

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL A LA LUZ DEL ARTÍCULO 68 DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Por JUAN JOSÉ MARTÍN ARRIBAS*
y PATRICIA DEMBOUR VAN OVERBERGH**

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. SUS PARTICULARIDADES MATERIALES. 1. SOBRE LA VALIDEZ DE LAS NORMAS. 2. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS. 3. SOBRE SUS EXCEPCIONES.—III. SUS PARTICULARIDADES SUBJETIVAS: LOS SUJETOS Y ACTORES INTERVINIENTES. 1. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL Y SU DECISIÓN. 2. OTROS INTERVINIENTES EN FAVOR DEL DERECHO COMUNITARIO.—IV. SUS PARTICULARIDADES PROCEDIMENTALES.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Los *antecedentes más remotos* de la cuestión prejudicial regulada en el artículo 68 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) se hallan en la propia cuestión prejudicial clásica, tal y como venía determinada en el artículo 177 del TCE (hoy artículo 234), que, a su vez, se inspiraba tanto en el contenido jurídico del artículo 41 del Tratado de la Comunidad Eu-

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Burgos.

** Colaboradora del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Burgos.

ropea del Carbón y del Acero¹, cuanto en una serie de normas de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros². En efecto, *ab initio* del funcionamiento de la Comunidad Europea el Tribunal de Justicia de Luxemburgo fue utilizando esta vía para hacer mucho más uniforme el Derecho comunitario en los Estados miembros, examinando la validez del Derecho originario e interpretando tanto el Derecho originario cuanto el derivado que las instituciones comunitarias fueron adoptando en materia de libre circulación de personas. Su competencia se extendió *ipso facto* a determinados aspectos relacionados con los visados, una vez que entró en vigor el Tratado de Maastricht, aunque, en la práctica, los fallos comunitarios más conocidos no llegaron a resolver recursos prejudiciales³. Otras reformas que consagró el Tratado de la Unión, en su primera etapa, afec-

¹ Artículo que se centra en el examen de la validez y se olvida de la interpretación, puesto que prescribe lo siguiente:

«Sólo el Tribunal será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez de los acuerdos de la Comisión y del Consejo, en caso de que se cuestione tal validez en un litigio ante un Tribunal nacional».

² En esta línea, cabe recordar que MOITINHO DE ALMEIDA ha sostenido que

«la remisión prejudicial tiene su origen en la remisión prejudicial que existen en Alemania e Italia para la apreciación de la constitucionalidad, y, por lo que se refiere a la interpretación del Derecho comunitario, en el sistema francés, según el cual, cuando ante un órgano jurisdiccional nacional se plantea una cuestión relativa a la interpretación del Derecho Internacional, dicho órgano debe consultar al Quai d'Orsay al respecto, quedando vinculado por la interpretación que éste efectúe».

(Cf., MOITINHO DE ALMEIDA, J.-C., «La remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», in *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Tribunal de 1.ª Instancia*, Bilbao, Gobierno Vasco, 1991, pp. 229-270, esp. p. 231).

³ La más conocida es, sin duda, la sentencia de 10 de junio de 1997 (as. C-392/95, *Parlamento c. Consejo*, rec. 1997) por la que anulaba el reglamento n.º 2317/95 del Consejo con el que se determinaban los terceros países cuyos nacionales debían estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (D.O.C.E L 234 de 3 de octubre de 1995), porque en el procedimiento que se siguió para su adopción no se realizó una segunda consulta al Parlamento Europeo. Por cierto, dicho reglamento sería sustituido por otro posterior, reglamento n.º 574/1999, que presenta prácticamente sus mismos contenidos jurídicos (Vid., análisis comparativo entre ambos en MARTÍN ARRIBAS, J. J., *Los Estados Europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 227).

taron al Tercer Pilar intergubernamental o de la Cooperación en los Ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior (CAJAI) que prácticamente no reconocía competencias al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en las materias que regulaba, o para supervisar los actos que sobre ellas adoptara el Consejo de la Unión⁴. Excepcionalmente y en paralelo a lo que había sucedido con los denominados «convenios complementarios» adoptados en base al entonces artículo 220 (hoy artículo 293), aquellos convenios de la CAJAI que llegaban a incluir expresamente una cláusula otorgando competencias al TJCE podían ser examinados por éste desde el prisma prejudicial⁵, algo que otros convenios consiguieron, al menos en el plano jurídico teórico, por la vía de la celebración de protocolos *ad hoc*⁶.

Por su parte, los *antecedentes más próximos*, cronológicamente hablando, se sitúan, sin lugar a dudas, en los diversos vaivenes que se sucedieron a lo largo de los trabajos preparatorios de la Conferencia Intergubernamental de 1996 (CIG'96)⁷ y de las intensas negociaciones que, a la

⁴ Esencialmente sus competencias se limitaban al tercer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3, que, reforzado por la letra b) del artículo L del Tratado de Maastricht, señalaba lo siguiente:

«Tales convenios podrán disponer que el Tribunal de Justicia será competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido». (D.O.C.E. C 224, de 31 de agosto de 1992, pp. 98 y 99).

⁵ Muchos de estos convenios se mencionan en la siguiente publicación: JIMENO BULNES, M., «La cooperación judicial y policial en el ámbito de la Unión Europea», *Revista del Poder Judicial*, tercera época, n.º 50, Segundo Trimestre 1998, pp. 79-118.

⁶ Pero como, acertadamente afirma GONZÁLEZ ALONSO, la operatividad práctica del mecanismo prejudicial así concebido dependía de una aceptación estatal expresa en la que debían «determinarse, además, las particularidades concretas conforme a las cuales podrá ejercerse en cada caso» (GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y de justicia», *R.D.C.E.*, n.º 4, julio/diciembre de 1998, pp. 501-545, esp. p. 508), algo que, a la postre, influiría, sin duda, en el sistema prejudicial consagrado en el actual artículo 35 del Tratado de la Unión Europea.

⁷ Desde una perspectiva general, sobre los trabajos y frutos más representativos de la misma puede consultarse en literatura jurídica española OREJA AGUIRRE, M. (dir.) y FONSECA MORILLO, F.(coord.), *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, vol. I, Madrid, Mc Graw Hill, 1998. Desde una vertiente más concreta, pue-

postre, cuajarían en el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997⁸. A este respecto, reputada doctrina⁹ concreta en los comentarios efectuados, en diciembre de 1996, por la Presidencia irlandesa, al proyecto al artículo G, la necesidad de impedir cualquier bloqueo de la labor del TJCE mediante el incremento de trabajo que pudiera suponer los reenvíos prejudiciales en materia de asilo e inmigración y, a su vez, no facilitar prolongaciones excesivas en los procedimientos principales desarrollados sobre las mismas materias por los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁰. Estas ideas fueron reiterándose en diversos documentos y a lo largo del tiempo que duraron las negociaciones. Todo lo cual tuvo su trascendencia jurídica en la redacción del artículo 68 del TCE, que, creado *ex novo* por las modificaciones de Amsterdam, formalmente se enmarca dentro del nuevo Título IV, artículos 61 a 69, que se ocupa de regular los visados, el asilo, la inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas¹¹. Desde un prisma general, puede sostenerse que, con este grupo de disposiciones, se establecieron las bases para poder comunitarizar progresivamente, a lo largo de cinco años contados a partir del 1 de mayo

de señalarse que la CIG'96 constituye un hito importante en la vía abierta de las necesarias adaptaciones que ha ido siguiendo y deberá seguir el TJCE. En este sentido, el profesor GUTIÉRREZ ESPADA ha señalado que «ha sido en el marco de la CIG de revisión de 1996, en el que se han formulado un mayor número de propuestas de reforma» del TJCE (Cf. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El Tratado de Amsterdam (1997), una nueva oportunidad para facilitar el acceso de los ciudadanos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *R.E.E.*, n.º 18, 1998, pp. 3-12, esp. p. 8).

