CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PAOLO MENGOZZI presentadas el 24 de junio de 2010 [1]

1. Mediante el presente recurso el Reino Unido solicita al Tribunal de Justicia que anule la Decisión 2008/633/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS) por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves [2] (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

2. No se admitió que el Reino Unido participara en la aprobación de la decisión impugnada, puesto que se considera que ésta es un desarrollo de un sector creado por los acuerdos de Schengen (el de los visados) en el que no participa dicho Estado miembro. No obstante, el Reino Unido sostiene que la decisión impugnada está incluida en el sector de la cooperación policial, y no en el de los visados.

1 — Lengua original: italiano.

2 — DO L 218, p. 129.

I. Marco normativo

A. *Acuerdos de Schengen*

3. Como es sabido, los primeros acuerdos de Schengen fueron suscritos en 1985 por Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, con el fin de crear un espacio sin fronteras internas (el llamado «espacio de Schengen»). Posteriormente se han adherido a dichos acuerdos otros Estados miembros, y en 1997, con el Tratado de Ámsterdam, el *corpus* normativo en la materia fue incorporado a la Unión Europea. Dicha incorporación se llevó a cabo, concretamente, mediante un protocolo *ad hoc* adjunto al Tratado [3] (en lo sucesivo, «Protocolo de Schengen»), que autorizó la creación de una cooperación reforzada en ese sector.

3 — Protocolo (nº 2) por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el Protocolo de Schengen, convertido ahora en el nº 19, sufrió ligeras modificaciones. No obstante, en el presente asunto se debe hacer referencia a la versión anterior.

4. El Protocolo de Schengen establece en su artículo 4:

«Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que no están vinculados por el acervo de Schengen, podrán solicitar en cualquier momento participar en algunas o en todas las disposiciones de dicho acervo.

El Consejo decidirá sobre tal solicitud por unanimidad de los miembros a que se refiere el artículo 1 y del representante del Gobierno del Estado de que se trate».

5. De conformidad con lo establecido en el Protocolo de Schengen, el Reino Unido solicitó y se le permitió participar en determinadas partes del acervo de Schengen. Mediante la Decisión 2000/365/CE, [4] el Consejo definió los ámbitos de participación de dicho Estado miembro. Es indudable, y no se discute en esta fase del procedimiento, que, en el ámbito del acervo de Schengen, el Reino Unido no participa en la cooperación relativa a los visados. [5]

B. *Sistema de Información de Visados*

6. El Sistema de Información de Visados (en lo sucesivo, «VIS») fue instituido mediante la Decisión 2004/512/CE [6] con el fin de establecer un sistema común de los Estados miembros en materia de visados, que permitiera, en particular, a las autoridades nacionales competentes disponer de una base de datos en dicho sector.

7. La Decisión 2004/512 se adoptó sobre la base del artículo 66 CE, [7] que figura en el título IV de la Tercera parte del Tratado y establece que «el Consejo […] tomará las medidas necesarias para garantizar la cooperación entre los servicios pertinentes de las administraciones de los Estados miembros en los ámbitos previstos en el presente título, así como entre dichos servicios y la Comisión». Las materias reguladas por el título en cuestión se definen como «visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas».

8. El undécimo considerando de la Decisión 2004/512 es del siguiente tenor:

«La presente Decisión constituye un desarrollo de disposiciones del acervo de Schengen en el que el Reino Unido no participa, de conformidad con la Decisión 2000/365/CE del

4 — Decisión del Consejo, 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 (DO L 131, p. 43).

5 — El Reino Unido, como recuerda dicho Estado miembro en sus observaciones escritas, participa en buena parte del acervo de Schengen en los sectores relativos a la policía y a la seguridad, mientras que no participa en todo lo relacionado con la desaparición de las fronteras internas y la circulación de personas.

6 — Decisión del Consejo, de 8 de junio de 2004, por la que se establece el Sistema de Información de Visados (VIS) (DO L 213, p. 5).

7 — Actualmente artículo 74 TFUE.

Consejo […]. Por tanto, el Reino Unido no participará en su adopción y no le será vinculante ni aplicable».

9. A la Decisión 2004/512 siguió, en particular con el fin de regular detalladamente el sistema VIS, el Reglamento (CE) nº 767/2008. [8] Dicho Reglamento también encuentra su base jurídica en el título IV de la Tercera parte del Tratado CE. Como señala su considerando vigesimonoveno, el Reino Unido no participó en su adopción y no está vinculado por él.

C. *La Decisión impugnada*

10. La Decisión impugnada tiene por objeto permitir que Europol y las autoridades de los Estados miembros competentes accedan al sistema VIS en determinadas circunstancias, con el fin de prevenir e investigar algunos delitos de particular gravedad. Dado que el sistema VIS no tiene en sí mismo funciones vinculadas a la prevención y la represión de crímenes, la Decisión impugnada configuró dicho acceso con carácter excepcional. En particular, se trata de un acceso «para consultar», como establece el artículo 1, limitado además a los casos en que la finalidad de la consulta es prevenir o reprimir delitos de terrorismo y otros delitos graves.

11. La base jurídica de la Decisión impugnada está formada por los artículos 30 UE, punto 1, letra b), y 34 UE, punto 2, letra c). [9]

12. La Decisión impugnada establece en sus considerandos:

«1 […] La creación del VIS constituye una de las iniciativas clave de las políticas de la Unión Europea destinadas a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia. El VIS debe tener como objetivo mejorar la aplicación de la política común de visados y contribuir también a la seguridad interior y la lucha contra el terrorismo en circunstancias claramente definidas y supervisadas.

