

¿Hacia un Tribunal de Justicia de la Unión Europea?: la extensión de competencias del Tribunal de Luxemburgo en el Tratado de Amsterdam

Angélica Marugán Sáenz
Profesora Colaboradora
Universidad San Pablo CEU

SUMARIO: 1. DEL ART. «L» DEL TUE AL NUEVO ART. 46.—2. EL APARTADO A) DEL ART. 46 T.U.E.: PILAR COMUNITARIO. EL NUEVO TÍTULO IV Y SU RÉGIMEN JURÍDICO (arts. 68 y 69): «Visados, Asilo, Migración y Otras Políticas relacionadas con la Libre Circulación de Personas». 1. *La limitación de la cuestión prejudicial*. 2. *El Recurso en interés de Ley del Derecho Comunitario*. EL ACERVO DE SCHENGEN. 3. EL APARTADO B) DEL ART. 46 T.U.E.: «Cooperación policial y judicial en materia penal» o «TERCER PILAR». *Una cuestión prejudicial ad hoc*. *Recurso directo de legalidad*. *Resolución de litigios*.—4. EL APARTADO C) DEL ART. 46 T.U.E.: LA COOPERACIÓN REFORZADA.—5. EL APARTADO D) DEL ART. 46 T.U.E.: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—6. VALORACIÓN FINAL.

«...El Tribunal de Justicia ya dijo, después de Maastricht, que como sólo tenía competencia sobre el Primer Pilar, seguiría llamándose Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas...»
(D. Ruiz-Jarabo Colomer, 1998)

1. DEL ART. «L» DEL TUE AL NUEVO ART. 46

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo (en adelante TJCE) ha sido tradicionalmente considerado como la más «asentada» o inmovilista institu-

ción de la Comunidad Europea, dadas las mínimas reformas experimentadas desde su constitución en 1952.

Ante esta realidad inmovilista, es fácil comprender las enormes expectativas levantadas por la Conferencia Intergubernamental de 1996, que parece abrir la puerta a importantes reformas del Sistema Jurisdiccional y en consecuencia del TJCE, a la vez que hace comprensible la enorme proliferación de trabajos y reflexiones que sobre el tema se han formulado en los últimos tiempos ¹.

En este contexto, y en contra de lo ocurrido con el Tratado de Maastricht, en donde se optó por no reformar el Sistema Jurisdiccional, limitándose a introducir algunas modificaciones puntuales ² parecía llegado el momento oportuno de impulsar al TJCE y ampliar su capacidad de actuación.

Sin embargo, ni la organización de los tribunales, esto es, cuestiones tan importantes como la composición o número de jueces, su nombramiento y mandato, han sido nuevamente definidos ³, ni han prosperado las sugerencias relativas a la denominada «arquitectura judicial», tendentes a dar respuesta al creciente problema del progresivo aumento de litigios que hace peligrar seriamente el eficaz funcionamiento del TJCE ⁴.

Tampoco han sido admitidas otras propuestas dirigidas a agilizar el procedimiento prejudicial, a permitir un acceso menos restringido de los particulares a la jurisdicción comunitaria, o a crear un nuevo motivo de anulación, para hacer efectivo el principio de subsidiariedad ⁵.

De lo que sí puede hablarse, tras el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 ⁶, es de una importante extensión de competencias del TJCE,

¹ Puede verse al respecto, entre otros: W. ALEXANDER, «La recevabilité des renvois préjudiciels dans la perspective de la réforme institutionnelle de 1996», *C.D.E.*, núm. 5-6, 1995; J.L. DA CRUZ VILAÇA, «La nouvelle architecture judiciaire européenne et la conférence intergouvernementale», *C.D.E.*, núm. 1-2, 1996; P. DUFFY, «Quelles réformes pour les recours en annulation?», *C.D.E.*, núm. 5-6, 1995; J.M. FARRINÁN GILBERT, «Evolución y ampliación de competencias del Tribunal de Primera Instancia y la Conferencia Intergubernamental de 1996», *Gaceta Jurídica de la CE*, D-26, 1996; F. GREVISSE, «La Cour de Justice et la révision de 1996», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 384, 1995; J.P. JACQUE y J. WEILER, «Sur la Voie de L'Union Européenne, une nouvelle architecture judiciaire», *Revue trimestrielle Droit Européenne*, 1990; J.MISHO, «¿Un nuevo papel para el TJCE?», *Gaceta Jurídica de la CE*, D-14, 1991.

² La modificación del *ex art.* 165.3 TCE, que permite atribuir a las salas cualquier asunto; la nueva redacción del *ex art.* 171 TCE para asegurar el cumplimiento de las sentencias; el reconocimiento de legitimidad activa del PE y la virtual ampliación de competencias del TPI, con la única excepción de la cuestión prejudicial (*ex art.* 168a TCE).

³ Ante una UE ampliada a 20 o más países, ¿cuál debería ser el núm. de jueces?, ¿debe mantenerse el criterio de la participación nacional, de modo que estén representados todos los sistemas jurídicos, limitar su número a fin de no conducir a una «asamblea deliberante», o considerar, a efectos de participación nacional, también a los abogados generales?

⁴ Se han formulado soluciones de diversa naturaleza que han tenido distinto grado de aceptación por parte de la doctrina, entre ellas: la redistribución de competencias entre el TJCE/TPI; la creación de órganos especializados, de tribunales regionales y el nombramiento de abogados generales en el seno del TPI.

⁵ *Vid.* Informe Tindemans sobre las instituciones europeas *Europa: usted elige*, Ed. Mundi-Prensa 1996.

⁶ Cuya entrada en vigor se prevé para el próximo 1 de mayo, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 de su art. 14, al haberse depositado el 30 de marzo de 1999 el último instrumento de ratificación, co-

directamente relacionada con la creación del «espacio europeo de libertad, seguridad y justicia» nuevo objetivo de la Unión Europea⁷, que conlleva:

- La *comunitarización* de materias hasta entonces contenidas en el Tercer Pilar, y que pasan a constituir un nuevo capítulo IV del T.C.E. rubricado «visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas».
- La *redefinición* del Tercer Pilar, limitado a la cooperación policial y judicial en materia penal, objeto de una nueva tipología de actos, privativos del mismo.
- La *integración* del Acervo Schengen en el ámbito de la UE.

El desarrollo competencial también está vinculado a la introducción de un título en el TUE dedicado a la Cooperación Reforzada⁸ y con el empeño de algunos Estados miembros⁹ de corregir el absurdo de la exclusión del control jurisdiccional sobre el apartado 2º del art. F del TUE, que proclama el respeto de los Derechos fundamentales.

En efecto, el régimen competencial previsto en el art. L. del TUE, descartaba la jurisdicción del TJCE, en el marco de los derechos fundamentales¹⁰, respecto del 2º Pilar o PESC, y en relación con el Tercer Pilar, con la salvedad de determinados convenios celebrados al amparo del art. K3 del TUE¹¹, las consecuencias de dicha exclusión son evidentes. Fundamentalmente, la ausencia de un adecuado control judicial sobre espacios que suelen afectar de un modo directo a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Aunque esta situación resulte más comprensible en lo relativo a la PESC al tratarse de acciones puramente políticas¹² es inadmisibles respecto

respondiente a Francia. España lo hizo mediante L.O. 9/1998, de 16 de diciembre, de acuerdo con lo previsto en el art. 93 CE.

