

El espacio de libertad, seguridad y justicia tras el Tratado de Lisboa: Entre supranacionalidad e integración diferenciada

*Francisco Javier Donaire Villa**

Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Este trabajo analiza las reformas que introduce el Tratado de Lisboa en el Derecho originario de la Unión Europea sobre la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Se examinan las consecuencias de la refundición de los antiguos Títulos IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y VI del Tratado de la Unión Europea en el nuevo Título V de la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: «comunitarización» del tercer pilar, «frenos de emergencia» en algunas de las materias «comunitarizadas», cooperaciones reforzadas, estatutos particulares británico e irlandés y danés, y acervo de Schengen. Se destaca la mayor coherencia que supone unificar toda la regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia en los Tratados, y se anticipan eventuales dificultades futuras de articulación de las renovadas políticas de la Unión sobre inmigración, seguridad y justicia con los distintos niveles de protección de derechos.

Palabras clave: Tratado de Lisboa; espacio de libertad, seguridad y justicia; comunitarización del tercer pilar.

Keywords: Lisbon Treaty; Area of Freedom, Security and Justice; communitarization of the Third Pillar.

ABSTRACT

This paper surveys the amendments by the Treaty of Lisbon to the EU primary law on the achievement of an area of freedom, security and justice, and focuses on the effects of the recasting of the former Titles IV of the EC Treaty and VI of the EU Treaty into the new Title V of the Third Part of the Treaty on the Functioning of the European Union: «communitarization» of the third pillar, new «emergency brakes» in some of the newly «communitarized» fields, reinforced cooperations, opting-out statutes of United Kingdom-Ireland and Denmark, as well as the status of the *acquis* of Schengen. Advantages from the higher coherence brought by the recasting of all the provisions of the EU Treaties on the area of freedom, security and justice are outlined. Future conflicts of the Union's renewed policies on immigration, security and justice with the multi-level protection of fundamental rights are forecasted.

Fecha recepción original: 1 de marzo de 2010

Fecha aceptación: 21 de abril de 2010

* El autor agradece las observaciones de dos revisores anónimos.

SUMARIO

1. CONTEXTO Y OBJETO DE LAS REFORMAS
 2. LOS (NUEVOS) PRINCIPIOS
 3. LA AMPLIACIÓN DE LAS PREEXISTENTES POLÍTICAS COMUNITARIAS SOBRE FRONTERAS, ASILO, INMIGRACIÓN Y COOPERACIÓN JUDICIAL EN ASUNTOS CIVILES
 4. LA «COMUNITARIZACIÓN» DEL TERCER PILAR
 5. LOS PROCEDIMIENTOS DECISORIOS
 6. LA GENERALIZACIÓN DEL SISTEMA COMUNITARIO DE FUENTES DERIVADAS
 7. LA UNIFICACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL JURISDICCIONAL
 8. LAS CLÁUSULAS TRANSITORIAS SOBRE EL ACERVO DEL TERCER PILAR
 9. EL DESARROLLO DEL ACERVO DE SCHENGEN Y LOS ESTATUTOS PARTICULARES BRITÁNICO E IRLANDÉS Y DANÉS
 10. RESULTADOS GLOBALES: PROGRESIVA «COMUNITARIZACIÓN» (A VEINTICUATRO) CON PERVIVENCIA DE (TRES) ESTATUTOS DIFERENCIADOS
-

1. CONTEXTO Y OBJETO DE LAS REFORMAS

Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en mayo de 1999, la realización y mantenimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia es uno de los objetivos generales de la Unión, en una interpretación amplia del fundacional principio comunitario de libre circulación de personas. Con arreglo al artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), dos elementos básicos definen ese objetivo general: la supresión de controles sobre las personas en las fronteras comunes a los Estados miembros, y la adopción de medidas compensatorias en ámbitos relacionados, esencialmente, con la administración de los flujos migratorios y la seguridad interior.

Conforme a las previsiones introducidas por el Tratado de Amsterdam en el Derecho originario de la Unión¹, más los retoques posteriores del Tratado de Niza², correspondieron a la Comunidad Europea las competencias para suprimir los controles sobre las personas en las fronteras interiores, y adoptar varias de las medidas compensatorias: las políticas de armonización de esos mismos controles en las fronteras exteriores, visados, asilo, inmigración, cooperación judicial en materia civil y cooperación administrativa, todo ello de conformidad con las previsiones del antiguo Título IV del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE).

Las demás medidas compensatorias, sobre cooperación policial, cooperación judicial en materia penal y aproximación de legislaciones penales para la lucha contra la delincuencia transfronteriza grave, se encomendaron a la colaboración entre los Estados miembros en el marco del hoy extinto tercer pilar (intergubernamental) de la Unión con arreglo a las disposiciones del Título VI del TUE, en su redacción anterior al Tratado de Lisboa.

Complementó este esquema básico la integración del acervo de Schengen

¹ La regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia diseñada por el Tratado de Ámsterdam generó una abundante bibliografía, de la que cabe citar, entre otros, los trabajos de BRIBOSIA, H., «Liberté, sécurité et justice: l'imbroglio d'un nouvel espace», *RMUE*, 1998-1, pp. 27-54; LABAYLE, H., «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *RTDE*, 1997-4, pp. 813-881; o, en España, DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *RDCE*, nº 3, 1998, pp. 41-78.

² Véase DONAIRE VILLA, F. J., «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13, 2001, pp. 103-124. Sobre el conjunto de la regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia en el Derecho originario, fruto de la disciplina inicial introducida por el Tratado de Ámsterdam más las modificaciones que supuso el Tratado de Niza, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, 2003, pp. 447-483.

en el marco institucional y jurídico la Unión, a título de cooperación reforzada, o lo que es lo mismo, en calidad de legislación derivada, de cuya aplicación se autoexcluyeron Reino Unido e Irlanda, y cuyas bases jurídicas se repartieron *ratione materiae* entre los dos Títulos antes citados. Al tiempo, se otorgaron sendos estatutos particulares a ambos países, y también a Dinamarca, exceptuándoles en general de las políticas comunitarias sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia (Título IV del TCE), pero permitiéndoles una opcional y selectiva participación en la elaboración o aplicación de las correspondientes medidas (en el caso danés, sólo en el contexto del acervo de Schengen y su desarrollo, y siempre con arreglo a métodos no comunitarios).

Pronto afloraron disfuncionalidades ante la complejidad de este entramado normativo³. Entre ellas, bloqueos por la exigencia de unanimidad del Consejo para decidir en el contexto del tercer pilar. O también, la delimitación con frecuencia borrosa de los respectivos ámbitos de actuación comunitario y del tercer pilar, con las consiguientes dificultades de selección de bases jurídicas. Y todo ello en un contexto de déficit de legitimidad, motivado, sobre todo, por las débiles facultades de control del Parlamento Europeo y del Tribunal de Justicia en el marco del tercer pilar, pese a la fuerte repercusión de sus medidas y normas sobre los derechos individuales.

Rescatando en lo fundamental la regulación de la fallida Constitución Europea sobre estos asuntos⁴, y en respuesta a las dificultades recién apuntadas, el Tratado de Lisboa, vigente desde el 1 de diciembre de 2009, «comunitariza» lo que restaba del tercer pilar de la Unión tras los Tratados de Ámsterdam y Niza. Los anteriores Títulos IV del TCE y VI del TUE se han refundido en un único Título, el V de la Tercera Parte del antiguo TCE (redenominado ahora como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE). Bajo metodología esencialmente comunitaria, dicho Título regula en bloque las políticas de la Unión relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia.

Tras las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa, la realización y mantenimiento de ese espacio sigue figurando entre los generales objetivos de la Unión, en el apartado 2 del artículo 3 del TUE, incluso por delante del mercado interior. Los poderes necesarios para llevarlo a efecto se han calificado como materia de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros en el artículo 4.2.j) del TFUE. Y el régimen de ejercicio

³ Para un más amplio análisis de estas disfuncionalidades, véase, entre otros, LADENBURGER, C., «Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method», *European Constitutional Law Review*, 2008-4, pp. 22 ss.

⁴ Circunstancia que se vio facilitada por el hecho de tratarse de cuestiones que no se hallaban en el núcleo de la controversia sobre la proyectada Constitución europea, tal y como apunta KAU, M., «Justice and Home Affairs in the European Constitutional Process. Keeping the Faith and Substance of the Constitution», en GRILLER, S. y ZILLER, J. (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer Verlag, Viena, 2008, p. 224.

de esa competencia se ha establecido, precisamente, en el citado Título V de la Tercera Parte del mismo Tratado.

Al conceptuarse como una competencia compartida, resulta de aplicación el general principio de subsidiariedad (nuevo artículo 5.3 del TUE). E igualmente, el mecanismo para controlar la observancia de dicho principio en los proyectos legislativos de la Unión: el denominado sistema de alerta temprana, o *early warning system*, que se confía a los Parlamentos de los Estados miembros⁵.

No obstante, y como probable concesión a las exigencias del Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales, se rebaja la minoría de reconsideración de los proyectos normativos de la Unión en el marco de las políticas de cooperación policial y judicial en materia penal, aproximación de legislaciones penales o procesales penales y cooperación administrativa referida a tales ámbitos, que en el resto de materias es de un tercio de Dictámenes parlamentarios nacionales negativos, a sólo una cuarta parte (artículo 7.2 del Protocolo n.º 2, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad).