[…]

8 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS) (DO L 218, p. 60).

9 — Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, dichas disposiciones han sido abolidas y el ámbito de la cooperación policial ha sido transferido al TFUE, en el que comparte título (el título V de la Tercera parte) con las normas sobre las que se basa la cooperación reforzada en materia de visados. Esa nueva ubicación abre perspectivas interesantes, mencionadas también durante la vista: el Consejo sostuvo que, si tuviera que adoptarse hoy, la Decisión impugnada podría fundamentarse en una base jurídica distinta. Sin embargo, esas observaciones son irrelevantes para la solución del presente litigio.

5 La presente Decisión es complementaria del Reglamento (CE) nº 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo […], en la medida en que establece la base jurídica, prevista en el título VI del Tratado de la Unión Europea, que autoriza el acceso al VIS a las autoridades designadas y a Europol.

6 […] Es fundamental garantizar que el personal debidamente habilitado para acceder al VIS se limite a quienes "necesitan saber" y poseen los conocimientos adecuados en materia de seguridad de datos y de normas de protección de datos.

[…]

13 La presente Decisión constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen, en el que el Reino Unido no participa de conformidad con la Decisión 2000/365/CE del Consejo […]. Por consiguiente, el Reino Unido no participa en su adopción y no está vinculado ni sometido a su aplicación.

[…]

15 No obstante, con arreglo a la Decisión marco 2006/960/JAI del Consejo […] las autoridades competentes de los Estados miembros cuyas autoridades designadas tengan acceso al VIS con arreglo a la presente Decisión pueden facilitar la información contenida en el VIS al Reino Unido y a Irlanda. La información conservada en los registros nacionales sobre visados del Reino Unido e Irlanda puede facilitarse a las autoridades judiciales y policiales competentes de los demás Estados miembros. Cualquier forma de acceso directo de las autoridades centrales del Reino Unido e Irlanda al VIS requeriría, con arreglo a su situación actual de participación en el acervo de Schengen, un acuerdo entre la Comunidad y dichos Estados miembros, posiblemente complementado por otras disposiciones que especifiquen las condiciones y procedimientos para dicho acceso.

[…]»

II. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

13. Mediante su recurso, presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 10 de noviembre de 2008, el Reino Unido solicita que se anule la Decisión impugnada, en la medida en que se ha excluido de su adopción a dicho Estado miembro.

14. El Consejo, apoyado por la Comisión, solicita que se desestime el recurso por infundado.

15. Las partes fueron oídas en la vista de 14 de abril de 2010. En dicha ocasión, el Reino de España formuló observaciones orales en apoyo de las pretensiones del Consejo.

III. Consideraciones preliminares

16. Antes de examinar detalladamente las alegaciones de las partes y de apreciar su fundamento procede, con carácter preliminar, delimitar con precisión el ámbito del litigio. De hecho, existen algunos elementos que las partes no discuten por haber sido ya debatidos durante el procedimiento.

17. En primer lugar, se admite que el Reino Unido no participa en la parte del acervo de Schengen relativa a los visados, que incluye en particular al sistema VIS.

18. En segundo lugar, todas las partes están de acuerdo en que la base jurídica utilizada para adoptar la Decisión impugnada (es decir, como se ha señalado, los artículos 30 UE y 34 UE) es la adecuada.

19. Desde una perspectiva jurídica, el único punto sobre el que las partes tienen opiniones encontradas, y que por tanto deberá resolver el Tribunal de Justicia, consiste en dilucidar si es acertado o no calificar la Decisión impugnada de acto de desarrollo del acervo de Schengen.

IV. Alegaciones de las partes

A. *Posición del Reino Unido*

20. El Reino Unido solicita que se anule la Decisión impugnada, con arreglo al artículo 35 UE, punto 6, alegando vicios sustanciales de forma y/o la infracción del Tratado. En particular, la tesis de fondo del Reino Unido es que la citada Decisión no constituye un desarrollo de la política común en materia de visados, sino una medida relativa a la cooperación policial, como demuestra, entre otros, la base jurídica que el Consejo utilizó para adoptarla.

21. El Reino Unido reconoce que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si la Decisión impugnada fuera calificada de desarrollo del acervo de Schengen en materia de visados, dicho Estado miembro no tendría ningún derecho a participar en su adopción.

No obstante, dado que en su opinión debe excluirse dicha eventualidad, el Reino Unido, que participa en la cooperación policial, considera que debería habérsele permitido participar en la adopción del acto.

22. Según el Reino Unido, la propia Comisión, en su propuesta inicial de decisión, reconoció el derecho de dicho Estado miembro a participar en el mecanismo de acceso al sistema VIS por motivos relacionados con la prevención y la lucha contra el terrorismo y otros delitos graves.

23. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con el fin de determinar en qué sector de la cooperación de Schengen procede encuadrar la Decisión impugnada, hay que hacer referencia a su finalidad y a su contenido. Pues bien, según el Reino Unido, ni la finalidad ni el contenido de la Decisión impugnada guardan relación alguna con la política en materia de visados, dado que el único objetivo del acto es permitir luchar más eficazmente contra determinadas formas de criminalidad.

24. El Gobierno del Reino Unido considera que el Consejo incurrió en una contradicción fundamental al considerar que la Decisión impugnada era un desarrollo de la cooperación de Schengen en materia de visados. En efecto, alega que el Consejo no puede utilizar simultáneamente como base jurídica los artículos del título VI del Tratado UE, que se refieren a la cooperación policial, y calificar la medida, a efectos de su adopción, de medida vinculada con la política de visados. Si la Decisión impugnada pudiese incluirse realmente en el ámbito de la materia de visados, su base jurídica debería ser el título IV de la Tercera parte del Tratado CE.

