set by the Treaty of Amsterdam: Landmark or Standstill?», *Nordic Journal of International Law*, vol 68, 1999, págs. 1-29, especialmente, pág. 25; CURTI GIALDINO, C.: «Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le Traité d'Amsterdam», *Revue du Marché Unique Européen*, 2/1998, págs. 89-124, especialmente, pág. 108; GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo Espacio de Libertad, de Seguridad y...»), pág. 521; HAILBRONNER, K.: *loc. cit.* («European Immigration and Asylum Law under the...»), pág. 1056.

²⁵ Aunque fue ésta la opción por la que se inclinó el Tratado de Amsterdam, debemos advertir que no fue la única que se discutió en la Conferencia Intergubernamental de 1996. Así, por ejemplo, se planteó la posibilidad de introducir un mecanismo que filtrara los recursos prejudiciales; la posibilidad de establecer los mecanismos adecuados para que las deliberaciones se produjeran de la forma más rápida posible; o la posibilidad de crear una Sala especializada que resolviera únicamente cuestiones prejudiciales. Aunque el Tratado de Niza no ha implicado modificación alguna en lo que respecta a la competencia del TJCE en el ámbito que se está analizando, el nuevo Tratado sí que ha provocado importantes modificaciones en el sistema jurisdiccional de la Unión. Un estudio en profundidad de todas las modificaciones que ha sufrido el TJCE y el TPI con el Tratado de Niza puede consultarse, entre otros, en LÓPEZ ESCUDERO, M.: «Modificaciones del Tratado de Niza en el sistema jurisdiccional comunitario», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, n.º 7-8/2001, págs. 27-40; RUIZ-JARABO COLOMER, D.: «El Tribunal de Justicia y el Tratado de Niza», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 212, 2001, págs. 4-11.

²⁶ En este sentido se han pronunciado HAILBRONNER, K.: *loc. cit.* («European Immigration and Asylum Law under the...»), pág. 1055; LABAYLE, H.: *loc. cit.* («Un espace de liberté, de sécurité et de...»), pág. 155; VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia...»), pág. 29.

²⁷ Al respecto pueden consultarse los siguientes documentos CONF 2500/96, pág. 29; 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.

²⁸ De esta opinión se han manifestado ALBORS-LLORENS, A.: *loc. cit.* («Changes in the jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of...»),

podiera llegar a sufrir al establecerse nuevos ámbitos susceptibles de reenvío²⁹. Sin embargo, en nuestra opinión, la regulación jurídica prevista por el artículo 68 no se justifica en modo alguno con las razones aportadas, al menos, como subraya González Alonso, «no en todo el ámbito de la vertiente comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia»³⁰.

Con todo, al margen de si la citada regulación está o no convenientemente justificada, lo que resulta todavía más preocupante es que la misma puede estar en clara contradicción con el acervo jurisprudencial. Al esclarecimiento de ambas cuestiones dedicaremos los siguientes epígrafes.

1.1.1. *La insuficiencia de las razones alegadas*

Como ya hemos indicado anteriormente, las razones alegadas para justificar un régimen particular de la cuestión prejudicial en el título IV del TCE son básicamente dos. La primera insiste en la pérdida de efectividad de los procedimientos nacionales que resuelven asuntos relacionados con las materias objeto de estudio si se generaliza el uso de los reenvíos prejudiciales. La segunda razón advierte del riesgo de colapso del TJCE.

Sin embargo, si bien admitimos el peso de la primera de las razones alegadas, resulta cuando menos discutible la veracidad de la segunda. Efectivamente, si el Tratado de Amsterdam limita los legitimados para plantear cuestiones prejudiciales únicamente a los órganos de última instancia ello podría provocar una reducción del

pág. 1288; ARNULL, A.: «Taming the Beast? The Amsterdam Treaty and the Court of Justice», en O'KEEFFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *op. cit.* (*Legal Issues of the Amsterdam...*), pág. 116; GIRERD, P.: *loc. cit.* («L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation...»), pág. 242; POLLET, K.: *loc. cit.* («The Amsterdam Treaty and Immigration and Asylum Policies:...»), pág. 67; VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia...»), pág. 29.

²⁹ Así, por ejemplo, LABAYLE ha avanzado que sólo en materia de asilo la cifra de nuevas cuestiones prejudiciales que puedan llegar a plantearse puede ascender a 300.000; LABAYLE, H.: *loc. cit.* («Un espace de liberté, de sécurité et de...»), pág. 153.

³⁰ GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo Espacio de Libertad, de Seguridad y...»), pág. 523.

número de reenvíos llegados al TJCE. Sin embargo, esta medida también tiene el efecto negativo de incrementar, como ya ha sido convenientemente advertido por la doctrina, el riesgo de interpretaciones no uniformes del DCE en el ámbito del título IV³¹. Además, como consecuencia de ello, puede también reducir las posibilidades de que el Tribunal consolide, en la línea manifestada por Monar, el acervo comunitario en el área recientemente comunitarizadas de los asuntos de justicia e interior³².

Para compensar las restricciones de la nueva cuestión prejudicial³³ y combatir el riesgo de aplicación no uniforme del nuevo título IV del TCE, el Tratado de Amsterdam creó un nuevo recurso denominado recurso por interés de ley. Consecuentemente, podemos afirmar que, si bien es verdad que la carga adicional de trabajo para el TJCE no llegará directamente de los órganos judiciales nacionales —dado que sólo podrán plantear cuestiones prejudiciales en el ámbito del título IV los órganos de última instancia— aquella sí podrá llegar, sin embargo, a través de la Comisión, el Consejo o los propios Estados miembros que son los nuevos legitimados activamente para interponer el citado recurso en interés del DCE.

Todas estas observaciones nos hacen pensar, en la línea manifestada por González Alonso, que «más allá de esta explicación «políticamente correcta» y en un contexto como el del nuevo título IV del TCE trufado de elementos intergubernamentales»³⁴ resulta perfectamente creíble que en el ánimo de los Estados miembros a la hora de establecer la regulación acordada para la cuestión prejudicial apli-

³¹ A este respecto véase por todos LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El TJCE y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Europeo tras el Tratado de Amsterdam», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Amsterdam*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 13-40.

³² MONAR, J.: «Legitimacy of EU Action in Justice and Home Affairs: An Assessment in the Light of the Reforms of the Treaty of Amsterdam», en DEN BOER, M./GUGGENBÜHL, A./VANHOONACKER, S. (eds.): *op. cit. (Coping with Flexibility and Legitimacy after...)*, pág. 209 («consolidate the *acquis communautaire* in the newly communautarized areas of justice and home affairs»).

³³ Así lo indican expresamente MÉNDEZ DE VIGO y TSATSOS como autores del informe presentado por el Parlamento Europeo sobre el Tratado de Amsterdam (en A 4. 347/97, pág. 55).

³⁴ GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo Espacio de Libertad, de Seguridad y...»), pág. 515.

cable al citado título haya estado siempre presente «la intención de preservar un control lo más estrecho posible sobre el desarrollo futuro de este ánimo normativo»³⁵.

1.1.2. La regulación actual y el acervo jurisprudencial

Al margen de todas estas cuestiones ya expuestas, si por algo resulta especialmente criticable la regulación adoptada por el Tratado de Amsterdam en lo referente a la legitimación de los órganos jurisdiccionales para plantear la cuestión prejudicial es, sobre todo, por el hecho de que pueda entrar en colisión con el acervo jurisprudencial comunitario.

En este sentido, podemos sugerir que la regulación del artículo 68 del TCE en virtud de la cual se limita a los órganos jurisdiccionales de última instancia la capacidad para plantear cuestiones prejudiciales (sean éstas de interpretación o de validez) contradice la jurisprudencia del TJCE³⁶. Así, hasta ahora, el Alto Tribunal en el conocido asunto *Foto-Frost* concluyó que ante supuestos en los que el juez cuestione la validez de una norma de Derecho Comunitario Europeo que debe aplicar para resolver el asunto, éste está obligado a plantear la cuestión prejudicial cualquiera que sea el lugar que ocupe en el orden jurisdiccional³⁷.