⁷ Para una visión general del Tratado de Amsterdam: *El Tratado de Amsterdam: Análisis y comentarios*, Dir. H. OREJA, Mc. Graw Hill, Madrid 1998; *España y la Negociación del Tratado de Amsterdam*, Política Exterior, Madrid 1998; F.J. FONSECA MORILLO, Balance sobre el Tratado de Amsterdam», *Europa Junta*, núm. 62, julio 1997; J.V. LOUIS, «Le traité d'Amsterdam, une occasion perdue?», *R.M.U.E.* núm. 2, 1997; A. MANGAS MARTÍN, «El Tratado de Amsterdam: Aspectos del Pilar comunitario», *G.J.* 1998, D-29; «La Reforma Institucional en el Tratado de Amsterdam», *R.D.C.E.*, 1998-1; M. PETTE, «The Treaty of Amsterdam», *Harvard Jean Monnet Working Paper 2/98*; D. SIDJANSKI, *El futuro federalista de Europa*, Ariel, Barcelona 1998.

⁸ Título VII, arts. 43-45, en la nueva versión consolidada.

⁹ Alemania, Italia y Austria fundamentalmente. (Fiche thématique-Droits fondamentaux).

¹⁰ Al tratarse de una materia prevista en el tít. I del TUE, (arts. A-F), excluido del control jurisdiccional.

¹¹ Conforme al apdo. C) del art. K3, en dichos convenios podrá admitirse la competencia del TJCE, para interpretar sus disposiciones y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación.

¹² Pero no para todos los autores, así, p.j. «...No se trata de postular el control del TJCE sobre la política exterior en su conjunto... pero tampoco hay que olvidar que el desarrollo de esta política pueda comportar una vulneración de los derechos de los particulares sin que se hayan previsto los cauces necesarios para el control y eventual sanción de las infracciones». D. LIÑAN NOGUERAS, *La Política Exterior y de Seguridad común de la UE en la perspectiva de la Reforma de 1996*, Mº Asuntos Exteriores, 1995, pág. 98.

del Tercer Pilar, donde tal ausencia compromete una interpretación uniforme y una protección eficaz de los derechos¹³.

Así llegamos al nuevo art. 46 del TUE, que viene a paliar en parte este déficit competencial al atribuirle jurisdicción en materia de derechos fundamentales y en el Tercer Pilar, además de la propia del pilar comunitario y la relativa a la cooperación reforzada.

Por tanto, después de Amsterdam sólo permanece al margen de todo control judicial la Política Exterior y de Seguridad Común, y el título I del TUE (salvo el apdo. 2º art. 6).

Ahora bien, la letra del art. 46 TUE no puede inducirnos a error. En cada ámbito descrito veremos como el TJCE tiene atribuidas competencias diferentes y «matizadas» en relación con las ejercidas tradicionalmente a nivel comunitario de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados fundacionales.

De ahí, que para poder apreciar el alcance de esta disposición convenga analizar detenidamente cada uno de sus apartados, siguiendo la estructura prevista en el mismo.

2. EL APARTADO A) DEL ART. 46 TUE: PILAR COMUNITARIO

«Disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica».

Como consecuencia de la reenumeración efectuada por el Tratado de Amsterdam¹⁴ los artículos del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) consagrados al TJCE han pasado a ser los arts. 220 a 245, en lugar de 164 a 188 TCE.

De ellos, únicamente el art. 230 (ex art. 173) que regula el recurso de anulación ha sido modificado para otorgar legitimación activa al Tribunal de Cuentas, en las mismas condiciones que el Parlamento y el BCE, es decir, con el fin de salvaguardar sus prerrogativas. Se admite así la demanda del TC, el cual reclamaba dicha capacidad procesal limitada con ocasión de la CIG96, ya que el TUE había incurrido en una omisión injustificada, sobre todo teniendo en cuenta que lo había elevado a la categoría de institución.

¹³ La inclusión de ambos pilares ha sido sostenida por las instituciones y defendida por numerosos Estados miembros, entre ellos España, si bien con reservas de otros, como Reino Unido y Finlandia. P. E., Task-Force on the Intergovernmental Conference, Estrasburgo, 12 de mayo de 1997.

¹⁴ Ver su art. 12.

Lo que llama la atención es que no haya prosperado la petición lógica del PE de pasar a ser considerado recurrente privilegiado, al igual que el resto de las Instituciones, dado su papel de colegislador (ampliado incluso en Amsterdam) y teniendo en cuenta que el propio TJCE no apreciaba impedimento al respecto.

Por otra parte, hay que tener presente que los cometidos del TJCE en este pilar varían en relación con lo previsto en el TUE, al haberse introducido un nuevo Título IV en el TCE e integrarse el acervo de Schengen.

En cuanto al TÍTULO IV TCE, «*Visados, Asilo, Inmigración y otras Políticas relacionadas con la libre circulación de personas*» (arts. 61-69), y a pesar de ser una materia que pasa a integrarse en el TCE y que, por tanto, se «comunitariza»¹⁵, al llevarse de una forma progresiva en el plazo de cinco años, se establece una regulación específica en el art. 68 TCE con respecto al Tribunal, si bien podrá dejar de tener sentido en el momento en que, conforme a lo dispuesto en el apdo. 2º del art. 67 de dicho Título y transcurrido el período de 5 años, el Consejo «*adapte las disposiciones relativas a las competencias del TJCE*».

Durante ese período inicial de cinco años, el Consejo decidirá por unanimidad a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro, y previa consulta al PE. Quiebra así el principio de iniciativa legislativa de la Comisión¹⁶ y se sustituye por la iniciativa común, a la vez que se asienta el paso progresivo de la unanimidad a la mayoría cualificada. Transcurrido este plazo, la Comisión ostenta nuevamente el monopolio de propuesta legislativa, pero recae en el Consejo, previa consulta al PE, la determinación de los ámbitos que quedan afectados por el procedimiento de codecisión¹⁷.

Veamos como se trata de una «comunitarización» *incompleta*, que sólo podrá darse, *si así lo decide el Consejo*, transcurrido ese período inicial de cinco años¹⁸.

Por otro lado, dada la posición específica que mantienen países como Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, el propio art. 69 TCE se encarga de recordar que las disposiciones de este Título, incluido lo relativo al TJCE, estarán supeditadas a lo dispuesto en los Protocolos 4, 5 y 3, por este orden, que posteriormente examinaremos.

¹⁵ Es decir, pasa a regirse por la regla o método comunitario: iniciativa de la Comisión, mayoría cualificada del Consejo, codecisión del PE y jurisdicción plena del Tribunal.

¹⁶ Monopolio de la Comisión en el ámbito comunitario.

¹⁷ Apt. 2º art. 67 TCE. «*El consejo, por unanimidad y previa consulta al PE, adoptará una decisión con vistas a que todos o parte de los ámbitos cubiertos por el presente título se rijan por el procedimiento previsto en el art. 251...*»

¹⁸ No podemos olvidarnos del carácter sumamente sensible de estas áreas para los Estados miembros. La propia España se muestra reticente acerca de ese paso de la unanimidad a la mayoría cualificada, mientras Francia proclama la conveniencia de adoptar las precauciones necesarias, Dinamarca y Reino Unido abogan por su carácter intergubernamental. Fiche Thématique-Communautarisation du III^eme Pilier. 29/01/97.