25. Por último, el Reino Unido reconoce que si se acoge su postura podrían surgir problemas en relación con la participación de Islandia, Noruega y Suiza en el sistema creado por la Decisión impugnada. Los citados países participan en la cooperación de Schengen en materia de visados, pero no participan en la cooperación policial. No obstante, el Reino Unido señala, por una parte, que las consecuencias que pueda tener para terceros países la calificación jurídica de la Decisión impugnada no pueden modificar la naturaleza necesariamente objetiva de la propia calificación. Por otra parte, dicho Estado miembro se declara totalmente dispuesto y abierto a participar en la búsqueda de una solución que permita en cualquier caso la participación de terceros Estados en el sistema.

B. *Posición del Consejo*

26. El Consejo refuta el conjunto de las alegaciones del Reino Unido.

27. Con carácter preliminar, el Consejo señala que, según el marco normativo actualmente

vigente, el Reino Unido ya puede acceder a los datos contenidos en el sistema VIS, con arreglo a la Decisión marco 2006/960/JAI. [10] La única diferencia es que, en el sistema actual, dicho acceso es indirecto, mientras que el Reino Unido desea acceder directamente mediante su participación en la Decisión impugnada.

28. El Consejo critica la alegación del Reino Unido según la cual las modalidades de adopción de la Decisión impugnada son contradictorias. En efecto, en opinión del Consejo el hecho de que la base jurídica de la medida se encuentre en el título VI UE, en lugar de en el título IV CE es irrelevante para determinar si la Decisión impugnada constituye o no un desarrollo del acervo de Schengen en el ámbito de la política de visados. De hecho, ninguna disposición impone una relación necesaria entre la elección de la base jurídica y el ámbito del acervo de Schengen al que debe reconducirse una medida determinada.

29. El Consejo destaca que el objetivo perseguido por la Decisión impugnada es precisamente el de completar el régimen del VIS con algunas normas específicas relativas al acceso a la base de datos de los visados con fines de prevención y lucha contra el crimen. En consecuencia, el Consejo considera que la elección de la base jurídica es adecuada, ya que el artículo 30 UE, punto 1, letra b), establece una cooperación que incluye «la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente, en particular mediante Europol».

30. El Consejo cuestiona el enfoque planteado por el Reino Unido, según el cual el contenido y el objetivo de la disposición que se ha de clasificar son los únicos criterios para verificar la pertenencia a un sector determinado del acervo de Schengen. Añade que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia no impone dicha uniformidad de enfoque. Por el contrario, en opinión del Consejo es indispensable tener en cuenta no sólo el contenido y la finalidad del acto, sino también el criterio de la coherencia del acervo de Schengen. El mencionado criterio se puso de relieve, por ejemplo, en la Decisión 2000/365.

31. El Consejo considera que la Decisión impugnada está relacionada con el Reglamento VIS desde los puntos de vista funcional y sustancial. El hecho de que la base jurídica de la Decisión impugnada sea distinta de la del Reglamento VIS es irrelevante para poder considerar la medida en cuestión un desarrollo y un complemento del Reglamento VIS. El Consejo admite que, si se analiza la Decisión impugnada aisladamente, no puede considerarse que esté relacionada con los acuerdos de Schengen; sin embargo, el hecho relevante es que dicha Decisión está vinculada objetivamente con las disposiciones relativas al VIS. Además, debe tenerse en cuenta que el

10 — Decisión marco del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea (DO L 386, p. 89).

sistema VIS no es, como pretende hacer ver el Reino Unido, un sistema con dos finalidades distintas, es decir, la gestión de la política de los visados y la prevención y la represión de actividades criminales. El Consejo subraya que el VIS tiene una única finalidad principal, que es permitir el intercambio de información relativa a los visados de entrada entre las autoridades nacionales encargadas de la inmigración y del control de las entradas. Debe considerarse que la posibilidad de acceder a dicho sistema con fines de policía es completamente secundaria y accesoria respecto del objetivo principal. El Consejo señala que, por otra parte, resulta significativo que dicho acceso por motivos de policía sea un acceso limitado a la lectura, sin posibilidad de introducir o modificar los datos del VIS.

32. El Consejo observa también que, si se acogiera la posición del Reino Unido, Islandia, Noruega y Suiza quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la Decisión. Ello conduciría a una situación paradójica en la que los mencionados Estados terceros, que también participan de pleno derecho en la gestión y en la utilización del sistema VIS, no podrían acceder a éste con fines de prevención y represión de crímenes. Desde ese punto de vista, dichos Estados estarían en situación de desventaja respecto a Estados (el Reino Unido e Irlanda) que no participan en el VIS.

C. *Posición de la Comisión y posición del Reino de España*

33. La Comisión intervino en el litigio en apoyo del Consejo, compartiendo sus alegaciones. En particular, la Comisión insiste en el principio de coherencia del acervo de Schengen y en que no puede considerarse que el VIS sea un sistema con doble finalidad.

34. Por lo que atañe a su propuesta inicial, que condujo posteriormente a la adopción de la Decisión impugnada, la Comisión señala que dicha propuesta no preveía su aplicación total al Reino Unido; de hecho, la propuesta se limitaba a establecer un acceso indirecto para el Reino Unido e Irlanda.