Efectivamente, si el único órgano judicial capacitado para determinar la validez de una norma de Derecho Comunitario es el TJCE, resulta imprescindible que cualquier órgano jurisdiccional nacional (sea de primera o última instancia) esté capacitado (sino obligado)³⁸

³⁵ *Ibidem*, pág. 515.

³⁶ La conclusión a la que llega ARNULL tras constatar efectivamente la contradicción entre la jurisprudencia *Foto-Frost* y la regulación del artículo 68 del TUE es, curiosamente, advertir de la no aplicación en este contexto de la citada jurisprudencia; ARNULL, A.: «Taming the Beast? The Amsterdam Treaty and the Court of Justice», en O'KEEFFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *op. cit.* (*Legal Issues of the Amsterdam...*), pág. 117.

³⁷ Sentencia del TJCE de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost* (as. 314/85, *Rec.*, pág. 4225). Un análisis de la citada sentencia puede consultarse en RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El juez nacional como juez comunitario*, Ed. Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1993, especialmente, págs. 114-125.

³⁸ De hecho, como apunta RUIZ-JARABO COLOMER, cuando el juicio con el que se encuentra el juez nacional (con independencia de su condición de órga-

para reenviar el asunto al Tribunal de Justicia siempre que se le presenten dudas de validez sobre la normativa comunitaria que debe aplicar al litigio. De lo contrario, la regulación jurídica podría generar problemas de discriminación³⁹. Pero además, podría incluso implicar una reducción sensible de la protección efectiva de los derechos individuales⁴⁰ en la medida en que, como apuntó Curti Gialdino, resulta prácticamente imposible garantizar la uniformidad del Derecho Comunitario Europeo ni «dans le cadre de différents États membres de l'Union» ni tampoco «à l'intérieur d'un même ordre juridique national»⁴¹.

Por todo lo comentado hasta ahora y teniendo presente que la regulación adoptada por el Tratado de Amsterdam es temporal, resulta más que razonable recomendar su modificación⁴² una vez haya concluido el plazo transitorio de cinco años previsto por el propio Tratado. En este sentido, la reforma debe plantearse como finalidad retornar al

no de primera o última instancia) es de invalidez de una norma de Derecho Comunitario Europeo éste estará necesariamente obligado a plantear la cuestión prejudicial puesto que el TJCE es el que posee la competencia exclusiva para determinar el citado juicio de invalidez; RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *op. cit.* (*El juez nacional como juez...*), pág. 117.

³⁹ Así lo ha puesto de manifiesto GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo Espacio de Libertad, de Seguridad y...»), págs. 521-522.

⁴⁰ *Cfr.* ARNULL, A.: «Taming the Beast? The Amsterdam Treaty and the Court of Justice», en O'KEEFFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *op. cit.* (*Legal Issues of the Amsterdam...*), pág. 116; BLUMANN, Cl.: «Aspects institutionnels», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, octubre-diciembre, 1997, págs. 13-41, especialmente, pág. 38; CURTI GIALDINO, C.: *loc. cit.* («Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le Traité...»), pág. 108; GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de Libertad, Seguridad y...»), pág. 520.

⁴¹ CURTI GIALDINO, C.: *loc. cit.* («Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le Traité...»), pág. 107.

⁴² En este mismo sentido se han pronunciado ALBORS LLORENS, A.: *loc. cit.* («Changes in the jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty...»), pág. 1289. Más allá de mostrar su deseo de reforma pasado el período transitorio de cinco años, ROLDÁN BARBERO, da por descontado que el TJCE será sometido a una revisión una vez culminado el citado período; ROLDÁN BARBERO, J.: «La Unión Europea y los nacionales de terceros estados: la posible política de inmigración comunitaria», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *op. cit.* (*Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de...*), pág. 251.

régimen general de la cuestión prejudicial o, en cualquier caso, como ha ocurrido con la modulación prevista por el propio párrafo 2 del artículo 68 TCE, ceñirse «a aquellas materias que por su particular naturaleza continúen exigiendo una derogación de semejante calado al sistema de garantías jurisdiccionales previsto por el Tratado»⁴³.

1.2. Cuestión prejudicial ¿obligatoria o facultativa?

También se detectan importantes divergencias entre la regulación de la cuestión prejudicial y la regulación prevista por el artículo 68 TCE en lo relativo a su naturaleza jurídica obligatoria o facultativa. Así, la regulación general de la cuestión prejudicial permite a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones admiten recurso utilizar la cuestión prejudicial «si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo» y, sin embargo, «obliga» a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones ya no admiten recursos a someter la cuestión al TJCE. Por el contrario, la regulación prevista para el ámbito del título IV del TCE se aleja de la literalidad del artículo 234 TCE y, sin hacer mención al carácter obligatorio o no del citado reenvío, determina que los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no admitan posterior recurso podrán acudir al TJCE «si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

Esta diferencia de redacción ha dividido a la doctrina entre aquellos que defienden el carácter facultativo de la cuestión prejudicial⁴⁴, aquéllos otros que afirman su carácter obligatorio⁴⁵ y, un tercer gru-

⁴³ GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo Espacio de Libertad, de Seguridad y...»), pág. 523.

⁴⁴ En este sentido se pronuncian BLUMANN, Cl.: *loc. cit.* («Aspects institutionnels»), pág. 38; CHAVRIER, M.: «La Cour de Justice après le Traité d'Amsterdam: palingénésie ou palinodies», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 441, septiembre, 2000, págs. 542-550, especialmente, pág. 545; FARAMINÁN GILBERT, J. M.: «El Tribunal de Justicia en los Tratados de Maastricht y de Amsterdam: una visión comparativa», en FARAMINÁN GILBERT, J. M. (coord.): *op. cit.* (*Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y...*), pág. 180; LABAYLE, H.: *loc. cit.* («Un espace de liberté, de sécurité et de...»), pág. 155; LENAERTS, K./DE SMITJER, E.: «Le Traité d'Amsterdam», *Journal des Tribunaux*, n.º 46, febrero 1998, págs. 25-36, especialmente, pág. 30.

⁴⁵ De esta opinión son, por otra parte, GIRERD, P.: *loc. cit.* («L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et...»), pág. 243; GONZÁLEZ ALONSO, L. N.:

po, que se inclina por otorgar a la cuestión prejudicial un carácter obligatorio atenuado⁴⁶ o matizado⁴⁷.

Sin embargo, en nuestra opinión la discusión levantada en la doctrina es «irrelevante a los efectos de la aplicación de la jurisprudencia del TJCE sobre la obligatoriedad del reenvío prejudicial»⁴⁸. De hecho, se puede afirmar que la redacción del artículo 68 en lo que respecta a esta cuestión es la exacta traducción de la jurisprudencia del TJCE⁴⁹. Así, la citada redacción se limita a precisar que existe obligación de reenvío prejudicial cuando el juez (de última instancia) tenga una duda sobre la norma de Derecho Comunitario aplicable al caso pudiendo el juez abstenerse del citado reenvío siempre que «la correcta aplicación del Derecho Comunitario pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada»⁵⁰. Cuestión distinta es, no obstante, que los tribunales, especialmente los de última

loc. cit. («La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad...»), pág. 518; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «La reforma institucional y la cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1998*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, págs. 91-144, especialmente, pág. 124; ROLDÁN BARBERO, J.: «La Unión Europea y los nacionales de terceros Estados: la posible política de inmigración comunitaria», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *op. cit. (Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de...)*, pág. 252; VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de las CC.EE. tras...»), pág. 29, nota al pie n.º 25; VAN RAEPENBUSCH, S.: «Les résultats du Conseil européen d'Amsterdam (les 16 et 17 juin 1997) Présentation générale du Traité d'Amsterdam», *Actualité du Droit*, 1/1998, págs. 7-67, especialmente, pág. 38; WATHELET, M.: «La cour de justice: acteur et objet des réformes du Traité d'Amsterdam», en LEJEUNE, Y. (ed.): *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, págs. 127-144, especialmente, pág. 136.