El régimen jurídico del art. 68 TCE

Consta de tres apartados. En el primero se estipula una *cuestión prejudicial específica para este título* y en el tercero se instaura un *recurso especial en interés de ley*, mientras que en el segundo se *excluye la competencia* del Tribunal en materia de orden público y seguridad interior, tal y como dispone el art. 64.1 TCE del mismo título, al afirmar la competencia de los Estados miembros en esta materia¹⁹.

Nos topamos así con una de las cuestiones más conflictivas del título IV, la relativa a la interpretación de la denominada «Cláusula de salvaguardia»²⁰.

De este modo, hay autores²¹ para quienes, en efecto, el Tribunal «no tiene competencia alguna», lo que impide cualquier apreciación al respecto, incluso, como señala LABAYLE, ni siquiera sería aplicable la jurisprudencia relativa a la noción de Orden Público²².

La existencia de esta cláusula refleja la preocupación francesa, rápidamente secundada por otros Estados miembros, de impedir que la posibilidad de restablecer los controles en las fronteras interiores, pudiera implicar el control del TJCE. Es decir, pretendía volver a hacer uso de la posibilidad que le concedió en su momento el Tratado de Schengen (1995), con una previsión similar, al permitirle mantener sus controles durante meses, a pesar de haber entrado en vigor la libre circulación²³.

Por ello, hay autores como BLUMANN y MONAR, para quienes esta cláusula simplemente impide el planteamiento de un Recurso de Incumplimiento²⁴, mientras que para VAN SIMAEYS y CARLIER quedaría excluido cualquier tipo de recurso jurisdiccional, lo que a su modo de ver resultaría aceptable si se considerara como una etapa previa a la comunitarización²⁵.

¹⁹ El art. 64.1 señala: «El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior». Previsión idéntica a la adoptada por el art. 33 TUE, en el 3er Pilar.

²⁰ El art. 68.2 dispone: «El Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1º del art. 62 relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior». El art. 62.1 se refiere a las medidas que garantizan la ausencia de controles en las fronteras intracomunitarias.

²¹ Así lo interpretan, A. DASTIS «Un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» en *España y las transformaciones de la Unión Europea, (Papeles de la Fundación núm. 45)*; P. WACHSMANN, «Les droits de l'homme», *R.T.D.E.* núm. 4, oct.-dec. 1997; J. ELORZA y F. ALVARGONZÁLEZ, «La libre circulación de personas», en *España y la negociación del Tratado de Amsterdam*, Política Exterior, Madrid 1998.

²² H. LABAYLE, «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *R.T.D.E.* núm. 4, oct.-dec. 97.

²³ *Vid.* al respecto el interesante trabajo de L.N. GONZÁLEZ ALONSO, «La Jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», *R.D.C.* núm. 4, Jul.-Dic. 1998, pág. 538.

²⁴ J. HONAR, «Justice and home affairs in the treaty of Amsterdam: Reform at the price of fragmentation», *E.L. Rev.*, vol. 23, núm. 4, 98., C. BLUHANN, «Aspects institutionnels», *R.T.D.E.*, núm. 4, oct.-dec. 97.

²⁵ B. VAN SIMAEYS y J. CARLIER, «Nouvel Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice», en *Le Traité d'Amsterdam*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

Finalmente, hay un último grupo de autores, para quienes será el TJCE el que se pronuncie sobre la apreciación de su propia competencia en cada caso concreto ²⁶.

En definitiva se trata de una cuestión compleja que el Tribunal de Luxemburgo se encargará de aclarar.

Por otro lado, conviene tener presente que el régimen jurídico previsto por el art. 68 para el Título IV TCE, no afecta al régimen general o al resto de vías de acceso al TJCE que siguen plenamente vigentes ²⁷.

En cuanto a la *Cuestión Prejudicial*, en el marco de este título deberá atenderse a una serie de límites:

- La petición prejudicial deberá referirse a la interpretación del título, o a la interpretación y validez de los actos adoptados por las instituciones referentes al mismo ²⁸.
- Sólo podrá plantearse por un Tribunal que conozca en única o última instancia y lo estime pertinente para emitir su fallo.

Se impide así el planteamiento de la cuestión prejudicial a los tribunales cuyas decisiones pueden recurrirse en una instancia superior, en contra de lo dispuesto en el art. 234.2 TCE, lo que sin duda debe interpretarse como un modo de restringir el acceso al TJCE, y como una regresión en el sistema de garantías judiciales, que puede llegar a impedir la uniformidad del Derecho comunitario y provocar una clara discriminación entre los ciudadanos.

Las razones que parecen motivar un quebranto tan grave de la «piedra angular» del Derecho comunitario, en términos del TJCE, las encontramos básicamente tanto en la necesidad de evitar una «previsible» avalancha de peticiones como en la de preservar un control más estrecho de los Estados miembros sobre la materia ²⁹.

²⁶ GONZÁLEZ ALONSO, op. cit.; A. VALLE, «La Refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *GJ* 1998, D-29, si bien, para este autor, cabría una exclusión competencial sólo respecto de las medidas de origen Schengen, en los demás supuestos sería el TJCE el que determinase el alcance de la restricción; A. ALBORS LLORENS, «Changes in the jurisdiction of the European Court of Justice under the treaty of Amsterdam», *Common Market, Law Review* 35, 1273-1294,98.

²⁷ No ocurrirá lo mismo respecto del 3er Pilar, ya que las competencias del TJCE se circunscribirán a lo dispuesto exclusivamente por el art. 35 TUE.

²⁸ Se recoge el modelo previsto en el art. 234 TUE (ex art. 177) que distingue entre Derecho originario y derivado. Conviene tener en cuenta que salvo los límites referidos se mantiene intactos la regulación de la cuestión prejudicial: funciones de interpretación y validez, noción de órgano jurisdiccional...

²⁹ Evitar una prolongación excesiva de este tipo de procedimiento ante las jurisdicciones nacionales, unido al ya de por sí dilatado proceso prejudicial (24 meses) ante Luxemburgo, ha sido otra de las razones invocadas. Sobre todas las cuestiones relativas al sistema jurisdiccional tras Amsterdam, pueden verse los interesantes análisis de: A. ALBORS LLORENS, A. VALLE y GONZÁLEZ ALONSO, ya citados; C. GUTIÉRREZ ESPADA, «El tratado de Amsterdam (1997), una nueva oportunidad para facilitar el acceso de los ciudadanos al TJCE», *REE*, núm. 18, 1998, págs. 3-12; R. SILVA DE LAPUERTA, «La ampliación en el Tratado de Amsterdam de las competencias del Tribunal de Justicia», en *España y la negociación del Tratado de Amsterdam*, Política Exterior, Madrid 1998; N. STOFFEL «El Tribunal de Justicia» en *El Tratado de Amsterdam*, Mc. Graw Hill, 1998; M. WATHELET, «La cour, acteur et objet des réformes du traité», *Le Traité d'Amsterdam*, Bruylant, Bruxelles 1998.

Otro aspecto muy controvertido es determinar el carácter *obligatorio* (como en la regulación prevista en el apdo. 3º del art. 234 TCE) o *facultativo* de tal planteamiento (lo que conforme al apdo. 2º del art. 234 TCE, sólo será viable frente a tribunales cuyas decisiones son recurribles).

De una primera lectura del apdo. 1º del art. 68³⁰ parece deducirse que no existe una obligación, ya que no se manifiesta con la misma rotundidad que el art. 234.3 «...*dicho órgano estará obligado*» y así lo ha entendido gran parte de la doctrina³¹.