Varias son las claves esenciales de las reformas concernientes al espacio de libertad, seguridad y justicia propiciadas por el Tratado de Lisboa. De un lado, profundizan las preexistentes competencias comunitarias, mediante una nueva y explícita proclamación de principios y criterios teleológicos, y una más detallada y extensa delimitación de los poderes de la Unión (sucesora de la Comunidad, a tenor del párrafo tercero del artículo 1 del TUE). De otra parte, se amplían esos poderes hacia los campos que, antes de estar vigente el Tratado de Lisboa, correspondieron a la cooperación intergubernamental de los Estados miembros en el marco del tercer pilar, el cual desaparece formalmente en el Derecho originario de la nueva Unión.

También evolucionan los mecanismos decisorios aplicables a estas políticas, generalmente hacia mayores cotas de integración, aunque con el lastre de posibles vetos de un solo Estado miembro, precisamente en algunas materias heredadas del tercer pilar (los «frenos de emergencia», sobre los que se volverá más adelante). Junto a ello, se unifica y clarifica el sistema de fuentes derivadas y el régimen de control jurisdiccional a cargo del Tribunal de Justicia, que pasan a ser los generales del Derecho comunitario.

Finalmente, permanecen, aunque con ciertos cambios de detalle que se examinarán en este trabajo, las especialidades relativas al acervo de Schengen y, como precio esencial del consenso entre los Estados miembros para sacar adelante el Tratado de Lisboa, los estatutos particulares de Reino Unido e Irlanda, por una parte, y de Dinamarca, por otra.

⁵ Nuevos Protocolos n.º 1, sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, y n.º 2, sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

2. LOS (NUEVOS) PRINCIPIOS

Una primera e importante línea de innovaciones reside en la explícita definición de los principios que han de presidir las políticas de la Unión relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. Varios son transversales, y por tanto, comunes a todas ellas. Son los de respeto de los derechos fundamentales, y a las identidades y tradiciones jurídicas de los Estados miembros (artículo 67.1 del TFUE), o el concerniente a la garantía de un nivel elevado de seguridad (artículo 67.3 del TFUE, heredado del antiguo artículo 29 del TUE).

En el pórtico del Título V de la Tercera Parte del TFUE, el principio de respeto a los derechos fundamentales se une a la genérica proclamación de la Carta como normativa originaria de la Unión (nuevo artículo 6.1 del TUE). La salvaguardia de los derechos pasa a convertirse, a la vez, en orientación y límite de las atribuciones de la Unión relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, aunque no en una fuente de poderes adicionales a los que resultan del Título V del TFUE, tal y como resulta del principio de neutralidad competencial que enuncia el artículo 51.2 de la propia Carta.

También suministra el artículo 67.1 del TFUE el importante parámetro material consistente en el respeto a los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. En una suerte de «garantía institucional europea» de las estructuras judiciales y policiales nacionales, no podrá generar la Unión un único sistema (federal o supranacional) de justicia y policía. Aunque sí que habrá de propiciar la armonización y convergencia de dichas estructuras, dentro de un espacio europeo integrado que responda a parámetros compartidos, definidos de manera comunitaria.

Nuevos principios son los de trato equitativo a los nacionales de terceros países que tengan residencia legal (artículo 79.1 del TFUE), específico éste de la política inmigratoria, y de solidaridad, incluso financiera, entre los Estados miembros (artículo 80 del TFUE), común a las políticas sobre control de fronteras, visados, asilo e inmigración reguladas en el Capítulo 2 del Título V de la Tercera Parte del TFUE. Igualmente carente de antecedentes en el Derecho originario previo al Tratado de Lisboa es, por último, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones, de observancia en las políticas sobre cooperación judicial en materia civil y penal (artículos 81.1 y 82.1 del TFUE, respectivamente).

3. LA AMPLIACIÓN DE LAS PREEXISTENTES POLÍTICAS COMUNITARIAS SOBRE FRONTERAS, ASILO, INMIGRACIÓN Y COOPERACIÓN JUDICIAL EN ASUNTOS CIVILES

Se cifra una segunda vía de intensificación de las políticas europeas sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia en una más general y detallada definición de los preexistentes títulos competenciales comunitarios sobre

fronteras, asilo, inmigración y cooperación judicial en materia civil (antiguo Título IV del TCE, que pasa a constituir los Capítulos 2 y 3 del nuevo Título V de la Tercera Parte del TFUE), incluyendo la previsión de nuevos poderes de la Unión en estos ámbitos.

Así, en lo tocante a la política de controles fronterizos y visados, no sólo mantiene el artículo 77 del TFUE las finalidades básicas que proclamaba el antiguo artículo 62 del TCE. Esto es, asegurar la ausencia total de controles sobre las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores, y garantizar, también, los controles de personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores –apartado 1 y letras b) y e) del apartado 2 del citado artículo 77–.

Además, dejan de limitarse las atribuciones de la Unión a la fijación de normas mínimas, para adquirir una proyección general, con inclusión de nuevos dominios no previstos en el Derecho originario precedente: la regulación de permisos de residencia de corta duración distintos de los visados, además de los propios visados, la determinación de las condiciones de circulación de nacionales de terceros países durante estancias cortas, que dejan de ceñirse al anterior límite de tres meses, y la instauración progresiva de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. Todo ello, respectivamente, en las letras a), c) y d) del apartado segundo del artículo 77 del TFUE.

Confiere el tercer apartado del precepto a la Unión, además, una nueva base jurídica para regular pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado, al objeto de facilitar a sus ciudadanos la libre circulación y residencia prevista en el artículo 20.2.a) del TFUE, cuando propio Tratado no confiera poderes específicos al efecto. Se requiere unanimidad del Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo, en detrimento del procedimiento legislativo ordinario, de mayor alcance integrador, que de lo contrario resultaría aplicable al amparo del artículo 21.2 del TFUE.

Acrescen también las precedentes competencias comunitarias sobre asilo, antes reguladas en el 63, apartados 1 y 2, del TCE, y ahora en el artículo 78 del TFUE. A tenor del apartado 1 del precepto, la Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional, con respeto al principio de no devolución. Y todo ello, reiterando en este punto las previsiones del antiguo artículo 63.1 del TCE, con sometimiento a la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados, y a los demás tratados pertinentes.

Conforme al segundo apartado del artículo 78 del TFUE, esta política de la Unión supondrá la adopción de medidas relativas a un sistema europeo común de asilo, comprendiendo las anteriores facultades comunitarias, aunque en varios casos con un mayor alcance, más otros nuevos poderes. Perma-

necen inalteradas las atribuciones relativas al establecimiento de reglas sobre determinación del Estado responsable del examen de las demandas de asilo presentadas por nacionales de terceros países, antes previstas en el artículo 63.1.a) del TCE, y ahora en la letra e) del artículo 78.2 del TFUE.

Junto a ello, se incrementan mediante la desaparición de su anterior limitación a la adopción de normas mínimas las potestades de la Unión referentes a la regulación de los procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria, o a la determinación de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o protección subsidiaria. Reemplazando en clave expansiva las previsiones contenidas al respecto en las letras c) y d) del anterior artículo 63.1 del TCE, tales potestades aparecen ahora en las letras d) y f) del artículo 78.2 del TFUE.

Por lo que se refiere a las nuevas facultades de la Unión en materia de asilo, se la dota de bases jurídicas para establecer un sistema común de protección de las personas desplazadas en caso de llegada masiva –letra c) del mismo artículo 78.2 del TFUE–, o para adoptar medidas provisionales ante emergencias motivadas por afluencia repentina de estas personas (apartado 3 del artículo 78 del TFUE). Y en lo que atañe al flanco exterior, nuevos poderes previstos en el artículo 78.2.g) del TFUE habilitan a la Unión a asociarse y cooperar con terceros países para una más adecuada gestión de los flujos de solicitantes de asilo o protección subsidiaria.

En cuanto a la política de inmigración (artículo 79 del TFUE), a las precedentes facultades comunitarias sobre determinación de las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países, procedimientos de expedición de visados y permisos de residencia de larga duración, o lucha contra la inmigración ilegal (antiguo artículo 63.3 del TCE), se suman poderes reguladores sobre expulsión de residentes ilegales, adicionales a los preexistentes sobre repatriación de esos mismos residentes. Estos adicionales poderes, junto con las citadas facultades comunitarias preexistentes, se establecen en las letras a) y c) del artículo 79.2 del TFUE.

Nuevas potestades se confían a la Unión, particularmente, en materia de integración de nacionales de terceros países con residencia legal en los Estados miembros, a ejercer mediante el procedimiento legislativo ordinario. Se destinan tales potestades, de una parte, a definir los derechos de estos mismos residentes, incluyendo las condiciones a su libertad de circulación y residencia en los demás Estados miembros –79.2.b) del TFUE–⁶. Y de otra, a fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros en materia de inte-

⁶ Competencia cuyo contenido, en síntesis, se cifra en la posibilidad de extender a estos residentes los derechos propios de la ciudadanía de la Unión, con la probable excepción de los de sufragio en elecciones municipales (con independencia de su posible reconocimiento en el Derecho interno) y al Parlamento Europeo. Acerca del contenido de este nuevo título de atribuciones de la Unión, heredado del proyecto de Constitución europea, DONAIRE VILLA, F.J., «Los derechos del extranjero no comunitario en la Constitución europea. Algunas reflexiones de constitucionalidad interna», *REDE*, nº 17, 2006, pp. 5-26.

gración de dichas personas, excluyendo toda armonización de sus legislaciones nacionales (artículo 79.4 del TFUE).