⁴⁶ BRIBOSIA, H.: «Liberté, sécurité et justice: l'imbroglio d'un nouvel espace», *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 1, 1998, págs. 27-54, especialmente, pág. 34.

⁴⁷ STOFFEL VALOTTON, N.: «El Tribunal de Justicia», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *op. cit. (El Tratado de Amsterdam...)*, pág. 520.

⁴⁸ VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen:...»), pág. 65, nota 94.

⁴⁹ GIRERD, P.: *loc. cit.* («L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et...»), pág. 243.

⁵⁰ TJCE sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT* (as. 283/81, *Rec.*, pág. 3430), fto. 16.

instancia, eviten en su proceder diario cualquier cuestión prejudicial alegando para ello la doctrina del *acto claro* en unos términos no admitidos por la citada jurisprudencia del TJCE⁵¹.

Efectivamente, tras el análisis desarrollado hasta el momento de la regulación vigente en materia de cuestión prejudicial para el ámbito comunitarizado por el Tratado de Amsterdam, sólo puede concluirse en el mismo sentido que ya lo ha hecho Valle Gálvez⁵² o Albors Llorens para quien el artículo 68 «seems a dangerous precedent, as it has the effect of destroying the unity of the provisions of the EC Treaty on Court's jurisdiction»⁵³.

2. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN

Otra de las modificaciones introducidas por el artículo 68 del TCE implica una limitación del ámbito jurisdiccional del Tribunal de Justicia al excluirse de su control una parcela concreta del Derecho Comunitario Europeo creándose una zona de impunidad o de inmunidad en favor de los Estados⁵⁴.

Así, según preceptúa el artículo 68.2 del TUE «el Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 62 relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior». Es decir, el Tribunal de Justicia no será com-

⁵¹ El TJCE admite, como ya hemos constatado anteriormente, que un Tribunal se niegue a plantear una cuestión prejudicial siempre que «la correcta aplicación del Derecho Comunitario Europeo pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada» para lo cual, añade el Alto Tribunal, debe imponerse la misma evidencia «a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia».

⁵² VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de Libertad...»), pág. 65.

⁵³ ALBORS LLORENS, A.: *loc. cit.* («Changes in the jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty...»), pág. 1288.

⁵⁴ BLUMANN, Cl.: *loc. cit.* («Aspects institutionnels»), pág. 38 («une zone d'impunité ou d'immunité juridictionnelle pour les Etats»). En el mismo sentido BERGER, N.: *op. cit.* (*La Politique Européenne d'Asile et d'Immigration...*), pág. 44. («une zone d'impunité ou d'immunité juridictionnelle pour les Etats»).

petente para controlar judicialmente la adopción de aquellas decisiones adoptadas unilateralmente por los Estados miembros encaminadas a garantizar la ausencia de controles sobre las personas (sean ciudadanos de la Unión o nacionales de terceros Estados) en el cruce de las fronteras interiores siempre que estén justificadas por razones de orden público y salvaguardia de la seguridad interior.

Respecto a esta nueva regulación también se plantean algunos interrogantes. Por ejemplo, el Tratado no establece con claridad si la limitación o restricción del control judicial sobre las medidas adoptadas en virtud del párrafo 1 del artículo 62 implican única y exclusivamente una limitación del reenvío prejudicial⁵⁵ o, por el contrario, afecta a cualquier tipo de control judicial (recurso de anulación, excepción de ilegalidad) que el TJCE pudiera desarrollar sobre las mismas⁵⁶.

Con independencia de si la restricción es una u otra, para Wachsmann la limitación del poder jurisdiccional del TJCE es en sí extremadamente criticable ya que al margen de cualquier otra observación se trata, en realidad, de una excepción a la comunitarización efectiva de la materia⁵⁷.

En definitiva, todo parece indicar que los Estados miembros han aceptado comunitarizar esta parcela del método intergubernamental a condición de extraer del control judicial comunitario ejercido vía cuestión prejudicial cierta parcela normativa íntimamente empa-

⁵⁵ Partidarios de esta opción se han manifestado, entre otros, ARNULL, A.: «Taming the Beast? The Treaty of Amsterdam and the Court of Justice», en O'KEEFFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *op. cit. (Legal Issues of the Amsterdam...)*, pág. 116; BRIBOSIA, H.: *loc. cit.* («Liberté, sécurité et justice:...»), pág. 34; GIRERD, P.: *loc. cit.* («Un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application...»), págs. 249-250; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *loc. cit.* («La reforma institucional y la cooperación reforzada en el Tratado de...»), pág. 124.

⁵⁶ En este sentido ADAMS, R.: *loc. cit.* («La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione...»), pág. 502; CURTI GIALDINO, C.: *loc. cit.* («Schengen et le troisième pilier:...»), pág. 110; LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El TJCE y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Europeo tras el Tratado de Amsterdam», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *op. cit. (Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado...)*, pág. 26.

⁵⁷ WACHSMANN, P.: *loc. cit.* («Les droits de...»), pág. 182 («une exception à la communautarisation effective de la matière»).

rentada con conceptos todavía muy unidos a la soberanía que quedarán bajo control estatal⁵⁸.

A modo de conclusión podemos destacar que el artículo 68 supone «una regresión dentro del control judicial del TJCE»⁵⁹ al haberse procedido, en cierta medida, «a un desmantelamiento de las competencias del Tribunal en materia prejudicial»⁶⁰. De hecho, tanto la previsión de una regulación particularizada de la cuestión prejudicial para los ámbitos recientemente comunitarizados (art. 68.1 TCE), como la exclusión de todo control judicial sobre parte del citado ámbito (art. 68.2 TCE) pueden generar no sólo una quiebra de la uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario Europeo⁶¹, sino, lo que resulta todavía más preocupante, la creación de «pequeños reinos de Taifas» ausentes de cualquier tipo de control judicial comunitario que difícilmente resulta compatible con la afirmación repetidamente vertida por los Estados miembros y, especialmente, por el

⁵⁸ Lo que ha llevado a un sector de la doctrina a denunciar respecto del proceso de comunitarización «ciertas ofensas infligidas a la ortodoxia comunitaria»; ROLDÁN BARBERO, J.: «La Unión Europea y los nacionales de terceros Estados: la posible política de inmigración comunitaria», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *op. cit. (Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de...)*, pág. 248.

⁵⁹ En este sentido LABAYLE, H.: *loc. cit.* («Un espace de liberté, de sécurité et de...»), pág. 154; ROLDÁN BARBERO, J.: «La Unión Europea y los nacionales de terceros Estados: la posible política de inmigración comunitaria», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *op. cit. (Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de...)*, pág. 252; SIMPSON, G.: *loc. cit.* («Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of...»), pág. 110.

⁶⁰ GIRERD, P.: *loc. cit.* («L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et...»), pág. 240 («un démantèlement des compétences de la CJCE en matière préjudicielle»).

⁶¹ LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El TJCE y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Europeo tras el Tratado de Amsterdam», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *op. cit. (Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado...)*, págs. 13-40. En similar sentido se han pronunciado ADAM, R.: *loc. cit.* («La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e...»), pág. 499; ALBORS LLORENS, A.: *loc. cit.* («Changes in the jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty...»), pág. 1288; ARNULL, A.: «Taming the Beast? The Treaty of Amsterdam and the Court of Justice», en O'KEEFFE, D./TWO-MEY, P. (eds.): *op. cit. (Legal Issues of the Amsterdam...)*, pág. 116; CURTI GIALDINO, C.: *loc. cit.* («Schengen et le troisième pilier:...»), pág. 107; GIRERD, P.: *loc. cit.* («Un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application...»), pág. 243.

propio TJCE, de que «the Community is governed by the rule of law»⁶².

III. LA COMPETENCIA DEL TJCE EN EL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL

Hasta el Tratado de Amsterdam el control jurisdiccional del TJCE se proyectaba, prácticamente en exclusiva, sobre el pilar comunitario permaneciendo al margen tanto el pilar de la Política Exterior y de Seguridad Común como el de la entonces denominada Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior⁶³. Sin embargo, el Tratado de Amsterdam permitió, por primera vez, cierta extensión de la jurisdicción del TJCE sobre el ámbito del tercer pilar el cual ha quedado reducido, tras su comunitarización parcial, a las disposiciones relativas a una Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (CPJMP).