⁸ Vid., su publicación en el D.O.C.E C 340 de 10 de noviembre de 1997.

⁹ Vid., en este sentido, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.-J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2.ª ed., Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 105; GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *loc. cit.*, esp. p. 515.

¹⁰ «La duración media de un proceso prejudicial (que, no se olvide, se añade a la duración del proceso de origen ante un tribunal nacional) era de algo más de 6 meses en 1975 y 17 y medio en 1988, en 1999 ha sido de 21 meses. Se trata de un plazo que hay que acortar, pues la eficacia del procedimiento prejudicial depende de su duración. Si la duración del procedimiento es excesiva, podría disuadir a los órganos jurisdiccionales nacionales de plantear cuestiones prejudiciales». Extracto del documento del Presidente del TJCE, Sr. RODRÍGUEZ IGLESIAS, de abril de 2000, sobre «el Tribunal de Justicia y la reforma institucional de la Unión Europea» que puede obtenerse vía internet tras visitar la dirección <http://curia.eu.int>.

¹¹ Un buen ejemplo de materia que forma parte de «esas otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas» lo ofrece la cooperación judicial en materia civil.

de 1999¹², el conjunto de materias que regulan, con la finalidad de establecer un verdadero espacio europeo de libertad, de seguridad y de justicia¹³. Por otra parte, desde una perspectiva mucho más específica, puede constatarse la consagración por el Tratado de Amsterdam, en favor del TJCE, de lo que, no exento de cierto optimismo, ha sido calificado por VALLE, como una de sus «espectaculares nuevas competencias»¹⁴. Con buen

¹² Fecha en la cual el Tratado de Amsterdam entró en vigor, lo que, en suma, supone que para el 30 de abril de 2004 el procedimiento ya iniciado debe haber sido terminado —esperemos que con éxito—.

¹³ Espacio sobre el que progresivamente va elaborándose una nutrida literatura especializada. A título indicativo: FENNELLY, N., «The Area of «Freedom, Security and Justice» and the European Court of Justice. A personal View», *I.C.L.Q.*, vol. 49, enero de 2000, pp. 1-14; LIÑÁN NOGUERAS, D.-J., «El espacio de libertad, seguridad y justicia», cap. 25 de *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, pp. 377-391; BRIBOSIA, H., «Liberté, sécurité et justice: l'imbroglio d'un nouvel espace», *R.M.U.E.*, n.º 1, 1998, pp. 27-54; CARRERA HERNÁNDEZ, F.-J., «La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad, seguridad y justicia», *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, n.º 2, 1998 (suplemento), pp. 7-16; GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *loc. cit.*; MARIÑO MENÉNDEZ, F., «Una unión al servicio del ciudadano: (II) Un espacio de libertad, de seguridad y de justicia», en *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios*, *op. cit.*, pp. 268-277; VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 3, 1998, pp. 41-78; LABAYLE, H., «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *R.T.D.eur.*, vol. 33, n.º 4, 1997, pp. 105-173.

¹⁴ Cf. VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación...», *loc. cit.*, esp. p. 63. En un tono más pesimista y, a su vez, más crítico, P. GIRERD, defiende que la comunitarización del Título IV fue posible gracias a un desmantelamiento de las competencias del TJCE en materia prejudicial (GIRERD, P., «L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines», *R.T.D.eur.*, n.º 2, 35, abril-junio 1999, pp. 239-260, esp. p. 240). Más ecléptico, GUTIÉRREZ ESPADA, señala en lo que respecta al alcance y a las consecuencias de esta extensión de competencias, que «con ello ganamos los ciudadanos, destinatarios de las normas jurídicas comunitarias a la postre», pero que en el otro lado de la moneda, aparece «una consecuencia menos positiva», cual es el hecho de que «el volumen del trabajo del TJ puede incrementarse peligrosamente» (GUTIÉRREZ ESPADA, C., *loc. cit.*, esp. p. 11). Más realista, FARAMIÑÁN ha subrayado que el desarrollo de las competencias del TJCE «marchan por la vía de la coherencia y la cautela —no exenta por momentos de una extrema lentitud—» (DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.-M., «El Tribunal de Justicia en los Tratados de Maastricht y de Amsterdam: una vía comparativa», en *Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y el futuro de la Unión Europea*, J. M. DE FARAMIÑÁN GILBERT (Coordinador), Granada, Comares, 2000, pp. 159-198, esp. p. 174).

critorio, BIAVATI ha resumido en tres las modalidades en las que se ha concretado la ampliación de las competencias del Tribunal de Luxemburgo tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Una de ellas consiste en haberle atribuido competencia para conocer nuevas materias en el marco de la tipología de las acciones ya existentes. Otra, radica en haber introducido nuevas formas de acción directa (como sucede al haber ampliado la legitimación activa a nuevos sujetos). Y otra, en la esfera de la prejudicialidad comunitaria, atribuyendo el conocimiento de nuevas materias¹⁵. En efecto, el TJCE puede entrar a conocer cuestiones prejudiciales, no sólo desde el prisma clásico o general que prescribe el artículo 234 del TCE, sino también del particular punto de vista que parece establecer el artículo 68 del TCE, y desde la especial perspectiva que marca el artículo 35 de la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal (CPJP). De ahí que pueda sostenerse que, en la actual redacción que ofrecen, hoy por hoy, los tratados constitutivos de la Comunidad Europea y de la Unión Europea, tres parecen ser los mecanismos prejudiciales que en ellos se consagran: el que podría denominarse «cuestión prejudicial general o genérica» que es la tradicional disposición mencionada en primer lugar y que es de general aplicación al TCE; el del artículo 68 que podría calificarse como «cuestión prejudicial específica o particular», dadas las condiciones particulares que se establecen para que pueda aplicarse a la materia concreta del Título IV del TCE la cuestión general¹⁶, así como otro tipo de

¹⁵ Vid., BIAVATI, P., «Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo el trattato di Amsterdam», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LII, n.º 3, septiembre de 1998, pp. 805-829, esp. p. 808.

¹⁶ En contra de la consagración de una nueva cuestión prejudicial están los argumentos de GONZÁLEZ ALONSO, para quien lo único que hace el artículo 68 es «adaptar a la especificidad de las materias reguladas en este ámbito el recurso prejudicial, cuyo régimen general resultará, en todo lo demás, plenamente aplicable al mismo (GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *loc. cit.*, esp. p. 516). En un primer momento VALLE, en una línea similar, subraya que «no instaura *ex novo* un régimen de planteamiento de cuestiones prejudiciales diferente y específico», pero, después, reconoce que «la gran innovación es la introducción de un nuevo recurso, una suerte de recurso "en interés de ley"» (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, julio de 2000, pp. 23-36, esp. p. 29). Por su parte, MARUGÁN SÁENZ, afirma que «se estipula una cuestión específica para este título» (MARUGÁN SÁENZ, A., «Hacia un Tribunal de Justicia de la Unión Europea?: la extensión de competencias del Tribunal de Luxemburgo en el Tratado de Amsterdam», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 6, enero-abril de 1999, pp. 185-204, esp. p. 190).

particularidades que son objeto de análisis en este trabajo; y el último artículo citado podría aplicarse el calificativo de «cuestión prejudicial especial», por la especial significación que tiene esta materia en el Tercer Pilar del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Lo cierto es que, a primera vista y como ya ha sido dicho en otra parte¹⁷, los cometidos que el artículo 68 del TCE permite desempeñar al Tribunal de Justicia de Luxemburgo parecen, en relación con los del tradicional artículo 234 (ex 177), miopes e involucionistas, fruto de una redacción conseguida tras no pocos experimentos de ingeniería jurídica comunitaria, utilizada, aquí, para lograr un compromiso de trámite que no guarda coherencia ni con la importante labor que esta institución viene desempeñando en favor de la integración europea¹⁸, ni con las actuales responsabilidades que tiene encomendadas en el TCE, desde hace aproximadamente cuatro décadas. Y ello porque, entre otras cosas, lo que *de facto* consigue es aminorar su capacidad para resolver los hipotéticos reenvíos prejudiciales que deberían plantearse de acuerdo con los tradicionales enunciados del articulado del TCE para que interprete o se pronuncie acerca de la validez de la normativa que se regula en el Título IV del Tratado o que se adopte en base a ella. No obstante lo anterior, siempre puede quedar cierta satisfacción al comprobar que va mucho más allá de la incipiente práctica obtenida con la CAJAI y, por supuesto, supera, desde el prisma jurídico-integracional, al nuevo régimen prejudicial instaurado en el artículo 35 del Tercer Pilar del TUE referente a la CPJP¹⁹.