Asimismo en el terreno inmigratorio, el artículo 79.2.d) del TFUE establece un innovador título competencial para actuar contra la trata de seres humanos, en particular, de mujeres y niños. Y también sin precedentes en el Derecho originario previo, el artículo 79.3 del TFUE autoriza de forma expresa a la Unión a celebrar acuerdos de readmisión de extranjeros extracomunitarios en situación irregular con los terceros países de origen o procedencia de éstos.

En lo tocante a la cooperación judicial en materia civil, junto a una más sistemática regulación de las antes fragmentarias atribuciones de la Comunidad (artículo 81 del TFUE, que reemplaza al antiguo artículo 65 del TCE), una vez más se otorgan a la Unión adicionales poderes normativos. Tienen éstos por objeto la garantía de la tutela judicial efectiva, el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios, y el apoyo a la formación de magistrados y personal al servicio de la administración de justicia, todo ello de conformidad con las letras e), g) y h) del apartado segundo del citado precepto del TFUE.

Permanecen, finalmente, los ámbitos previos de competencia comunitaria sobre cooperación judicial en materia civil: reconocimiento mutuo y ejecución de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, notificación y traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales, compatibilidad de las normas nacionales sobre conflictos de leyes y de jurisdicción, cooperación en la obtención de pruebas, y eliminación de obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles con fomento, en la medida precisa, de la compatibilidad de las normas nacionales en la materia. Quedan previstos ahora en las letras a), b), c), d) y f) del mismo artículo 81.2 del TFUE, que prácticamente transcriben los términos del antiguo artículo 65 del TCE, al cual suceden.

4. LA «COMUNITARIZACIÓN» DEL TERCER PILAR

Una muy relevante forma de crecimiento de las políticas europeas sobre interior y justicia proviene de la «comunitarización» o «supranacionalización» del antiguo tercer pilar (intergubernamental) de la Unión, cuyas áreas de interés pasan a integrar los últimos Capítulos, cuarto y quinto, del nuevo Título V de la Tercera Parte del TFUE, referente al espacio de libertad, seguridad y justicia. Se refunden y ensamblan de este modo, bajo una misma ubicación en un único Tratado, el de Funcionamiento de la Unión, las regulaciones que antes del Tratado de Lisboa se dispersaban entre los Títulos IV del Tratado de Roma y VI del Tratado de Maastricht. Acaba, de este modo, la duplicidad de regímenes (y correspondientes disfuncionalidades), comunitario e intergubernamental, que durante casi veinte años ha resultado esa misma dispersión, en beneficio del primero.

También hay aquí una más amplia, precisa y sistemática definición de los

ámbitos y poderes de actuación de la nueva Unión sucesora de la Comunidad. Así, junto a la cooperación policial, la cooperación judicial en materia penal, la aproximación de legislaciones penales (y ahora, también, procesales penales) de los Estados miembros para la lucha contra la delincuencia transfronteriza grave, y la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), se añaden nuevos campos, entre los que cabe destacar la posible creación de una Fiscalía Europea, cuestión esta última sobre la que se volverá más adelante.

Por lo que respecta a la cooperación judicial en materia penal (Capítulo 4 del TFUE, artículos 82 a 86), consiste una vez más la metodología de reforma seguida por el Tratado de Lisboa en establecer objetivos y principios genéricos, acompañándolos de específicas bases jurídicas para su consecución a través de medidas comunitarias. Enuncia esos objetivos el primer párrafo del artículo 82.1 del TFUE, condensándolos bajo el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones jurisdiccionales, con posible inclusión de medidas de la Unión que aproximen las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

Por su parte, el segundo párrafo del mismo precepto y apartado atribuye competencias a la nueva Unión sobre los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal que anteriormente correspondían al hoy extinto tercer pilar. Se trata de la facilitación (*sic*) de la cooperación entre autoridades judiciales nacionales o equivalentes en el marco del procedimiento penal y la ejecución de resoluciones, así como la prevención de los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros, que en su día se recogieron en las letras a) y d) del antiguo artículo 31.1 del TUE.

Junto a ellas, añada este mismo párrafo segundo del artículo 82.1 del TFUE nuevos frentes de acción de la Unión: la resolución (y no sólo la prevención, como sucedía antes del Tratado de Lisboa) de los conflictos de jurisdicción, el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia, y el establecimiento de normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento de las sentencias y resoluciones judiciales en toda la Unión. Y si bien desaparece la referencia a la extradición, antes explícita en la letra b) del antiguo artículo 31.1 del TUE, puede entenderse enmarcada dentro de la genérica competencia sobre cooperación judicial en el ámbito del proceso penal y de la ejecución de resoluciones, que acaba de mencionarse, a la cual se hace referencia en la letra a) del artículo 82.2 del TFUE.

También adquiere la Unión facultades armonizadoras de las legislaciones procesales penales a fin de facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, la cooperación judicial en materia penal y la cooperación policial respecto a asuntos con dimensión transfronteriza, todo ello en el apartado 2 del artículo 82 del TUE. A tal efecto, podrán adoptarse directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, que establezcan normas mínimas sobre la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, los derechos de las personas durante el procedimiento penal, los

derechos de las víctimas de los delitos y otros elementos específicos del procedimiento penal que determine el Consejo mediante decisión unánime, previa aprobación del Parlamento Europeo. Probablemente como condición de compatibilidad constitucional nacional, señala el mismo precepto *in fine* que tales normas mínimas no impedirán a los Estados mantener o instaurar un nivel más elevado de protección de las personas.

Asimismo, se establece en estos ámbitos uno de los denominados «frenos de emergencia», frecuentes en las nuevas previsiones originarias por las cuales se «comunitariza» el tercer pilar. En efecto, el tercer apartado del mismo artículo 82 del TFUE posibilita que un solo Estado suspenda la adopción de un proyecto de directiva, si solicita que el asunto se remita al Consejo Europeo para que decida por consenso. A falta de ese consenso, y en contrapartida, se activará automáticamente una cooperación reforzada que permita aplicar la norma en proyecto a al menos nueve Estados miembros, si así lo requieren éstos.

El artículo 83, por su parte, «comunitariza» las antiguas atribuciones del tercer pilar sobre armonización de las legislaciones penales nacionales. En la nueva regulación, pasan a ejercerse estas competencias de la Unión mediante la aprobación de directivas conforme al procedimiento legislativo ordinario, incrementándose, además, los ámbitos criminales a los que pueden extenderse estas facultades armonizadoras.

En efecto, si el anterior artículo 31.1.e) del TUE mencionaba el terrorismo, la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas, el apartado 1 del nuevo artículo 83 del TFUE añade a estos campos, que sigue contemplando, la trata de seres humanos, la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago y la delincuencia informática. Además, queda previsto al final del mismo apartado un (nuevo) mecanismo evolutivo, mediante el que podrá el Consejo, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo, añadir otros ámbitos delictivos.

En contrapartida a la «comunitarización» de estas facultades de la nueva Unión, establece el apartado 3 del artículo 83 del TFUE otro «freno de emergencia», igual al existente en el caso de la armonización de legislaciones procesales penales. Esto es, remisión del correspondiente proyecto de directiva al Consejo Europeo a solicitud de un Estado, para que aquél alcance un consenso, quedando automáticamente autorizada la creación de una cooperación reforzada entre al menos nueve Estados, a explícita petición de éstos, cuando no se logre ese consenso.

Eurojust, la Unidad Europea de Cooperación Judicial (en materia penal), experimenta los efectos, no sólo de su «comunitarización», sino de la ampliación de sus anteriores cometidos y, por tanto, de las pertinentes competencias de la nueva Unión, ahora emplazadas en el artículo 85 del TFUE (sucesor del antiguo artículo 31.2 del TUE). Con carácter general, queda configurada esta Unidad como un mecanismo de cooperación y coordina-

ción jurisdiccional entre las autoridades nacionales competentes (apartado 1 del citado precepto del TFUE).

La regulación detallada del estatuto de Eurojust, incluidas sus competencias, se defiere a Reglamentos adoptados de conformidad con el procedimiento legislativo de la Unión (apartado 2 del mismo artículo 85). Pero, en todo caso, no será esta Unidad Europea quien ejerza la acción penal ante las justicias nacionales de los Estados miembros, pues a tenor del apartado 3 del mismo artículo, incumbe a los funcionarios nacionales competentes adoptar los pertinentes actos formales de índole procesal.

Como innovación destacable para la cooperación judicial en materia penal, y partiendo de una iniciativa propuesta en su día por la Comisión, no incluida en el Tratado de Niza, pero sí en el fallido proyecto de Constitución europea⁷, el Tratado de Lisboa proporciona una base jurídica para la futura creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust, mediante Reglamentos aprobados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (nuevo artículo 86 del TFUE). La inicial finalidad de esta Fiscalía queda establecida en el ejercicio de la acción penal contra infracciones que perjudiquen intereses financieros de la Unión. Pero puede ampliarse a la lucha contra la delincuencia grave con dimensión transfronteriza, si así lo decide unánimemente el Consejo Europeo, previa consulta a la Comisión y aprobación del Parlamento Europeo (apartado 4 del mismo artículo).