Sin embargo, si analizamos detenidamente su redacción y la contrastamos con la de los apdos. 2º y 3º art. 234, como propone A. VALLE³², veremos que se trata de una diferencia irrelevante (frente a «estará obligado» se emplea «pedirá»), sobre todo si tomamos en consideración la reiterada línea jurisprudencial acerca de la obligatoriedad del planteamiento³³.

En mi opinión, con el empleo de esta nueva fórmula se está matizando la contundente obligación para dar cabida a la extensa jurisprudencia del TJCE, relativa a las «excepciones» que los tribunales, cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso, pueden invocar para eludir la cuestión prejudicial:

- La falta de pertinencia ya que «la respuesta a la misma no puede tener ninguna influencia en la solución del litigio»³⁴.
- La identidad material de la cuestión con otra resuelta en un litigio anterior³⁵.
- La Tª del «Acto claro» o «inexistencia objetiva de duda razonable», dada la evidencia *erga omnes* de la respuesta al problema en litigio³⁶.

En definitiva, se «matiza la obligación» pero no se exige de la misma. Nuevamente habrá que esperar al pronunciamiento del TJCE sobre la materia.

Para paliar el menoscabo que la uniformidad del Derecho comunitario pueda sufrir en este ámbito se ofrece como solución un nuevo *Recurso en Interés de ley*³⁷, *cuestión de interpretación*, en los términos del precepto.

³⁰ «...dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

³¹ N. STOFFEL VALLOTON, op. cit.; H. KABAYLE, op. cit.; R. SILVA DE LAPUERTA, op. cit., entre otros.

³² Loc. cit., pág. 65.

³³ GONZÁLEZ ALONSO, op. cit., pág. 518, destaca además la existencia de un Informe Explicativo del Consejo relativo a un Protocolo celebrado sobre la base del art. K3, adoptado en mayo 98, (DOCE, núm. C221, de 16.7.1998, pág.67), en el que no se deja ninguna duda acerca de la obligatoriedad del planteamiento, a pesar de haberse empleado la fórmula «solicitará al Tribunal de Justicia que se pronuncie...».

³⁴ Ver A. VALLEJO LOBETE, «La Actualidad de la Tª del Acto Claro», *G.J.*, 23 de dic. 1995, pág. 81-118.

³⁵ Excepción adoptada a partir de la S. *Da Costa*, de 27 de marzo de 1963 y expresamente formulada en el art. 104.3 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal.

³⁶ Ver S. *Cilfit* de 6 de octubre de 1982.

³⁷ Cuyo precedente más inmediato lo encontramos en los Protocolos (1971 y 1988) relativos al convenio de Bruselas de 27 de sept. de 1968 (DOCE núm. C27 de 26.1.98).

Sin embargo, no puede considerarse como una cuestión prejudicial pues no presenta la naturaleza de un incidente que tiene lugar en un litigio principal ante el tribunal nacional que la suscita, sino que puede ser solicitada por el Consejo, la Comisión o un Estado miembro. Pero tampoco puede estimarse como la petición de un dictamen, aunque siga la fórmula empleada en el ex art. 228.6 (art. 300 nueva numeración), pues no se trata de analizar la compatibilidad de un acuerdo con las disposiciones del TCE, y además se resuelve mediante un fallo o resolución y no por medio de un dictamen o informe.

Estamos ante una nueva modalidad de planteamiento ante el TJCE, que sólo podía versar sobre la interpretación de este título o de los actos derivados del mismo adoptados por las instituciones, y ser formulado por éstas (Consejo o Comisión)³⁸ o por un Estado³⁹, culminando con un fallo cuyos efectos sólo serán «prospectivos», es decir, a partir de la sentencia, dado que la propia norma se encarga de precisar la falta de los mismos frente a las sentencias de los tribunales de los Estados que hayan pasado a ser *res judicata*. Una diferencia más respecto de la cuestión prejudicial, ya que las sentencias interpretativas producen efectos *ex tunc*, esto es, se retrotraen al momento de la entrada en vigor de la norma objeto de interpretación, aunque viene a ser una característica singular de los recursos de esta naturaleza, cuya finalidad es crear doctrina legal sin alterar situaciones jurídicas⁴⁰.

El régimen jurídico del art. 69 TCE

Conforme a este precepto, lo dispuesto en el tít. IV queda sometido a lo acordado en los Protocolos, núms. 4, 5 y 3 por este orden, que pasamos a considerar.

En virtud del Protocolo núm. 4, se impide que cualquier resolución del Tribunal interpretativa de las disposiciones adoptadas en virtud del nuevo Título, vinculen o se apliquen en Reino Unido e Irlanda, salvo que los mismos acepten participar en la adopción de una medida determinada, en cuyo caso deberán admitir la jurisdicción del TJCE (conforme al art. 6 del Protocolo).

En el caso danés (Protocolo núm. 5), también se excluye la aplicación y vinculación del Título IV y las posibles decisiones del Tribunal de Luxemburgo al respecto (salvo en lo relativo a un modelo uniforme de visado, art.

³⁸ Nótese que se excluye al Parlamento Europeo.

³⁹ Por primera vez las Administraciones Públicas tendrán acceso directo al TJCE.

⁴⁰ Puede considerarse acertada la terminología empleada por el T.A. «cuestión de interpretación», ya que si lo comparamos con el recurso de casación en interés de ley, regulado en el art. 100 de la L.J.C.A. 29/98, veremos que éste exige la impugnación de resoluciones, que además de «erróneas» sean «gravemente dañosas para el interés general», y estipula un plazo de 3 meses para ello. Sin embargo, el apdo. 3º del art. 68 no sólo no prevé plazo, sino que además lo regula con un carácter más consultivo y discrecional.

4º), mientras Dinamarca persista en hacer uso de este Protocolo (art. 7). Se ha considerado como un señuelo interno para subrayar ante su crítico electorado el «hecho diferencial danés».

Finalmente, el Protocolo núm. 3, que excluye la aplicación del art. 14 TCE y de cualquier otra disposición o medida adoptada en relación con la libre circulación de personas en Reino Unido e Irlanda, descarta igualmente la competencia del Tribunal en esta materia respecto de dichos Estados, es decir, tienen derecho a ejercer en sus territorios los controles que estimen pertinentes. Derecho que los demás Estados miembros podrán ejercer frente a estos Estados en régimen de estricta reciprocidad, conforme al art. 3 del Protocolo, tras la propuesta presentada por España.

En definitiva, aunque en principio parezca lógico que frente a disposiciones que no vinculan a determinados Estados miembros carezca el Tribunal de competencia, dos preguntas resultan indispensables: ¿Tiene sentido que un Tribunal «interprete» para unos Estados miembros sí y para otros no?, ¿qué ocurre con la unidad de la garantía jurisdiccional? Diferentes estándares de protección judicial se aplicarán a los nacionales de los diferentes Estados en áreas tan sensibles como las del tít. IV.

En virtud del *Protocolo por el que se integra el Acervo Schengen*, el Consejo deberá acordar la base jurídica de las disposiciones que constituyen el acervo que pueden quedar determinadas en el título IV del TCE o en el Título VI del TUE, ejerciendo el TJCE su competencia con arreglo a lo estipulado en los Tratados, lo que indudablemente implica distinta capacidad de actuación.

