CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. VERICA TRSTENJAK
presentadas el 10 de julio de 2007 [1]

I. Introducción

1. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (en lo sucesivo, «Reino Unido») ha interpuesto, al amparo del artículo 230 CE, un recurso por el que se solicita la anulación del Reglamento (CE) nº 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. [2]

2. El presente procedimiento se desarrolla en paralelo al asunto C-77/05, en el que el Reino Unido ha interpuesto un recurso análogo por el que se solicita la anulación del Reglamento (CE) nº 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. [3] El Tribunal de Justicia no ha acumulado estos dos procedimientos, sino que se ha limitado a tratarlos como asuntos conexos relativos a la misma problemática. Los dos asuntos fueron debatidos en la vista común celebrada el 13 de marzo de 2007.

3. En ambos asuntos se plantea al Tribunal de Justicia, en primer lugar, la interpretación del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, que forma parte de los protocolos anejos al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Además de dicha cuestión, se suscita el problema, aún más amplio, del alcance del régimen de cooperación reforzada en el seno de la Unión Europea.

II. Marco normativo

A. *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*

4. Los artículos 61 CE a 69 CE, que están comprendidos en la tercera parte, título IV,

1 — Lengua original: esloveno.
2 — DO L 385, p. 1.
3 — DO L 349, p. 1.

del Tratado CE, figuran bajo el epígrafe «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas».

5. El artículo 62 CE establece: «El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam:

[...]

2) medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros en las que se establezcan:

a) las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras; [...].»

6. El artículo 69 CE dispone: «La aplicación del presente título quedará sometida a lo dispuesto en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda así como al Protocolo sobre la posición de Dinamarca, y se entenderá sin perjuicio del Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda.»

7. El artículo 311 CE establece: «Los protocolos que, de común acuerdo entre los Estados miembros, sean incorporados como anexos al presente Tratado serán parte integrante del mismo.»

B. *Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea*

8. El Protocolo (nº 2) por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Protocolo de Schengen») se halla entre los protocolos anejos a los Tratados UE y CE y fue introducido en el Derecho primario por el Tratado de Ámsterdam.

9. En virtud del artículo 1 del Protocolo de Schengen, el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, signatarios de los acuerdos de Schengen,

quedan autorizados a establecer entre sí una cooperación reforzada en el ámbito de aplicación de dichos acuerdos y disposiciones relacionadas, recogidos en el anexo de dicho Protocolo (en lo sucesivo, denominados conjuntamente, «acervo de Schengen»). Esta cooperación se llevará a cabo en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea y respetando las disposiciones pertinentes del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

10. El artículo 2, apartado 1, del Protocolo de Schengen dispone: «A partir de la fecha de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el acervo de Schengen, incluidas las decisiones que haya adoptado hasta la fecha el Comité Ejecutivo creado por los acuerdos de Schengen, será inmediatamente aplicable a los trece Estados miembros a que se refiere el artículo 1, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo. A partir de la misma fecha, el Consejo sustituirá a dicho Comité Ejecutivo.»

11. El artículo 3 del Protocolo de Schengen establece: «Después de la determinación mencionada en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 2, Dinamarca mantendrá los mismos derechos y obligaciones en relación con los demás signatarios de los acuerdos de Schengen que antes de la mencionada determinación con respecto a aquellas partes del acervo de Schengen cuya base jurídica quede determinada en el título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.»

12. A tenor del artículo 4 del Protocolo de Schengen:

«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.»

13. El artículo 5 del Protocolo de Schengen dispone:

«1. Las propuestas e iniciativas para desarrollar el acervo de Schengen estarán sometidas a las correspondientes disposiciones de los Tratados.

En este contexto, en el caso de que Irlanda, el Reino Unido o ambos no hayan notificado al Presidente del Consejo por escrito y en un plazo razonable que desean participar, se considerará que la autorización a la que se refieren el artículo 11 del Tratado constitu-

tivo de la Comunidad Europea y el artículo 40 del Tratado de la Unión Europea se ha concedido a los Estados miembros a que se refiere el artículo 1 y a Irlanda o al Reino Unido cuando cualquiera de ellos desee participar en los ámbitos de cooperación de que se trate.

2. Las disposiciones pertinentes de los Tratados a que se refiere el párrafo primero del apartado 1 se aplicarán aun cuando el Consejo no haya adoptado las medidas contempladas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 2.»

14. El artículo 6 del Protocolo de Schengen dispone que «la República de Islandia y el Reino de Noruega serán asociados a la ejecución del acervo de Schengen y en su desarrollo futuro con arreglo al Acuerdo firmado en Luxemburgo el 19 de diciembre de 1996 [...]».

15. El artículo 8 del mismo Protocolo dispone que a efectos de las negociaciones para la admisión de nuevos Estados miembros en la Unión Europea, se considerará que el acervo de Schengen y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito han de aceptarse en su totalidad como acervo por todo Estado que sea candidato a la adhesión.

16. El acervo de Schengen se define en el anexo al Protocolo de Schengen. Según el anexo, dicho acervo comprende: el Acuerdo, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes; el Convenio, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, de aplicación del Acuerdo de Schengen relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, junto con su Acta final y declaraciones comunes; los Protocolos y acuerdos de adhesión al Acuerdo de 1985 y al Convenio de aplicación de 1990 con Italia, España y Portugal, Grecia, Austria y Dinamarca, Finlandia y Suecia, junto con sus actas finales y declaraciones, y, por último, las decisiones y declaraciones adoptadas por el Comité ejecutivo creado por el Convenio de aplicación de 1990, así como actos adoptados para la aplicación del Convenio por instancias a las que el Comité ejecutivo haya atribuido competencias decisorias.

C. Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda

17. El Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda (en lo sucesivo, «Proto-

colo sobre el título IV»), igualmente anejo al Tratado CE y al Tratado UE, regula la cooperación de dichos Estados miembros en el caso de propuestas presentadas en el marco del título IV del Tratado CE.

18. A tenor del artículo 1 de dicho Protocolo, «con sujeción a lo dispuesto en el artículo 3, el Reino Unido e Irlanda no participarán en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [...]».

19. El artículo 2 del Protocolo sobre el título IV establece:

«Como consecuencia del artículo 1 y sin perjuicio de los artículos 3, 4 y 6, ninguna de las disposiciones del título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ninguna medida adoptada en virtud de dicho título, ninguna disposición de acuerdo internacional alguno celebrado por la Comunidad en virtud de dicho título y ninguna resolución del Tribunal de Justicia interpretativa de cualquiera de dichas disposiciones o medidas será vinculante ni aplicable al Reino Unido ni a Irlanda; ninguna de tales disposiciones, medidas o decisiones afectará en modo alguno a las competencias, derechos y obligaciones de dichos Estados y ninguna de tales disposiciones, medidas o decisiones afectará al acervo comunitario ni formará parte del Derecho comunitario, tal y como éstos se aplican al Reino Unido y a Irlanda.»

20. El artículo 3 del Protocolo sobre el título IV establece:

«1. El Reino Unido o Irlanda podrán notificar por escrito al Presidente del Consejo, en un plazo de tres meses a partir de la presentación al Consejo de una propuesta o iniciativa en virtud del título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, su deseo de participar en la adopción y aplicación de la medida propuesta de que se trate, tras lo cual dicho Estado tendrá derecho a hacerlo. [...]

2. Si, transcurrido un período razonable, una medida de las mencionadas en el apartado 1 no pudiere adoptarse con la participación del Reino Unido o de Irlanda, el Consejo podrá adoptar dicha medida de conformidad con el artículo 1 sin la participación del Reino Unido o de Irlanda. En tal caso será de aplicación el artículo 2.»

21. A tenor del artículo 4 del Protocolo sobre el título IV:

«El Reino Unido o Irlanda podrán en cualquier momento, tras la adopción de una medida por parte del Consejo en virtud del título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, notificar al Consejo y a

la Comisión su propósito y deseo de aceptar dicha medida. En tal caso, se aplicará *mutatis mutandis* el procedimiento previsto en el apartado 3 del artículo 11 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.»

22. El artículo 7 del Protocolo sobre el título IV dispone que los artículos 3 y 4 se entenderán sin perjuicio del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea.

D. *Protocolo sobre la posición de Dinamarca*

23. El artículo 5 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, igualmente anejo al Tratado CE y al Tratado UE, dispone:

«1. Dentro de un período de seis meses a partir de que el Consejo haya decidido sobre una propuesta o iniciativa de desarrollar el acervo de Schengen según lo dispuesto en el título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca decidirá si incorpora esta decisión a su legislación nacional. Si así lo hiciere, esta decisión creará una obligación, de Derecho internacional, entre Dinamarca y los restantes Estados miembros mencionados en el artículo 1 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, así como con Irlanda y el Reino Unido si estos Estados miembros participan en los ámbitos de cooperación en cuestión.