Aun cuando fueron muchos los modelos que se discutieron a lo largo de la Conferencia Intergubernamental de 1996⁶⁴, el Tratado de

⁶² SIMPSON, G.: *loc. cit.* («Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of...»), pág. 110. En similar sentido se ha pronunciado HAILBRONNER, para quien resulta un «dangerous provision in the system of a Community which is considered to be governed by the rule of law»; HAILBRONNER, K.: «The new Title on Free Movement of Persons, Asylum and Immigration in the TEC», en DEN BOER, M. (ed.): *op. cit. (Schengen, Judicial Cooperation and...)*, pág. 210.

⁶³ El TJCE solamente podía intervenir siempre que en virtud del entonces artículo K.3.2 TUE los convenios celebrados por el Consejo otorgaran competencia al TJCE para interpretar el contenido de los citados convenios así como resolver los conflictos surgidos en la aplicación de los mismos. Un estudio sobre el control judicial que el TJCE podía efectuar con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam puede consultarse en 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*, Ed. College of Europe, European Interuniversity Press, Bruselas, 1995, págs. 301-320.

⁶⁴ Un análisis de estas opciones ha sido desarrollado brevemente por STOFFEL VALOTTON, N.: «El Tribunal de Justicia», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *op. cit. (El Tratado de Amsterdam...)*, págs. 509-510.

Amsterdam adoptó tres instrumentos o procedimientos en virtud de los cuales se permitiría cierto control por parte del TJCE sobre este ámbito concreto del TUE. Se trata de un mecanismo de reenvío prejudicial (III.1), de un peculiar recurso de anulación (III.2), así como de un mecanismo de arreglo de controversias (III.3). Todos ellos se mantienen en su integridad tras el Tratado de Niza y constituyeron, en su momento, la gran novedad del tercer pilar⁶⁵ además de un avance —que algunos tildan de sustancial⁶⁶ y otros de progreso remarcable⁶⁷— respecto de la situación en el Tratado de Maastricht.

Sin pretender restar valor a este importante avance en relación con la competencia del TJCE sobre la CPJMP, no conviene ignorar que el citado control jurisdiccional es un control «sui generis»⁶⁸, «aún embrionario y con profundas limitaciones»⁶⁹, enormemente fle-

⁶⁵ ADAM, R.: *loc. cit.* («La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo...»), pág. 489. En similar sentido, BRIBOSIA, H.: *loc. cit.* («Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union Européenne...»), pág. 87.

⁶⁶ ELSEN, Ch.: «Schengen, Maastricht, Amsterdam: Etapes de la coopération policière et judiciaire européenne», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C./DUE, O./SCHINTGEN, R./ELSEN, Ch. (eds.): *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Editorial Baden-Baden, 1999, págs. 109-129, especialmente, pág. 126.

⁶⁷ VAN SIMAEYS, B./CARLIER, J. Y.: «Le nouvel espace de Liberté, de Sécurité et de Justice», en LEJEUNE, Y. (ed.): *op. cit. (Le Traité d'Amsterdam...)*, pág. 277. Defendiendo esta misma idea CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: *loc. cit.* («La cooperación policial y judicial en materia penal:...»), pág. 14; GRILLER, S./DROUTSAS, P./FALKNER, G./FORGÓ, K./NENTWICH, M.: *op. cit. (The Treaty of Amsterdam...)*, pág. 491; MARIÑO MENÉZ, F.: «La Unión al servicio del ciudadano: (II) Un espacio de libertad, de seguridad y de justicia», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *op. cit. (El Tratado de Amsterdam...)*, pág. 277; VAN SIMAEYS, B./CARLIER, J. Y.: «Nouvel espace de Liberté, de Sécurité et de Justice», en LEJEUNE, Y. (ed.): *op. cit. (Le Traité d'Amsterdam...)*, pág. 277; WATHELET, M.: «La Cour de Justice: acteur et objet des réformes du Traité d'Amsterdam», en LEJEUNE, Y. (ed.): *op. cit. (Le Traité d'Amsterdam...)*, pág. 141].

⁶⁸ Así ha sido calificado por LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El TJCE y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Europeo tras el Tratado de Amsterdam», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de...)*, pág. 29.

⁶⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *loc. cit.* («La reforma institucional y la cooperación reforzada en el Tratado...»), pág. 125.

xible⁷⁰ o diferenciado⁷¹ y «de naturaleza esencialmente intergubernamental»⁷². En suma, un control jurisdiccional irregular y discontinuo cuyas consecuencias jurídicas serán objeto de tratamiento a lo largo del presente epígrafe⁷³.

1. UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL «A LA CARTA»

En virtud del nuevo régimen prejudicial establecido por el artículo 35 del TUE el TJCE se limitará a conocer prejudicialmente

⁷⁰ GRILLER, S./DROUTSAS, P./FALKNER, G./FORGÓ, K./NENTWICH, M. (eds.): *op. cit.* (*The Treaty of Amsterdam...*), pág. 492. Especialmente gráfico y clarificador resulta consultar en esta obra la tabla 6.6 de las páginas 494-495 que recoge todas las posibles combinaciones que ofrece el Tratado de Amsterdam en lo que respecta a las competencias del TJCE en el ámbito del tercer pilar.

⁷¹ De hecho, no han faltado autores que han calificado a la jurisdicción del TJCE en el ámbito de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal como una jurisdicción a «geometría variable». Al respecto consúltese, entre otros, ALBORS LORENS, A.: *loc. cit.* («Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of...»), pág. 1291; BRIBOSIA, H.: *loc. cit.* («Liberté, sécurité et justice:...»), pág. 37; VAN SIMAEYS, B./CARLIER, J. Y.: «Le nouvel espace de Liberté, de Sécurité et de Justice», en LEJEUNE, Y. (ed.): *op. cit.* (*Le Traité d'Amsterdam...*), pág. 280] o, incluso, una jurisdicción a «varias velocidades» [CURTIN, D.: «More Bits and Pieces after Amsterdam Treaty», *Conference of the Society of Public Teachers of Law*, 17.09.1997. Referencia tomada de DEARDS, E.: «The Treaty of Amsterdam: A Sheep in...»), pág. 75, nota al pie 12].

⁷² GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de Libertad, Seguridad y...»), pág. 528. De una manera menos radical se ha pronunciado GIRERD para quien la nueva competencia del TJCE combina elementos comunitarios con elementos intergubernamentales; GIRERD, P.: *loc. cit.* («Un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application...»), pág. 256.

⁷³ Precisamente este carácter discontinuo de la competencia del TJCE ha provocado que autores como SALAZAR recurran a una imagen enormemente gráfica para su descripción («coperta di Arlecchino»); SALAZAR, L.: «Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel «terzo pilastro»: prime applicazioni dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea», en AA.VV.: *op. cit.* (*Studi in onore di Giuseppe Federico Mancini...*), pág. 926. Posteriormente, el término en francés «manteau d'Arlequin» ha sido utilizado por CURTI GIALDINO, C.: *loc. cit.* («Schengen et le troisième pilier:...»), págs. 98-99.

sobre la validez o la interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, así como sobre la interpretación de los convenios adoptados en el ámbito del presente título o sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación siempre que los Estados miembros hayan admitido previamente la competencia del Tribunal. Se trata, en definitiva, de un ejemplo de «jurisdicción voluntaria»⁷⁴ (no automática)⁷⁵ que particulariza nuevamente el régimen general de la cuestión prejudicial hasta convertirlo más bien en un régimen pre-