Sea como fuere, la realidad de las cosas ofrece actualmente un artículo 68 del TCE con una redacción, nada confusa, que parece claramente condicionada por las peculiaridades propias de la materia a la que se aplica, por presentar actualmente una proyección comunitaria que descansa, al

¹⁷ Cf. MARTÍN ARRIBAS, J. J., *op. cit.*, p. 151.

¹⁸ Así lo reconoce el Presidente del TJCE, Sr. RODRÍGUEZ IGLESIAS, en un documento de abril de 2000 sobre «el Tribunal de Justicia y la reforma institucional de la Unión Europea», que puede obtenerse vía internet tras visitar la dirección <http://curia.eu.int>.

¹⁹ Sobre el mismo, *vid.*, *inter alia*, GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *loc. cit.*, esp. pp. 527 y ss. donde analiza «un sistema jurisdiccional *ad hoc* para la vertiente intergubernamental del espacio de libertad, seguridad y justicia»; VALLE GÁLVEZ, A., «Las nuevas competencias...», *loc. cit.*, esp. pp. 30 y ss. donde comenta «TJCE y Tercer Pilar de la Unión: nuevo régimen prejudicial y de control de legalidad, sistema de arreglo de diferencias».

mismo tiempo, en raíces intergubernamentales, estableciendo el siguiente concreto tenor literal:

«1. El artículo 234 será de aplicación al presente título en las siguientes circunstancias y condiciones: cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

2. El Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 62 relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior.

3. El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente título. El fallo emitido por el Tribunal de Justicia en respuesta a tal petición no se aplicará a sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan fuerza de cosa juzgada».

De una lectura atenta de los contenidos jurídicos de estos tres párrafos, pueden extraerse algunas reflexiones que, de una u otra manera, parecen abogar por un nuevo diseño prejudicial, hecho —insisto— a la medida de las disposiciones que se pretende aplicar y en el que pueden vislumbrarse un conjunto de particularidades materiales (II), subjetivas (III), formales (IV), completadas, a su vez, por otro tipo de consideraciones que merecen ciertos comentarios finales (V).

II. SUS PARTICULARIDADES MATERIALES

Desde una perspectiva material, la cuestión prejudicial del artículo 68 coincide con el régimen general comunitario y con el especial intergubernamental institucionalizado en que presentan una misma naturaleza jurídica. Por contra, el hecho de ocupar una situación diversa dentro de la estruc-

tura formal del TUE, y, sobre todo, la diferente regulación jurídica de sus respectivas disposiciones parecen ofrecer sustancialmente notables divergencias. Llama también la atención la significación de las salvaguardas o excepciones introducidas al campo material de aplicación.

En el primer sentido apuntado, la prejudicialidad constituye una característica intrínseca común al sistema general o genérico, al específico y al especial, lo cual se traduce en el hecho de converger *grosso modo* en una misma naturaleza jurídica. De ahí que pueda sostenerse que, en términos generales, se trate de procedimientos incidentales, contingentes y accesorios respecto del principal que se desarrollan dentro de los trámites procesales propios del órgano jurisdiccional nacional²⁰, que forman parte de la mejor cooperación interjurisdiccional para asegurar, en último término, la aplicación uniforme del Derecho comunitario a los órdenes internos²¹, en la cual la formulación de cuestiones ante el Tribunal de Luxemburgo queda alejada del estricto rigor formalista²², y que supone una vía adicio-

²⁰ En sintonía parece muy expresivo el párrafo primero del artículo 68 del TCE, al exigir que

«se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional».

²¹ En este sentido puede afirmarse, en la línea marcada por J. BOULOUIS y R. M. CHEVALIER, que el procedimiento prejudicial se convierte así en el instrumento más importante de la integración jurídica europea. BOULOUIS, J., y CHEVALIER, R.M., *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Tom. I, París, Dalloz, 1984, p. 110. Al propio tiempo, se trata de una cooperación situada en el plano de la horizontalidad y no de la verticalidad, puesto que no existe ningún tipo de jerarquía en favor del órgano jurisdiccional comunitario y en detrimento de los órganos jurisdiccionales nacionales, puesto que sus relaciones se basan en principios tales como el de confianza mutua o el del reparto de funciones o competencias. Precisamente, si, como ya se ha dicho, el Tribunal de Luxemburgo es quien garantiza el respeto de la legalidad vigente desde el doble plano de la interpretación y del examen del Derecho comunitario, los tribunales estatales son los que deciden aplicar dicha interpretación o examen de validez al caso concreto que se les haya planteado.

²² No sólo porque ni el TCE, ni el reglamento del procedimiento no prevén un formulario que deban tener en cuenta los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de plantear los diversos interrogantes que crean pertinentes incluir dentro de la cuestión prejudicial, sino también porque el TJCE ha apostado, en la práctica, por la simplicidad, por la eficacia y como viene subrayando en su diversa jurisprudencia desde los años sesenta:

«Pertenece al Tribunal de Justicia esclarecer inmediatamente la mencionada cuestión sin obligarle a un formalismo puramente dilatorio in-

nal para controlar la legalidad de los actos institucionales, completando así la protección jurisdiccional de los particulares²³. Otra cosa bien distinta es la graduación actual de dicha protección, puesto que, desde la actual teoría jurídica, no parece ser idéntica en las tres cuestiones prejudiciales: por un lado, la de mayor protección es la genérica, por otro la de menor es la especial intergubernamental y entre ambas ocupa su espacio protector la específica objeto de este estudio.

Cabe reconocer, en cambio, que las grandes diferencias materiales que los separan afectan de lleno al alcance sustancial de sus respectivas aplicaciones positivas. Y ello porque los condicionantes y las limitaciones que se prescriben en el artículo 68 del TCE sí que influyen en el objeto del procedimiento prejudicial, puesto que, como se preceptúa en su primer párrafo, afecta a la interpretación del Título en el que se ve insertado o a la validez o la interpretación de actos que las instituciones adopten basándose en ese Título. Esto significa que la doble vertiente de la validez y de la interpretación que persigue la cuestión prejudicial tradicional se ve aquí aminorada, sufre por tanto ciertos recortes o modificaciones a la baja; si bien es cierto que también, en este punto, se aleja felizmente de la apreciación de la validez y de la interpretación normativas que proclama el artículo 35 del TUE.

compatible con la propia naturaleza de los mecanismos instituidos por el artículo 177; pues, si tal rigor formalista fuera concebible en los procedimientos contenciosos diligenciados entre las partes respecto a las que sus recíprocos derechos deben obedecer a reglas estrictas, no formaría parte por ello del cuadro tan particular de la cooperación instaurada por el artículo 177». (Sen. TJCE de 1 de diciembre de 1965, as. 16/65, *Firma Schwarze*, rec. 1965, pp. 1081 y ss.)

²³ Particulares que muchas veces y por diversos motivos (como, por ejemplo, el respeto de los plazos) pueden ver restringido su derecho a plantear el recurso de anulación para defender sus derechos y pueden entonces servirse de esta vía prejudicial (Vid. en el mismo sentido, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.-J., *op. cit.*, p. 245). Y aunque a primera vista pudiera parecer que con la nueva redacción de Amsterdam los particulares podrían tener una menor protección de sus derechos y libertades, es más cierto que, lo que pierden un una dirección parece compensarse por lo que ganan en otra en la que subyace el espíritu y objeto de la CIG'96. Buenos exponentes son, a este respecto, la propia comunitarización de las materias propias del Título IV cuarto y el protocolo n.º 6 sobre el derecho de asilo de los nacionales de los Estados miembros de la Unión (Vid., en el mismo sentido, GIRERD, P., *loc. cit.*, esp. pp. 241 y ss).