Ahora bien, en tanto no se lleve a cabo esta labor se apreciarán como actos basados en el Título VI del TUE, por lo que cabe entender la sumisión de los mismos al régimen jurídico previsto en los artículos K.7 y K.12 (arts. 35 y 40 nueva numeración), como ocurre con el resto de los actos del Título VI.

Por último, resaltar que se descarta toda competencia del TJCE sobre medidas o decisiones relativas al mantenimiento de la ley y el orden público, así como la salvaguarda de la seguridad interior, en clara conexión con los arts. 33 TUE y 64 TCE, que otorgan esa responsabilidad a los Estados miembros. Lo contrario implicaría una inaceptable injerencia en la soberanía nacional ⁴¹.

3. EL APARTADO B) DEL ART. 46 TUE: NUEVO TERCER PILAR

Se ha quedado reducido a la Cooperación policial y judicial en materia penal, con un objetivo básico, la lucha contra:

⁴¹ En el caso de Dinamarca, se crea una relación de Derecho internacional, ya que se le reconoce el derecho a aceptar caso por caso cada decisión del Consejo, relativa a Schengen.

- El racismo y la xenofobia.
- La delincuencia y el terrorismo.
- La trata de seres humanos.
- Los delitos contra la infancia.
- El tráfico de drogas y armas.
- La corrupción y el fraude ⁴².

Para poder alcanzar ese objetivo, el art. 34 TUE establece una nueva tipología de actos o instrumentos jurídicos privativos de este ámbito, adoptados por el Consejo mediante unanimidad a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión ⁴³, y previa consulta al P.E. (art. 39.1 TUE) ⁴⁴.

Estamos hablando de actos vinculantes y controlables por el TJCE (en las condiciones previstas en el art. 35 TUE) cuya naturaleza no coincide plenamente con los del art. 249 TCE (ex art. 189) aunque se inspire en ellos; a los que expresamente se niega su «efecto directo» ⁴⁵ y cuya publicación habrá de efectuarse en el DOCE ⁴⁶.

En cuanto al TJCE, se estipula un régimen jurídico específico para este ámbito, en el extenso art. 35 TUE (consta de 7 apartados), sin que podamos considerar aplicables las competencias que tradicionalmente tiene atribuidas en virtud de los Tratados fundacionales ⁴⁷.

Una de las cuestiones más espinosas de la CIG 96 fue la de diseñar la competencia judicial en esta área, aunque prácticamente todos los Estados miembros eran partidarios de su extensión —con la única excepción del Reino Unido a favor de su exclusión—, no existía consenso sobre los medios adecuados para ello.

Así nos encontramos con documentos tan dispares, como el de *la delegación belga* ⁴⁸ en el que se prevé una cuestión prejudicial análoga a la del

⁴² Para una exposición detallada de este tema pueden verse, entre otros: E. TEZCAN, «La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans le cadre de l'Union Européenne et le Traité d'Amsterdam», *CDH*, núm. 5-6, 1998; K. HAILBRONNER, «European immigration and asylum law under the Amsterdam treaty», *C.H.L.R.*, 35, 1047-1067, 1998; H. LABAYLE «La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la conférence intergouvernementale», *R.T.D.E.*, 33 janu-mars 1997; F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «La cooperación policial y judicial, de seguridad y de justicia», *B.E.U.R.*, núm. 2, febrero 98; F. REINARES y O. JIMÉNEZ, «Europeización de la actividad policial y lucha contra el terrorismo transnacionalizado», en *Aspectos políticos y sociales de la Integración europea*, I. Llamazares y F. Reinars, Eds., Tirant lo Blanch, Valencia 1999; F. MARINO MENÉNDEZ, «Una unión al servicio del ciudadano (II): un espacio de libertad, seguridad y justicia» en *El Tratado d'Amsterdam*, op. cit.

⁴³ Es importante destacar que se introduce el pº de iniciativa legislativa de la Comisión en un pilar intergubernamental, aunque, como es lógico, no se respeta su monopolio.

⁴⁴ Quedan suprimidas las acciones comunes, pero se mantienen las posiciones comunes sólo para «definir la actitud de la UE sobre un asunto concreto».

⁴⁵ Es un modo de preservar su carácter intergubernamental, o de negar su invocación a los particulares frente a cualquier autoridad pública. Véase al respecto a F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 13.

⁴⁶ De acuerdo con la Declaración del Acto Final sobre el apdo. 2 art. 34 TUE.

⁴⁷ Al contrario de lo que ocurría con el tít. IV TCE.

⁴⁸ CONF/39B6/96.

art. 234 TCE, y un recurso de anulación a favor de los particulares en las mismas condiciones que las previstas en el art. 230 TUE⁴⁹; o la nota de la *presidencia holandesa*, proponiendo un modelo de cuestión prejudicial *optativo*, limitado a ciertos órganos jurisdiccionales, y del que quedan excluidos ámbitos reservados a la soberanía nacional⁵⁰; o, por último, la postura de España y otras delegaciones que se limitan a desear un papel más preponderante para el Tribunal, pero sin detallarlo⁵¹.

Es, no obstante, un conflicto antiguo que tiene su origen en la posibilidad que el art. K3 TUE reconocía para otorgar competencia al TJCE respecto de los convenios celebrados al amparo del título VI del TUE.

En un principio, Francia y Gran Bretaña se opusieron a tal posibilidad porque «contaminaba» el carácter intergubernamental.

Pero, finalmente, se llegó a un acuerdo con relación al convenio Europol⁵² y todos los Estados miembros firmaron un protocolo relativo a la interpretación prejudicial del Tribunal, en julio de 1996⁵³. De este modo, la fórmula o mecanismo empleado por este Convenio y otros posteriores será la que prevalezca en Amsterdam⁵⁴.

Por otro lado, aunque las razones de esta singular regulación sean eminentemente políticas⁵⁵, tampoco podemos olvidarnos de cierta corriente doctrinal inmersa en el propio Tribunal de Luxemburgo, como se refleja en las pautas restrictivas en materia de admisibilidad, de la jurisprudencia más reciente del TJCE⁵⁶, e incluso en el principio de «autolimitación» de los tribunales nacionales a la hora de plantear la cuestión prejudicial, invocado por el Abogado general Jacobs, en el asunto *Wiener*, de julio de 1997⁵⁷, exhortando a los tribunales que conocen en última instancia a plantear la cuestión prejudicial cuando sea *verdaderamente oportuna* para conseguir los objetivos del art. 234 TCE, es decir, cuando exista una cuestión general y una verdadera necesidad de interpretación uniforme⁵⁸.

⁴⁹ Sin embargo, los particulares no llegarán a tener acceso en el Tercer Pilar, ni siquiera en las condiciones tan restringidas del art. 230 TCE, «afectación directa e individual».

⁵⁰ CONF/3898/97; Propuestas que guardan similitud con el resultado final.

⁵¹ *Vid.* Fiche thématique: JAI: Processus Decisionnel.

⁵² Firmado el 26 de julio de 1995, que no entra en vigor hasta el 1 de octubre de 1998.

⁵³ DOCE, núm. C299, de 9 de octubre de 1996.

⁵⁴ *Vid.* la interesante exposición de J. D. JAMER TORRENS, «La protección de los particulares en el ámbito del Convenio Europeo Europol», *G.J. Boletín-140*.

⁵⁵ Los Estados no son partidarios de ceder soberanía en este terreno y existe además una clara oposición al «activismo judicial», sobre todo por parte de ciertos Estados como Reino Unido.