35. El Reino de España, que sólo presentó observaciones orales, sostiene a su vez que la postura del Consejo es adecuada. En particular, dicho Estado miembro considera que, aunque se quiera examinar la Decisión impugnada únicamente sobre la base de los criterios del contenido y de la finalidad, podría considerarse de todos modos que es un desarrollo del acervo de Schengen en materia de visados. En efecto, el contenido y la finalidad de la Decisión impugnada se refieren simplemente a determinadas modalidades de acceso a una base de datos que, como se reconoce unánimemente, está comprendida en el ámbito de un sector de la cooperación reforzada de Schengen en el que no participa el Reino Unido.

V. Apreciación

A. *Observaciones preliminares*

1. Sobre la petición del Reino Unido

36. El Reino Unido formuló de modo atípico la petición que plantea al Tribunal de Justicia. Por una parte, dicho Estado miembro solicita que se anule la Decisión impugnada. Por otra parte, solicita al Tribunal de Justicia que mantenga la vigencia de las disposiciones de ésta, con excepción de las que excluyen la participación del Reino Unido en el mecanismo de acceso al VIS que establece la Decisión.

37. Desde un punto de vista formal, puede entenderse que la segunda parte de la petición del Reino Unido es probablemente una solicitud, formulada con arreglo al artículo 231 CE, para que se mantengan determinados aspectos de la Decisión impugnada hasta que el legislador intervenga nuevamente.

38. En la vista, el Reino Unido sostuvo que debe entenderse que, en realidad, su petición de que se mantengan en vigor algunos efectos de la Decisión se refería a la Decisión impugnada en su totalidad. Explicó que la única finalidad de dicho mantenimiento es permitir que siga en vigor el régimen existente, sin modificación alguna, hasta que el Consejo adopte una nueva Decisión.

39. Señalo que existe una cierta incoherencia entre lo que solicitó el Reino Unido en el propio recurso [véase, en particular, la letra b) del punto 116] y lo que sostuvo en la vista. De hecho, la petición de que se mantengan en vigor las disposiciones de la Decisión impugnada se limita de modo explícito a la parte en que no excluyen al Reino Unido del acceso al VIS por motivos de policía, de modo que parece que dicho Estado miembro solicita en efecto, con carácter provisional, poder acceder de modo inmediato a la mencionada base de datos. Sin embargo, como se ha señalado, durante la vista el Reino Unido reconoció que, aunque se anulara la Decisión, sus autoridades policiales sólo podrían acceder directamente a la base de datos sobre visados tras la adopción de una nueva medida.

40. Sin embargo, ese extremo me parece relativamente secundario. En efecto, en el presente asunto no concurren los requisitos necesarios para anular únicamente de modo parcial la Decisión impugnada y, en consecuencia, tampoco para mantener en vigor provisionalmente algunas de sus partes.

41. Por tanto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la anulación parcial de un acto sólo es posible en la medida en que los elementos cuya anulación se solicita puedan «separarse»

del resto del acto, y siempre y cuando la anulación parcial no modifique la esencia del propio acto. [11]

42. Sin embargo, en el presente asunto los vicios que denuncia el Reino Unido no se refieren únicamente a una parte concreta de la Decisión impugnada, sino que afectan a dicha Decisión en su totalidad. La elección de que algunos Estados miembros participen o no en la adopción de un acto no constituye ciertamente una parte del acto que pueda separarse con facilidad del resto. En efecto, es evidente que, si se considera que el Reino Unido e Irlanda tenían derecho a participar en la adopción del acto impugnado, dichos Estados miembros deberían haber tenido el derecho/deber de expresarse y de votar sobre la totalidad de la medida. Como señala acertadamente el Consejo en sus observaciones escritas, una posible irregularidad de ese tipo obligaría a reconsiderar la Decisión impugnada en su totalidad. En otras palabras, el legislador de la Unión debería, por así decirlo, volver a empezar desde el principio.

43. En consecuencia, si se acogieran las pretensiones del Reino Unido, el Tribunal de Justicia podría decidir únicamente la anulación total de la Decisión impugnada.

11 — Sentencia de 11 de diciembre de 2008, Comisión/Département du Loiret (C-295/07 P, Rec. p. I-9363), apartados 105 y 106 y la jurisprudencia citada.

2. Sobre la propuesta inicial de la Comisión

44. Como se ha visto, el Reino Unido sostiene que la propuesta inicialmente formulada por la Comisión en relación con la Decisión impugnada preveía que las autoridades policiales del Reino Unido pudieran acceder a la información. En opinión de dicho Estado miembro, ello demuestra que su posición es correcta, ya que confirma que la Decisión impugnada no puede considerarse un desarrollo del acervo de Schengen en materia de visados.

45. Al respecto debo señalar, en primer lugar, que el examen de la propuesta inicial de la Comisión resulta en cualquier caso irrelevante para determinar la posible ilegalidad de la Decisión impugnada, pese a que puede proporcionar datos útiles para esclarecer las circunstancias específicas del caso.

46. Sin embargo, el elemento más importante que debe destacarse es otro. La propuesta de la Comisión se situaba, en relación con la Decisión impugnada, en una óptica completamente distinta. En efecto, no sólo preveía que las autoridades policiales de los Estados Schengen accedieran al VIS, sino también que los Estados miembros participantes en el VIS, por un lado, y los no participantes en el VIS (Reino Unido e Irlanda), por otro, pusieran en común sus respectivas bases de datos. En consecuencia, es totalmente lógico que dicha propuesta partiese del presupuesto de que el Reino Unido también debía participar en su

aprobación, ya que dicho Estado miembro habría debido proporcionar, a su vez, un acceso a su propia base de datos sobre visados.