Otra cuestión bien distinta radica en las patentes relaciones que plantean sustancialmente las disposiciones del Título IV con otro tipo de normas referentes a la libre circulación de personas y que, desde el prisma teórico, podrían plantear la existencia de una zona de penumbra en el campo de la posible actuación del TJCE²⁴. En la práctica, su solución deberá efectuarse de acuerdo con criterios netamente objetivos en los que la base jurídica adoptada en las normas objeto de planteamiento en el reenvío prejudicial, junto con el criterio del emplazamiento de las cláusulas originarias en la estructura de los tratados han de tener el mayor peso específico para que el TJCE utilice uno u otro sistema prejudicial para interpretar o valorar la validez que se le demande.

1. SOBRE LA VALIDEZ DE LAS NORMAS

En lo que concierne a la validez, el TJCE únicamente puede entrar a examinar aquellos actos institucionales que hayan sido adoptados en base al Título IV. Y aunque, de este modo, supere el campo material de aplicación del recurso especial del artículo 35 del TUE²⁵, significa que, por sentido común, sólo son recurribles en validez actos en cuya adopción tomen parte las denominadas instituciones²⁶, esto es, el Consejo de la Unión, la Comisión Europea, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas²⁷, pero no el Banco Central Europeo como

²⁴ En concreto, se trataría de las disposiciones de Derecho originario y derivado del TCE referentes a la libre circulación de personas, a los convenios de Dublín y de Schengen así como de la normativa adoptada en su marco, o a las denominadas cooperaciones reforzadas.

²⁵ Se trata de los actos institucionales mucho más concretos, aunque con una naturaleza todavía no muy bien delimitada: «decisiones marco», «decisiones» y «medidas de aplicación».

²⁶ Y ello en sintonía con una reiterada jurisprudencia elaborada en base al ex artículo 177. Sirva como botón de muestra la sentencia de 6 de octubre de 1970, as. 9/70, *Frans Grad*, rec. 1970.

²⁷ En concordancia con los enunciados del artículo 7 del Tratado de la Comunidad Europea, que es, en este sentido, muy explícito, dado que encomienda la realización de las funciones asignadas a la Comunidad a las siguientes instituciones que han de actuar dentro de los límites de las competencias atribuidas por el Tratado: El Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas.

sucede en la cuestión prejudicial tradicional²⁸. De ahí que, en su consecuencia, pueda reconocerse una menor protección de los derechos de los particulares en la cuestión del artículo 68 en relación con la cuestión genérica del 234, máxime si se argumenta, con ISAAC, que «el reenvío prejudicial de apreciación de validez se presenta como un sustituto o complemento del recurso de anulación y de la excepción de ilegalidad y desempeña un papel esencial en el sistema comunitario de las vías de derecho que protege a los particulares»²⁹.

Por otro lado, también puede sostenerse que, con la redacción del párrafo primero del artículo 68 del TCE, parecen quedar excluidas normas de la Unión que fueron adoptadas en la década de los noventa en base a disposiciones de la CAJAI, aunque afecten de lleno a las políticas que actualmente se pretenden comunitarizar progresivamente³⁰. Otro tanto cabe afirmar de los actos adoptados por el comité del artículo 18 del convenio de Dublín³¹ y del conocido «acervo Schengen»³², a no ser que, en este último caso, las instituciones uti-

²⁸ En base a la letra b) del artículo 234.

²⁹ Cf., ISSAAC, G., *Manual de Derecho comunitario general*, 5.ª ed. actualizada según el Tratado de Amsterdam, Barcelona, Ariel Derecho, 2000, p. 410.

³⁰ Para profundizar en su análisis puede leerse: MARTÍN ARRIBAS, J.-J., *op. cit.*, esp. pp. 192 y ss.

³¹ De 15 de junio de 1990 regula la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Vid., su publicación en el D.O.C.E. C 254 de 19 de agosto de 1997. Por otra parte, en sintonía con el D.O.C.E L 242 de 4 de septiembre de 1997 y el D.O.C.E C 268 de 4 de septiembre de 1997 entró en vigor el 1 de septiembre de 1997, de conformidad con el apartado 3 de su artículo 22. Por lo que respecta el Derecho español, hay que decir que fue ratificado mediante instrumento de 27 de marzo de 1995 y aparece publicado en el B.O.E. n.º 183 de 1 de agosto de 1997, rectificaciones en B.O.E. n.º 235 de 1 de octubre de 1997. Por último, dos buenos exponentes de los actos que ha adoptado el mencionado Comité son: la decisión n.º 1/7, de 9 de septiembre de 1997, del comité creado por el artículo 18 del convenio de Dublín de 15 de junio de 1990 relativa a determinadas disposiciones de aplicación del convenio (D.O.C.E L 281 de 14 de octubre de 1997), y la decisión n.º 1/98, de 30 de junio de 1998, del comité creado por el artículo 18 del convenio de Dublín de 15 de junio de 1990 sobre disposiciones de aplicación del convenio (D.O.C.E L 196 de 14 de julio de 1998).

³² En el anexo al protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la Unión Europea se enuncian en cuatro párrafos los instrumentos que conforman este acervo: los dos acuerdos de Schengen respectivamente de 14 de junio de 1985 y de 19 de junio de 1990, los protocolos y acuerdos de adhesión de Italia, España, Portugal, Grecia, Austria, Dinamarca, Finlandia y Suecia junto con sus ac-

licen como fundamento jurídico los artículos 61 y siguientes del TCE, puesto que, en correcta interpretación literal del protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la Unión Europea,

«El Consejo adoptará, por unanimidad de los miembros a que se refiere el artículo 1, cualquier medida que resulte necesaria para la ejecución del presente apartado. El Consejo determinará, por unanimidad y conforme a las disposiciones pertinentes de los tratados, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyan el acervo Schengen.

Con respecto a dichas disposiciones y decisiones y de acuerdo con la mencionada determinación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejercerá las competencias que otorgan las disposiciones aplicables pertinentes de los tratados»³³.

2. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

Si el reenvío prejudicial especial del artículo 35 del TUE permite que el TJCE pueda interpretar decisiones marco, decisiones, convenios celebrados al amparo de la CPJP, junto con sus medidas de aplicación, el artículo 68 del TCE capacita al TJCE para que se pronuncie desde el prisma de la interpretación sobre los artículos 61 a 69 del TCE y sobre los actos que adopten las instituciones comunitarias fundamentándolos en alguna de esas disposiciones. Lo cual supone, cuanto menos, tres consecuencias que conviene resaltar a continuación. Una de ellas es que las limitaciones que presenta el artículo 68 del TCE desde el plano del Derecho originario se centran en el articulado del Título IV, lo cual viene a suponer una notable particularidad puesto que, como regla general, es aplicable a todo el TCE el contenido normativo que prescribe la letra a) del artículo 234. Otra radica en el hecho de que lo afirmado más arriba sobre el examen de la validez de los actos institucionales tiene aquí también su traducción, puesto que hace referencia a cualquier acto en cuya adopción participen las instituciones. La tercera consiste en que no tiene ningún tipo

tas finales y declaraciones, así como las decisiones adoptadas por el Comité ejecutivo del convenio de aplicación de 1990 u otras instancias a las que éste haya atribuido competencias.

³³ De conformidad con lo preceptuado en su artículo 2.

de virtualidad práctica la letra c) del artículo 234, porque alude expresamente a la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean y en la disposición objeto de estudio se guarda el más absoluto silencio. Con ello queda zanjada de forma radical cualquier posibilidad que pudiera plantearse para controlar por esta vía los estatutos que rigen la vida de organismos tales como, por ejemplo, el CIREFI o el CIRIA que desempeñan importantes cometidos en estas materias³⁴.