2. Si Dinamarca decide no aplicar una decisión del Consejo, en el sentido del apartado 1, los Estados miembros mencionados en el artículo 1 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea considerarán las medidas apropiadas que deban tomar.»

E. *Declaraciones anejas al Tratado de Ámsterdam*

24. La Declaración sobre el artículo 4 del Protocolo sobre el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea (declaración nº 45) establece:

«Las Altas Partes Contratantes invitan al Consejo a recabar el dictamen de la Comisión antes de tomar una decisión sobre una solicitud de Irlanda o del Reino Unido de

Gran Bretaña e Irlanda del Norte, con arreglo al artículo 4 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, para participar en algunas o en todas las disposiciones del acervo de Schengen. También se comprometen a hacer sus mejores esfuerzos con el fin de permitir que Irlanda o el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, si así lo desean, hagan uso de las disposiciones del artículo 4 de dicho Protocolo, de tal forma que el Consejo esté en condiciones de tomar las decisiones a que se refiere dicho artículo a partir de la fecha de entrada en vigor de ese Protocolo o en cualquier fecha posterior.»

25. La Declaración sobre el artículo 5 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea (declaración nº 46) dispone:

«Las Altas Partes Contratantes se comprometen a hacer todo lo que esté en su mano para posibilitar la actuación de todos los Estados miembros en el ámbito del acervo de Schengen, en particular cuando Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte hayan aceptado alguna o todas las disposiciones de dicho acervo de conformidad con el artículo 4 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea.»

F. *Reglamento nº 2252/2004*

26. El considerando segundo del Reglamento nº 2252/2004 tiene el siguiente tenor:

«Las normas mínimas de seguridad para los pasaportes se introdujeron mediante una Resolución de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, el 17 de octubre de 2000 [...]. Procede ahora sustituir y modernizar dicha Resolución mediante una medida comunitaria con el fin de lograr normas armonizadas de mayor seguridad para proteger los pasaportes y documentos de viaje contra la falsificación. Al mismo tiempo deben integrarse identificadores biométricos en los pasaportes o documentos de viaje para establecer un vínculo fiable entre el documento y su titular real.»

27. El considerando tercero del Reglamento nº 2252/2004 establece:

«La armonización de las medidas de seguridad y la integración de identificadores biométricos constituye un importante paso en la utilización de nuevos elementos, de cara a futuros desarrollos a escala europea, para dotar de más seguridad al documento de viaje y establecer un vínculo más fiable

entre el titular y el pasaporte y el documento de viaje como importante contribución para garantizar su protección contra el uso fraudulento. Deben tenerse en cuenta las especificaciones de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), y en particular las establecidas en el documento 9303, sobre documentos de viaje de lectura mecánica.»

28. El considerando cuarto del Reglamento nº 2252/2004 establece:

«El presente Reglamento se limita a la armonización de las medidas de seguridad, entre ellos los identificadores biométricos, de pasaportes y documentos de viaje de los Estados miembros. La designación de las autoridades y organismos autorizados a tener acceso a los datos que contenga el soporte de almacenamiento de los documentos es asunto propio de la legislación nacional, sin perjuicio de las correspondientes disposiciones del derecho comunitario, la legislación de la Unión Europea y los acuerdos internacionales.»

29. El considerando undécimo del Reglamento nº 2252/2004 está formulado en los siguientes términos:

«El presente Reglamento desarrolla disposiciones del acervo de Schengen en las que el Reino Unido no participa, de conformidad con la Decisión 2000/365/CE 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 [...]. Por consiguiente, el Reino Unido no participa en su adopción y no está vinculado ni sujeto a su aplicación.»

30. El artículo 1 del Reglamento nº 2252/2004 dispone:

«1. Los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros cumplirán las normas mínimas de seguridad establecidas en el anexo.

2. Los pasaportes y documentos de viaje incluirán un soporte de almacenamiento que contendrá una imagen facial. Los Estados miembros también incluirán impresiones dactilares en modelos interoperables. Los datos deberán estar protegidos y el soporte de almacenamiento deberá tener la suficiente capacidad y la posibilidad de garantizar la integridad, la autenticidad y la confidencialidad de los datos.

3. El presente Reglamento se aplicará a los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros. No se aplicará a los documentos de identidad expedidos por los Estados miembros a sus nacionales ni a los pasaportes o documentos de viaje temporales de validez igual o inferior a 12 meses.»

31. El artículo 2 del Reglamento nº 2252/2004 establece:

«De conformidad con el procedimiento mencionado en el apartado 2 del artículo 5, se establecerán las especificaciones técnicas complementarias para los pasaportes y documentos de viaje relativas a:

a) medidas y requisitos de seguridad complementarios, incluidas normas más estrictas contra la producción de documentos falsos y falsificados;

b) especificaciones técnicas para el medio de almacenamiento de las características biométricas y su seguridad, incluida la prevención del acceso no autorizado;

c) requisitos sobre la calidad y normas comunes sobre la imagen facial y las impresiones dactilares.»

32. El artículo 3 del citado Reglamento dispone:

«1. De conformidad con el procedimiento mencionado en el apartado 2 del artículo 5, podrá decidirse que las especificaciones mencionadas en el artículo 2 sean secretas y no se publiquen. En ese caso sólo tendrán acceso a las mismas los organismos designados por los Estados miembros como responsables de la impresión y las personas debidamente autorizadas por un Estado miembro o por la Comisión.

2. Cada Estado miembro designará un organismo responsable de la impresión de pasaportes y documentos de viaje. Comunicará el nombre de dicho organismo a la Comisión y a los demás Estados miembros. Podrán designar el mismo organismo varios Estados miembros. Cada Estado miembro tendrá derecho a cambiar el organismo que haya designado. Informará de ello a la Comisión y a los demás Estados miembros.»

III. Hechos y procedimiento

33. El 18 de febrero de 2004, la Comisión presentó al Consejo la propuesta de Reglamento nº 2252/2004.

34. El 19 de febrero de 2004, el Reino Unido notificó por escrito al Consejo que pretendía participar en la adopción de la propuesta de Reglamento sobre la base del artículo 5, apartado 1, del Protocolo de Schengen.

35. No obstante la notificación del Reino Unido, el 13 de diciembre de 2004 el Consejo adoptó el Reglamento nº 2252/2004, al considerar que la propuesta de Reglamento nº 2252/2004 estaba comprendida en las propuestas e iniciativas basadas en la parte del acervo de Schengen en la que el Reino Unido no participa en virtud de la Decisión 2000/365/CE del Consejo. [4]

36. El Reino Unido, por considerar que el hecho de no haber podido participar en la adopción del Reglamento nº 2252/2004 constituye una vulneración del artículo 5 del Protocolo de Schengen, interpuso el 17 de febrero de 2005, el recurso de anulación examinado.

37. En el procedimiento del asunto C-137/05 han intervenido en apoyo del Reino Unido, Irlanda y la República Eslovaca.

38. En apoyo del Consejo han intervenido la Comisión, el Reino de España y el Reino de los Países Bajos.

39. El Reino Unido solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule el Reglamento nº 2252/2004.

— Declare, con arreglo al artículo 231 CE, que una vez anulado el Reglamento nº 2252/2004, y en tanto no se adopte una nueva normativa al respecto, seguirán en vigor las disposiciones del citado Reglamento, salvo en la medida en que impidan al Reino Unido participar en la aplicación de dicho Reglamento.

— Condene en costas al Consejo.

40. El Consejo solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso.

4 — Decisión 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).

— Condene en costas al Reino Unido.

41. Irlanda y la República Eslovaca han formulado las mismas pretensiones que el Reino Unido.

42. La Comisión y el Reino de España han formulado las mismas pretensiones que el Consejo.

43. En la vista celebrada el 13 de marzo de 2007, conjuntamente con la vista del asunto C-77/05, se oyeron las alegaciones formuladas por el Reino Unido, el Consejo, Irlanda, la República Eslovaca, la Comisión, el Reino de los Países Bajos y el Reino de España, así como sus respuestas a las cuestiones formuladas por el Tribunal de Justicia.