47. Por otra parte, debe señalarse que en la propuesta inicial de la Comisión tampoco se preveía que los Estados no participantes en el VIS pudieran acceder directamente a dicha base de datos. En efecto, el artículo 6 de la propuesta prefiguraba un mecanismo de acceso indirecto, basado en la presentación de una solicitud a través de las autoridades de uno de los Estados participantes en el VIS.

48. La Decisión impugnada constituye, por así decirlo, una reestructuración de las ambiciones originariamente contenidas en la propuesta de la Comisión. La Decisión impugnada es una medida que se ocupa únicamente del acceso al VIS en relación con actividades de investigación y represión penal, y no contiene ninguna disposición acerca del intercambio de datos entre los Estados que participan y los que no participan en el VIS.

49. En conclusión, considero que el examen de la propuesta inicial de la Comisión no proporciona ningún elemento decisivo para pronunciarse sobre la legitimidad de la Decisión impugnada.

B. *Calificación de la Decisión impugnada*

50. El problema que debe resolver el Tribunal de Justicia en el presente asunto consiste exclusivamente en determinar si puede o no considerarse que la Decisión impugnada es un acto que desarrolla el acervo de Schengen en materia de visados.

51. Las partes están de acuerdo sobre el hecho de que, en caso de respuesta afirmativa, sería legítima la exclusión del Reino Unido de la adopción de la Decisión impugnada. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha señalado de modo inequívoco que la participación en una medida comprendida en un ámbito del acervo de Schengen se reserva a los Estados miembros que participan en dicho sector. Así lo hizo en dos sentencias, dictadas ambas el 18 de diciembre de 2007, relativas a asuntos que enfrentaban al Reino Unido y al Consejo. [12]

52. En dichas sentencias, para determinar la conexión de una medida con el acervo de Schengen o su ausencia, el Tribunal de Justicia utilizó por analogía los criterios aplicables para elegir la base jurídica de un acto de la Unión. En particular, el Tribunal de Justicia declaró que «la calificación de un acto comunitario de propuesta o de iniciativa basada en el acervo de Schengen [...] debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control

12 — Sentencias de 18 de diciembre de 2007, Reino Unido/Consejo (C-77/05, Rec. p. I-11459), apartado 62, y Reino Unido/Consejo (C-137/05, Rec. p. I-11593), apartado 50.

jurisdiccional, entre los que figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto». [13]

53. En el asunto que nos ocupa, si sólo se tuviera que hacer referencia a la finalidad de la Decisión impugnada, el Reino Unido obtendría probablemente la anulación que solicita. Como de hecho evidencia también la elección de la base jurídica efectuada por el Consejo (constituida, recordémoslo, por las disposiciones del título VI del TUE), la Decisión tiene por objeto realizar una finalidad que es, sin duda alguna, la típica de los actos de cooperación policial. El propio Consejo reconoce dicha circunstancia.

54. Sin embargo, la cuestión del contenido del acto es distinta y, en cierta medida, mucho menos clara. Podría considerarse que, dado que el contenido de la Decisión impugnada está constituido por una serie de disposiciones que permiten el acceso al sistema VIS por motivos de policía, el criterio relativo al contenido de la medida también aboga por que ésta sea calificada de medida comprendida en el ámbito del título VI del TUE.

55. No obstante, debe señalarse que, en concreto, la Decisión impugnada no se ocupa del intercambio de datos personales con fines de policía *en términos generales.* [14] Al contrario, establece las modalidades para posibilitar, con carácter excepcional y si concurren circunstancias específicas, un acceso con fines de policía a una base de datos (el VIS) que no ha sido concebida con ese objetivo. Todas las partes concuerdan en que el uso ordinario y predominante del sistema VIS está relacionado con el control de las fronteras y de las entradas, y no con la presencia o la represión de actividades criminales. En otros términos, el legislador eligió configurar la Decisión impugnada como una simple *medida de gestión del VIS,* que permite usar dicho sistema, en algunos casos, para fines distintos de aquél para el que se utiliza normalmente.

56. En consecuencia, el contenido de la Decisión impugnada está constituido, más que por una serie de disposiciones tendentes a posibilitar la cooperación policial, por un conjunto de medidas relativas a la gestión del VIS, es decir, de una base de datos relativa a los visados, creada con arreglo al título IV del Tratado CE y que forma parte de un sector de la cooperación reforzada de Schengen en el que no participa el Reino Unido.

57. Por tanto, la aplicación por analogía de los criterios utilizables para definir la base

13 — Sentencia Reino Unido/Consejo (C-77/05, mencionada en la nota 12), apartado 77. Por tanto, el Tribunal de Justicia ha hecho referencia a algunas sentencias «clásicas» en materia de elección de la base jurídica: sentencias de 11 de junio de 1991, Comisión/Consejo, «Bióxido de titanio» (C-300/89, Rec. p. I-2867), apartado 10; de 13 de septiembre de 2005, Comisión/Consejo (C-176/03, Rec. p. I-7879), apartado 45, y de 23 de octubre de 2007, Comisión/Consejo (C-440/05, Rec. p. I-9097), apartado 61.

14 — Como se ha visto, ya existía un sistema con dicha finalidad, establecido por la Decisión 2006/960 (véase la nota 10 anterior), sin embargo, como se ha recordado, dicho sistema preveía un acceso indirecto, y no directo, como el que ofrece la Decisión impugnada.

jurídica de un acto no permite por tanto resolver de modo unívoco el problema de si se puede o no calificar la Decisión impugnada de desarrollo del acervo de Schengen en materia de visados.

58. Además opino que, en general, una consideración en abstracto y aislada de la finalidad y del contenido de la Decisión no basta en caso de que la cuestión no se refiera a la elección de la base jurídica sino, como sucede en el presente asunto, a la conexión con el acervo de Schengen.