3. SOBRE SUS EXCEPCIONES

Si en las líneas precedentes ha sido analizado el ámbito material de aplicación desde una perspectiva positiva, el TJCE, desde un punto de vista negativo, carece expresamente de competencia prejudicial para fallar asuntos relacionados con medidas o decisiones que, encaminadas a garantizar la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, ya sean ciudadanos de la Unión o ya nacionales de terceros Estados, afecten al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior. Así se contempla en el párrafo segundo del artículo 68 del TCE que, como ha sido indicado por algunos, ha introducido «una cláusula de salvaguardia» referente al ejercicio de responsabilidades estatales³⁵, puesto que, en resumidas cuentas, los Estados miembros han seguido reservándose³⁶, con ella, las responsabilidades que habían pro-

³⁴ El Centro de Información, Reflexión e Intercambio en materia de Asilo (CIRIA) fue creado gracias a la decisión del Consejo de Ministros en su reunión de Lisboa los días 11 y 12 de junio de 1992 y el Centro de Información, Reflexión e Intercambio en materia de Cruce de Fronteras Exteriores y de Inmigración fue creado oficialmente mediante las conclusiones del Consejo de la Unión Europea de 30 de noviembre de 1994 (CIREFI). Para profundizar sobre ellos, vid. comentarios en MARTÍN ARRIBAS, J.-J., *op. cit.*, esp. pp. 155 y ss.

³⁵ Cf. VALLE GÁLVEZ, A., «Las nuevas competencias...», *loc. cit.*, esp. p. 32. MARUGÁN SÁENZ, A., *loc. cit.*, esp. p. 190.

³⁶ Según la exposición que efectúa GONZÁLEZ ALONSO tomando en cuenta comentarios de doctrina francófona, el honor de esta reserva se debe al Gobierno francés que supo convencer a otros Gobiernos estatales, haciéndolos ver que, de otro modo, el utilizar la posibilidad que permite el artículo 2 del convenio de Schengen II consistente en restablecer los controles en las fronteras interiores podía ser contestada por esta vía ante el TJCE (GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *loc. cit.*, esp. p. 538, not. n.º 99).

tegado con los enunciados normativos del Tratado de Maastricht³⁷ y ahora con otras disposiciones del Tratado de Amsterdam³⁸, del que es muy ilustrativo el del artículo 64.1 del TCE por afectar a todo el título IV³⁹. ¿Denota, por tanto, un cierto grado de desconfianza estatal ante la posible labor jurisprudencial de una institución como el TJCE que es, sin duda, de las más independientes e integracionistas de toda la Unión⁴⁰?

La inclusión de estas exclusiones en el artículo 68 del TCE parece obedecer más a razones de intergubernamentalidad que de otro tipo, como

³⁷ El anterior artículo 100 C, que regulaba la posible determinación de terceros países cuyos nacionales debían estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, afirmaba literalmente lo que sigue:

«5. El presente artículo no afectará al ejercicio de las responsabilidades que competen a los Estados miembros para el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior».

Por su parte, el artículo K.2.2 de la CAJAI señalaba que

«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».

³⁸ El protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la Unión Europea va más allá al aludir al mantenimiento de la ley en su artículo 2:

«En todo caso, el Tribunal de Justicia no tendrá competencia alguna sobre las medidas o decisiones relativas al mantenimiento de la ley y el orden público así como a la salvaguarda de la seguridad interior».

Por su parte, el artículo 35.5 del TUE niega que el TJCE tenga competencia para

«controlar la validez o la proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior»;

extendiendo, por tanto, de manera significativa y reiterando, en parte, lo preceptuado previamente en el artículo 33 de la CPJP, donde se señala que

«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».

³⁹ «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».

⁴⁰ Tal y como se desprende el informe que presentó el TJCE en la CIG'96 (vid, Ficha temática sobre el Tribunal de Justicia elaborada por la Task-Force «Conference Intergouvernementale» del Parlamento Europeo).

bien pudieran ser las de oportunidad política o de coyuntura económica, puesto que, por un lado, no contempla una de las «tres gracias» que, como barreras infranqueables, suelen conformar el núcleo duro del dominio reservado a la soberanía estatal en materias tales como la libre circulación de personas y de servicios prescrita en el TCE⁴¹, la salud pública, que ya ha sido acotada normativa⁴² y jurisprudencialmente desde los años sesenta⁴³. Por otro lado, el paralelismo de su redacción con la del artículo 2 del protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la Unión Europea y con la de la segunda parte del artículo 35.5 del TUE parecen avalar esta argumentación⁴⁴. Y por último, que duda cabe que también apunta en la misma dirección la Declaración n.º 19 sobre el apartado 1 del artículo 64 del TCE que permite a los Estados miembros tener en cuenta consideraciones de política exterior al actuar en estas materias⁴⁵.

Por contra, la referencia al artículo 62.1 del TCE, que, a su vez, alude al artículo 14 del TCE demuestra la profunda relación existente entre las materias reguladas en el Título IV con las pertenecientes a todas las políticas que inciden en el mercado interior, con especial significado de la libre circulación, y, por tanto, la incidencia aquí de la característica de la integración por la vía de la comunitarización. Por otro lado, se establecen límites al ejercicio de las responsabilidades estatales al quedar circunscrito a garantizar la ausencia de controles sobre las personas, ciudadanos de la Unión o nacionales de terceros, en el cruce de las fronteras interiores. La total y definitiva desaparición de las mismas podría venir dada, en un futuro, por la elaboración de nociones como la de «orden público

⁴¹ Buenos exponentes son, a este respecto, los artículos 39.3, 46.1 y 55 del TCE.

⁴² La directiva 64/221 de 25 de febrero de 1964 (D.O.C.E. L 56 de 4 de abril de 1964) ya establecía un listado de enfermedades en base a las cuales un Gobierno estatal podía rechazar la entrada de un extranjero a su territorio. Bien es verdad que no ha sido muy utilizada o al menos no tanto como el pretexto del orden público.

⁴³ En base a esos pretextos los Estados miembros pueden adoptar medidas con las que se quiebra excepcionalmente el derecho de los ciudadanos nacionales o de los extranjeros a la libre circulación. Y, aunque ciertamente se trata de nociones cambiantes y variables de un Estado a otro de la Comunidad Europea, su aplicación no puede ser discrecional, sino que, según el TJCE, únicamente puede tener lugar cuando exista una amenaza real y suficientemente grave como para afectar a uno de los intereses fundamentales. (Vid. en este sentido, la sen. TJCE de 28 de octubre de 1975, as. 36/75, *Rutili*, rec. 1975, p. 1219).

⁴⁴ Vid., *supra* notas.

⁴⁵ Y recuérdese, al hilo de esta última afirmación, que la PESC sigue siendo una política netamente intergubernamental.

européo», «salud pública europea» o «seguridad europea» en sustitución de las actuales y particulares nociones estatales y en paralelo a la creación y desarrollo de otras nociones y espacios europeos⁴⁶, por lo que, en consecuencia, aunque el TJCE no pueda interferir cuando los Estados actúen de conformidad con lo prescrito sobre sus responsabilidades, no estará demás que ayude en la maduración de tales conceptos. GIRERD, fundamentando sus argumentos en un análisis de la expresión literal utilizada, sugiere, incluso, la posibilidad de que estas restricciones bien pueden ser controladas por el TJCE utilizando otros mecanismos diversos al prejudicial, tales como el recurso de omisión, el recurso de anulación o el de incumplimiento⁴⁷.