⁷⁴ Así ha sido calificada por ADAMS, R.: *loc. cit.* («La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e...»), pág. 490; ALBORS LLORENS, A.: *loc. cit.* («Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of...»), pág. 1281; BRIBOSIA, H.: *loc. cit.* («Liberté, sécurité et justice:...»), pág. 36 y pág. 37; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: *loc. cit.* («La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad,...»), pág. 14; CHAVRIER, M.: *loc. cit.* («La Cour de Justice après le Traité d'Amsterdam:...»), pág. 547; CURTI GIALDINO, C.: *loc. cit.* («Schengen et le troisième pilier:...»), pág. 112; DE ZWAAN, J./VROUENRAETS, M.: «The future of the third pillar: an evaluation of the Treaty of Amsterdam», en HEUKELS, T./BLOKKER, N./BRUS, M. (eds.): *loc. cit.* (*The European Union after Amsterdam...*), pág. 212; DEN BOER, M.: «An Area of Freedom, Security and Justice: Bugged Down by Compromise», en O'KEEFFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *op. cit.* (*Legal Issues of the Amsterdam...*), pág. 317; FARAMIÑÁN GILBERT, J. M.: «El Tribunal de Justicia en los Tratados de Maastricht y de Amsterdam: una visión comparativa», en FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. (coord.): *op. cit.* (*Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y...*), pág. 175; GIRERD, P.: *loc. cit.* («L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application...»), pág. 256; GRILLER, S./DROUTSAS, D. P./FALKNER, G./FORGÓ, K./NENTWICH, M. (eds.): *op. cit.* (*The Treaty of Amsterdam...*), pág. 264 y pág. 491; KAPTEYN, P. J. G.: «The Court of Justice after Amsterdam: taking stock», en HEUKELS, T./BLOKKER, N./BRUS, M. (eds.): *op. cit.* (*The European Union after Amsterdam...*), pág. 146; LABAYLE, H.: *loc. cit.* («Un espace de liberté, de sécurité et de...»), pág. 875; STOFFEL VALOTTON, N.: «El Tribunal de Justicia», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *op. cit.* (*El Tratado de Amsterdam...*), pág. 515; TEZCAN, E.: *loc. cit.* («La coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures dans le cadre de...»), pág. 675; VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de Libertad, Seguridad y...»), pág. 69.

⁷⁵ MONAR, J.: «Legitimacy of EU Action in Justice and Home Affairs: An Assessment in the Light of the Reforms of the Treaty of Amsterdam», en DEN BOER, M./GUGGENBÜHL, A./VANHOONACKER, S. (eds.): *op. cit.* (*Coping with Flexibility and Legitimacy after...*), pág. 210.

judicial *ad hoc*⁷⁶ o especial⁷⁷. Con todo, debemos precisar que esta novedad lejos de incorporar al Tratado un modelo original se inspira en modelos similares que ya fueron experimentados en convenios firmados dentro del ámbito del tercer pilar⁷⁸ al amparo del antiguo artículo K.3 del TUE⁷⁹.

1.1. Jurisdicción voluntaria con efecto obligatorio

Como ya hemos adelantado, el Tratado de Amsterdam previó una competencia del TJCE de naturaleza voluntaria en virtud de la cual los Estados miembros aceptarían previamente la competencia del Tribunal. Así, los Estados miembros de la Unión han optado bien en el momento de la firma del propio Tratado de Amsterdam⁸⁰, bien en un momento posterior⁸¹ por incorporar o

⁷⁶ Así lo ha definido GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de Libertad, Seguridad y...»), pág. 527.

⁷⁷ MARTÍN ARRIVAS, J. J./DEMBOUR VAN OVERBERGH, P.: *loc. cit.* («La cuestión prejudicial a la luz del artículo 68...»), pág. 327.

⁷⁸ Un estudio de todos los convenios de esta naturaleza que han sido celebrados hasta la fecha puede consultarse en LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El TJCE y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Europeo», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *op. cit.* (*Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de...*), págs. 18-20. El texto de cada uno de los citados convenios ha sido recopilado por CARRERA HERNÁNDEZ, F. J./NAVARRO BATISTA, N.: *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea. Textos fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

⁷⁹ Al respecto puede consultarse la siguiente bibliografía de referencia: CONDINANZI M.: «La (fantomatica) competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle Convenzioni concluse dagli Stati membri ai sensi dell'art. K.3, lett. c) del Trattato sull'Unione, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, págs. 579-582; SALAZAR, L.: «Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel «terzo pilastro»: prime applicazione dell'art. K3 del Trattato sull'Unione europea», en AA.VV.: *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Milán, 1998, págs. 905-932.

⁸⁰ Así lo hicieron Bélgica, Alemania, Grecia, Luxemburgo, Austria (DO C 340, de 10.11.1997, pág. 308).

⁸¹ En el momento de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam Bélgica, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Finlandia y Suecia ya habían presentado su declaración. España introdujo la citada declaración en la Ley Orgánica 9/1998 de 16 de diciembre por la que se

no⁸² una declaración en virtud de la cual reconocen la competencia del TJCE. Además, en el supuesto de que los Estados hayan decidido incorporar la citada declaración, el Tratado permite optar entre autorizar a cualquier órgano jurisdiccional nacional para interponer una cuestión prejudicial (art. 35.3 b) TUE)⁸³ o, por el contrario, limitarlo únicamente a aquéllos órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones no admiten posterior recurso (art. 35.3. a) TUE)⁸⁴.

Es más, de conformidad con la Declaración 10 adoptada por la Conferencia Intergubernamental de 1996, los Estados miembros que reconozcan la competencia del TJCE pueden reservarse el derecho de establecer en su legislación disposiciones con el fin obligar a un órgano judicial sobre cuya decisión no quepa ulterior recurso a interponer una cuestión prejudicial ante el TJCE siempre que se plantee una duda sobre la validez o la interpretación de las decisiones marco o de las decisiones. Así, a la propia circunstancia de que la jurisdicción del TJCE para conocer de reenvíos prejudiciales en el ámbito de la CPJMP pueda ser reconocida por unos Estados miembros y no por otros, hay que añadir la asimetría suplementaria de la jurisdicción del Tribunal motivada por el hecho de que los Estados miembros que reconozcan la competencia del TJCE para conocer de reenvíos prejudiciales puedan a su vez optar entre reconocer a sus jurisdicciones nacionales la facultad para utilizar el mecanismo de la cuestión prejudicial o, por el contrario, estimar el carácter obligatorio del citado reenvío⁸⁵.

En definitiva, parece sensato afirmar que la cuestión prejudicial prevista por el artículo 35 del TUE es un mero boceto⁸⁶ que cada uno

autoriza la ratificación del Tratado de Amsterdam (BOE núm. 301, 17.12.1999, págs. 42266-42267). Francia incorporó la declaración mediante Decreto n.º 2000-668 de 10 de julio.

⁸² Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

⁸³ Así han procedido todos los Estados miembros que han aceptado la competencia del TJCE salvo España.

⁸⁴ Ésta es la opción elegida por España.

⁸⁵ Del conjunto de Estados miembros que ya han aceptado la competencia del TJCE, Bélgica, Alemania, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria se han reservado el derecho a establecer el carácter obligatorio de la cuestión prejudicial.

⁸⁶ En palabras del propio presidente del TJCE, Sr. Rodríguez Iglesias, «el modelo del sistema prejudicial, tal como está concebido desde el Tratado de

de los Estados adapta posteriormente a la medida de sus necesidades dando lugar a una verdadera cuestión prejudicial «à la carte»⁸⁷ cuyos costes respecto a la uniformidad del Derecho Comunitario Europeo⁸⁸ podrán ser evaluados en los próximos años.

Con todo, es importante subrayar que, al margen de la naturaleza voluntaria de la presente cuestión prejudicial, las sentencias interpretativas que llegue a pronunciar el TJCE tienen efecto obligatorio para *todos* los Estados miembros⁸⁹ incluidos aquéllos que no hayan asumido la jurisdicción del mismo⁹⁰. Ello puede desprenderse claramente de la propia regulación del Tratado (art. 35.4 TUE) que permite a todo Estado miembro —haya o no admitido la jurisdicción

Roma es un modelo mucho mejor que esta *imitación* del Tratado de Amsterdam, en la que faltan dos aspectos fundamentales, como la plena uniformidad y la obligatoriedad del sistema que es optativo para los Estados miembros», palabras tomadas de LINDE PANIAGUA, E. *et. al.*: *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid, 2000, pág. 262, nota al pie 52.