59. En efecto, debe observarse en primer lugar que, como se ha visto, el Tribunal de Justicia, no se ha remitido al respecto pura y simplemente a la propia jurisprudencia relativa a la elección de la base jurídica. En efecto, el Tribunal de Justicia declaró explícitamente que el recurso a esos criterios se realiza *por analogía.* En consecuencia, no se da por hecho que deba procederse de modo idéntico.

60. En segundo lugar, la jurisprudencia relativa a la elección de la base jurídica tampoco afirma que deba hacerse referencia *exclusivamente* al contenido y a la finalidad del acto. Dicha jurisprudencia señala, por el contrario, que es necesario hacer referencia a elementos objetivos que permitan el control jurisdiccional de las elecciones del legislador. Entre dichos elementos objetivos figuran típicamente, como recuerda a menudo el Tribunal de Justicia, el contenido y la finalidad; sin embargo, éstos no son los únicos elementos que pueden tomarse en consideración. [15]

61. Pues bien, considero que en el presente asunto hay que tener en cuenta otro elemento objetivo. Como se ha visto, la Decisión impugnada tiene por objeto, *desde el punto de vista material,* una base de datos (el VIS) instituida en el marco de la cooperación de Schengen, en un sector (el de los visados) en el que no participa el Reino Unido. Dicho elemento indica sin duda alguna que existe un vínculo estrecho entre la Decisión impugnada y la cooperación de Schengen en materia de visados.

62. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia recordó que, como resulta por otra parte de reiterada jurisprudencia, una disposición no debe interpretarse aisladamente, sino siempre en el contexto específico en el que se inscribe. [16]

63. Por último, en cuarto lugar, la peculiar naturaleza de la cooperación de Schengen, como cooperación reforzada referida únicamente a una parte de los Estados miembros de la Unión, obliga a tomar en consideración otro principio: el de la integridad y la

15 — Véanse, a modo de ejemplo, las sentencias de 26 de marzo de 1987, Comisión/Consejo (45/86, Rec. p. 1493), apartado 11; «Bióxido de titanio», mencionada en la nota 13, apartado 10, y de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo (C-84/94, Rec. p. I-5755), apartado 25. Véase además el dictamen 2/00, de 6 de diciembre de 2001 (Rec. p. I-9713), apartado 22.

16 — Sentencia C-77/05, Reino Unido/Consejo, citada en la nota 12, apartado 55.

coherencia del acervo de Schengen. [17] Dicho principio se ve reflejado, en particular, en el considerando segundo de la mencionada Decisión 2000/365. [18]

64. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que sin embargo no se ha expresado explícitamente al respecto, también ha tomado en consideración la necesidad de evitar que se pueda desmembrar y desnaturalizar el acervo de Schengen, admitiendo formas de participación excesivamente «fáciles» de los Estados miembros que no participan completamente en la cooperación de Schengen. En particular, el Tribunal de Justicia ha afirmado que las medidas de desarrollo del acervo de Schengen «deben concordar con las disposiciones que ejecutan o de las que constituyen un desarrollo, por lo que presuponen la aceptación tanto de dichas disposiciones como de los principios que constituyen su fundamento». [19]

65. La cita que acabo de mencionar no se refiere a una situación idéntica a la presente. En aquel asunto el Tribunal de Justicia partía del presupuesto de que la medida que había que valorar era sin duda un desarrollo del acervo de Schengen, mientras que en el caso de autos el objeto del debate es precisamente dicha calificación. No obstante, en mi opinión la cita demuestra con claridad que es necesario evitar que el acervo de Schengen pueda ser objeto de operaciones interpretativas cuyo último resultado sería modificar su alcance y sus características de modo aparentemente superficial pero realmente significativo. [20]

66. A mi juicio, el principio de integridad y de coherencia del acervo de Schengen obliga en general a considerar que *cualquier medida que no podría existir concretamente sin dicho acervo es un desarrollo de éste*. En el presente asunto, el acceso a los datos del sistema VIS presupone, como resulta evidente, la existencia de dicho sistema, que encuentra su fundamento exclusivo en la cooperación de Schengen en materia de visados.

67. En consecuencia, el principio de integridad y coherencia conduce a considerar que la Decisión impugnada es un desarrollo del acervo de Schengen en materia de visados.

68. Por tanto, en este punto nos encontramos en una situación en la que la aplicación de criterios interpretativos distintos da lugar a dos resultados opuestos. Por un lado, el examen de la finalidad de la Decisión impugnada inclina a calificarla de medida «normal» de

17 — Sobre dicho principio véanse, en general, las conclusiones de la Abogado General Trstenjak presentadas el 10 de julio de 2007 en el asunto decidido mediante la sentencia Reino Unido/Consejo (C-137/05, citada en la nota 12), puntos 108 a 112 de las conclusiones.

18 — Dicho considerando señala en particular que «el acervo de Schengen fue concebido y funciona como un conjunto coherente que debe ser plenamente aceptado y aplicado por todos los Estados que apoyan el principio de la supresión de los controles de las personas en sus fronteras comunes».

19 — Sentencia Reino Unido/Consejo (C-77/05, citada en la nota 12), apartado 61.

20 — Sobre la naturaleza del concepto de coherencia en el ámbito del discurso jurídico, véanse mis conclusiones presentadas el 5 de marzo de 2009 en el asunto X, resuelto mediante sentencia de 11 de junio de 2009 (C-429/07, Rec. p. I-4833), apartado 28 de la sentencia, y nota 6 de las conclusiones.

cooperación policial. Por otro lado, la aplicación del principio de la integridad y de la coherencia del acervo de Schengen lleva a calificarla, por el contrario, de medida de desarrollo de la cooperación reforzada en materia de visados y, por tanto, del propio acervo de Schengen. Por su parte, el examen del contenido de la Decisión impugnada puede conducir, como se ha visto, a cualquiera de las dos calificaciones.