El fuerte carácter integrador de la institución se ve parcialmente contrarrestado con otro «freno de emergencia» (párrafos segundo y tercero del apartado 1 del artículo 86 del TFUE), igual al previsto para los proyectos de directivas armonizadoras de legislaciones penales o procesales penales nacionales en los artículos 82.3 y 83.3, respectivamente. El artículo 86 del TFUE, en todo caso, no configura un régimen de monopolio del ejercicio de la acción penal para la Fiscalía Europea, dado el riesgo de colisión con principios fundamentales de legislaciones nacionales (por ejemplo, allí donde, como en España, exista un principio constitucional de acción popular).

En cuanto a la cooperación policial, en su día otro de los grandes dominios

⁷ Dictamen de la Comisión para la Conferencia Intergubernamental de 2000, COM(2000) 34, 26-1-2000, pág. 17, y Documento sobre *La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad: el Fiscal Europeo*, COM(2000) 6081, de 29-9-2000. Posteriormente, la Comisión desarrolló esta propuesta en un *Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*, COM (2001) 715 final, de 11 de diciembre de 2001. Sobre los debates acerca de esta figura durante la elaboración del Tratado de Niza y de la Constitución Europea, DONAIRE VILLA, F.J., «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, 2001, pp. 120-121; y, «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el proyecto de Constitución Europea. Algunas reflexiones de constitucionalidad interna», en CARRASCO DURÁN, M.; PÉREZ ROYO, F.J.; URÍAS MARTÍNEZ, J. y TEROL BECERRA, M. (coords.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 1, Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 2419-2456, apartado 2.4.4.

del ahora extinto tercer pilar, se simplifica notablemente la definición de su ámbito, frente a la redacción anterior del artículo 30 del TUE. A tenor del segundo apartado del artículo 87 del TFUE, podrán adoptarse medidas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sobre la recogida, el almacenamiento, el tratamiento y el intercambio de información, el apoyo a la formación y la cooperación para el intercambio de personal, los equipos y la investigación científica policial, y las técnicas comunes de investigación para localizar formas graves de delincuencia organizada.

Se exige, en cambio, unanimidad del Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo, para regular la cooperación operativa entre servicios policiales y similares de los Estados miembros (artículo 87.3 del TFUE). A falta de acuerdo, nueve Estados miembros pueden desencadenar el establecimiento automático de una cooperación reforzada que no constituya un desarrollo del acervo de Schengen (pues si lo fuera, resultaría aplicable el Protocolo Schengen, al que más adelante se hace referencia) cuando, remitido el proyecto al Consejo Europeo, éste no alcance un consenso en cuatro meses. Los nueve Estados comunicarán su intención de establecer la cooperación reforzada al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, entendiéndose concedida la autorización para crearla a que se refiere, en general para todo establecimiento de una cooperación reforzada, el primer apartado del artículo 329 del TFUE.

Por lo que respecta a la Unidad Europea de Cooperación Policial, Europol, el apartado 1 del artículo 88 del TFUE, simplificando las prescripciones del antiguo artículo 30.2 del TUE, le encomienda el apoyo a la actuación de las autoridades policiales nacionales, y a la colaboración mutua para prevenir la delincuencia grave que afecte a más de un Estado miembro, el terrorismo en cualquier caso, y las formas de delincuencia lesivas de intereses comunes objeto de una política de la Unión.

Al igual que Eurojust, Europol pasa a regirse por coordenadas comunitarias. La regulación de esta Unidad de cooperación policial, y la de sus mecanismos de control a cargo del Parlamento Europeo, con la participación de los Parlamentos nacionales, se llevará a cabo mediante Reglamentos adoptados a través del procedimiento legislativo ordinario. En ellos podrán atribuirse facultades a Europol para el tratamiento e intercambio de información, o para realizar investigaciones y acciones operativas junto con las autoridades nacionales competentes (únicas que podrán aplicar medidas coercitivas), o en equipos conjuntos de investigación, en su caso en colaboración con Eurojust.

Finalmente, el artículo 89 del TFUE autoriza al Consejo a regular las actuaciones transfronterizas de las autoridades policiales y judiciales de un Estado miembro, en contacto y de acuerdo con las autoridades del Estado miembro donde dichas actuaciones vayan a llevarse a cabo. Frente al antiguo artículo 32 del TUE, la novedad reside en el sometimiento de estas cuestiones, una vez más, a metodología comunitaria. Aunque la adopción de las pertinentes decisiones sigue correspondiendo al Consejo por unanimidad, y previa con-

sulta no vinculante al Parlamento Europeo, en una clara reminiscencia intergubernamental heredada de los esquemas del desaparecido tercer pilar de la Unión.

5. LOS PROCEDIMIENTOS DECISORIOS

Junto a la ampliación teleológica y material de las competencias de la Unión sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tratado de Lisboa añade otra importante serie de reformas en los procedimientos decisorios, que en lo esencial, aunque con algunas excepciones y modulaciones sobre las que se volverá en seguida, evolucionan hacia pautas de mayor alcance supranacional.

En primer lugar, se generaliza el procedimiento de codecisión, ahora denominado legislativo ordinario, en las materias que ya antes del Tratado de Lisboa eran de competencia comunitaria (fronteras, visados, asilo, inmigración, cooperación judicial en materia civil y cooperación administrativa, según el antiguo Título IV del TCE). En la situación anterior, ciertamente regía ya el procedimiento de codecisión en buena parte de estos ámbitos, de conformidad con el antiguo artículo 67 del TCE y la Decisión 2004/927/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, adoptada sobre su base⁸.

No obstante, la unanimidad del Consejo, a iniciativa de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo (mecanismo previsto en el apartado 1 y primer guión del apartado 2 del artículo 67 del TCE) continuó siendo aplicable para la adopción de la legislación comunitaria que definiera las normas comunes y los principios esenciales en materia de determinación del Estado responsable del examen de las demandas de asilo, acogida de solicitantes de asilo, procedimientos y concesión del estatuto de refugiado, condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países, procedimientos de expedición de visados de larga duración y permisos de residencia, incluidos los de reagrupación familiar, y derechos y condiciones arreglo a las cuales los nacionales terceros países con residencia legal en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros, si bien las medidas de desarrollo de esa legislación comunitaria básica podían ser aprobadas mediante codecisión. La unanimidad, en cambio, continuó siendo la regla para elaboración de todas las medidas concernientes a la cooperación judicial en materia civil sobre asuntos de Derecho de familia con repercusión transfronteriza, y a la cooperación administrativa.

La unificación de los mecanismos de decisión en beneficio del procedimiento legislativo ordinario, según la nueva regulación introducida por el Tratado de Lisboa, contribuirá a evitar situaciones como la parcial anulación en 2008 de la Directiva sobre normas mínimas para la concesión o retirada

⁸ Decisión 2004/927/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera Parte del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 del Tratado (*DOUE*, n° L 396, de 31.12.2004, pp. 45 y 46).

del estatuto de refugiado⁹. En ella se preveían ulteriores medidas de desarrollo, consistentes en la confección de listas de países de origen seguros, como criterio de ponderación nacional acerca del carácter justificado de las solicitudes de asilo presentadas ante los Estados miembros, que, como tales medidas de desarrollo, debían adoptarse por codecisión según el artículo 67 del TCE. En su lugar, la Directiva establecía un procedimiento *ad hoc* (mayoría cualificada del Consejo y consulta no vinculante al Parlamento Europeo), que el Tribunal de Justicia consideró inválido.

La generalización del procedimiento legislativo ordinario acaba con la anterior fragmentación entre unanimidad y codecisión entre distintas materias (y aun dentro de una misma materia, en los casos recién examinados), que en la situación antecedente generaban dificultades para adoptar medidas unitarias en las cuales se combinaran contenidos sometidos a uno y otro trámite. Pero, más allá de todo ello, la opción por el procedimiento legislativo ordinario como básico esquema decisorio amplía la lógica integradora, debido al voto por mayoría cualificada en el Consejo, y la legitimación democrática, dadas las mayores atribuciones legislativas de la Eurocámara.

La excepción continuará siendo la cooperación judicial en materia civil referida a asuntos relativos al Derecho de familia con repercusión transfronteriza, pues se mantiene la unanimidad del Consejo y la consulta no vinculante al Parlamento Europeo (artículo 81.3 del TFUE, que prácticamente transcribe el segundo guión del apartado 5 del antiguo artículo 67 del TCE). No obstante, queda configurada en el artículo 81.3 del TFUE una «pasarela intracomunitaria» para transitar al procedimiento legislativo ordinario también en estos asuntos, en los términos que se exponen al final del presente apartado.

Más profundo aún es el cambio de régimen decisorio ligado a la «comunitarización» de las materias antaño correspondientes al tercer pilar de la Unión, la cooperación judicial en materia penal, la cooperación policial y la aproximación de legislaciones penales y procesales penales. Esencialmente, por el significativo paso de la unanimidad del Consejo, sin previa consulta al Parlamento Europeo y sin monopolio de iniciativa de la Comisión (antiguos artículos 34.2, 39.1 del TUE), al procedimiento legislativo ordinario, que conlleva el voto por mayoría cualificada en el Consejo y las atribuciones colegisladoras del Parlamento Europeo, como acaba de subrayarse.