⁸⁷ Todas las opciones que permite el artículo 35 del TUE han sido expuestas gráficamente a modo de tabla en GRILLER, S./DROUTSAS, D. P./FALKNER, G./FORGÓ, K./NENTWICH, M. (eds.): *op. cit.* (*The Treaty of Amsterdam...*), pág. 262, tabla 3.7., explicación en págs. 263-264.

⁸⁸ ALBORS LLORENS, A.: *loc. cit.* («Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of...»), pág. 1281; GRILLER, S./DROUTSAS, D. P./FALKNER, G./FORGÓ, K./NENTWICH, M. (eds.): *op. cit.* (*The Treaty of Amsterdam...*), pág. 264 y pág. 266; MONAR, J.: *loc. cit.* («Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam...»), pág. 332; TWOMEY, P.: «Constructing a Secure Space: The Area of Freedom, Security and Justice», en O'KEEFFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *op. cit.* (*Legal Issues of the Amsterdam...*), págs. 351-374, especialmente, pág. 372; VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de Libertad, de Seguridad y...»), pág. 69; WALKER, N.: *loc. cit.* («Justice and Home Affairs»), pág. 238.

⁸⁹ Acerca del efecto obligatorio de la cuestión prejudicial en general puede consultarse CIENFUEGOS MATEO, M.: *Las sentencias del TJCE en los Estados miembros*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, especialmente, págs. 85-176.

⁹⁰ En este mismo sentido concluyen GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de Libertad, Seguridad y...»), pág. 532; LABAYLE, H.: *loc. cit.* («Un espace de liberté, de sécurité et de...»), pág. 875; LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El TJCE y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario tras el Tratado de Amsterdam», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *op. cit.* (*Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de...*), pág. 32; VALLE GALVEZ, A.: *loc. cit.* («La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de Libertad...»), pág. 69.

del TJCE mediante la correspondiente declaración— la presentación de «memorias u observaciones por escrito» en las cuestiones prejudiciales presentadas ante el Tribunal.

Cuestión menos clara, a la vista del tenor literal del artículo 35 del TUE, es si este mismo derecho se extiende también a la Comisión. A este respecto, la mayor parte de la doctrina se pronuncia en favor de una interpretación por analogía del artículo 20 del Estatuto del TJCE que permita reconocer el derecho de la Comisión a intervenir mediante la presentación de sus observaciones por escrito⁹¹.

1.2. **Ámbito material de aplicación**

En virtud de lo establecido en el párrafo primero del artículo 35 del TUE, el TJCE será competente para conocer de cuestiones prejudiciales de validez e interpretación de decisiones y de decisiones marco, de cuestiones prejudiciales de interpretación de convenios celebrados en el ámbito del tercer pilar, así como de cuestiones prejudiciales de validez e interpretación de las medidas de ejecución de tales convenios. El Tratado tampoco ofrece una respuesta clara acerca de la competencia del TJCE sobre las medidas de aplicación de los citados convenios.

Como puede concluirse de lo preceptuado por el TUE en el ámbito del tercer pilar queda excluida de la competencia del Tribunal cualquier tipo de interpretación que éste pudiera realizar sobre las disposiciones mismas del Tratado, así como todo tipo de reenvíos prejudiciales (de interpretación o validez) contra decisiones con efecto directo⁹². Por consiguiente, como ha señalado Martínez Lage, el TJCE sólo podrá pronunciarse prejudicialmente en el supuesto en que una norma de Derecho Comunitario entre en colisión con una norma de Derecho nacional⁹³. En ausencia de norma de Derecho

⁹¹ CHAVRIER, M.: *loc. cit.* («La Cour de Justice après le Traité d'Amsterdam:...»), pág. 547; CURTI GIALDINO, C.: *loc. cit.* («Schengen et le troisième pilier:...»), pág. 113; LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El TJCE y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Europeo tras el Tratado de Amsterdam», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *op. cit.* (*Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado...*), pág. 32.

⁹² DEARDS, E.: *loc. cit.* («The Treaty of Amsterdam: A Sheep in...»), pág. 79.

⁹³ MARTÍNEZ LAGE, S.: *loc. cit.* («El Tratado de Amsterdam:...»), pág. 2.

nacional el órgano jurisdiccional nacional no podrá someter sus dudas de interpretación o validez a control prejudicial alguno por parte del TJCE.

Con todo, conviene destacar que la limitación más importante respecto al ámbito de aplicación de la cuestión prejudicial regulada en el ámbito de la CPJMP puede ser, probablemente, el establecimiento por el propio apartado 5 del artículo 35 del TUE de una especie de cláusula de salvaguardia en favor de los llamados «actos de gobierno»⁹⁴. En virtud de la citada cláusula queda excluida la competencia del TJCE para efectuar cualquier tipo de control judicial sobre la validez o la proporcionalidad de aquellas operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, así como 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. Se trata, en definitiva, de pequeños islotes de soberanía que los Estados miembros se han negado a abandonar durante el proceso de comunitarización del tercer pilar.

Si bien la cuestión prejudicial prevista por el Tratado para el ámbito del tercer pilar refleja por sí sola hasta qué punto la flexibilidad se ha ido impregnando —por no decir adueñando— del sistema jurisdiccional de la Unión, el Tratado también previó otra serie de modificaciones en las vías de acceso al Tribunal que serán detalladas a continuación. Así, junto a las modificaciones efectuadas sobre el recurso de anulación (art. 35.6 TUE) hasta convertirlo, en palabras de Faramiñán Gilbert, en un «recurso de anulación selectivo»⁹⁵, cabe destacar la previsión de un mecanismo de arreglo pacífico de controversias surgidas entre Estados miembros, o entre Estados miembros y la Comisión (art. 35.7 TUE).

⁹⁴ CHAVRIER, M.: *loc. cit.* («La Cour de Justice après le Traité d'Amsterdam:...»), pág. 548. En el mismo sentido se han pronunciado BERGER, N.: *op. cit.* (*La Politique Européenne d'Asile et d'Immigration...*), pág. 44.

⁹⁵ FARAMIÑÁN GILBERT, J. M.: «El Tribunal de Justicia en los Tratados de Maastricht y de Amsterdam: una visión comparativa», en FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. (coord.): *op. cit.* (*Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y...*), pág. 178.

2. RECURSO DE ANULACIÓN: JURISDICCIÓN AUTOMÁTICA Y OBLIGATORIA

Las particularidades que presenta el recurso de anulación previsto por el apartado 6 del artículo 35 del TUE para el ámbito del tercer pilar se refieren por un lado a los actos susceptibles de impugnación y por otro a los legitimados activamente para recurrir.

Así, en virtud de lo establecido por el apartado 6 del artículo 35 del TUE, el TJCE es competente, con carácter automático y obligatorio⁹⁶, para controlar la legalidad de las decisiones marco o de las decisiones adoptadas en el ámbito del tercer pilar. Queda al margen, consecuentemente, las posiciones comunes, los convenios, así como las medidas de aplicación de convenios y de decisiones⁹⁷.

Para ello, los Estados miembros o la Comisión podrán interponer el presente recurso en el plazo de dos meses alegando para ello cualquiera de los motivos previstos a este fin en la regulación general, a saber, incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder.

Por su parte, el Tratado de Amsterdam no otorgó legitimación activa, a diferencia de la reglamentación establecida con carácter general para el recurso de anulación en el artículo 230 TCE⁹⁸, ni al Consejo, ni al Parlamento Europeo ni tampoco a las personas físicas o jurídicas. A nuestro juicio, parece razonable que ni Consejo de la Unión, ni las personas físicas y jurídicas estén legitimados activamente para interponer el presente recurso. El primero por mono-

⁹⁶ ALBORS-LLORENS, A.: *loc. cit.* («Changes in jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of...»), pág. 1282; GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y...»), pág. 533.

⁹⁷ VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia...»), pág. 31.