69. En consecuencia, procede hallar un criterio que permita que prevalezca una u otra de las dos posibles soluciones.

70. En mi opinión, la situación específica del asunto que nos ocupa no permite que se apliquen por analogía los criterios formulados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de elección de la base jurídica en caso de incertidumbre entre dos posibles planteamientos.

71. En primer lugar, en efecto, no puede aplicarse el principio con arreglo al cual, en caso de que existan varias bases jurídicas posibles en relación con un acto de la Unión, debe utilizarse la que corresponde a la finalidad principal perseguida. [21] Por tanto, dicho principio sólo debe aplicarse –como por otra parte resulta claramente de la formulación que le da el Tribunal de Justicia– cuando exista una pluralidad de bases jurídicas posibles debido a la pluralidad de fines perseguidos por la norma que debe calificarse. Por el contrario, en el presente asunto el problema no es tanto la existencia de varias *finalidades* como el resultado opuesto al que conducen dos *criterios* distintos de calificación jurídica de la norma (por una parte, el de la consideración de la finalidad, por otra, el de la integridad y la coherencia del acervo de Schengen).

72. En segundo lugar, tampoco puede aplicarse el principio –por otra parte reconocido como excepcional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia– que admite que una medida pueda fundamentarse en dos bases jurídicas distintas. [22] En efecto, en el presente asunto, la aplicación de los dos criterios antes mencionados da lugar a dos resultados incompatibles. Por tanto, no puede imaginarse que un acto pueda adoptarse a la vez como medida ordinaria de cooperación policial y como medida de desarrollo del acervo de Schengen en materia de visados. Se trata de dos situaciones que, por definición, se refieren a dos grupos distintos de Estados (los Estados miembros de la Unión en el primer caso, una parte de los Estados de la Unión y algunos terceros Estados en el segundo).

21 — Véase la sentencia de 20 de mayo de 2008, Comisión/Consejo (C-91/05, Rec. p. I-3651), apartado 73 y la jurisprudencia citada.

22 — Véanse, a modo de ejemplo, las sentencias de 11 de septiembre de 2003, Comisión/Consejo (C-211/01, Rec. p. I-8913), apartado 40, y de 10 de enero de 2006, Comisión/Consejo (C-94/03, Rec. p. I-1), apartado 36.

73. Considero que para hallar una solución posible al problema debe hacerse referencia al, por llamarlo de algún modo, «peso específico» de los criterios en conflicto. Se trata de criterios dotados en general de igual importancia y dignidad, pero que pueden ordenarse jerárquicamente, considerando que uno predomina sobre el otro, sobre la base de las circunstancias específicas de cada una de las situaciones concretas. Por tanto, la lógica que hay que seguir es la misma que sigue el Tribunal de Justicia al determinar la base jurídica de un acto si éste tiene dos componentes distintos: en dichos supuestos, la base jurídica que debe emplearse es la relacionada con el componente principal. En el presente asunto, entre los dos criterios debe darse preferencia al que, en las circunstancias específicas, parece más adecuado teniendo en cuenta el contenido del acto que es objeto de la controversia.

74. En el caso de autos, el criterio de la finalidad se basa en la función «policial» de la Decisión impugnada. Por el contrario, el criterio de la integridad y de la coherencia del acervo de Schengen se refiere a los elementos materiales del acto en cuestión, que utiliza una base de datos (el VIS) creada para gestionar los visados.

75. Considero que, en el asunto concreto que se somete al examen del Tribunal de Justicia, el peso del «elemento Schengen», es decir, el de la base de datos VIS, es superior al del «elemento cooperación policial», que tiene una naturaleza a la vez accesoria y dependiente respecto de aquél. Y ello precisamente, en la medida en que, según el planteamiento elegido por el legislador, la Decisión impugnada es, ante todo, una medida de gestión de la base de datos VIS. En otros términos, el contenido de la Decisión impugnada no es únicamente un conjunto de normas cuya finalidad es la prevención y la represión de delitos, sino también y antes que nada un conjunto de normas relativas a la consulta del VIS.

76. Al respecto no debe olvidarse que, como el propio Reino Unido reconoció en la vista, en las circunstancias actuales dicho Estado no podría acceder directamente al VIS aunque se le reconociera dicha posibilidad. En efecto, el citado Estado miembro carece de la infraestructura necesaria (la conexión «física» con el VIS). Y ciertamente dicha infraestructura no puede crearse sobre la base de la Decisión impugnada. De hecho, ésta no contiene ninguna disposición técnica, lo que confirma su naturaleza accesoria respecto del *corpus* normativo que regula el VIS, adoptado en virtud del título IV del Tratado CE.

77. Como ha señalado repetidamente el Consejo en sus propias observaciones escritas, si se calificase la Decisión impugnada de medida «normal» de cooperación policial, se llegaría al resultado paradójico de permitir el acceso al VIS, con el fin de prevenir y perseguir determinados delitos particularmente graves, a países (el Reino Unido e Irlanda) que no contribuyen a gestionar dicha base de datos, mientras que se negaría dicho acceso a

países (Suiza, Noruega e Islandia) que contribuyen a la gestión y la financiación del VIS, sistema que utilizan diariamente para sus fines «ordinarios» (es decir, esencialmente, el control de las fronteras).