IV. Alegaciones de las partes

A. *Reino Unido*

44. El Reino Unido apoya su posición en el caso de autos en la diferencia entre los dos tipos de medidas basadas en el acervo de Schengen. Las primeras son las medidas comprendidas en su integridad en el acervo de Schengen *(Schengen-integral measures;* en lo sucesivo, «medidas integrales»), y las segundas son las medidas vinculadas al acervo de Schengen *(Schengen linked measures;* en lo sucesivo, «medidas vinculadas»). En la exposición de dicho Estado miembro, las medidas integrales están indisolublemente unidas al acervo de Schengen, como por ejemplo, las medidas que modifican las disposiciones de dicho acervo en las que el Reino Unido no coopera. Las medidas del segundo tipo, en cambio, no están indisolublemente unidas al acervo de Schengen, pero pueden ser adoptadas para la consecución de los objetivos del acervo. La integridad del acervo de Schengen no queda amenazada si el Reino Unido participa en la adopción del segundo tipo de medidas. En su opinión, los Reglamentos n^{os} 2007/2004 y 2252/2004 forman parte del segundo tipo de medidas. En cuanto respecta al Reglamento nº 2252/2004, el Reino Unido sostiene que se trata de una medida vinculada, que no sustituye ni modifica disposición alguna.

45. La alegación principal del Reino Unido consiste en afirmar que la conducta del Consejo es ilegal, ya que le ha impedido participar en la adopción del Reglamento nº 2252/2004. El Reino Unido notificó al Consejo, de conformidad con el artículo 5, apartado 1, del Protocolo de Schengen y el artículo 3, apartado 1, del Protocolo sobre el título IV, que deseaba participar en la adopción del Reglamento nº 2252/2004. La conducta del Consejo constituye, en opinión del Reino Unido, un vicio sustancial de forma en el sentido del artículo 230 CE, párrafo segundo.

46. El Reino Unido sostiene que el artículo 10 CE, en el ámbito del primer pilar, y el principio de cooperación, en el marco del título VI del Tratado UE, [5] constituyen una tutela suficiente del principio, de la integridad del acervo de Schengen frente a cualquier eventual abuso. A su juicio, el Consejo procedió de un modo particularmente formalista, si se considera que las anteriores medidas fueron adoptadas por la vía de la cooperación intergubernamental y no a nivel comunitario. El Reino Unido está interesado en el control común de las fronteras exteriores de la zona Schengen.

47. El Reino Unido se opone a la interpretación del Consejo según la cual la aplicación del artículo 5 del Protocolo de Schengen está supeditada a la previa aplicación del artículo 4 del mismo Protocolo. En su opinión, el Consejo interpretó erróneamente el artículo 5 del Protocolo de Schengen en el sentido de que tal artículo puede ser aplicado únicamente respecto a la parte del acervo de Schengen que se aplica al Reino Unido en virtud de la decisión adoptada sobre la base del artículo 4 del mismo protocolo. El Reino Unido designa tal interpretación como «teoría de la subordinación». A su juicio, es contraria al tenor literal del Protocolo de Schengen, a la naturaleza del artículo 5 y a la declaración nº 46 aneja al Tratado de Ámsterdam. En lugar de la teoría de la subordinación, el Reino Unido propone la aplicación de la «teoría de la independencia», según la cual la aplicación del artículo 5 es independiente de la del artículo 4 del Protocolo de Schengen, puesto que estos dos artículos no se hallan en una relación recíproca de superioridad o subordinación.

48. En su opinión, en contra de la teoría de la subordinación milita el tenor literal del artículo 5, apartado 1, del Protocolo de Schengen, según el cual los actos adoptados sobre tal base jurídica son aplicables en todos los Estados miembros. Por tanto, el desarrollo del acervo de Schengen está regulado por las disposiciones pertinentes de los Tratados. El artículo 5, apartado 1, párrafo segundo, del Protocolo de Schengen no regula un mecanismo de «opting out», sino un sistema de cooperación reforzada. De tal norma se desprende que la participación del Reino Unido no depende del consentimiento de los demás Estados miembros que cooperan en el acervo de Schengen (en lo sucesivo, «Estados Schengen»). No son convincentes los argumentos mediante los que se pretende demostrar que el artículo 5, apartado 1, del Protocolo de Schengen es oscuro e incompleto en lo que respecta al derecho de participación de Irlanda y del Reino Unido. El Reino Unido no necesita el consentimiento de los demás Estados Schengen, puesto que la notificación escrita efectuada por dicho Estado miembro conforme al artículo 5 del Protocolo de Schengen excluye (desactiva) el mecanismo de la cooperación reforzada.

49. El Reino Unido sostiene que la teoría de la independencia se ajusta al artículo 7 del Protocolo sobre el título IV. En su opinión, dicho artículo está dirigido esencialmente a

5 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005, Pupino (C-105/03, Rec. p. I-5285), apartado 42.

aclarar que, sobre la base del Protocolo sobre el título IV, el Reino Unido e Irlanda no tienen derecho a asociarse a las partes del acervo de Schengen que tienen su base jurídica, en virtud de la Decisión 1999/436/CE del Consejo, [6] en el título IV. Pero si el Reino Unido informa por escrito al Consejo conforme al artículo 5, apartado 1, párrafo segundo, del Protocolo de Schengen, y la base jurídica de la propuesta en la que pretenda participar viene constituida por el título IV CE, se aplicará al Protocolo sobre el título IV. Además, la teoría de la independencia se ajusta igualmente a la exigencia de proteger la integridad del acervo de Schengen. La cooperación del Reino Unido en dicho acervo sin una previa autorización no menoscaba la integridad del acervo de Schengen, puesto que esta última viene suficientemente garantizada por el artículo 10 CE y por el artículo 3, apartado 2, del Protocolo sobre el título IV, que permite, en determinadas condiciones, la adopción de algunas medidas sin la participación del Reino Unido.

50. Según el Reino Unido, el Protocolo de Schengen prevé dos mecanismos de cooperación reforzada. El primero está regulado por el artículo 4 de dicho Protocolo y se aplica a efectos de la integridad del acervo de Schengen en el Derecho de la Unión y de la Comunidad. El segundo, regulado por el artículo 5 del mismo protocolo, versa en cambio sobre el desarrollo de dicho acervo. Los artículos 4 y 5 del Protocolo de Schengen prevén procedimientos distintos en función de si se trata de la adhesión al acervo de Schengen o bien de la mera participación en las medidas adoptadas para desarrollar este último.

51. En opinión del Reino Unido, el artículo 5 del Protocolo de Schengen sólo puede ser interpretado razonablemente en el sentido que se aplica únicamente a las medidas que desarrollan el acervo de Schengen en las que no participa dicho Estado miembro. Si, en efecto, tal artículo hiciera referencia a las medidas en las que participa el Reino Unido, debería contener –como, por ejemplo, el artículo 5, apartado 2, del Protocolo sobre la posición de Dinamarca– disposiciones para el caso en que el Reino Unido decidiera no participar en la adopción de la propia medida.

52. El Reino Unido sostiene asimismo que la interpretación del artículo 5 propuesta por el Consejo, conforme a la teoría de la subordinación, constituye una vulneración del principio de proporcionalidad. En su opinión, el Reino Unido e Irlanda participaron en muchos casos en el desarrollo del acervo de Schengen, si bien no utilizando el procedimiento previsto en el artículo 4 del Protocolo de Schengen. Muchos casos excepcionales, en los que fue autorizada la participación sin aplicación del procedimiento previsto en el artículo 4 del Protocolo, demuestran que la integridad del acervo de Schengen no ha estado amenazada.

6 — Decisión 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 (DO L 176, p. 17).

53. La interpretación amplia y flexible del concepto de medida basada en el acervo de Schengen, resultante de la práctica del Consejo, resulta asimismo contraria al principio de seguridad jurídica. El examen en dos fases que emplea el Consejo para comprobar si se está en presencia de medidas que se basan en el acervo de Schengen es incompatible con el artículo 5 del Protocolo de Schengen. La segunda fase del examen, dirigida a comprobar si se está en presencia de un problema esencial para la libre circulación de las personas en un ámbito en el que se haya suprimido el control de las personas en las fronteras comunes, es demasiado elástica para ser compatible con los requisitos de seguridad jurídica.

54. Ciertamente, el Reino Unido no pretende perseguir una supresión de las fronteras interiores como la efectuada por los Estados Schengen. Pero tal intención no implica teóricamente un riesgo, para los Estados Schengen, de que resulte amenazada la integridad del acervo de Schengen.