⁵⁶ Para una análisis a este respecto, *vid.* D. O'KEEFE «Is the spirit of article 177 under attack? Preliminary references and admissibility», *E.L. REV.*, Dec. 1998; C. VARNARD y E. SHARPSTON, «The changing face of article 177 references», *C.H.L.R.* 34, 1997.

⁵⁷ A.C. 338/95.

⁵⁸ Parece interesante también destacar que, en la actualidad, se considera un *objetivo prioritario* el estudio, de forma conjunta con el TJCE, de todos los medios posibles para abreviar la duración de los procedimientos, y en particular de las cuestiones prejudiciales, ante el previsible aumento de litigios que conllevará la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Así se ha decidido en el último Consejo de Ministros de Interior celebrado en diciembre de 1998.

Entrando ya en el análisis del art. 35 TUE, destacar que es un extenso precepto que consta de siete apartados. En los cuatro primeros alude al pronunciamiento prejudicial; en el apartado 5 expresamente se recoge el ámbito excluido de la potestad jurídica del TJCE; el apartado 6 hace referencia al control de legalidad; y, finalmente, el apartado 7 recoge los nuevos procedimientos de jurisdicción obligatoria, relativos al litigio entre Estados miembros o entre éstos y la Comisión. Hagamos un análisis singularizado de los aspectos indicados.

1. *Sobre la Cuestión Prejudicial*, se establece un principio general de sujeción, si bien sometida a la «condición suspensiva» de la aceptación expresa por cada Estado miembro de someterse a la misma «en el momento de firmar el Tratado de Amsterdam o en cualquier momento posterior», determinándose una eventual aplicación singular en función de si se ha prestado o no el consentimiento⁵⁹.

No radica, aquí, la única diferencia con la regulación del art. 234, ya que, en esa declaración previa, los Estados miembros «deberán especificar» si la cuestión prejudicial la pueden plantear todos sus órganos jurisdiccionales o sólo los que decidan en última instancia. Es decir, al Estado miembro le incumbe decidir si restringe el acceso al TJCE, impidiéndoselo a los tribunales cuyas decisiones son susceptibles de ulterior recurso judicial⁶⁰.

A este respecto, resulta interesante precisar que no cabe ninguna duda en cuanto a la interpretación que debe darse a «órgano no susceptible de ulterior recurso», como órgano que conoce en última instancia y no como órgano superior, ya que si se hubiese deseado esta última interpretación se hubiera previsto expresamente como en el Protocolo de julio del 98, relativo a la interpretación por el TJCE del «Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en asuntos matrimoniales» (DOCE, C221/20, de 16.7.98), que distingue entre los más altos órganos jurisdiccionales y los que deciden en apelación, e incluso enumera, en su art. 3, qué órganos jurisdiccionales nacionales tienen dicha consideración. En nuestro caso, sólo el Tribunal Supremo.

Por otra parte, sea cual sea la modalidad escogida, el órgano judicial *sólo estará facultado*⁶¹, salvo que el Estado miembro se acoja a lo dispuesto en la

⁵⁹ Austria propuso añadir al Acta final una declaración formal relativa al art. 35, pero no prosperó. En el momento de la firma del Tratado de Amsterdam, octubre de 1997, cinco Estados miembros realizaron la declaración: Bélgica, Alemania, Grecia, Luxemburgo y Austria. (DOCE, C340, 10.11.97). España la formuló en la L.O. 9/1998, de 16 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación. En la fecha de entrada en vigor, otros cinco Estados habían realizado la declaración: Holanda, Suecia, Finlandia, Portugal e Italia (DOCE, C. 120/24, 1.5.99). No han formulado, por lo tanto, la misma, Reino Unido, Dinamarca, Irlanda y Francia.

⁶⁰ Únicamente España ha optado por la modalidad a) del apdo. 3 art. 35, restringiendo el planteamiento de la cuestión prejudicial. Sin embargo, en convenios posteriores al Europol, también Portugal, Irlanda y Francia optaron por ese modelo. En conclusión, conforme a nuestro Derecho interno, quedarían incluidos en la opción escogida los Tribunales superiores de Justicia de las CCAA, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

⁶¹ Aquí no se plantea ninguna duda doctrinal al respecto.

declaración núm. 10 aneja al Acta final, en cuyo caso los Estados podrán *reservarse* el derecho de obligarles ⁶².

Nada dice este precepto sobre las *consecuencias* que las resoluciones del TJCE tendrían para aquellos Estados que, sin haber prestado el consentimiento, hubieran firmado el convenio controvertido o adaptado conjuntamente los actos de que se trate. ¿Estarían eximidos de interpretar el Acto de acuerdo con lo manifestado por el TJCE? ¿Cabe admitir que los Estados miembros se mantengan al margen de lo dispuesto por la decisión del TJCE? Parece evidente que la uniformidad del Derecho de la Unión Europea exige que las sentencias interpretativas del TJCE *tengan fuerza obligatoria para todos los Estados miembros*, aunque no hayan aceptado la competencia del Tribunal, ya que sino quedarían «automarginados» del Tercer Pilar, y porque además así lo corrobora lo dispuesto en el apartado 4º del art. 35 TUE.

En efecto, dicho apartado supone otra innovación respecto del art. 234 TCE, ya que formula expresamente la facultad del Estado para presentar «memorias y observaciones» ante el TJCE, «hubiere realizado o no una declaración con arreglo al apartado 2º.

Asume esta norma la posibilidad de intervención de cualquier Estado interesado prevista en el art. 20 ⁶³ del Estatuto del TJCE, que en definitiva implica un intento de influir en la opinión del Tribunal. Además, dado que el art. 20 establece para ello un plazo de dos meses desde su notificación, al no determinarse nada podemos entender aplicable el mismo plazo.

Ahora bien, la complejidad de la cuestión prejudicial no termina aquí. Pasemos a valorar las materias *objeto* de la misma según lo dispuesto en sus apartados 1 y 5.

El TJCE podrá pronunciarse:

- Sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones.
- Sobre la interpretación de convenios ⁶⁴.
- Sobre la validez e interpretación de las medidas de aplicación de dichos convenios.

Sin embargo, no podrá pronunciarse o revisar:

⁶² La declaración es la siguiente:

«La conferencia toma nota de que, al formular una declaración con arreglo al apartado 2 del art. 35 TUE, los Estados miembros pueden reservarse el derecho de establecer en su legislación nacional disposiciones con el fin de que, cuando se plantee una cuestión relativa a la validez o a la interpretación de uno de los actos mencionados en el apdo. 1 del art. 35 en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional, nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional esté obligado a remitir el asunto al Tribunal de Justicia». Ésta ha sido la opción escogida por: España, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Alemania, Austria e Italia.

⁶³ Este precepto permite la intervención en el procedimiento prejudicial a las partes litigantes, Estados miembros e instituciones. Por ello, la Comisión estaba recelosa al no figurar expresamente en el apartado 4º del art. 35 TUE, al igual que en el art. 20. Sin embargo, la doctrina considera plena/aplicable este precepto a la cuestión prejudicial específica del 3er. Pilar.

⁶⁴ Se impide una petición prejudicial que examine su validez, lo que resulta afín con la naturaleza de estos actos.