78. El Reino Unido se esfuerza por presentar la Decisión impugnada como una medida de intercambio de información, alegando que si el Reino Unido e Irlanda pudiesen participar en ésta, dichos Estados miembros pondrían a su disposición los datos que tienen en su poder en materia de visados. Sin embargo, en mi opinión dicho razonamiento está mal planteado. Sería correcto si el legislador hubiera concebido efectivamente la Decisión impugnada como una medida relativa al intercambio de datos, con arreglo a la propuesta inicial de la Comisión. Dado que, por el contrario, como se ha visto, la Decisión impugnada no es en realidad más que una medida de gestión y organización de la base de datos VIS, considero más correcto el planteamiento que limita el derecho de aprobar una medida de ese tipo únicamente a los sujetos que crearon y gestionan dicha base de datos.

79. Es evidente que es altamente deseable que pueda alcanzarse una puesta en común –al menos en relación con determinados fines– por una parte, de la información en materia de visados contenida en el VIS y, por otra parte, en las correspondientes bases de datos del Reino Unido y de Irlanda. Sin embargo, esto sólo puede suceder en el marco de una perspectiva completamente distinta respecto de la contenida en la medida impugnada, es decir, mediante una medida dedicada específicamente a la puesta en común o al intercambio de dichos datos.

C. *Base jurídica elegida por el Consejo*

80. Sin embargo, en conclusión, queda por resolver un último problema, que no puede ignorarse y que constituye quizás el punto más delicado y difícil del presente asunto. Me refiero al posible papel que debe reconocerse a la base jurídica que utilizó el Consejo para adoptar el acto en cuestión.

81. En particular, como se ha visto al resumir las alegaciones de las partes, el Reino Unido insiste en que la utilización de una base jurídica fundada en el título VI TUE indicaría que la Decisión impugnada no constituye un desarrollo del acervo de Schengen en materia de visados, sino una medida de cooperación policial en la que, en consecuencia, debería haberse permitido participar al Reino Unido.

82. Esencialmente, el argumento que se expone en el punto anterior parte de la idea de

que existe una incompatibilidad entre el hecho de que una Decisión se base en el título VI TUE y su calificación de desarrollo del acervo de Schengen en materia de visados.

83. Sin embargo, debe recordarse que el acervo de Schengen incluye también medidas relativas a la cooperación policial. [23] Es cierto que el Reino Unido participa, al menos en parte, en dicho sector de la cooperación de Schengen, a diferencia de lo que sucede en materia de visados. [24] Sin embargo, eso demuestra que, por sí misma, una medida policial puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la cooperación de Schengen, y que en principio nada se opone a que una medida basada en el título VI TUE se califique de perteneciente al acervo de Schengen.

84. Por tanto, el hecho de que la base jurídica de la Decisión impugnada esté constituida por los artículos 30 UE y 34 UE no excluye que la propia decisión pueda ser un desarrollo del acervo de Schengen.

85. No obstante, lo que el Reino Unido cuestiona es que pueda considerarse que la Decisión impugnada es *un desarrollo del acervo de Schengen en materia de visados,* y no del acervo de Schengen en general. Sin embargo, señalo al respecto que, según las observaciones que he desarrollado más arriba, el que la finalidad de la medida sea «policial» no puede ocultar el hecho de que, desde el punto de vista de su contenido, se trata esencialmente de una decisión relativa a la modalidad de gestión del sistema VIS.

86. Además, debe tenerse en cuenta que el Reino Unido tampoco participa automáticamente en las medidas de Schengen relativas a la cooperación policial. Su participación se limita a los casos en que está prevista expresamente.

87. En consecuencia, considero que el Consejo actuó correctamente, aunque de modo atípico, al estimar que la Decisión impugnada constituye al mismo tiempo una medida de desarrollo del acervo de Schengen en materia de visados y un acto basado en el título VI del Tratado UE. La Decisión impugnada es una medida comprendida en el ámbito de la cooperación de Schengen, y su base jurídica está constituida por las normas de la Unión que regulan la cooperación policial. Sin embargo, dado que la Decisión impugnada es un acto relativo a la gestión del sistema VIS, es adoptada por los «países VIS». En consecuencia, en mi opinión debe desestimarse el recurso del Reino Unido.

23 — Véanse, a modo de ejemplo, los artículos 39 y siguientes del Convenio de Schengen (DO de 22 de septiembre de 2000, L 239, p. 1).

24 — Véase el artículo 1 de la mencionada Decisión 2000/365.

88. Para concluir, quisiera hacer hincapié en un elemento importante, la naturaleza absolutamente peculiar del presente asunto. La eventual desestimación del recurso del Reino Unido no implicaría en modo alguno que se ponga en entredicho la importancia del papel de la base jurídica en el ámbito del Derecho de la Unión. En principio, está claro que la indicación de la base jurídica de un acto es la que determina las modalidades conforme a las cuales éste debe adoptarse. No obstante, debe tenerse en cuenta que la cooperación reforzada de Schengen constituye una especie de *corpus* paralelo en el Derecho de la Unión. Las normas del Derecho de la Unión se aplican siempre en el ámbito de la cooperación de Schengen, con un único límite (que ha entrado en juego en el presente asunto) que deriva del hecho que, en determinados casos, el número de los Estados que participan en las decisiones no es el típico de los actos «ordinarios» de la Unión.

VI. Conclusión

89. Habida cuenta de las observaciones formuladas, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva lo siguiente:

1) Desestimar el recurso.

2) Condenar en costas al Reino Unido.

3) Condenar a la Comisión y al Reino de España a cargar con sus propias costas.