Permanecen, pese a ello, destacables inercias intergubernamentales heredadas de la anterior redacción del Título VI del TUE, a causa de la sensibilidad de estos temas para los Gobiernos de los Estados miembros. Una de ellas,

⁹ STJCE de 18.5.2008, as. *Parlamento Europeo y Comisión c. Consejo* (C-133/06). Los preceptos concretamente anulados por las razones indicadas fueron los artículos 29, apartados 1 y 2, y 36, apartado 3, de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

en clave restrictiva, supone romper con uno de los más esenciales rasgos integradores comunitarios, al trasladar a la nueva Unión sucesora de la Comunidad la pérdida del monopolio de iniciativa de la Comisión, que comparte con un cuarto de los Estados miembros en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, la aproximación de legislaciones penales y procesales, y la cooperación policial (artículo 76 del TFUE, aplicable también a la cooperación administrativa). La otra singularidad, en refuerzo del control democrático sobre cuestiones con fuerte repercusión sobre los derechos individuales, viene dada por la intervención de los Parlamentos nacionales en la supervisión de Europol y Eurojust (artículo 70 del TFUE).

Algunas (nuevas) peculiaridades procedimentales son comunes a todas las políticas de la Unión relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. Por un lado, el hecho de que corresponda al Consejo Europeo fijar los objetivos de la acción legislativa y operativa (artículo 68 del TFUE), en la estela de la praxis marcada por los importantes Programas de Tampere (1999-2004)¹⁰, La Haya (2005-2009)¹¹ y, ya tras la vigencia del propio Tratado de Lisboa, Estocolmo¹², todos ellos para la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia. Por otro lado, la previsión de un Comité Permanente del Consejo, con la finalidad de fomentar e intensificar la cooperación operativa en materia de seguridad interior (nuevo artículo 71 del TFUE), antes denominado Comité K.4, a causa de la numeración inicial del precepto del Tratado de Maastricht que lo instituyó.

La alta sensibilidad de las cuestiones pertenecientes al espacio de libertad, seguridad y justicia para los Gobiernos nacionales ha determinado la expresa salvaguardia de ciertas competencias de los Estados miembros. Así sucede con la relativa a la delimitación geográfica de sus fronteras, de acuerdo con el Derecho internacional (artículo 77.4 del TFUE). O bien, como específica barrera a las políticas inmigratorias de la Unión, la explícita reserva del derecho de los Estados a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales no comunitarios procedentes de terceros países que busquen trabajo por cuenta ajena o propia (artículo 79.5 del TFUE).

Lo mismo ocurre con el reconocimiento de las responsabilidades que incumben a los Estados en el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (artículo 72 del TFUE). Y en estrecha conexión, la prohibición al Tribunal de Justicia de entrar a controlar las operaciones realizadas a tal fin por los servicios nacionales de policía y equivalentes de los Estados miembros, o de pronunciarse sobre el ejercicio de las referidas responsabilidades nacionales respecto del mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (artículo 276 del TFUE), sobre la

¹⁰ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, Bruselas, 16 de octubre de 1999, Documento SN 200/99.

¹¹ «El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea» (DOUE, nº C 53, de 3.3.2005, p. 1).

¹² «Programa de Estocolmo – una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano» (DOUE, nº C 115, de 4.5.2010, p. 1).

cual se volverá en el apartado de este trabajo dedicado al régimen de control jurisdiccional.

Nueva aportación del Tratado de Lisboa es, igualmente, la mención, en el artículo 73 del TFUE, al derecho de los Estados miembros a mantener formas de cooperación, ajenas al marco comunitario, entre sus servicios especializados en la seguridad nacional. Tal previsión formó parte de las exigencias británicas para aceptar las reformas del Derecho originario concernientes al espacio de libertad, seguridad y justicia, haciendo reaparecer así las cooperaciones más estrechas a que se refería la versión inicial del Tratado de Maastricht, en su Título VI.

De nuevo cumple mencionar aquí los diversos «frenos de emergencia», anteriormente descritos, a la aproximación de legislaciones penales y procesales penales mediante Directivas, y a la creación de la Fiscalía Europea¹³, toda vez que, en su respectivo ámbito de aplicación, suponen la pervivencia de la unanimidad en el Consejo que regía en el tercer pilar. Aunque con el contrapeso, como ya se ha dicho, de la automática apertura de una cooperación reforzada que permita poner en marcha las correspondientes iniciativas si así lo solicitan un mínimo de nueve Estados miembros.

Por último, sobrevive un resto de las anteriores pasarelas para el cambio de patrones decisorios intergubernamentales a esquemas de mayor contenido integrador, sin necesidad de expresa reforma de los Tratados. Se trata del procedimiento «de pasarela intracomunitaria» establecido en el apartado 3 del artículo 81 para los asuntos de Derecho de familia con repercusión transfronteriza, cuya finalidad, como también quedó señalado anteriormente, se cifra en reemplazar por el procedimiento legislativo ordinario la unanimidad del Consejo con la mera consulta previa al Parlamento Europeo.

Activar la «pasarela» requiere la unánime decisión del Consejo, a propuesta de Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo. Pero también aquí se establece un posible freno a instancia de un único Estado miembro. Si un Parlamento nacional notifica su oposición al cambio procedimental en los seis meses posteriores a la comunicación de la unánime decisión del Consejo, ésta no será adoptada. Y al consistir tal decisión, no en la aprobación de normas derivadas, sino en mudar el procedimiento decisorio para adoptarlas, no hay en este caso posibilidad de establecimiento de una cooperación reforzada entre aquellos Estados miembros cuyos Parlamentos no hayan objetado el cambio.

¹³ No contemplados, en cambio, en la fallida Constitución Europea, y que respondieron a una renegociación y un reequilibrio entre las posiciones, a veces contrapuestas, de los distintos Estados miembros. Sobre los difíciles compromisos en el seno de la Conferencia Intergubernamental autora del Tratado de Lisboa, que condujeron a la introducción de tales «frenos» como contrapartida a la «comunitarización», LADENBURGER, C., «Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon...», *op. cit.*, pp. 27 ss.

6. LA GENERALIZACIÓN DEL SISTEMA COMUNITARIO DE FUENTES DERIVADAS

Además de situar los procedimientos decisorios bajo planteamientos de mayor alcance integrador, la formal desaparición del tercer pilar extiende la metodología supranacional también a los aspectos de fuentes. La refundición de la cooperación policial y judicial en materia penal, y de la aproximación de legislaciones penales y procesales penales, con las preexistentes competencias comunitarias sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia bajo el nuevo Título V del TFUE hace desaparecer *pro futuro* el anterior elenco de normas y actos del tercer pilar (posiciones comunes, convenios, decisiones marco y decisiones). Ello determina, sin más, la aplicabilidad de la tipología general de fuentes del Derecho derivado comunitario.

De esta manera, deja de existir la artificiosa delimitación de las áreas de válida actuación europea entre la Comunidad y el tercer pilar, y se evitan problemas jurídicos inútilmente complejos. De un lado, las dificultades de selección de bases jurídicas entre uno y otro Tratado, que motivaron la anulación de disposiciones del tercer pilar por invasión de competencias comunitarias¹⁴. Pero también, y sobre todo, se suprime otro delicado, y a la vez vacío, problema de naturalezas jurídicas.

En efecto, la prospectiva desaparición del catálogo de medidas y normas del tercer pilar elimina (o al menos reduce significativamente) las ocasiones en que resulte preciso interpretar qué son las posiciones comunes y Decisiones marco propias de aquél, y cuáles sus respectivos efectos jurídicos. Algunos de estos problemas han ocupado ya al Tribunal de Justicia, aunque, en su condición de órgano jurisdiccional vinculado por los principios de justicia rogada y congruencia, sólo ha podido abordar aquellos aspectos que le han sido planteados a través de las vías procesales pertinentes.

Así, ha habido de precisar el Tribunal cuáles son los efectos internos de las Decisiones marco, cosa que hizo en la Sentencia sobre el caso Pupino, en la que sentó el principio general de que el Derecho nacional debe interpretarse de conformidad con las decisiones marco de la Unión, aunque con el límite consistente en no forzar o rebasar la literalidad de aquél¹⁵. Y asimismo, ha caracterizado a las posiciones comunes como instrumentos jurídicos desprovistos de efectos frente a terceros, lo que le ha permitido esclarecer, sobre tal base, el complejo régimen de control jurisdiccional de tales instrumentos¹⁶.

¹⁴ Así sucedió con la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, que fue anulada por STJCE de 13.9.2005, as. *Comisión c. Consejo* (C-176/03). Y también, más recientemente, con la Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, anulada por la STJCE de 23.10.2007, as. *Comisión c. Consejo* (C-440/05).

¹⁵ Sentencia de 16.6.2005, as. *Pupino* (C-105/03), apartados 41 a 47.

¹⁶ Véanse las dos SSTJCE de 27.2.2007, respectivamente dictadas en los as. *Gestoras Pro Amnistía, Olano y Errasti c. Consejo* (C-354/04 P), apartados 52 a 55; y, *Segi, Zubimendi y Galarraga c. Consejo* (C-355/04 P), igualmente apartados 52 a 55.

También acabará la general aplicación del catálogo comunitario de fuentes con las importantes dudas sobre la relación y eventual precedencia entre disposiciones comunitarias derivadas y disposiciones emanadas del tercer pilar, cuestión que distaba de estar clara en la regulación originaria previa al Tratado de Lisboa. De hecho, el Tribunal de Justicia tuvo que analizar en alguna ocasión la interrelación de Directivas comunitarias y Decisiones marco con un objeto regulador común (concretamente, los derechos de las víctimas de infracciones penales), sin que las conclusiones alcanzadas fuesen reveladoras, ni susceptibles de elevación a categoría. De hecho, sólo pudo indicar el Tribunal que no hay relación jerárquica o de subordinación entre unas y otras, ni tampoco de coordinación, y que ni siquiera tiene por qué existir prelación entre ellas¹⁷.