⁹⁸ En general sobre el recurso de anulación puede consultarse MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *op. cit.* (*Instituciones y Derecho de la...*), págs. 236-241. Más concretamente en relación con el alcance de la legitimación activa de las personas físicas y jurídicas puede consultarse la evolución que a este respecto puede implicar la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quéré/Comisión* (no publicada aún en Recopilación).

polizar el poder de decisión y las segundas porque de nada sirve reconocerles la capacidad para recurrir una normativa (decisiones y decisiones marco) que no tiene efecto directo⁹⁹. Menos razonable es, sin embargo, la exclusión del Parlamento Europeo como institución con capacidad para interponer el recurso de anulación en cuanto que debe ser consultado obligatoriamente antes de adoptar cualquier medida mencionada en las letras b), c) y d) del apartado 2 del artículo 34¹⁰⁰. A este respecto, un sector de la doctrina¹⁰¹ concluye que si llegado el caso el Consejo adoptara una decisión sin proceder previamente a solicitar dictamen del Parlamento Europeo, no debería extrañarnos que en el supuesto de que el Parlamento Europeo acudiera al TJCE mediante la vía (en principio vedada) del artículo 35.6 TUE, el TJCE recupera los argumentos utilizados en su célebre sentencia *Chernobyl*¹⁰² para admitir la legitimación de la citada institución aun cuando ésta no aparezca reconocida en los Tratados.

⁹⁹ MONAR, J.: «Legitimacy of EU Action in Justice and Home Affairs: An Assessment in the Light of the Reforms of the Treaty of Amsterdam», en DEN BOER, M./GUGGENBÜHL, A./VANHOONACKER, S. (eds.): *op. cit. (Coping with Flexibility and Legitimacy after...)*, pág. 211. Sin embargo, tampoco han faltado autores que han manifestado sus críticas ante la ausencia de legitimación activa a las personas físicas y jurídicas. Al respecto véase CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: *loc. cit.* («La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad,...»), pág. 15; STOFFEL VALOTTON, N.: «El Tribunal de Justicia», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *op. cit. (El Tratado de Amsterdam...)*, pág. 516.

¹⁰⁰ BLUMANN, C.: *loc. cit.* («Aspects institutionnels»), pág. 747; CARRERA HERNÁNDEZ, F.J.: *loc. cit.* («La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad,...»), pág. 15.

¹⁰¹ ALBORS-LLORENS, A.: *loc. cit.* («Changes in jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of...»), pág. 1282, nota al pie 53; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: *loc. cit.* («La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad,...»), pág. 15; CURTI GIALDINO, C.: *loc. cit.* («Schengen et le troisième pilier:...»), pág. 114; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *loc. cit.* («La reforma institucional y la cooperación reforzada en el Tratado...»), pág. 126; PEERS, S.: *op. cit. (EU Justice and Home...)*, pág. 47. Más excéptico respecto a esta opción se muestra CHAVRIER, M.: *loc. cit.* («La Cour de Justice après le Traité d'Amsterdam:...»), pág. 547; «une oeuvre de longue haleine» parece ser la conclusión de LABAYLE, H.: *loc. cit.* («Un espace de liberté, de sécurité et de...»), pág. 875.

¹⁰² Sentencia del TJCE de 22 de mayo de 1990, *Chernobyl* (C-70/98, Rec., pág. I-2041).

3. MECANISMO DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS

El procedimiento de arreglo de controversias previsto por el apartado 7 del artículo 35 del TUE contiene dos variantes en función de si la controversia ha surgido entre Estados o entre Estados y la Comisión. En ambos casos, no sólo es diferente la naturaleza de la intervención del TJCE, sino también el ámbito material de aplicación de la competencia del citado Tribunal.

En primer lugar, si la controversia ha surgido entre Estados, la jurisdicción del TJCE para conocer del citado procedimiento es *obligatoria pero subsidiaria*. Efectivamente, la intervención del TJCE está condicionada o supeditada al agotamiento previo de una fase precontenciosa de solución política o diplomática de la controversia en el seno del Consejo por un período de tiempo de seis meses de duración. Sólo en la medida en que dicho acuerdo no sea logrado podrá actuar el TJCE con el fin de resolver las controversias surgidas por la interpretación o aplicación de cualquiera de los actos adoptados de conformidad con el apartado 2 del artículo 34¹⁰³.

En segundo lugar, si la controversia ha surgido entre los Estados miembros y la Comisión, la jurisdicción del TJCE para conocer del citado procedimiento es también *obligatoria* pero en este supuesto y a diferencia del anterior, la intervención del Tribunal de Justicia no está subordinada a un fracaso previo de la resolución del conflicto en vía diplomática. Asimismo, respecto del ámbito material de aplicación del citado procedimiento de resolución de controversias, el Tribunal podrá conocer directamente de los conflictos que pudieran llegar a surgir entre los Estados miembros y la Comisión relativos a la aplicación de los convenios celebrados al amparo de la letra d) del apartado 2 del artículo 34. Consecuentemente, también a diferencia del arreglo de controversias surgidas entre Estados que aplica el ámbito material a cualquiera de los actos adoptados de conformidad con el apartado 2 del artículo 34 del TUE, el TUE limita en esta ocasión la competencia del TJCE a aquellos conflictos que pudieran sur-

¹⁰³ Sobre el mecanismo del arreglo pacífico de controversias en el ámbito del Derecho Internacional puede consultarse, *in extenso*, RIQUELME CORTADO, R. M.: «El arreglo pacífico de controversias internacionales, con especial referencia a la Política convencional española», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1998*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, págs. 215-313.

gir entre los Estados miembros y la Comisión relativos a la aplicación, única y exclusivamente, de los convenios celebrados al amparo del artículo 34 del TUE.

Aunque el presente mecanismo de arreglo de controversias pudiera parecer a primera vista un recurso de incumplimiento *ad hoc* para el ámbito del tercer pilar¹⁰⁴, sin embargo, un estudio en profundidad de la finalidad que lo inspira (garantizar cierta uniformidad en la interpretación y aplicación de «las prácticas divergentes que pudieran surgir entre Estados»)¹⁰⁵, así como de su ámbito material de aplicación (del que permanecen excluidas las decisiones marco), e incluso de las instituciones legitimadas activamente (ausencia de la Comisión)¹⁰⁶ parece excluir cualquier respuesta positiva en el citado sentido¹⁰⁷.

IV. EL TJCE ANTE EL FENÓMENO DE LA PROTOCOLIZACIÓN¹⁰⁸

El Tratado de Amsterdam no sólo moduló la capacidad de intervención del TJCE por lo que respecta a las limitaciones que su com-

¹⁰⁴ Para CARRERA HERNÁNDEZ se trata de «una especie de recurso por incumplimiento del Derecho derivado CPJ»; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: *loc. cit.* («La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad...»), pág. 15.

¹⁰⁵ VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen:...»), pág. 70.

¹⁰⁶ Cuestión que como señala CARRERA HERNÁNDEZ lo aproxima a la categoría de arreglo pacífico de controversias propio de los métodos internacionales si bien, añade el autor, su naturaleza es algo menos intergubernamental si se tiene presente que se trata de una jurisdicción obligatoria; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: *loc. cit.* («La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad,...»), pág. 15.

¹⁰⁷ En este sentido LIROLA DELGADO, I.: «El ciudadano europeo ante la cooperación policial y judicial en materia penal», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *op. cit.* (*Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de...*), pág. 229; LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El TJCE y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario tras el Tratado de Amsterdam», en OLESTI RAYO, A. (coord.): *op. cit.* (*Las incertidumbres de la Unión Europeo después del Tratado de...*), pág. 34.

¹⁰⁸ El término, asumido ya por la mayor parte de la doctrina, fue utilizado originariamente por DEN BOER, M.: «Step by step progress: an update

petencia ha sufrido en el ámbito del título IV del TCE (*supra* II), o por la extensión de la misma en el ámbito del título VI del TUE (*supra* III). De hecho, la competencia del TJCE presenta sus mayores asimetrías en el laberinto de excepciones¹⁰⁹ que trajo consigo la multiplicación en Amsterdam de Protocolos incorporados a los Tratados¹¹⁰. Todos ellos han sido calificados por la doctrina como fórmulas de «ingeniería jurídica»¹¹¹ que han contribuido a convertir en «imperfecto» el proceso de comunitarización¹¹².