55. Por último, según el Reino Unido, el principio de igualdad de trato entre los ciudadanos de la Unión en lo relativo a los controles de los pasaportes efectuados en las fronteras exteriores entraña la necesidad de que el Reino Unido e Irlanda cooperen en el Reglamento nº 2252/2004. Si los equipos destinados al reconocimiento de pasaportes en los pasos fronterizos y las fronteras exteriores de la Unión Europea no estuvieran en condiciones de leer los pasaportes de los nacionales del Reino Unido y de Irlanda, se daría a éstos, sin motivo alguno, un trato distinto del dispensado a los nacionales de los demás Estados miembros.

56. Con carácter meramente subsidiario, el Reino Unido alega que si el Tribunal de Justicia comprobase la pertinencia de la teoría de la independencia, habría de deducirse de ello que a las medidas vinculadas no se les aplica el artículo 5 del Protocolo de Schengen. Dicho artículo se aplica únicamente a las medidas integrales. No obstante, dado que el Reglamento impugnado no está comprendido entre estas últimas, el Reino Unido debió participar en su adopción.

B. *Partes coadyuvantes en apoyo del Reino Unido*

57. Invocando las normas sobre la interpretación de los tratados internacionales contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados, Irlanda sostiene que no existe ningún motivo para apartarse del claro tenor literal de los artículos 4 y 5 del Protocolo de Schengen. Irlanda comparte la tesis del Reino Unido relativa a la relación de independencia entre los artículos 4 y 5 de

dicho Protocolo, haciendo referencia al artículo 8 de este último y al artículo 6, apartado 2, de la Decisión 2002/192/CE del Consejo.[7] El hecho de que tal Decisión mencione también las medidas que forman parte del acervo de Schengen y que han sido adoptadas después de la entrada en vigor del Protocolo de Schengen no significa que se permita una interpretación dinámica de tal Protocolo. En efecto, mediante su decisión, el Consejo no puede modificar el Derecho primario. Además, la práctica del Consejo impide en una medida desproporcionada la cooperación de Irlanda y del Reino Unido.

58. La República Eslovaca apoya la tesis del Reino Unido. El hecho de que un Estado miembro no participe en el acervo de Schengen no puede constituir un criterio para excluir su participación sobre la base del artículo 5 del Protocolo de Schengen o del artículo 3, apartado 1, del Protocolo sobre el título IV. En su opinión, el examen exige elementos suplementarios; propone pues un análisis de un tipo distinto que habrá de aplicarse a los artículos 4 y 5 del Protocolo de Schengen. De resultas de tal análisis, la cooperación sobre la base del artículo 5 del Protocolo de Schengen puede denegarse únicamente en presencia de una duda razonable sobre la existencia de una amenaza a la integridad y a la coherencia del acervo de Schengen. Según la República Eslovaca, la cooperación de un Estado miembro que no forma parte del sistema de Schengen debe resultar clara y directamente contraria a los objetivos del acervo de Schengen, lo cual significa, en la práctica, que deben verse efectivamente perjudicados el funcionamiento y la eficacia de las medidas que forman parte del acervo de Schengen.

59. La República Eslovaca sostiene asimismo que la posición del Consejo, según la cual el artículo 4 del Protocolo de Schengen es vinculante para la cooperación en las medidas de desarrollo, implica que el artículo 5 de dicho Protocolo es superfluo.

C. Consejo

60. Según el Consejo, la teoría de la independencia sostenida por el Reino Unido no se ajusta al principio de integridad del acervo de Schengen y es contraria a la estructura y a la lógica del Protocolo de Schengen y del Protocolo sobre el título IV. En su opinión, la teoría de la independencia socava el principio de integridad del acervo de Schengen, sobre todo si se aplica conjuntamente con la limitación a las medidas integrales. El Consejo niega que la finalidad del artículo 5 del Protocolo de Shengen sea garantizar derechos al Reino Unido y a Irlanda. Más bien, está dirigido a proteger la actividad de los Estados Schengen frente a los obstáculos al desarrollo de la cooperación reforzada por parte de uno o varios Estados.

7 — Decisión de 28 de febrero de 2002, sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen (DO L 64, p. 20).

Tal finalidad del artículo 5 del Protocolo de Schengen se desprende de las diferencias que revela la comparación con el artículo 4. En consecuencia, no cabe compartir el argumento según el cual, una vez efectuada la notificación al Consejo, el Reino Unido e Irlanda cooperan automáticamente.

61. El Consejo sostiene que la tutela de la integridad del acervo de Schengen constituye la *ratio legis* del artículo 4 del Protocolo de Schengen. En su opinión, existe un claro nexo causal entre la supresión de los controles en las fronteras interiores y las medidas de acompañamiento.

62. Además, las medidas adoptadas en el sector de la cooperación reforzada en el ámbito de Schengen son dependientes entre sí y están interconectadas. Por tanto, podría llegarse a menoscabar la integridad aun cuando no se tratase de una medida definida como integral por el Reino Unido, sino que se comprobase, a raíz de un examen en dos fases, que se trata de una cuestión vinculada a la libre circulación de personas en un territorio en el que se hayan suprimido las fronteras interiores.

63. Invocando la tutela del principio de integridad y de coherencia del acervo de Schengen, el Consejo sostiene asimismo que, tras la eventual declaración y la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 4 del Protocolo de Schengen, el Reino Unido ya no puede renunciar unilateralmente *(opt-out)* a participar en el desarrollo de tal acervo. Como ejemplo de la posible incoherencia en el desarrollo del acervo de Schengen, el Consejo menciona la participación del Reino Unido en las medidas de repatriación de extranjeros y su falta de participación en las medidas en materia de denegación de nueva entrada en la UE.

64. La relación de subordinación o de superioridad entre el artículo 5 y el artículo 4 del Protocolo de Schengen es igualmente necesaria para evitar la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 4 en el ámbito de un procedimiento con arreglo al artículo 5. A tal fin, el artículo 10 CE y el principio de cooperación no constituyen una protección suficiente contra una amenaza a la integridad del acervo de Schengen. La invocación del artículo 3, apartado 2, del Protocolo sobre el título IV es errónea en la medida en que el artículo 7 de dicho Protocolo limita el ámbito de aplicabilidad de este último en el sentido de que, en caso de divergencia, el Protocolo de Schengen asume el carácter de *lex specialis* frente al Protocolo sobre el título IV. El mecanismo de *opt-in* previsto en el artículo 3, apartado 1, del Protocolo sobre el título IV versa únicamente sobre las medidas basadas en el título IV CE, y no sobre las medidas de desarrollo del acervo de Schengen. Si se acogiera la teoría de la independencia sostenida por el Reino Unido, el artículo 7 de dicho Protocolo sobre el título IV CE carecería de sentido. El Reino Unido puede simplemente aplicar el artículo 3, apartado 1, y comunicar que pretende participar en las medidas previstas en el título IV que son al mismo tiempo medidas de desarrollo del acervo de Schen-

gen. Ahora bien, de este modo se eludiría el mecanismo de tutela previsto en el artículo 4 del Protocolo de Schengen.

65. El Consejo rebate los argumentos del Reino Unido relativos a la interpretación amplia y flexible del concepto de medida basada en el acervo de Schengen y sostiene que un simple examen en dos fases permite comprobar si se trata o no de tal medida. En dicho examen se determina cuán estrecho debe ser el vínculo entre la medida propuesta y la supresión de los controles en las fronteras interiores al objeto de que la medida de que se trata pueda ser considerada una medida de desarrollo del acervo de Schengen. En la primera fase de dicho examen se comprueba si el acervo de Schengen se aplica efectivamente a tal medida. El alcance de tal acervo puede deducirse de la Decisión 1999/437/CE del Consejo, de 17 de mayo de 1999, relativa a determinadas normas de desarrollo del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen. [8] La segunda fase del examen consiste en plantearse la cuestión, contenida en la nota de la Presidencia de 22 de octubre de 1999, examinada y aprobada por el COREPER, de si se trata de una cuestión esencial *(essential)* para la libre circulación de personas en un espacio en el que se han suprimido los controles de las personas en las fronteras interiores y en el que se ha establecido un régimen común de control en las fronteras exteriores, que debe pues vincular igualmente a Islandia y a Noruega. El objetivo de tal examen consiste, para el Consejo, en garantizar una mayor coherencia en el tratamiento de los actos jurídicos en el sector de la cooperación de Schengen. Dicho examen constituye una ayuda importante para la elección del procedimiento correcto. La objeción según la cual dicho examen ha sido desarrollado por el Comité Mixto para Noruega e Islandia carece de fundamento. No existe diferencia de contenido entre las medidas adoptadas por tal Comité Mixto y las adoptadas sobre la base del artículo 5 del Protocolo de Schengen.