¿Acaba el Tratado de Lisboa, pese a todo lo señalado, con la multiplicidad de sistemas de fuentes en lo relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia? Aunque pueda deducirse de la antecedente exposición una respuesta general afirmativa, queda subsistente al menos una excepción propiciada por el propio Tratado de Lisboa: el acervo del tercer pilar, mientras resulte aplicable el anterior régimen de control a cargo del Tribunal de Justicia, de conformidad con las reglas transitorias que el mismo Tratado establece sobre esta cuestión, a las que más adelante se hace referencia¹⁸.

El acervo de Schengen integrado en la Unión constituye otra salvedad a la unificación del régimen de fuentes en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia tras el Tratado de Lisboa. Inicialmente generado en un contexto estrictamente intergubernamental, fue posteriormente incorporado al marco de la Unión por el Tratado de Ámsterdam, pero, más allá de su genérica conceptualización como cooperación reforzada (y por tanto, como Derecho derivado para los Estados que participan en su aplicación y desarrollo), el Tratado de Ámsterdam no estableció correspondencias de las diversas disposiciones y medidas integrantes del acervo de Schengen con los catálogos de fuentes comunitarias y del tercer pilar, como tampoco lo ha hecho el Tratado de Lisboa.

Precisamente al ser Derecho derivado de la Unión, el acervo de Schengen ha sido ya objeto de fiscalización e interpretación por parte del Tribunal de Justicia. Pero su condición de Derecho derivado atípico es una herencia de su aludido origen intergubernamental y paralelo a la Comunidad y la Unión, circunstancia que el Tratado de Lisboa no se hallaba en disposición de remediar. De hecho, las dos posibles formas de hacerlo sólo pueden venir de la mano de las instituciones.

¹⁷ STJCE de 28.6.2007, as. *Dell'Orto* (C-467/05), apartados 57 y 58, sobre la interrelación (o más precisamente, la falta de ella) entre Directivas (concretamente, la número 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos) y Decisiones marco (en este caso, la número 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal) con un teórico objeto o ámbito de aplicación común.

¹⁸ *Infra*, apartado 8.

Una de ellas, sobre una base necesariamente casuística, se cifra en la interpretación que vaya haciendo el Tribunal de Justicia acerca de la naturaleza normativa y efectos de los diversos componentes del acervo de Schengen integrado en la Unión. Y la segunda viene de la mano de la actualización ligada a la paulatina adopción de iniciativas de desarrollo del acervo de Schengen dentro del marco de la Unión, que modifiquen y actualicen componentes de ese mismo acervo generados en su día fuera de tal marco. Como más adelante se comprobará, el Tratado de Lisboa aporta alguna novedad destacable sobre estas iniciativas y su relación con el acervo preexistente de Schengen¹⁹.

7. LA UNIFICACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL JURISDICCIONAL

Otra de las principales repercusiones de la formal desaparición del tercer pilar y su refundición con las preexistentes políticas comunitarias relacionadas afecta al régimen de control a cargo del Tribunal de Justicia. Como sucede con el sistema de fuentes, también las modalidades de fiscalización jurisdiccional en todos los ámbitos del espacio de libertad, seguridad y justicia pasan a someterse, tras el Tratado de Lisboa, al régimen general de recursos y procedimientos del Derecho comunitario derivado, con la temporal excepción de las cláusulas transitorias sobre el acervo del tercer pilar, a las que se hará referencia en el próximo apartado del presente trabajo.

Con la referida salvedad, esta generalización y unificación en beneficio del marco comunitario de recursos ante el Tribunal pone fin a la multiplicidad de vías de control reinante en la situación anterior²⁰. En primer término, desaparece el régimen de control más limitado, y en importantes casos (como el de la cuestión prejudicial) subordinado a la discrecional y previa aceptación nacional de la propia jurisdicción del Tribunal, que caracterizaba al extinto tercer pilar (antiguo artículo 35 del TUE, apartados 2 y 3).

Pero desaparecen también las restricciones a esa misma jurisdicción en la propia porción comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia antes de la vigencia del Tratado de Lisboa (antiguo artículo 68 del TCE), que esencialmente consistían en circunscribir el planteamiento de la cuestión prejudicial a los órganos de última instancia. Unas limitaciones que de hecho han determinado la inadmisión a trámite de varios reenvíos precisamente a causa de este restrictivo requisito²¹, y que la actual reforma elimina.

¹⁹ Vid. *infra*, apartado 9.

²⁰ Sobre el régimen de procedimientos de control del Tribunal de Justicia en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, introducidos en su día por el Tratado de Ámsterdam, véanse, entre otros, CURTI GIALDINO, C., «Schengen et le troisième pilier. Le contrôle juridictionnel organisé par le Traité d'Amsterdam», *RMUE*, 1998-2, pp. 89-124, o GONZÁLEZ ALONSO, L.N., «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», *RDCE*, nº 4, 1998, pp. 501-548.

²¹ Así, los Autos del TJCE de 10.6.2004, as. *Warbecq* y *Ryanair Ltd* (C-555/03), y de 27.11.2009, as. *Martinez, Martinez* y *MGN Ltd* (C-278/09).

El propio Tribunal de Justicia había subrayado el carácter más atenuado de sus facultades de control en el ámbito del tercer pilar²². Una circunstancia que, dado el fuerte impacto de estas políticas de la Unión sobre los derechos fundamentales, era merecedora de amplia crítica desde la perspectiva de las exigencias propias del Estado de Derecho.

Las consecuencias positivas de la «comunitarización» del tercer pilar probablemente sean aún más intensas desde la perspectiva del control jurisdiccional que en materia de fuentes. No sólo se generalizan los recursos y procedimientos propios del Derecho comunitario. Además, la recién apuntada desaparición de la anterior restricción de la cuestión prejudicial a los órganos nacionales de última instancia en la parcela comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia levanta un importante impedimento a la fluidez de la relación de cooperación del Tribunal de Justicia con los órganos jurisdiccionales nacionales, que se halla en la base del propio instituto del reenvío prejudicial.

Sin embargo, no terminan todas las anteriores restricciones o modulaciones. En este punto, debe citarse de nuevo la explícita reserva de competencias estatales sobre el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (artículo 72 del TUE), y, de mayor relevancia aún, su proyección procesal, la interdicción al Tribunal de Justicia de controlar las operaciones realizadas con tales fines por los servicios policiales nacionales y asimilados (artículo 276 del TFUE). Sólo cabe matizar su más lógica ubicación en la situación actual, pues esa interdicción se emplaza ahora dentro de la regulación general de los recursos ante el Tribunal, y no entre las previsiones sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia, como ocurría en la regulación anterior.

Las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa no sólo ponen término a la anterior multiplicidad de regímenes de control jurisdiccional según los distintos ámbitos del espacio de libertad, seguridad y justicia concernidos en cada caso. Además, y más significativamente, incrementan las facultades fiscalizadoras del Tribunal de Justicia, reforzando en estas materias de tan directa repercusión sobre los derechos individuales las garantías propias del Estado de Derecho.

Por otro lado, la migración hacia el régimen común de recursos comunitarios erradica los reales riesgos que esa misma multiplicidad anterior podía suponer para el principio *pro actione*. Y si bien el Tribunal había mantenido una interpretación antiformalista, admitiendo a trámite reenvíos formulados como cuestiones prejudiciales comunitarias cuando realmente habían de plantearse con arreglo las disposiciones propias del tercer pilar²³, ese

²² En este sentido, SSTJCE de 16.6.2005, as. *Pupino, cit.*, apartado 35; de 27.2.2007, as. *Gestoras Pro-Amnistía, cit.*, apartado 50; y, de nuevo, de 27.2.2007, as. *Segi, cit.*, apartado 50.

²³ SSTJCE de 16.6.2005, as. *Pupino, cit.*, apartados 19 y 28 a 3; de 12.8. 2008, as. *Santesteban Goicoechea (C-296/08 PPU)*, apartado 38; y, de 28.6.2007, as. *Dell'Orto, cit.*, apartados 36 a 40.

riesgo, tan artificioso como la propia multiplicidad de regímenes de control jurisdiccional que lo propiciaba, queda erradicado por el Tratado de Lisboa, al generalizar y unificar el marco procesal mediante la aplicabilidad pura y simple del sistema comunitario de recursos ante el Tribunal de Justicia, ahora previsto en los artículos 258 y siguientes del TFUE.

8. LAS CLÁUSULAS TRANSITORIAS SOBRE EL ACERVO DEL TERCER PILAR

La última aportación general del Tratado de Lisboa a la ordenación jurídica del espacio de libertad, seguridad y justicia viene dada por las reglas referentes al estatuto normativo de las disposiciones y medidas adoptadas en su día en el marco del ahora extinto tercer pilar de la Unión. Esto es, sobre la base de la redacción anterior del Título VI del TUE. El Título VII del nuevo Protocolo n.º 36, anejo al TFUE, sobre las Disposiciones Transitorias, aborda esta compleja problemática.

Conforme al artículo 10 del mismo, los actos y Convenios adoptados por los Estados miembros al amparo del TUE con anterioridad a la vigencia del Tratado de Lisboa conservan sus efectos como tales actos, mientras no sean modificados, derogados o anulados con arreglo a la nueva redacción del TUE y del TFUE. Durante un plazo de cinco años a contar desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (recuérdese, a partir del 1 de diciembre de 2009), la Comisión dispondrá, respecto a esos actos y Convenios, de sus generales atribuciones de vigilancia del correcto cumplimiento de los Tratados, previstas ahora en el artículo 258 del TFUE.