Así, la competencia que el Tratado reconoce al TJCE para conocer de todo lo relativo al título IV del TCE resulta inaplicable en virtud de lo establecido en sendos Protocolos tanto al Reino Unido e Irlanda (art. 2), como a Dinamarca (art. 2). Sin embargo, esta conclusión general también presenta matizaciones de notable importancia.

on the free movement of persons and internal security», 2/1997, *EIPASCOPE*, pág. 8.

¹⁰⁹ La expresión ha sido tomada de GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y...»), pág. 537.

¹¹⁰ La utilización del mecanismo de los Protocolos no es en sí misma una novedad del Tratado. Sin embargo, la novedad que ha supuesto la previsión por parte del Tratado de Amsterdam de esta serie de Protocolos respecto de los que en su día también previó el Tratado radica, como ha puesto de manifiesto TOTH, en que salvo la excepción del Protocolo relativo a la UEM, las excepciones o derogaciones que incluyó el Tratado de Maastricht no «affected a fundamental Community or Union objective»; TOTH, A. G.: «The legal effects of the Protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark», en HEUKELS, T./BLOKKER, N./BRUS, M. (eds.): *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, Ed. Kluwer, La Haya, 1998, págs. 227-252, especialmente, pág. 247.

Sobre este fenómeno puede consultarse HEDEMANN-ROBINSON, M.: «The area of Freedom, Security and Justice with regard to the UK, Ireland and Denmark: The «opt-in opt-out» under the Treaty of Amsterdam», en O'KEEFFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 1999, págs. 289-302; TOTH, A.G.: «The legal effects of the Protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark», en HEUKELS, T./BLOKKER, N./BRUS, M. (eds.): *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, Ed. Kluwer, La Haya, 1998, págs. 227-252.

¹¹¹ MARIÑO MENÉNDEZ, F.: «Una Unión al servicio del ciudadano: (II) Un espacio de libertad, de seguridad y de justicia», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *op. cit.* (*El Tratado de Amsterdam...*), pág. 296.

¹¹² BERGER, N.: *op. cit.* (*La Politique Européenne d'Asile et d'Immigration...*), pág. 59.

En primer lugar, por lo que respecta al *Reino Unido e Irlanda*, si estos Estados optaran por tomar parte en la adopción y aplicación de una medida relativa al título IV (art. 3.1) o, una vez adoptada la citada medida, optaran por quedar vinculados por ella (art. 4), permanecerán sometidos al control judicial que el TJCE desarrolle en el ámbito de sus competencias sobre las citadas medidas adoptadas en el marco del título IV del TCE.

En segundo lugar, por lo que respecta a *Dinamarca*, su situación jurídica difiere de la del Reino Unido e Irlanda por su doble condición de Estado Schengen y Estado no vinculado al título IV del TCE en virtud de un Protocolo de exclusión. De hecho, Dinamarca quedará vinculada al resto de Estados Schengen y respecto de las disposiciones del acervo Schengen que tras su ventilación se acomoden jurídicamente en el título IV del TCE por una obligación de Derecho Internacional Público, no de Derecho Comunitario Europeo. Consecuentemente, surge la duda jurídica de determinar en qué medida Dinamarca quedará vinculada por el control judicial que el TJCE pudiera efectuar, llegado el caso, sobre las citadas materias. Igualmente, surge también la duda de en qué medida Dinamarca podría aceptar la competencia del TJCE respecto de aquella parte del acervo Schengen que quede vinculado jurídicamente al título VI del TUE, así como de las decisiones de desarrollo que el Consejo desarrolle con base en el citado tercer pilar. De hecho, podría darse la aparente paradoja de que Dinamarca asumiera el control judicial del TJCE sobre aquellas disposiciones del acervo Schengen aceptadas bajo el título VI del TUE, mientras que quedaría al margen de todo tipo de intervención desarrollada por el Tribunal en el marco de las disposiciones Schengen cuya base jurídica ha quedado establecida en el título IV del TCE¹¹³.

Por su parte, el TJCE en virtud de lo establecido en el *Protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el ámbito de la Unión Europea* quedará privado de competencia —en la línea adoptada por el propio art. 68.2 TCE y 35.5 del TUE— para controlar las medidas o decisiones relativas al mantenimiento de la ley y el orden público,

¹¹³ En similar sentido se ha pronunciado HEDEMANN-ROBINSON, M.: «Freedom, Security and Justice with Regard to the UK, Ireland and Denmark: The «Opt-in Opt-out» under the Treaty of Amsterdam», en O'KEEFE, D./TWOMEY, P. (eds.): *op. cit. (Legal Issues of the Amsterdam...)*, pág. 300.

así como a la salvaguarda de la seguridad interior (art. 2.1, párrafo 3.º). A pesar de que el Protocolo no establece si tal limitación afecta no sólo al actual acervo Schengen sino también al desarrollo que del mismo se haga, la doctrina ya se ha adelantado a afirmar la conveniencia de restringir el ámbito de aplicación de la citada cláusula a aquellas disposiciones que posean, en palabras de VALLE GÁLVEZ, el «pecado original Schengen»¹¹⁴. Las decisiones que desarrollen el acervo Schengen y que sean adoptadas una vez incorporado el mismo a la Unión Europea (título IV TCE o título VI TUE) quedarán sometidas a la regulación establecida por el artículo 68 del TCE o, en su caso, a la establecida en el artículo 35 del TUE¹¹⁵.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Este es el nuevo y complejo escenario que el Tratado de Amsterdam diseñó (y el de Tratado de Niza ha mantenido en su integridad) en relación con la competencia del TJCE sobre la vertiente comunitaria e intergubernamental que configura el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Antes de nada resulta justo, en nuestra opinión, subrayar lo que de positivo tiene en sí mismo el hecho de que el TJCE pueda controlar judicialmente aspectos hasta ahora ajenos a su ámbito de actuación. Con todo, esta primera reflexión no debe empañar las críticas que la nueva competencia del TJCE merece tanto en la vertiente comunitaria del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, como, especialmente, en la intergubernamental.

Así, en relación con la competencia del TJCE en el ámbito recientemente comunitarizado del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia cualquier conclusión debe partir del peligroso precedente que ha supuesto la previsión de una reglamentación particularizada de la cuestión prejudicial, para, a continuación, subrayar el carácter eminentemente temporal de la regulación establecida por el artícu-

¹¹⁴ VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen:...»), pág. 64.

¹¹⁵ Así se han pronunciado GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *loc. cit.* («La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, de seguridad y...»), pág. 540; VALLE GÁLVEZ, A.: *loc. cit.* («La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen:...»), pág. 64.

lo 68 del TCE y la conveniencia, por lo tanto, de reflexionar sobre el sentido y alcance de la reforma que en su caso pueda abordarse una vez transcurrido el periodo transitorio de cinco años previsto originariamente por el propio Tratado de Amsterdam.

Por su parte, respecto a la conclusión que puede ofrecerse en torno a la ampliación de la competencia del TJCE sobre la CPJMP, ésta debe ser positiva en la medida en que se trata de someter a control judicial un pilar hasta ahora ajeno al mismo, si bien no debe igualmente obviarse que tal competencia ha sido, como precisa Roldán Barbero, desnaturalizada por el «cúmulo de excepciones, derogaciones y regímenes especiales»¹¹⁶.

Para concluir, nos gustaría manifestar expresamente nuestras dudas en torno a los beneficios que, en el futuro más cercano, traerá consigo la tendencia a impregnar de flexibilidad la competencia del Alto Tribunal comunitario, así como su compatibilidad con el principio de uniformidad como principio sobre el que, a nuestro juicio, debe necesariamente asentarse el ejercicio del poder jurisdiccional del TJCE.

¹¹⁶ ROLDÁN BARBERO, J.: «La reforma del poder judicial en la Comunidad Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero-junio, 2001, págs. 77-116, especialmente, pág. 91.