66. Por cuanto respecta a la diferencia entre las medidas vinculadas y las medidas integrales aducida por el Reino Unido, tal diferencia no aparece recogida en el Derecho comunitario. El Protocolo de Schengen trata el acervo de Schengen como un conjunto unitario. En el marco de la adopción de la Decisión 1999/435/CE, [9] el Consejo pudo tomar en consideración la posición del Reino Unido, pero no lo hizo.

67. En cuanto atañe a la alegación del Reino Unido relativa a la cooperación en las medidas del acervo de Schengen, el Consejo sostiene que la posición del Reino Unido puede determinarse sobre la base de un

8 — DO L 176, p. 31.

9 — Decisión del Consejo, 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 (DO L 176, p. 1).

examen particular. Si se trata de una propuesta cuya base jurídica se halla en el título IV CE y que no implica un desarrollo ulterior de dicho acervo, el Reino Unido puede participar *(opt-in)* a efectos del artículo 3, apartado 1, del Protocolo sobre el título IV. Si, en cambio, se trata de una propuesta que implica un desarrollo ulterior del acervo de Schengen, el Consejo determina la posición del Reino Unido sobre la base del artículo 4 del Protocolo de Schengen. Si de la Decisión 2000/365 se desprende que el Reino Unido coopera en el sector del acervo de Shengen de que se trata, puede cooperar en la adopción de actos sin una previa notificación especial. En cambio, si de la citada Decisión se desprende que el Reino Unido no coopera en ese sector del acervo, deberá actuar, para cooperar, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo de Schengen.

68. La cooperación del Reino Unido en la adopción de medidas comprendidas en el acervo de Schengen se explica, en opinión del Consejo, por la especificidad de la cooperación en el caso concreto. En efecto, por ejemplo, el Reglamento nº 334/2002 [10] fue adoptado sobre la base jurídica del antiguo artículo 100 C CEE, antes de la integración del acervo de Schengen en el ámbito del Derecho de la Unión. En cuanto respecta a los demás actos jurídicos, se trata más de medidas ejecutivas que de actos normativos, o bien de actos caracterizados por determinadas particularidades desde el punto de vista ejecutivo, como por ejemplo la Decisión 2004/573/CE. [11] En cuanto a la Directiva 2001/40/CE [12] y a la Decisión 2004/191/CE, [13] el Consejo sostiene que se trata de medidas que se basan en el acervo de Schengen, en las que no participa el Reino Unido. La cooperación en la adopción de estos dos actos se basa en el hecho de que la citada Directiva regula únicamente el posible reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de extranjeros. Está pues relacionada con la expulsión de nacionales de terceros Estados, los cuales pueden sustraerse fácilmente a la expulsión entrando en el Reino Unido.

69. Igualmente, en opinión del Consejo, las medidas vinculadas al control de personas en las fronteras exteriores están comprendidas en el acervo de Schengen. Entre éstas se halla el Reglamento nº 2252/2004, en la medida en que el control de los pasaportes se efectúa en la práctica en las fronteras exteriores. El artículo 62 CE, número 2, letra a), que constituye la base jurídica del Reglamento nº 2252/2004, desempeña la función de vínculo entre este Reglamento y las fronteras exteriores. A juicio del Consejo, el control de los pasaportes constituye una cuestión fun-

10 — Reglamento del Consejo, de 18 de febrero de 2002, que modifica el Reglamento (CE) nº 1683/95 por el que se establece un modelo uniforme de visado (DO L 53, p. 7).

11 — Decisión de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (DO L 261, p. 28).

12 — Directiva de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DO L 149, p. 34).

13 — Decisión del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países (DO L 60, p. 55).

damental para la libre circulación de personas en un espacio en el que se ha suprimido el control sobre las personas en las fronteras interiores. El Reino Unido no solicitó cooperar en este ámbito del acervo de Schengen. En consecuencia, la Decisión 2000/365 no contiene ninguna disposición sobre la cooperación del Reino Unido en referencia a esta parte del acervo de Schengen.

D. *Partes coadyuvantes en apoyo del Consejo*

70. La Comisión considera correcta la posición del Consejo relativa a las relaciones entre el artículo 4 y el artículo 5 del Protocolo de Schengen. Si bien no comparte la posición del Reino Unido relativa a la diferencia entre las medidas integrales y las medidas vinculadas, sostiene que el Reglamento nº 2252/2004 es una medida integral, ya que está indisolublemente unida a la parte del acervo de Schengen en la que no participa el Reino Unido.

71. Según la Comisión, la característica esencial de la cooperación reforzada y del acervo de Schengen viene representada por el principio de integridad. En consecuencia, el objetivo fundamental consiste en la tutela de tal integridad y de la coherencia del acervo de Schengen. A su juicio, es cierto que el Protocolo de Schengen prevé una cooperación parcial para Estados miembros concretos que no forman parte del sistema de Schengen; no obstante, ello no deja a la voluntad de tales Estados la facultad de elegir en qué partes del acervo cooperar, lo cual daría lugar a una mezcolanza *(patchwork)* de cooperaciones y obligaciones.

72. El artículo 5 del Protocolo de Schengen no puede ser considerado de forma separada, es decir, fuera del contexto del Protocolo en su integridad. En consecuencia, la teoría de la independencia en la relación entre el artículo 4 y el artículo 5 de dicho Protocolo es errónea. La Comisión señala que el concepto de medida «desarrollo del acervo de Schengen» al que hace referencia el artículo 5 del Protocolo de Schengen no es ni oscuro ni impreciso. La adopción de actos sobre la base de tal artículo, si tiene lugar en el marco del desarrollo del acervo de Schengen, no difiere de la determinación de la base jurídica para la adopción de un acto de Derecho comunitario. El examen en dos fases del Consejo dirigido a establecer si se está en presencia del desarrollo del acervo es exacto y suficiente.

73. Por último, la Comisión sostiene que el objetivo del Reglamento nº 2252/2004 es el de establecer los estándares mínimos de seguridad de los pasaportes y de los documentos de viaje. De tal modo es posible establecer mediante la biometría una vinculación más precisa entre el titular del pasaporte y el pasaporte en sí. Esta finalidad está indisolublemente ligada al control de las fronteras exteriores, que constituye la esencia de la cooperación de Schengen. En consecuencia, los nacionales del Reino Unido no resultan discriminados por el hecho de que era Reino Unido no coopere en el Reglamento nº 2252/2004. Irlanda y el Reino Unido pueden incluir en sus pasapor-

tes los elementos igualmente sobre la base de las normas de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).

74. El Reino de España sostiene que la interpretación del Protocolo de Schengen propuesta por el Reino Unido constituye un peligro para las medidas ya adoptadas en el sector de la cooperación reforzada y menoscabaría, pues, el principio de integridad del acervo de Schengen. A su juicio, de una interpretación sistemática, teleológica e histórica del artículo 5, apartado 1, del Protocolo de Schengen no se desprende un derecho del Reino Unido a la cooperación. En cuanto respecta a las alegaciones formuladas con carácter subsidiario por el Reino Unido, el Gobierno español sostiene que corresponde al Consejo decidir qué medidas constituyen un desarrollo del acervo de Schengen.

75. Los Países Bajos, al apoyar la posición del Consejo sobre la relación de dependencia entre los artículos 5 y 4 del Protocolo de Schengen, afirmaron en la vista que el artículo 4 de dicho Protocolo exige la adopción de una decisión por unanimidad de los Estados Schengen y del Reino Unido. El requisito de unanimidad evita que los Estados miembros puedan adoptar a su arbitrio una decisión sobre la cooperación solamente en una parte del acervo de Schengen, y tutela de este modo la unidad de dicho acervo. Si el artículo 5 del Protocolo de Schengen fuera interpretado en el modo propuesto por el Reino Unido, ello significaría que los Estados miembros tienen derecho a no cooperar en las medidas de desarrollo del acervo de Schengen, aunque cooperen en el acervo de Schengen.

V. Apreciación del Abogado General

76. El Tratado de Ámsterdam ha abierto una nueva dimensión de la integración europea. [14] Mediante este Tratado se crea un área de libertad, seguridad y justicia. [15] La doctrina subraya que el concepto de cooperación reforzada se aplica también al desarrollo y a la perfección de tal espacio, [16] el cual comprende también, a la luz del artículo 1 del Protocolo de Schengen, el acervo de Schengen. [17] Dicho acervo fue concebido en un primer momento como parte del Derecho internacional público y fue introducido en el Derecho de la Unión y de la Comunidad de

14 — Thym, D.: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, Baden-Baden, 2004, p. 79. Según el autor, se trata de una nueva fase de la integración tras la realización del mercado interior y de la Unión Monetaria.