A lo largo de ese mismo intervalo transitorio, el régimen de control por el Tribunal de Justicia continuará siendo el establecido en el anterior artículo 35 del TUE, más débil que el aplicable al Derecho derivado comunitario, como ya se ha indicado. Sin embargo, contarán ambas instituciones con todas sus competencias respecto las normas y actos del antiguo tercer pilar que sean reformados tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en aplicación del nuevo Título V de la Tercera Parte del TFUE.

Por último, ha obtenido Reino Unido el derecho de desligarse de esas atribuciones de la Comisión y del Tribunal sobre el acervo normativo del tercer pilar no modificado por ulteriores medidas de Derecho derivado adoptadas al amparo del nuevo Título V de la Tercera Parte del TFUE. Podrá ejercerse ese derecho de desvinculación británica hasta seis meses antes de que expiren los cinco primeros años de vigencia del Tratado de Lisboa, en cuyo caso dejarán de ser aplicables al Reino Unido las disposiciones del tercer pilar. Pero este país, a su vez, podrá volver a participar en todas o algunas de ellas si discrecionalmente así lo decide con posterioridad, aunque entonces con plenitud de funciones de la Comisión y del Tribunal de Justicia.

9. EL DESARROLLO DEL ACERVO DE SCHENGEN Y LOS ESTATUTOS PARTICULARES BRITÁNICO E IRLANDÉS Y DANÉS

Conviviendo con el sistema general descrito en los apartados precedentes, se mantienen, e incluso en cierta medida aumentan, las especialidades y modulaciones existentes desde el Tratado de Ámsterdam: las relativas al acervo de Schengen, y los estatutos particulares de Reino Unido e Irlanda, por un lado, y de Dinamarca, por otro, con respecto a las reglas del TFUE referentes al espacio de libertad, seguridad y justicia.

A tenor de las recién examinadas disposiciones transitorias sobre el acervo del tercer pilar, quedarán plenamente «comunitarizados» en un plazo de cinco años desde la vigencia del Tratado de Lisboa los componentes del acervo de Schengen en su día basados por el Consejo en preceptos del antiguo Título VI del TUE²⁴. Tales bases jurídicas deben entenderse actualmente emplazadas en los correspondientes preceptos del Título V de la Tercera Parte del TFUE.

Pervive la opcional y selectiva posibilidad de participación británica, irlandesa, o de ambos Estados, en la aplicación del acervo de Schengen integrado en la Unión (artículo 4 del Protocolo Schengen) y en las ulteriores iniciativas de desarrollo de dicho acervo (artículo 5 del mismo Protocolo). Pero el Tratado de Lisboa ha concedido a ambos países un adicional derecho a no participar en tales iniciativas de desarrollo cuando afecten a componentes del acervo de Schengen en cuya aplicación uno o ambos países hubieran sido previamente autorizados a participar (nuevo apartado 2 del artículo 5 del Protocolo Schengen) mediante una previa Decisión del Consejo dictada con arreglo al artículo 4 del referido Protocolo.

Un complejo procedimiento, en el que intervienen el Consejo Europeo y la Comisión, queda establecido en los nuevos apartados 3, 4 y 5 del mismo artículo, a fin de intentar reconducir las discrepancias de uno o ambos países a tales iniciativas de desarrollo. O bien, no resultando posible la reconducción, para determinar en qué medida uno u otro país, o, en su caso, los dos, se retiran de la aplicación del acervo de Schengen, tratando al tiempo

²⁴ Recuérdense, a este respecto, las Decisiones del Consejo 1999/435/CE, de 20 de mayo de 1999, sobre la definición del acervo de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo, (*DOCE*, nº L 176, de 10.7.1999, p. 1-16), y 1999/436/CE, de 20 de mayo de 1999, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen (*ibid.*, pp. 17-30), adoptadas ambas de conformidad con el artículo 2.1 del entonces denominado como Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea. Mayores detalles sobre esta cuestión pueden hallarse en DONAIRE VILLA, F.J., *La Constitución y el acervo de Schengen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 74 ss.

de mantener las mayores cotas de participación de esos mismos Estados en dicho acervo y de coherencia de este último.

En definitiva, los nuevos apartados 2 a 5 del artículo 5 del Protocolo Schengen parcialmente desactivan, desde el propio Derecho originario, la previsión incluida en las Decisiones en su día dictadas por el Consejo sobre la participación de Reino Unido y de Irlanda en la aplicación de diversos componentes del acervo de Schengen, con arreglo a la cual se consideraría irrevocablemente que ambos países también habían notificado al Consejo su deseo de participar en todas las ulteriores propuestas e iniciativas de desarrollo que afectasen a mismos componentes del acervo de Schengen aceptados por ambos países²⁵.

Con carácter previo, había confirmado ya el Tribunal de Justicia que Reino Unido o Irlanda sólo pueden tomar parte, con arreglo al artículo 5 del Protocolo citado, en iniciativas de desarrollo que afecten a elementos del acervo preexistente de Schengen en cuya aplicación uno u otro país previamente hubieran solicitado participar, y hubiesen sido autorizados a ello por el Consejo, de conformidad con el artículo 4 del mismo Protocolo. O, a la inversa, que no pueden participar en iniciativas de desarrollo que afecten a elementos del acervo preexistente de Schengen en cuya aplicación no hayan solicitado y obtenido autorización para intervenir uno u otro país, o ambos, según el caso.

Así sucedió, en concreto, con la adopción, en 2004, de los Reglamentos sobre Frontex²⁶, y sobre datos de seguridad y biométricos en la expedición de pasaportes²⁷. Pese a que el Reino Unido notificó su intención de participar en la elaboración de ambas normas (respectivamente, el 11 de febrero y el 19 de mayo de 2004), el Consejo adoptó los dos instrumentos jurídicos de Derecho derivado sin la intervención de dicho país, y añadiendo en ellos sendas previsiones que excluían al Reino Unido de su aplicación. Formulados los pertinentes recursos de anulación por este mismo Estado miembro,

²⁵ Artículo 8.2 de la Decisión del Consejo 2000/365/CE, de 29 de mayo de 2000, sobre la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen (*DOUE*, n° L 131, de 1.6.2000, pp. 43-47), y artículo 6.2 de la Decisión del Consejo 2002/192/CE, de 28 de febrero de 2002, relativa a la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen (*DOUE*, n° L 64, de 7.3.2002, pp. 20-23).

²⁶ Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (*DOUE*, n° L 349, de 25.11.2004, p. 1). Acerca de esta Agencia, véase el trabajo de ILLAMOLA DAUSÁ, M., «Hacia una gestión integrada de las fronteras. El Código de Fronteras Schengen y el cruce de fronteras en la Unión», *Documentos CIDOB. Migraciones*, n° 15, 2008, pp. 31 ss.

²⁷ Reglamento (CE) n° 2252/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros (*DOUE*, n° L 385, de 29.12.2004, p. 1).

el Tribunal de Justicia los desestimó mediante sendas Sentencias de 18 de diciembre de 2007²⁸.

Argumentó en ellas el Tribunal que las iniciativas de desarrollo del acervo de Schengen en que participe Reino Unido deben concordar con los componentes de dicho acervo que tales iniciativas ejecutan, o de los cuales constituyen un desarrollo, lo que presupone la previa aceptación, tanto de los propios componentes del acervo de Schengen que vayan a ser desarrollados, como de los principios que constituyen su fundamento. De ello se deduce, para el Tribunal, que sólo puede considerarse la participación de un Estado miembro en la adopción de una medida con arreglo al artículo 5 del Protocolo Schengen cuando ese mismo Estado haya asumido el ámbito del acervo de Schengen en el que se inscribe la medida que debe adoptarse, o del que constituye un desarrollo²⁹.

Y si bien se dictaron ambas Sentencias antes de que entrara en vigor el Tratado de Lisboa (aunque unos días después de su firma), nada en las nuevas previsiones originarias recién examinadas, que este último añade al artículo 5 del Protocolo Schengen, altera las bases sobre las cuales se asienta la interpretación jurisprudencial, ciertamente restrictiva, que en esas mismas Sentencias se efectúa en torno al alcance material del derecho de selectiva y opcional participación británica e irlandesa en las iniciativas de desarrollo del acervo de Schengen.

Antes al contrario, esas nuevas previsiones originarias sólo permiten activar tal procedimiento de retirada de uno o ambos Estados cuando éstos vinieran participando previamente en el ámbito del acervo de Schengen afectado por la iniciativa de desarrollo que dicho Estado o Estados rechacen. O lo que es igual, únicamente si preexiste una decisión del Consejo, basada en el artículo 4 del mismo Protocolo, en virtud de la cual se considere que tal Estado o Estados han notificado su intención de participar en las ulteriores iniciativas del correspondiente ámbito del acervo de Schengen. Se trata, con claridad, de la misma condición jurisprudencialmente requerida para que británicos e irlandeses, en positivo, puedan participar en tales iniciativas de desarrollo: su previa participación en el ámbito del acervo a que afecten esas mismas iniciativas.