III. SUS PARTICULARIDADES SUBJETIVAS: SUS SUJETOS Y ACTORES INTERVINIENTES

En buena lógica jurídica, y de acuerdo con la tradicional cuestión prejudicial, mediante este tipo de mecanismos debe establecerse una cooperación entre el TJCE y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros —que tienen que decidir en el procedimiento principal un asunto pendiente— que tenga como resultado destacable el conseguir una decisión que asegure la interpretación y la aplicación uniformes del Derecho. En esto parecen coincidir todos los mecanismos prejudiciales existentes hoy por hoy en el TUE. Lo que varía, sin embargo, en la particular cuestión prejudicial del artículo 68 del TCE es, por un lado, tanto la tipología del órgano jurisdiccional competente, cuanto el margen de que dispone para apreciar y decidir plantear la cuestión prejudicial; y, por otro, la capacitación de algunas instituciones y de los Estados miembros para pedir una interpretación en interés del Derecho comunitario⁴⁸.

⁴⁶ Tales como, por ejemplo, el judicial o el policial.

⁴⁷ Vid. GIRERD, P., *loc. cit.*, esp. p. 249, not. n.º 48.

⁴⁸ En lo que respecta al artículo 35 del TUE cabe señalar que tan solo los órganos jurisdiccionales que determinen los Estados que, a su vez, hayan aceptado esta competencia prejudicial pueden plantear la cuestión ante el TJCE, con independencia de que sean o no tribunales de última instancia. Vid., *inter alia*, VALLE GÁLVEZ, A., «Las nuevas competencias...», *loc. cit.*, esp. pp. 30-31.

1. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL Y SU DECISIÓN

En efecto, a diferencia de lo que constituye regla general en el recurso prejudicial tradicional, donde el órgano jurisdiccional que decide en última instancia está obligado a trasladar al TJCE las cuestiones que crea pertinentes para, una vez contestadas, fallar el asunto del que entienda, en tanto que cualquier otro órgano solamente está facultado para realizar los mismos trámites⁴⁹, aquí, en lo que concierne a las materias del Título IV, tan sólo es competente aquel órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. Esto supone la plasmación de una cooperación prejudicial menos perfecta e intensa que la clásica y que, en este sentido, puede ofrecer algunos inconvenientes si se la compara con ella⁵⁰. Uno de ellos radica en las diferentes interpretaciones que pueden llevar a cabo no sólo los tribunales estatales en relación con los de otros Estados, sino, incluso, en relación con los de un mismo Estado⁵¹. Otro riesgo importante viene dado de la mano de las consecuencias negativas que puede tener para la protección de los derechos y libertades de los particulares, ya sean ciudadanos europeos o nacionales de terceros⁵².

Además, 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. Esta redacción de la cuestión prejudicial particular del artículo 68 del TCE parece menos contundente que la del ar-

⁴⁹ La diferencia entre la potestad y la obligación dependientes del hecho de que las decisiones de un tribunal interno sean o no susceptibles de ser recurridas judicialmente de conformidad con el Derecho interno se determina en los dos últimos párrafos del artículo 234, que, en base al argumento expuesto, carecen aquí de aplicación.

⁵⁰ Su justificación de «carácter político-organizativo» se ha fundamentado esencialmente en la enorme carga de trabajo a la que tiene que hacer frente el Tribunal de Luxemburgo, máxime en resolver cuestiones prejudiciales, y en el importante número de asuntos pendientes por resolver ante los órganos jurisdiccionales nacionales sobre asilo e inmigración. A mayor abundamiento en este argumento, partiendo de las propuestas planteadas en la CIG'96, vid. GIRERD, P., *loc. cit.*, esp. p. 242 y not. n.º 15.

⁵¹ Vid., en este sentido la fundamentación de GIRERD, P., *loc. cit.*, esp. p. 253.

⁵² Algunos de los argumentos de peso esgrimidos en esta dirección se hallan en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.-J., *loc. cit.*, p. 105; GIRERD, P., *loc. cit.*, esp. p. 246; GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *loc. cit.*, esp. pp. 502-503.

título 234 del TCE puesto que utiliza la expresión «pedirá» en vez de la clásica «estará obligado a someter la cuestión». Y aunque, en una interpretación literal, pueda reconocerse que se impone al tribunal nacional una obligación de hacer y no de resultado merced al mandato que implica el «pedirá», lo cierto es que el grado de autonomía del que se dota a la instancia judicial nacional viene a ser muy amplio, habida cuenta de la discrecionalidad que le permite apreciar la necesidad o no de contar con la respuesta prejudicial del TJCE para la elaboración de su fallo; con lo que a fin de cuentas el deber de plantear la cuestión prejudicial se queda reducido a una especie de obligación débil o debilitada⁵³. De ahí que, en definitiva, pueda señalarse, con la profesora STOFFEL, que aunque los órganos jurisdiccionales «tengan en principio la obligación de plantear dicho reenvío, ésta aparece de forma más matizada al supeditar expresamente a la apreciación del juez la necesidad de consulta prejudicial»⁵⁴.

Por otra parte, parece conveniente reconocer, que, en última instancia, el enunciado de la cuestión particular del artículo 68 del TCE no hace otra cosa que recoger la práctica jurisprudencial que el TJCE ha venido realizando al respecto, que muestra el importante grado de autonomía de que dispone cualquier órgano jurisdiccional nacional a la hora de decidir sobre la necesidad de plantear o no una cuestión prejudicial ante el TJCE y que la doctrina ha concretado en la teoría del acto claro y en la tesis del

⁵³ En sentido contrario se ha pronunciado algún sector doctrinal defendiendo que tan solo se impone, al tribunal nacional que decide en última instancia, una simple facultad para plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE: WACHSMANN, P., «Les droits de l'homme», *R.T.D. eur.*, 1997, pp. 883 y ss, esp. p. 890; LABAYLE, H., «La libre circulation de personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam», *A.J.D.A.*, n.º 20, diciembre de 1997, pp. 923 y ss., esp. p. 935; LABAYLE, H., «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *R.T.D. eur.*, vol. 33, n.º 4, 1997, pp. 105-173. Por contra, han argumentado en favor de la existencia de una obligación de recurrir 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, julio de 2000, pp. 23-36, esp. p. 29, not. n.º 25; GIRERD, P., *loc. cit.*, esp. p. 343; CURTI GIALDINO, C., «Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam», *R.M.U.E.*, n.º 2, 1998, pp. 89 y ss, esp. p. 106; BRIBOSIA, H., «Liberté, sécurité et justice: l'imbroglio d'un nouvel espace», *R.M.U.E.*, n.º 1, 1998, pp. 22 y ss, esp. p. 34.

⁵⁴ Cf., STOFFEL VALLOTTON, N., «Tribunal de Justicia», in *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, vol. I, dirigido por MARCELINO OREJA AGUIRRE y coordinado por FRANCISCO FONSECA MORILLO, Madrid, Mc Graw Hill, 1998, pp. 503-522, esp. p. 521.

acto aclarado. De acuerdo con el profesor GUTIÉRREZ ESPADA, en base a la primera, de la que es un buen exponente la conocida sentencia *C.I.L.F.I.T.*⁵⁵, «si el sentido del acto institucional es claro y la validez es evidente», el órgano jurisdiccional no tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial. Según la segunda, tampoco está obligado a plantearla cuando «es materialmente idéntica a una cuestión que haya sido objeto de una decisión a título prejudicial en un caso análogo»⁵⁶.

2. OTROS INTERVINIENTES EN FAVOR DEL DERECHO COMUNITARIO

Una particularidad de gran calado la constituye el segundo párrafo del artículo 68 del TCE, puesto que abre una nueva vía procesal que permite intervenir, desde el plano de la legitimación activa, a otros actores no jurisdiccionales, tales como el Consejo, la Comisión o un Estado miembro.