15 — Ha de señalarse que, a la vista de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tratado de Ámsterdam ha modificado el título VI UE y ha introducido el nuevo título IV en el Tratado CE.

16 — Bribosia, H.: «Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne, Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam», en *Cahiers de droit européen*, n. 1-2/2000, pp. 57 y ss. en particular p. 88. Por cuanto respecta al significado de la cooperación reforzada, deseo mencionar igualmente el discurso pronunciado por el ex-Presidente de la Comisión Europea Jacques Delors ante el Senado del Reino de Bélgica en marzo de 2007, del cual se ha publicado un resumen en *Agence Europe* nº 9407 de 17 de abril de 2007.

17 — Thym, D.: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, p. 83. El autor remite además al artículo 43 UE, letra i), el cual prevé que la cooperación reforzada no afectará a las disposiciones del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea.

conformidad con el artículo 2, apartado 1, del Protocolo de Schengen. [18]

77. En los asuntos C-137/05 y C-77/05, el Tribunal de Justicia afronta la interpretación de protocolos, que versan en particular sobre la cooperación reforzada. [19] La concepción tradicional de la integración europea se desprende del concepto de unidad de la integración, es decir, de la creación de reglas unitarias uniformemente aplicables y válidas en todos los Estados miembros. [20] A raíz de las modificaciones de los Tratados constitutivos, mediante las cuales se profundizó en la competencia de la Comunidad Europea y de la Unión Europea, y de resultas de las últimas ampliaciones de la Unión, que entrañan una mayor heterogeneidad de las estructuras y de los intereses, el concepto de integración unitaria no puede ser aplicado como en el período en el que la Comunidad Económica Europea estaba formada por seis o nueve miembros. [21] La cooperación reforzada constituye la expresión en términos jurídicos de la mediación entre la ampliación y la profundización de la Unión. [22] El acervo de Schengen constituye, según la doctrina, una forma particular, modificada, de cooperación reforzada, instituida por algunos Estados miembros mediante tratados internacionales, [23] mediante el Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985 (en lo sucesivo, «Acuerdo de Schengen»), y mediante el Convenio, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, de aplicación del Acuerdo de Schengen relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985 (en lo sucesivo, «CAA»), fuera del marco institucional de la entonces Comunidad, hoy Unión. [24] En cuanto actos autónomos de Derecho internacional, ambos acuerdos han dejado de existir con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. [25]

18 — den Boer, M.: «Not Merely a Matter of Moving House: Police Co-operation from Schengen to the TEU», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 7(2000), pp. 336 y ss. en particular p. 337; Bender, T.: *Die verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza*, ZaöRV 2001, pp. 730 y ss. en particular p. 743; Gautier, M.: *Accords de Schengen*, voz 2630 de la enciclopedia *JurisClasseur Europe Traité*, punto 38; Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, p. 82. Este último autor sostiene que el Protocolo de Schengen se aplica a los pilares primero y tercero, y que por este motivo fue adoptado como anexo al Tratado UE y al Tratado CE.

19 — En la sentencia de 31 de enero de 2006, Comisión/España (C-503/03, Rec. p. I-1097), apartado 34, el Tribunal de Justicia declaró que «lo dispuesto en el acervo de Schengen sólo puede aplicarse en la medida en que sea compatible con el Derecho de la Unión y de la Comunidad». El artículo 1 del Protocolo de Schengen dispone que la cooperación reforzada en el ámbito del acervo de Schengen deberá llevarse a cabo en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea y respetando las disposiciones pertinentes de los Tratados. Tal disposición constituye una expresión particular del principio, consagrado en el artículo 43 UE, apartado 1, según el cual la cooperación reforzada debe respetar los Tratados y el marco institucional de la Unión, así como el Derecho de la Comunidad.

20 — Bender: *Die verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza*, pp. 730 y ss., especialmente pp. 731 y 767.

21 — Jacqué, J.-P.: *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3ª edición, París, 2004, p. 161, sostiene que la cooperación reforzada se deriva de la consideración según la cual es imposible que todos los Estados miembros actúen con la misma velocidad en la vía de la integración.

22 — Blanke: «Titel VII, Bestimmungen über eine Verstärkte Zusammenarbeit», en *Grabitz/Hilf*, punto 1.

23 — Invocando el artículo 134 CAA, la doctrina recuerda que ya en el inicio del acervo de Schengen, este último no era en realidad contrario al Derecho comunitario (Van Simaeys, B., Carlier, J.-Y.: «Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice», Y. Lejeune, ed., en *Le traité d'Amsterdam, Espoirs et déceptions*, Bruselas, 1999, p. 250).

24 — Blanke: «Titel VII, Bestimmungen über eine Verstärkte Zusammenarbeit», en *Grabitz/Hilf*, punto 9; Gautier: *Accords de Schengen*, puntos 1 y 2. Se ha llegado a un desarrollo fuera del Tratado constitutivo en la medida en que la Comunidad, aun siendo competente en materia de libre circulación de personas, no era todavía competente para regular la posición jurídica de los nacionales de Estados terceros.

25 — Gautier: *Accords de Schengen*, punto 3. Según la autora, el Tratado de Ámsterdam integró en el ámbito institucional de la Unión Europea el acervo surgido sobre la base de los Acuerdos de Schengen.

78. Ha de señalarse antes de nada que el Derecho primario no conoce la distinción entre medidas integrales *(Schengen-integral measures)* y medidas vinculadas *(Schengen linked measures).* Así lo reconoce también el Reino Unido, mientras que en su réplica sostiene que tal distinción es un instrumento analítico para elucidar los pocos casos en los que está legitimada la exclusión de Irlanda y del Reino Unido de la cooperación en la adopción de medidas que se basan en el acervo de Schengen. [26]

79. El artículo 5 del Protocolo de Schengen menciona las propuestas y las basadas en el acervo de Schengen. [27] Ahora bien, todas las partes han hablado en la vista de «desarrollo» del acervo de Schengen. Procede por tanto comprobar si el concepto de medidas «basadas en el acervo de Schengen» y el de medidas «para desarrollar el acervo de Schengen» son sinónimos.

80. En el Derecho derivado, por ejemplo el sexto considerando de la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, [28] utiliza en las versiones inglesa y española los mismos términos utilizados en el artículo 5 del Protocolo de Schengen, pero no ocurre lo mismo en las versiones eslovena, francesa, alemana e italiana. [29] El considerando decimotercero Reglamento (CE) nº 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración, [30] emplea las mismas palabras que el Protocolo de Schengen en las versiones inglesa, francesa, italiana y española, pero no en las versiones eslovena y alemana. [31] El considerando decimosegundo de la Decisión 2005/267/CE del Consejo, de 16 de marzo de 2005, por la que se crea en Internet una red segura de información y coordinación para los servicios de gestión de la migración de los Estados miembros), [32] menciona las medidas de tal Decisión que desarrollan las disposiciones del acervo de Schengen en materia de lucha contra la organización de la inmigración ilegal. [33] En las versiones inglesa,

26 — Réplica en el asunto C-137/05, punto 72.

27 — En la versión inglesa de dicho Protocolo se emplea la expresión «Proposals and initiatives to build upon the Schengen *acquis*», en la francesa «Les propositions et initiatives fondés sur l'acquis de Schengen», en la alemana «Vorschläge und Initiativen auf der Grundlage des Schengen-Besitzstands», en la italiana «Le proposte e le iniziative che si baseranno sull'acervo de Schengen», y en la española «Las propuestas e iniciativas para desarrollar el acervo de Schengen».

28 — DO L 187, p. 45.

29 — En la versión eslovena *«ta direktiva pomeni nadaljnji razvoj schengenskega pravnega reda [...]»*, en la inglesa *«this Directive builds on the Schengen acquis [...]»*, en la francesa *«la présente directive constitue un développement de l'acquis de Schengen [...]»*, en la alemana *«diese Richtlinie stellt eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands [...]»*, en la italiana *«il presente strumento rappresenta uno sviluppo del'acervo de Schengen [...]»* y en la española *«la presente Directiva constituye un desarrollo del acervo de Schengen [...]»*.

30 — DO L 64, p. 1.