- Las posiciones COMUNES.
- Las operaciones llevadas a cabo por la policía o por las fuerzas de Seguridad de un Estado, según lo acordado en la «Declaración sobre el art. 30 del TUE» (núm. 7 de la CIG, aneja al Acta final), conforme a la cual el control judicial de las mismas (incluidas las actividades de Europol) corresponderá a las autoridades nacionales con arreglo a sus normas internas.
- Ni la actuación de los Estados miembros en relación al mantenimiento del orden público y seguridad interior (podría atentar contra el principio de soberanía nacional) ⁶⁵.

2. *El apartado 6 del art. 35 prevé un recurso directo de legalidad*, que sólo tiene en común con el recurso de anulación del art. 173 TCE los cuatro motivos o causas en que puede fundarse —incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma relativa a su ejecución, o desviación de poder, así como el plazo de dos meses para su interposición, a partir de «la publicación de la medida» ⁶⁶.

Sin embargo, la legitimación activa únicamente la podrán ostentar los Estados miembros y la Comisión ⁶⁷, siendo sólo factible frente a las «decisiones marco» y «decisiones», ni siquiera se plantea la posibilidad de un acceso restringido a los particulares como el previsto en el art. 173 TCE, lo que no resulta justificable.

No obstante, la existencia (aunque restringida) de un «recurso directo de legalidad» constituye un acierto, sobre todo si tenemos en cuenta que se formula frente a disposiciones adoptadas en el Tercer Pilar, de naturaleza obligatoria, que no deben quedar excluidas de un control jurisdiccional.

3. *El Apartado 7 del art. 35: Resolución de litigios*, prevé un procedimiento especial para resolver litigios entre Estados miembros o bien entre éstos y la Comisión.

En el primer supuesto, serán controversias que pueda suscitar «la interpretación o aplicación de los actos adoptados de conformidad con el apartado 2 del art. 34», es decir, posiciones comunes, decisiones marco y decisiones, pu-

⁶⁵ A diferencia del tít. IV, la doctrina es *unánime* a la hora de considerar la exclusión total de competencias del TJCE, sin posibilidad de pronunciamiento alguno.

⁶⁶ Ver la Declaración núm. 9 relativa al apartado 2 del art. 34 del TUE.

⁶⁷ Parece lógica la falta de legitimación activa del Consejo, al ser esta institución quien por unanimidad adopta los actos que se pretenden impugnar. No ocurre lo mismo respecto al PE, que frente a estos actos ni siquiera podrá «salvaguardar sus prerrogativas», tal y como se estipula en el art. 173 TCE (nuevo art. 230).

Sin embargo, dado que el PE tiene competencias consultivas, en virtud del art. 39 TUE, podría suceder que el TJCE acabase reconociendo su legitimación para «nuevamente» salvaguardar sus prerrogativas salvo que el Tribunal entendiese que el acto era adoptado no por el Consejo, sino por los Estados miembros de una forma colectiva como ocurrió en la STJCE de 30 de Junio de 1993, asuntos C-181/91 y C248/91 *Parlamento contra Consejo y Comisión, Rec. 1993*. Por otra parte, resulta significativa la negativa del acceso a los particulares, aunque esté en consonancia con el carácter estrictamente internacional de este ámbito.

diendo someterse únicamente al TJCE, cuando el Consejo no haya podido resolverlos previamente en un plazo de 6 meses desde su remisión ⁶⁸.

Guarda así cierta similitud esta disposición con el art. 170 TCE (art. 227, nueva numeración), relativo al Recurso de Incumplimiento, al establecer una fase previa a la judicial para la solución del conflicto, si bien ésta se sustancia ante la Comisión y no frente al Consejo ⁶⁹, al ser en este caso quien adopta el acto conflictivo.

No ocurre lo mismo si el litigio enfrenta a un Estado y a la Comisión, en relación con «la interpretación o aplicación de convenios celebrados con arreglo a la letra d) del apartado 2 del art. 34», segundo supuesto de este precepto, pues nada se indica en el mismo, circunstancia que nos lleva a apreciar que éste se someterá directamente ante el Tribunal de Justicia sin necesidad de pronunciamiento previo del Consejo ⁷⁰.

Conviene destacar que se está atribuyendo genéricamente la competencia al Tribunal en esta materia, mientras que en la regulación actual (letra c), apdo. 2, art. K.3 TUE) se prevé la necesidad de determinar caso por caso la posible competencia.

En conclusión, aunque debemos dar la bienvenida a la presencia de instituciones como el PE. y la Comisión, y felicitarnos por la existencia de cierto control judicial, restringido, resulta preocupante la extrema flexibilidad del sistema adoptado que nos induce a considerar que estamos ante una «Jurisdicción a la carta», que da lugar a distintos grados de cooperación entre los tribunales nacionales y el TJCE, y a diferentes grados de protección jurídica de los nacionales de los Estados miembros, que por tanto ponen en entredicho la uniformidad del sistema.

4. ARTÍCULO 46 C): LA COOPERACIÓN REFORZADA

Ya en el Informe Tindemans de 1975 se constataba la imposibilidad de que todos los Estados miembros avanzasen al mismo ritmo, lo que podía demorar *sine die* la construcción europea ⁷¹.

⁶⁸ Siguiéndose así la propuesta de la delegación belga de resolución amistosa.

⁶⁹ No obstante, su antecedente más directo lo encontramos en el art. 182 TCE que faculta al Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados, si bien «sometida en virtud de un compromiso».

⁷⁰ La propuesta belga literalmente prescribía: «que no haya podido resolverse de manera negociada».

⁷¹ Para una información más exhaustiva, *vid.* V. CONSTANTINESCO, «Les clauses de "coopération renforcée". Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité», *RTD eur* 33, oct.-dec.-1997; D. EHLERMANN, «Differentiation, Flexibility, closer co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty», *E.L.J.*, vol. 4, núm. 3, sep. 1998; H. KORTENBERG, «Closer cooperation in the treaty of Amsterdam», *C.M.L.R.*, 35, 1998; J.M. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, «La flexibilidad en el Tratado de Amsterdam: Especial referencia a la noción de Cooperación Reforzada», *RDCE*, vol. 3, Enero-Junio 1998; E. PHILIPPART y G. EDWARDS, «The provisions on closer co-operation in the Treaty of Amsterdam: The politics of flexibility in the European Unions», *J.C.M.S.*, vol. 37, núm. 1, marzo 1999; J. M. DE AREILZA CARVAJAL y A. DASTIS QUECEDO, «Cooperaciones reforzadas en el Tratado de Amsterdam: ¿Misión cumplida?», *G.J.*, D-29, 1998; J.M. DE AREILZA CARVAJAL y A. DASTIS QUECEDO, «Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?», *R.D.C.E.*, vol. I, enero-junio 1997.

Pero su regulación no llega hasta Amsterdam, previéndose como una solución de último recurso, y como una *facultad*, en ningún caso una obligación.

Además, para asegurar que la Cooperación Reforzada refuerce y no debilite a la UE se dispone que:

- Los Estados deben contar con sus socios, para alcanzarla.
- Tendrán la obligación de aceptar a cualquier Estado que decida incorporarse.
- Se exige el respeto a una serie de principios considerados esenciales, recogidos en el art. 11 TCE.

La Cooperación Reforzada podrá llevarse a cabo en el marco del TCE, conforme a lo dispuesto en el art. 11, y en el ámbito del 3er. Pilar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 TUE.

En ambos casos, para que pueda producirse tendrá que ser admitida previamente por el Consejo, el cual decidirá por mayoría cualificada, salvo que un Estado miembro invoque un interés nacional por impedir la, en cuyo caso la decisión requerirá unanimidad.