Todos ellos pueden pedir al Tribunal de Luxemburgo que se pronuncie en interpretación sobre las disposiciones del tratado o sobre los actos institucionales que se adopten basándose en ellas. De este modo se quiebra la esencia del tradicional recurso prejudicial de la Comunidad Europea que se plantea de juez a juez, para introducir nuevos criterios que refuerzan la cara intergubernamental de la cuestión prejudicial particular del Título IV, abriendo sus puertas a otros actores que pueden defender así con más fuerza sus intereses político-económicos; defensa que antes se circunscribía a otros recursos como el de incumplimiento, el de anulación o el de inactividad u omisión. La intergubernamentalidad así destacada se agudiza mucho más por el hecho de que sean únicamente los tradicionales ejecutivos comunitarios, junto con las Administraciones estatales quienes tienen competencia reconocida para plantear esta cuestión y no otras instituciones como podría ser el Parlamento Europeo o el Tribunal de Cuentas⁵⁷.

⁵⁵ Sentencia de 6 de octubre de 1982, as. 283/81, *C.I.L.F.I.T.*, rec. 1982, p. 3415.

⁵⁶ De forma muy pedagógica el profesor GUTIÉRREZ ESPADA analiza ambas teorías. Cf. GUTIÉRREZ ESPADA, C., *loc. cit.*, esp. p. 6-7.

⁵⁷ La sorpresa que causa el hecho de que el Parlamento Europeo no pueda actuar aquí en tanto que recurrente privilegiado ha sido subrayada por MARUGÁN SÁENZ en base al papel de colegislador que desarrolla y porque el TJCE no ha puesto ningún tipo de reparo. (MARUGÁN SÁENZ, A., *loc. cit.*, esp. p. 189).

Desde un prisma sustancial también parece reforzarse en este enunciado analizado la característica ya apuntada de la intergubernamentalidad, habida cuenta de que no se trata de que el TJCE efectúe una interpretación incidental que servirá, a la postre, para resolver el litigio principal que se está sustanciando ante un órgano jurisdiccional nacional, sino que más correctamente sobrepasa la esencia del mecanismo prejudicial para equipararse a un recurso interno en interés de ley⁵⁸ y salvaguardar el principio de seguridad jurídica⁵⁹. En esta línea, puede resaltarse que este párrafo constituye la gran aportación *sui generis* a la aplicación de la cuestión prejudicial a las materias del Título IV del TCE; aportación que no es del todo original en su totalidad, dado que, al parecer de los profesores MANGAS y LIÑÁN, se ve influida por un conjunto de elementos que, combinados, forman parte de diversos procedimientos⁶⁰.

Todo lo anterior pone de manifiesto que también aquí se ha corrido el riesgo de devaluar la verdadera naturaleza protectora de los particulares que generalmente acompaña a la cuestión prejudicial para revalorizar, al propio tiempo, la influencia política de los Estados miembros⁶¹. Lo cual puede llegar a justificar, en cierto modo, las dos cautelas que delimitan la redacción objeto de análisis. Por un lado, la cuestión prejudicial que pueden plantear estos actores se reduce a la interpretación, excluyéndose, por

⁵⁸ Cf. DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.-M., «El Tribunal...», *loc. cit.*, esp. p. 182. JIMENO BULNES, M., «La cooperación judicial y policial en el ámbito de la Unión Europea», *Revista del Poder Judicial*, tercera época, n.º 50, Segundo Trimestre 1998, pp. 79-118, esp. p. 112. DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «La cooperación judicial en el Título VI del Tratado de Amsterdam», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1807, de 15 de octubre de 1997, pp. 2069 y ss., esp. p. 2076.

⁵⁹ Cf., STOFFEL VALLOTTON, N., «Tribunal de Justicia», in *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, vol. I, dirigido por MARCELINO OREJA AGUIRRE y coordinado por FRANCISCO FONSECA MORILLO, Madrid, Mc Graw Hill, 1998, pp. 503-522, esp. p. 521.

⁶⁰ En concreto, sostienen los catedráticos de Salamanca y de Granada que aquí se combinan «elementos del procedimiento consultivo en materia de tratados internacionales (legitimación activa del Consejo, Comisión y Estados miembros), del procedimiento prejudicial tradicional (efectos de las sentencias de interpretación) y del recurso en interés de ley del protocolo de 1971 sobre la interpretación del convenio de Bruselas de 1968 (ausencia de incidencia de la decisión sobre las sentencias que han adquirido fuerza de cosa juzgada)». (Cf. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.-J., *op. cit.*, p. 105).

⁶¹ En sentido parecido se ha pronunciado BIAVATI. BIAVARTI, P., «Prima note sulla giurisdizione comunitaria dopo il trattato di Amsterdam», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 2, septiembre de 1998, pp. 805-829, esp. p. 815.

tanto, el examen de la validez. Por otro, y ya desde una perspectiva más procedimental, las respuestas del TJCE no van a tener efectos *ex ante* con respecto a las sentencias de las instancias internas que tengan valor de cosa juzgada, pero, a *contrario sensu* lo van a tener *ex post* para futuras sentencias que vayan a adoptar los órganos jurisdiccionales nacionales⁶².

IV. LAS PARTICULARIDADES PROCEDIMENTALES

No son muchas las particularidades que desde un prisma formal introduce, en los tratados constitutivos, la cuestión prejudicial específica del artículo 68 del TCE. De ahí que haya de tenerse en cuenta lo estipulado en las disposiciones del reglamento del procedimiento y del estatuto del propio TJCE en aras a facilitar la remisión de las preguntas del órgano jurisdiccional nacional al Tribunal de Luxemburgo⁶³, a ir cumplimentando los diversos trámites de la fase escrita, tales como las notificaciones, así como los posibles informes y observaciones, y superar la fase oral del procedimiento, con el consiguiente fallo jurisdiccional que va a acarrear bien efectos para la resolución del juicio de nivel estatal o bien efectos en interés del propio Derecho comunitario.

Y si en 1998 el profesor GUTIÉRREZ ESPADA proponía que «debía agilizarse y reducirse en el tiempo el procedimiento de la cuestión prejudicial»⁶⁴, tras la última modificación del reglamento del procedi-

⁶² En resumidas cuentas, puede afirmarse que este contenido jurídico deja un sabor agridulce, puesto que, por un lado, y desde el lado amargo puede ofrecer una nueva vía jurisdiccional para que las Administraciones estatales defiendan sus particulares intereses, y, por otro, y desde el lado dulce, puede permitir, con el transcurso del tiempo, que los Estados se impliquen en una colaboración más estrecha con el TJCE en aras a asegurar una mayor armonización de sus Derechos internos. ¿Cual de las dos predominará en un futuro?

⁶³ Para tener una idea muy práctica sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los tribunales nacionales parece oportuno recordar que el propio TJCE ha elaborado una «Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales» (que puede obtenerse vía internet en la dirección <http://curia.eu.int>) que presentan «la naturaleza y la finalidad puramente informativas», que carecen de «valor normativo e incluso interpretativo de las disposiciones que regulan el procedimiento prejudicial», pero que «pueden resultar útiles para evitar al Tribunal de Justicia una serie de dificultades con las que, a veces, se ha encontrado».

⁶⁴ Cf. GUTIÉRREZ ESPADA, C., *loc. cit.*, esp. p. 11.

miento⁶⁵ ¿hasta qué punto se ha cumplido con estos objetivos?, ¿hasta donde han llegado las adaptaciones procesales necesarias para hacer factible la aplicación en la práctica de la cuestión prejudicial particular del artículo 68 del TCE? En una escueta respuesta puede señalarse que se ha cumplido en parte con los objetivos marcados y las adaptaciones procedimentales podrían haber tenido una mayor entidad. Y es que, en una primera lectura, aunque ciertamente los tres grandes objetivos⁶⁶ de la modificación son muy loables, su concreta plasmación a las disposiciones normativas parece quedarse corta en relación con el procedimiento en general, con la cuestión prejudicial en particular y con las peticiones de interpretación previstas en el artículo 68.3 del TCE, máxime si se toma como punto de referencia diversos documentos elaborados en el seno del TJCE⁶⁷. En efecto, por un lado, se consagra en el plano normativo las tesis del acto claro y del acto aclarado que permiten al TJCE resolver mediante auto motivado «remitiéndose, en su caso, a la sentencia anterior o a la jurisprudencia aplicable»⁶⁸; por otro, aún admitiéndose la existencia de una fase oral en el procedimiento que se resuelvan las cuestiones prejudiciales, se permite que el TJCE soslaye dicha fase a condición de que ningún interesado se oponga mediante su correspondiente solicitud motivada⁶⁹; por otro, se permite al Presidente del TJCE decidir que una cuestión prejudicial se tramita mediante un procedimiento acelerado en casos de urgencia extraordinaria⁷⁰. Por último, y en lo que concierne a las peticiones a efectuar en base al artículo 68.3 TCE, se prescribe la necesidad de notificarlas a los sujetos que no las han presentado pero que tienen reconocida competencia en el precepto mencionado, la actuación del Presidente del TJCE en lo que hace al establecimiento de plazos para que contesten y a la desig-

⁶⁵ Publicada en el D.O.C.E. L 122 de 24 de mayo de 2000.