31 — En la versión eslovena *«ta uredba je akt, ki temelji na schengenskem pravnem redu [...]»*, en la inglesa *«this Regulation constitutes an act building on the Schengen acquis [...]»*, en la francesa *«le présent règlement constitue un acte fondé sur l'acquis de Schengen [...]»*, en la alemana *«diese Verordnung stellt einen auf dem Schengen-Besitzstand aufbauenden [...] Rechtsakt [...]»*, en la italiana *«il presente Reglamento costituisce un atto basato sull'acervo de Schengen [...]»* y en la española *«el presente Reglamento constituye un acto que desarrolla el acervo de Schengen [...]»*.

32 — DO L 83, p. 48.

33 — En la versión inglesa *«[...] to the extent that its measures develop provisions of the Schengen acquis against the organisation of illegal immigration [...]»*, en la francesa *«[...] pour autant que ses mesures développent les dispositions de l'acquis de Schengen afin de lutter contre l'organisation de l'immigration illégale [...]»*, en la alemana *«[...]deren Maßnahmen eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung darstellen [...]»*, en la italiana *«[...] nella misura in cui le sue misure sviluppano le disposizioni dell'acervo de Schengen volte a combattere l'organizzazione di immigrazione illegale [...]»* y en la española *«[...] en la medida en que desarrolla las disposiciones del acervo de Schengen en materia de lucha contra la organización de la inmigración ilegal [...]»*.

francesa, italiana y española se emplean las mismas palabras del artículo 5 del Protocolo, pero no en las versiones eslovena y alemana.

81. Por otro lado, querría llamar la atención sobre el hecho de que el contenido de las versiones lingüísticas en las que el Derecho derivado adoptado sobre la base del acervo de Schengen no emplea las mismas palabras –como por ejemplo en las versiones italiana y alemana del Protocolo de Schengen y de los actos de Derecho derivados mencionados en el punto 80 *supra*— es exactamente idéntico al contenido de las versiones lingüísticas en las que se utilizan las mismas palabras, como por ejemplo en el caso de la versión inglesa de tales actos. Si, como consecuencia del empleo de palabras distintas en dichos actos, el contenido debiera ser distinto en las diversas lenguas, para interpretar la disposición de Derecho comunitario procedería comparar las diversas versiones lingüísticas. [34] Si el contenido de las diversas versiones lingüísticas es distinto, procede interpretar la norma de que se trata teniendo en cuenta la sistemática general y la finalidad de la normativa de la que forma parte. [35] La finalidad del artículo 5 del Protocolo de Schengen consiste en prever un procedimiento especial para la cooperación del Reino Unido y de Irlanda en los nuevos actos que se basan en el acervo de Schengen y que por tanto constituyen un desarrollo del mismo.

82. He de señalar antes de nada que el presente asunto concierne a la interpretación de los protocolos y de las declaraciones anejas a los Tratados UE y CE. En dichos protocolos y declaraciones la doctrina identifica dos categorías tradicionales de anexos a los Tratados constitutivos. [36] A efectos del artículo 311 CE, los protocolos [37] que, de común acuerdo entre los Estados miembros, sean incorporados al Tratado CE serán parte integrante de éste y tendrán el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos. [38] En tal sentido, en el asunto Miraglia [39] el Tribunal de Justicia aplicó el artículo 2 del

34 — Ha de recordarse aquí la sentencia de 2 de abril de 1998, EMU Tabac y otros (C-296/95, Rec. p. I-1605), apartado 36, en las que, en relación con la diferencia entre las versiones danesa y la griega de la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales (DO L 76, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 92/108/CEE del Consejo, de 14 de diciembre de 1992 (DO L 390, p. 124), el Tribunal de Justicia declaró que «desdeñar dos versiones lingüísticas, como proponen los demandantes en el procedimiento principal, estaría en contradicción con la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual la necesidad de una interpretación uniforme de los actos comunitarios excluye la posibilidad de que, en caso de duda, el texto de una disposición sea considerado aisladamente y, en cambio, exige que sea interpretado y aplicado a la luz de las versiones redactadas en las demás lenguas oficiales [...]. Por último, en principio, debe reconocerse el mismo valor a todas las versiones lingüísticas, sin que pueda variar en función de la importancia de la población de los Estados miembros que utilice la lengua de que se trate».

35 — Sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999), apartado 14, y de 7 de diciembre de 1995, Rockfon (C-449/93, Rec. p. I-4291), apartado 28. El asunto Rockfon versaba sobre la interpretación del artículo 1 de la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO L 48, p. 29; EE 05/02, p. 54). Había de interpretarse el concepto de «establecimiento» contenido en dicho artículo, al que corresponde «establishment» en la versión inglesa, «établissement» en la francesa y «obrat» en la eslovena. Tras un examen de las diversas versiones lingüísticas de la Directiva, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que «de la comparación de los términos utilizados se desprende que tienen una connotación distinta: a saber, según los casos, establecimiento, empresa, centro de trabajo, unidad local o lugar de trabajo» (apartado 27).

36 — Michel, V.: «Actes annexés au traité», voz 150 de la enciclopedia *JurisClasseur Europe Traité*, punto 3.

37 — Según la doctrina alemana, el Derecho comunitario no contiene una definición del concepto de protocolo mencionado en el artículo 311 CE (Weber: en *von den Groeben/Schwarze*, artículo 311, punto 1).

38 — Michel, V.: *op. cit.*, punto 36. Según la autora, los protocolos tienen exactamente el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos.

39 — Sentencia de 10 marzo de 2005 (C-469/03, Rec. p. I-2009).

Protocolo de Schengen como parte del Derecho primario. Las declaraciones incorporadas a los Tratados CE y UE, en cambio, no pueden ser consideradas en el mismo plano que los protocolos, [40] al estar privadas de valor vinculante. [41] Las declaraciones adoptadas por la Conferencia intergubernamental no constituyen parte integrante de los Tratados constitutivos, pero pueden ser pertinentes en el marco de la interpretación de dichos Tratados a efectos del artículo 31, apartado 2, letra b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. [42] La diferencia entre los protocolos y las declaraciones es particularmente importante, ya que las instituciones deben respetar los protocolos en el ejercicio de su actividad normativa. [43]

A. *Admisibilidad del recurso*

83. El recurso de anulación ha sido interpuesto dentro del plazo previsto, a efectos del artículo 230 CE, por el Reino Unido en su condición de Estado miembro contra el Reglamento nº 2252/2004, acto adoptado por el Consejo. A la luz de lo dispuesto en el artículo 230 CE, procede declarar la admisibilidad del recurso. [44]

B. *Posición jurídica de otros Estados en el marco del acervo de Schengen*

84. Antes de proceder al análisis de la posición del Reino Unido y de Irlanda en el marco del anexo de Schengen, procede considerar brevemente la de otros Estados. En efecto, el acervo de Schengen conoce diversas formas de cooperación, vigentes únicamente respecto a algunos Estados.

1. Dinamarca

85. Dinamarca acepta el principio de supresión de los controles en las fronteras

40 — Weber: en *von den Groeben/Schwarze,* artículo 311, punto 2.

41 — Lenaerts, K., Van Nuffel, P., Bray, R.: *Constitutional Law of the European Union,* 2ª edición, Londres, 2005, p. 710; Blumann, C., Dubois, L.: *Droit institutionnel de l'Union européenne,* 2ª edición, París, 2005, p. 394.

42 — Weber: en *von den Groeben/Schwarze,* artículo 311, punto 3; Michel: *Actes annexés au traité,* punto 42. En la sentencia de 30 de abril de 1996, Países Bajos/Consejo (C-58/94, Rec. p. 2169), en la que el Reino de los Países Bajos solicitaba, entre otras cosas, la anulación de la Decisión 93/731/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo (DO L 340, p. 43), el Tribunal de Justicia hizo referencia a la Declaración nº 17 relativa al derecho de acceso a la información, que figura en anexo al acta final de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros que adoptó el Tratado UE.

43 — Michel, V.: *op. cit.,* punto 37.

44 — Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht,* p. 222, recuerda también otra opinión doctrinal, según la cual si un acto normativo en el marco de la cooperación reforzada no es válido frente a un Estado miembro, este último puede impugnarlo únicamente en el caso en que se haya rebasado el marco normativo de la cooperación reforzada, en la medida en que el acto de Derecho derivado haya sido adoptado *ultra vires,* o bien cuando se hayan vulnerado los derechos, las obligaciones o las competencias de los Estados miembros que no participen en la cooperación reforzada. No cabe compartir esta posición, puesto que es contraria al claro tenor literal del artículo 230 CE.

interiores, pero no el principio según el cual al acervo de Schengen se aplica el denominado método comunitario en el ámbito de justicia e interior. [45] A tenor del artículo 1 del Protocolo de Schengen, el Reino de Dinamarca forma parte del sistema de Schengen, pero el artículo 3 del mismo Protocolo regula, en cuanto *lex specialis,* la posición particular de dicho Estado miembro.