No obstante, el procedimiento previsto para adoptarla es diferente en uno y otro pilar ajustándose precisamente a la existencia o no de carácter intergubernamental.

Así, en el pilar comunitario, la Comisión elabora una propuesta y el PE un dictamen no vinculante; mientras que en el tercer Pilar sólo se requiere un dictamen no vinculante de la Comisión y el PE será informado⁷².

En cuanto a la *competencia del TJCE*, resulta evidente el pleno sometimiento a la jurisdicción del Tribunal de la Cooperación Reforzada que se lleve a cabo en el pilar comunitario. En cambio, si la Cooperación Reforzada tiene lugar en el ámbito del art. 40 TUE, las atribuciones serán muy limitadas, ya que dicho precepto únicamente las admite en relación con lo establecido en sus apartados 1, 2 y 3, relativos al proceso de adopción de la Cooperación Reforzada, su autorización e ingreso de nuevos participantes.

Ahora bien, respecto al mismo, el TJCE gozará de idénticas competencias a las que tiene atribuidas en el pilar comunitario, pues así lo dispone el art. 40, en su apartado 4º *in fine*, y por lo tanto no estará sometido al régimen específico del art. 35 TUE en esta materia.

5. EL APARTADO D) DEL ART. 46: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El respeto a los Derechos fundamentales⁷³ ha adquirido una relevancia especial en el Tratado de Amsterdam como se aprecia en:

⁷² En cualquier caso ya es un avance la presencia de estas instituciones en un pilar intergubernamental.

⁷³ Aspectos desarrollados más pormenorizadamente en P. WACHSMANN, «Les droits de l'homme», *RTD eur* 33(4), oct.-dic. 1997; S. SANZ CABALLERO, «Los derechos fundamentales en el Tratado de Ams-

- La facultad del Consejo de sancionar a los Estados miembros que los contravengan, prevista en el art. 7 TUE.
- La cláusula de *no-discriminación* por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, del art. 13 TCE.
- La nueva redacción dada al art. 46 TUE, en virtud del cual el TJCE puede controlar el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión.

No obstante, esta última afirmación es más aparente que real, ya que la competencia del TJCE queda limitada.

Así, vemos cómo dicho control sólo podrá ejercerlo frente a la actuación de las instituciones, lo que no supone ningún avance significativo ya que el Tribunal de Luxemburgo lo venía ejerciendo con anterioridad, tal y como se encarga de recordar en su Informe relativo a la CIG 96: «..en virtud de sus actuales competencias, ya controla el respeto de los derechos fundamentales por los poderes legislativos y ejecutivos de las comunidades, así como por los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de la aplicación del Derecho comunitario... El control de respeto de los derechos fundamentales eventualmente reconocidos en el Tratado no constituiría una nueva función para el Tribunal de Justicia» (apdo. 20).

Se deniega, de este modo, el control respecto de la actuación de los Estados miembros, que, como hemos visto, ya venía ejerciendo en el campo comunitario, y que sin lugar a dudas hubiera abierto una puerta al recurso directo de los particulares.

Tampoco se extiende su facultad de control a la PESC, y con respecto al Tercer Pilar, únicamente podrá ejercerlo de acuerdo con la competencia que le atribuye el art. 35 TUE.

Vemos, así, cómo queda matizada esa facultad genérica de control sobre la UE, aunque debemos felicitarnos, por avanzar, aunque sea pasito a pasito, en la protección jurisdiccional.

6. VALORACIÓN FINAL

¿Qué ha ocurrido en Amsterdam?

En cuanto a la organización del TJCE, nada se resuelve, hasta el punto de no haber siquiera una declaración final postergando su reforma, como respecto de la Comisión.

terdam: una reforma tímida pero positiva de los Tratados constitutivos», *suplemento BEUR*, núm. 4, dic. 1998; C.F. MOLINA DEL POZO, «Ciudadanía europea y derechos fundamentales en la Unión Europea: de los Tratados fundacionales al Tratado de Amsterdam», *RUE*, vol. 1, 1999; A. G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch; M. Pi LLORENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel Derecho.

Tampoco contiene ninguna previsión, ni mención sobre la denominada arquitectura judicial, lo que en cierto modo constituye un éxito, ya que, al menos, no se han creado órganos regionales, distribuido competencias prejudiciales al TPI, ni estipulado un procedimiento de recurso de apelación interno.

En cambio, sí se han producido novedades en el ámbito competencial.

Así, se establecen garantías jurídicas en el nuevo Tercer Pilar —restringido a la cooperación en materia policial y judicial penal— específicas para el mismo, al igual que los novedosos actos estipulados. De este modo, la cuestión prejudicial de interpretación y validez presenta unas características propias, que difieren de las previstas en el art. 177 TCE (falta de uniformidad y obligatoriedad opcional, entre otras), al igual que la revisión de legalidad o la resolución de litigios sobre los convenios adoptados, se apartan de la normativa tradicional comunitaria.

Además, se otorga al TJCE el control del respeto de los derechos fundamentales respecto de la actuación de las Instituciones, aunque ello no suponga una nueva función, como ya vimos, y respecto al Tercer Pilar —lo que sí es una novedad— pero siguen sin control los actos de los Estados y la PESC.

Por otro lado, se crea un nuevo Título comunitario, desglosado de la anterior CJAI, relativo a la libre circulación de personas, asilo e inmigración, para el que se establece un período transitorio de cinco años, así como un régimen específico para Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Ambas circunstancias conducen, a su vez, inexorablemente, a un régimen jurídico peculiar regulado en el art. 68, y que se aparta nuevamente de las previsiones del Tratado constitutivo de Roma. A ello se añade la facultad de los Estados antes mencionados, para aceptar o denegar la competencia al TJCE en este ámbito, lo que sin duda se traduce en el quebranto de la garantía jurídica y de la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

Por último, la integración del espacio Schengen supondrá para el TJCE el ejercicio de sus competencias propias conforme a los Tratados, o bien, las propuestas en el nuevo Título VI, pero en ningún caso podrá hablarse de una falta de control judicial.

Destacar finalmente que el Tratado de Amsterdam no extiende el control del Tribunal a la PESC, ni introduce cambios en los ex arts. 177 y 173 —salvo la capacidad procesal limitada del TC— para mejorar su eficacia y protección. Tampoco se hace eco de aspiraciones regresivas o involuciones, incluso de Estados tan integracionistas como Alemania⁷⁴, quedando a salvo el efecto retroactivo de sus sentencias y jurisprudencia más reciente e innovadora, sobre la responsabilidad por daños del Estado infractor.

⁷⁴ J. WEILER (op. cit., pág. 163) recuerda el ataque violento del Canciller Kohl al Tribunal, ya en octubre de 1992: «Si nos referimos al Tribunal de Justicia... no sólo ejerce sus competencias en materias jurídicas, sino que va mucho más lejos... se debería discutir esto con el fin de adoptar las medidas necesarias».

En Amsterdam, el Tribunal de Luxemburgo sigue siendo el Tribunal de las Comunidades Europeas⁷⁵.

⁷⁵ No es ésta la opinión de algunos autores (N. STOFFEL VALLOTON, loc. cit., pág. 552; A. VALLE GALVEZ, loc. cit., pág. 63), para quienes ya puede hablarse de un Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

DOCUMENTOS