⁶⁶ En concreto, mejorar el desarrollo de los procedimientos, prever un procedimiento acelerado para las cuestiones prejudiciales que presenten una urgencia particular, adaptar las disposiciones del reglamento de procedimiento a las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam en los Tratados constitutivos.

⁶⁷ Tales como entre otros, «El futuro del sistema jurisdiccional de la Unión Europea. Documento de reflexión», «Contribución del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia a la Conferencia Intergubernamental» así como otros mencionados en notas precedentes y que pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://curia.eu.int>.

⁶⁸ Según el texto del artículo 104.3 del reglamento ya modificado.

⁶⁹ De acuerdo con el párrafo 4 del artículo 104 de la norma ya mencionada.

⁷⁰ De acuerdo con el artículo 104 bis.

nación del Juez Ponente, la inexistencia de la fase oral salvo que la soliciten los actores intervinientes, y la necesidad de que el TJCE pronuncie una sentencia, una vez que el Abogado General hubiere presentado sus conclusiones⁷¹. Tal sentencia no va a afectar a aquellos fallos de los órganos jurisdiccionales estatales que tengan el valor de cosa juzgada, lo que, en otros términos, implica la irretroactividad de sus efectos con respecto a decisiones adoptadas por los tribunales que ya hayan resuelto en última instancia; y, por otro lado, que, como bien indica FARAMIÑÁN, «se intenta salvaguardar el contenido de la *res judicata*, dentro del principio de seguridad jurídica, que debe informar al ordenamiento interno de los Estados miembros»⁷².

VI. CONSIDERACIONES FINALES

A primera vista, parece que las actuales competencias prejudiciales que han sido reconocidas al TJCE, gracias al artículo 68 del TCE, evidencian, si no una cierta desarmonía, al menos algunos desajustes en paralelo a los resultados de Amsterdam ya calificados como *la symphonie inachevée des institutions*⁷³.

Con un sabor agríndice, adecentado por los ingredientes de lo que pudo ser y no fue, de lo deseable que vendrá, pero que tardará en llegar, y de lo conseguido que no es poco y que ahí está, la realidad de las cosas nos ofrece un panorama en el que la redacción de la cuestión prejudicial del artículo 68 del TCE responde a las expectativas generales que levanta el Título IV del TCE: al acabar el plazo de cinco años⁷⁴ que, tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, tardará de conseguirse la todavía hoy incipiente comunitarización de las materias referentes a los visados, al asilo, a la inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas el Consejo adoptará una decisión para «adaptar las disposiciones relativas a las competencias del TJCE»⁷⁵. Es por ello que puede afirmarse que la cuestión prejudicial particular así analizada se ve marcada por la nota característica de la teórica *temporalidad*.

⁷¹ Así se regula en el artículo 109 bis del reglamento del procedimiento.

⁷² Cf. DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.-M., «El Tribunal de...», *loc. cit.*, esp. p. 183.

⁷³ DEHOUSSE, F., «Editorial», *C.D.E.*, n.º 3-4, 1997, pp. 265-273, esp. p. 271.

⁷⁴ Plazo que se reitera en los artículos 61, 62 y 63 del TCE.

⁷⁵ Así se desprende del artículo 67.2 del TCE.

También aparece condicionada por un cierto grado de *hibridez*, habida cuenta de que, en sentido figurado, puede representarse como una moneda que posee dos caras: la integracionista-comunitaria y la cooperacionista-intergubernamental; pues en la redacción de su contenido jurídico combina elementos propios del orden jurídico comunitario con otros de carácter intergubernamental institucionalizado, lo que, en palabras de GIRED, refleja su carácter inacabado⁷⁶. Lo que denota serias connotaciones con su mencionada temporalidad, por un lado, y, por otro, con la evidente *complejidad* que ofrece su inusitada estructura. En efecto, reordenada su redacción en relación con la cuestión prejudicial clásica afectando sobre todo al examen de la validez y a la interpretación de las normas y, en el fondo, no tanto al órgano jurisdiccional nacional y a su decisión, introduce la tutela de los clásicos ejecutivos comunitarios y de la de los ejecutivos estatales que, a su vez, ven reforzada su posición con las salvaguardas que ya disponían en el Tercer Pilar.

En el artículo 68 del TCE se ven proyectados no sólo las contradicciones técnicas que jalonan la evolución europea, sino también los intereses contrapuestos de los diversos actores que participan en el proceso de integración europea, puesto que su virtualidad práctica queda limitada por la posición «a la carta» en que han quedado el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca con respecto a la aplicación de las disposiciones del Título IV del TCE, por lo preceptuado en los protocolos 4, 5 y 6, lo que, en resumidas cuentas, denota la existencia de una indeseada *heterogeneidad*.

Las anteriores características avalan —aún más si se quiere— la existencia de una cuestión prejudicial *sui generis* con entidad propia, de la que será muy interesante observar la futura práctica que, desde sus fallos jurisprudenciales, pueda efectuar el Tribunal de Luxemburgo. Ello va a darnos una buena muestra de si las variaciones que introduce este artículo 68 con respecto al 234 han merecido la pena, si son operativas y hasta qué punto la novedad del párrafo tercero incide positivamente en interés del Derecho comunitario. Por otra parte, va a mostrarnos hasta donde puede llegar a ser un mecanismo para armonizar la incipiente política comunitaria de asilo, visados e inmigración o si permite una cierta dejación de responsabilidades por parte del TJCE en contraste con las importantes ta-

⁷⁶ Quien se muestra firmemente crítico con esta situación, llegando a la conclusión de que, a largo plazo, es preferible que no haya comunitarización a que la que haya sea una mínima comunitarización (GIRERD, P., *loc. cit.*, esp. pp. 256-257).

reas desempeñadas hasta ahora en el ámbito de la libre circulación de personas. Y es que, de una pluralidad de documentos elaborados en el seno del propio TJCE y de diversos trabajos doctrinales⁷⁷, se llega a la conclusión de que el «experimento» que supone este mecanismo prejudicial va a influir, a la postre, en el diseño de una nueva arquitectura judicial europea en el sentido en que se interroga D. WAELBROECK⁷⁸, que dé respuesta a las reformas que se barajan y que, entre otras cosas, debería incluir al Parlamento Europeo y al Tribunal de Cuentas entre las instancias facultadas para pedir la interpretación en interés del Derecho comunitario, de acuerdo con el artículo 68.3 del TCE; la aplicación del sistema de cuestores del TJCE a la cuestión prejudicial particular; una mayor modernización y simplificación del procedimiento dotándole de mayor agilidad; y una participación más acorde del Tribunal de Primera Instancia.

⁷⁷ Sirva como un buen botón de muestra: DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.-M., «El Tribunal de...», *loc. cit.*, esp. pp. 189 y ss.

⁷⁸ WAELBROECK, D., «Vers une architecture judiciaire européenne. (Editorial)», *C.D.E.*, n.º 1-2, 2000, pp. 3-7.

JURISPRUDENCIA