Por otra parte, y según lo apuntado al inicio de este mismo apartado del presente trabajo, el Tratado de Lisboa amplía el alcance material del anterior estatuto de general exclusión de Reino Unido e Irlanda con respecto a la aplicación del antiguo Título IV del TCE (donde se regulaban las competencias comunitarias relativas a control de fronteras, visados, asilo, inmigración, cooperación judicial en materia civil y cooperación administrativa), y

²⁸ As. *Reino Unido c. Consejo* (acción de anulación contra el Reglamento 2007/2004, citado en nota 26) (C-77/05); y, as. *Reino Unido c. Consejo* (acción de anulación contra el Reglamento 2252/2004 citado en nota anterior) (C-137/05).

²⁹ Apartados 61 y 62 de la Sentencia relativa al as. C-77/05, y 50 de la Sentencia dictada en el as. C-137/05.

de selectiva y voluntaria participación en la elaboración o ejecución de normas comunitarias derivadas que se basaran en él.

Desligándose de su más inmediato precedente, la fallida Constitución europea, el Tratado de Lisboa profundiza este estatuto de *opting-out* general³⁰, con posible *opting-in* particular³¹, de británicos e irlandeses, pues lo extiende al conjunto de la regulación originaria referente al espacio de libertad, seguridad y justicia (anteriormente, sólo afectaba a la porción «comunitarizada» de estas políticas, las reguladas, precisamente, en el antiguo Título IV del TCE). Esto es, se amplía el estatuto especial británico e irlandés a los asuntos que antes eran propios del tercer pilar, y que se han visto «comunitarizados» por obra del Tratado de Lisboa. Además, se sigue reconociendo de manera expresa a ambos Estados miembros el derecho a mantener la práctica de los controles en sus fronteras³².

Tres pueden llegar a ser, por su parte, las versiones del régimen particular danés, una inicial y otras dos opcionales. Consiste el estatuto de partida en la no intervención de Dinamarca en la aplicación del Título V de la Tercera Parte del TFUE, y de las medidas derivadas que se basen en él, con la única salvedad del acervo de Schengen, en cuya ejecución interviene en calidad de cooperación reforzada, tal y como prevé el artículo 1 del Protocolo n.º 10 anejo al TFUE, aunque a título de obligación de Derecho internacional y no con arreglo a patrones comunitarios.

Todas las disposiciones y medidas integrantes del acervo de Schengen mantienen para Dinamarca, tras el Tratado de Lisboa, la misma naturaleza de actos basados en el antiguo Título VI del TUE que ya poseían para este país con arreglo al anterior Derecho originario³³. Así se desprende del artículo 2 del Protocolo n.º 22, anejo al TFUE, sobre la posición danesa, merced al cual los actos de la Unión referentes a la cooperación policial y judicial en materia penal adoptados antes de la vigencia del Tratado de Lisboa seguirán siendo vinculantes y aplicables a Dinamarca sin modificaciones.

Por otro lado, el artículo 5 del referido Protocolo concede a este mismo Estado miembro el derecho a participar en las iniciativas de desarrollo del acervo de Schengen, pero, asimismo, en calidad de obligación de Derecho internacional de índole no comunitaria. Finalmente, podrá Dinamarca op-

³⁰ Artículos 1.2 y 5 del nuevo Protocolo n.º 21 anejo al TFUE, sobre la posición del Reino Unido e Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia.

³¹ Artículos 3, 4 y 4 bis del referido Protocolo n.º 21 anejo al TFUE.

³² Nuevo Protocolo n.º 20, anejo al TFUE, sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al Reino Unido y a Irlanda. Reemplaza al anterior Protocolo n.º 3, sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda.

³³ Artículo 2, apartado 1, párrafos 2 y 4, en relación con el artículo 3, párrafos 1 y 2, todos ellos del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, que a partir de mayo de 1999 introdujo el Tratado de Ámsterdam como Protocolo n.º 2 anejo al TUE y al TCE.

tar entre la renuncia a toda peculiaridad con respecto al Título V de la Tercera Parte del TFUE (artículo 7 del mencionado Protocolo danés), o pasar a disfrutar de un régimen análogo al de Reino Unido e Irlanda, que se contiene en el anexo del mismo Protocolo n.º 22.

10. RESULTADOS GLOBALES: PROGRESIVA «COMUNITARIZACIÓN» (A VEINTICUATRO) CON PERVIVENCIA DE (TRES) ESTATUTOS DIFERENCIADOS

El Tratado de Lisboa introduce en el Derecho originario de la Unión una más coherente disciplina de las políticas europeas referentes al espacio de libertad, seguridad y justicia. Acaba con la anterior dispersión de su regulación entre dos Tratados distintos, los de Roma (Título IV) y Maastricht (Título VI), refundiéndola y concentrándola en el primero (nuevo Título V de la Tercera Parte). Con ello, se elimina en gran medida la artificiosa y problemática diferenciación entre pilares, en beneficio de un régimen esencialmente comunitario.

Reeditando el consenso de Ámsterdam-Niza, el Tratado de Lisboa ha pagado el mismo peaje que sus antecesores para lograr el necesario acuerdo entre los Estados miembros: el mantenimiento y actualización de los estatutos particulares de británicos, irlandeses y daneses, acervo de Schengen incluido, como ha podido comprobarse. Permanece, pues, la anterior separación entre el estatuto general de la mayor parte de Estados miembros y los estatutos particulares de estos tres países³⁴.

La obvia existencia de dichas particularidades estatales, cuantitativamente minoritarias por otra parte, no obsta a que el Tratado de Lisboa, al refundir en un solo Tratado (y un único Título) las políticas de la Unión relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, acabe con la anterior fragmentación y bifurcación de las mismas entre los Títulos IV del TCE y VI del TUE. Finaliza así la duplicidad de regímenes jurídicos, supranacional e intergubernamental, al situar todas esas políticas, aunque con algunas variantes procedimentales *ratione materiae*, bajo la metodología comunitaria que en general preside la acción de la nueva Unión.

Puede hablarse, en este sentido, no sólo de refundición de su ordenación jurídica, sino, incluso más allá, de una auténtica refundación de las políticas de la Unión concernientes al espacio de libertad, seguridad y justicia. Políticas que ganan en coherencia por su ensamblaje bajo un solo Título en el TFUE. Y sobre todo, políticas que ganan en cotas de integración, refundándose en definitiva, como consecuencia de la «comunitarización» o «supranacionalización», y formal desaparición, del tercer pilar de la antigua Unión

³⁴ Sobre la contraposición entre los estatutos particulares de exclusión reconocidos a británicos, irlandeses y daneses y el estatuto común aplicable a los demás Estados miembros, CARRERA, S. y GEYER, F., «El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea», *RDCE*, n.º 29, 2008, pp. 133-162.

Europea, con la consiguiente nueva cesión de competencias por parte de los Estados miembros (o al menos, por parte de la amplia mayoría de ellos que se someten al régimen supranacional común).

Se está, pues, ante un nuevo desarrollo en el camino de la integración europea, al extenderse esas cesiones competenciales estatales a campos que van más allá del mercado, e inciden de lleno en la situación y los derechos de la persona en cuanto tal, y no como mero agente económico, o impersonal factor de producción. Si cabe aún más que en pasadas reformas (las efectuadas por los Tratados de Ámsterdam y Niza), este importante salto pone en primer plano la cuestión del respeto a los derechos fundamentales.

Queda en mayor medida acentuado, de este modo, el protagonismo de las no siempre sencillas interacciones entre sistemas y niveles internos, comunitarios y más ampliamente europeos (Convenio de Roma y Tribunal de Estrasburgo) de protección de esos mismos derechos³⁵. Aunque el análisis detallado de esta cuestión desborda el objeto del presente trabajo, pueden apuntarse, sin afán exhaustivo, algunos ejemplos especialmente susceptibles de dar lugar a esas interacciones.

Así, la protección de datos personales en las transmisiones de información entre Estados miembros mediante las diversas bases de datos relacionadas con el espacio de libertad, seguridad y justicia (Sistema de Información de Schengen, Eurodac, Sistema Europeo de Visados), o la tutela de los derechos de defensa en el ámbito de las actuaciones de cooperación policial y judicial en materia penal, dentro o fuera del marco de Eurojust o Europol, o de la futura Fiscalía Europea, si llega a establecerse.

O, asimismo, los derechos de los solicitantes de asilo y en general de los nacionales de terceros países en el contexto de las políticas de visados, asilo e inmigración, a medida que vaya desplegándose el desarrollo de estas políticas. O incluso, la observancia del principio de legalidad penal en el ejercicio de las facultades de la Unión para aproximación de legislaciones penales al amparo del Título V del TFUE.

Estas nuevas cesiones competenciales estatales propiciadas por el Tratado de Lisboa, al «comunitarizar» el tercer pilar y profundizar las precedentes políticas «supranacionalizadas» referentes al espacio de libertad, seguridad y justicia, parecen llamadas a dar lugar, con el futuro ejercicio de las facultades cedidas a la Unión, a importantes desarrollos. Y con ellos, a nuevas cuestiones de articulación entre esos múltiples niveles de reconocimiento y protección de los derechos que, a no dudar, generarán importantes debates, no sólo académicos, en la arena estatal y europea.

³⁵ Acerca de la articulación entre los diversos niveles y sistemas de protección de los derechos, en general y entre otros, PÉREZ TREMPES, P., «Las cartas y los tribunales» en CARRILLO, M. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Universidad de Barcelona/Ajuntament de Mollet del Vallès, Madrid, 2008, Vol. 2, pp. 2001-2012.