86. El Tratado de Ámsterdam lleva anejo asimismo un Protocolo especial sobre la posición de Dinamarca. A tenor del artículo 5 de dicho Protocolo, el acervo de Schengen constituye, para Dinamarca, una parte del Derecho internacional público. [46] No obstante, sobre la base del principio de integridad, el artículo 5, apartado 2, del citado Protocolo permite en particular a los demás Estados Schengen utilizar la excepción de reciprocidad *(tu quoque),* cuando Dinamarca decida no aplicar una decisión del Consejo adoptada a raíz de una propuesta de una iniciativa dirigida a desarrollar el acervo de Schengen.

2. Nuevos Estados miembros

87. Dado que el recurso ha sido presentado antes de la entrada en vigor del Tratado relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea, de conformidad con el principio *tempus regit actum,* el análisis se limitará a la adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea. Por lo demás, la posición de Bulgaria y de Rumanía se corresponde, en esencia, con la posición de los demás Estados miembros que se adhirieron en 2004. [47]

88. La posición de los nuevos Estados miembros está regulada con carácter general en el artículo 8 del Protocolo de Schengen, según el cual «a efectos de las negociaciones para la admisión de nuevos Estados miembros en la Unión Europea, se considerará que el acervo de Schengen y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito han de aceptarse en su totalidad como acervo por todo Estado que sea candidato a la adhesión». [48]

45 — Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht,* p. 103; Gautier: *Accords de Schengen,* punto 39. Estos autores subrayan que el Reino de Dinamarca no acepta el hecho de que el contenido del acervo de Schengen se convierta en parte del Derecho comunitario, a la vista de las características de este último. En consecuencia, no comparte el método supranacional del primer pilar y prefiere el método intergubernamental del tercer pilar.

46 — Jacqué: *Droit institutionnel de l'Union européenne,* p. 163.

47 — Gautier: *Accords de Schengen,* punto 36.

48 — Gautier: *Accords de Schengen,* punto 36. En otras palabras, los diez nuevos Estados que se han adherido en 2004 cooperan en el acervo de Schengen desde la fecha de su adhesión, en la medida en que ello representa una parte del *acquis communautaire* que han debido asumir. Véase igualmente el artículo 3, apartado 1, del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión.

89. Las disposiciones del acervo de Schengen no contempladas en el artículo 3, apartado 1, del Acta relativa a las condiciones de adhesión son vinculantes para los nuevos Estados miembros desde la fecha de adhesión, pero sólo se aplicarán en virtud de una decisión del Consejo a tal efecto, previa comprobación, de conformidad con los procedimientos de evaluación de Schengen aplicables, del cumplimiento en dichos nuevos Estados miembros de las condiciones necesarias para la aplicación de todas las partes del acervo en cuestión y tras consultar al Parlamento Europeo. [49] El Derecho primario establece de tal modo que los nuevos Estados miembros se convertirán en Estados Schengen cuando se cumplan los requisitos a efectos de los procedimientos de evaluación de Schengen. [50] Por tanto, la posición de los nuevos Estados miembros puede, más propiamente, definirse como una suerte de período transitorio.

3. Islandia y Noruega

90. Islandia y Noruega, conjuntamente con Suecia, Finlandia y Dinamarca, constituyen la Unión Nórdica de Pasaportes, en cuyo marco ya se suprimieron a partir de 1957 los controles en las fronteras interiores. [51] Suecia, Finlandia y Dinamarca se convirtieron posteriormente en Estados Schengen a raíz de la firma y de la entrada en vigor del Acuerdo Schengen.

91. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la posición de estos dos Estados viene regulada en el artículo 6 del Protocolo de Schengen, que permite a Islandia y a Noruega, aun no siendo Estados miembros de la Unión Europea, cooperar en el acervo de Schengen. Por este motivo, la disposición del artículo 6 del citado Protocolo debe considerarse, antes que como una norma jurídica de la Comunidad o de la Unión Europea, como una disposición de Derecho internacional que regula las relaciones entre la Unión y dos países terceros.

C. Posición del Reino Unido y de Irlanda en el acervo de Schengen

92. El Reino Unido e Irlanda no cooperan en la política de supresión de los controles a las

49 — Así lo establece el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión.

50 — Mariani, T.: *Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur la politique européenne des visas* (documentos E 2811, E 3023, E 3159 y E 3208), París, 2007, p. 20.

51 — Van Simaeys, B., Carlier, J.-Y.: *Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice*, p. 258. La Unión Nórdica de Pasaportes es una federación de los países nórdicos para el cruce de las fronteras comunes sin pasaporte.

personas en las fronteras interiores, y no quieren quedar vinculados por el régimen jurídico comunitario relativo a los nacionales de terceros países. [52] En consecuencia, el Protocolo de Schengen establece que el Reino Unido e Irlanda no están vinculados por el acervo de Schengen. [53] No obstante, sobre la base del artículo 4 del Protocolo de Schengen, el Reino Unido e Irlanda pueden, en cualquier momento, solicitar participar, en todo o en parte, en las disposiciones de dicho acervo.

93. El Protocolo sobre el título IV permite al Reino Unido e Irlanda no participar *(opt-out)* en los actos jurídicos adoptados sobre la base del título IV CE. [54] Las medidas adoptadas sobre la base del título IV CE no son vinculantes para dichos Estados. [55]

94. El Reino Unido e Irlanda cooperan en el ámbito de las denominadas medidas compensatorias del acervo de Schengen y en el marco del futuro desarrollo de los mismos. [56] La doctrina describe la posición del Reino Unido como si este Estado rechazase íntegramente la libre circulación de personas sin controles sobre éstas en las fronteras interiores, pero desease cooperar en la parte represiva del régimen jurídico relativo a la libre circulación. [57]

95. El Consejo tuvo en cuenta la voluntad del Reino Unido y estableció, mediante la Decisión 2000/365, las partes del acervo de Schengen en que participa tal Estado. El artículo 8, apartado 2, de dicha Decisión establece claramente que se considera que el Reino Unido ha notificado al Presidente del Consejo, de conformidad con el artículo 5 del Protocolo de Schengen, su deseo de participar en todas las propuestas e iniciativas basadas en el acervo de Schengen mencionado en el artículo 1 de la Decisión 2000/365. [58]

52 — Gautier: *Accords de Schengen*, punto 31, que remite además al Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el cual establece que el Reino Unido e Irlanda podrán mantener el control sobre las personas que crucen las fronteras.

53 — Gautier: *Accords de Schengen*, puntos 30 y 32.

54 — Artículo 1 del Protocolo sobre el título IV.

55 — Artículo 2 del Protocolo sobre el título IV. Sobre la base de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, el Reino Unido se halla en una posición en virtud de la cual no sólo coopera en el acervo de Schengen, sino que tiene además el derecho de *opt-out* con referencia a la totalidad del ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia (Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, p. 90).

56 — Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, p. 82, aclara que el contenido del acervo de Schengen no se limita a la mera eliminación de las fronteras interiores y al régimen común de las fronteras exteriores, sino que también comprende medidas compensatorias en los ámbitos de la cooperación policial, de la política de visados, del intercambio de información en el ámbito del SIS y de la red Sirene, que contienen datos relativos a ciudadanos de terceros países. Otra parte de la doctrina subraya en cambio que en determinados sectores las medidas compensatorias constituyen un fenómeno más amplio, que afectan a la Unión en su conjunto y que, por tanto, no se refieren únicamente al acervo de Schengen (Gautier: *Accords de Schengen*, punto 84, que en tal sentido menciona a título de ejemplo la lucha contra la inmigración ilegal de ciudadanos de terceros países en los territorios de los Estados miembros).

57 — Gautier: *Accords de Schengen*, punto 32.

58 — El artículo 1 de la Decisión 2000/365 enumera las disposiciones del acervo de Schengen que se aplican al Reino Unido. Véase también la Decisión 2004/926/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, sobre la ejecución de partes del acervo de Schengen por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DO L 395, p. 70).

D. *Relación entre los artículos 4 y 5 del Protocolo de Schengen*

96. En el presente asunto se plantea la cuestión de la relación entre los artículos 4 y 5 del Protocolo de Schengen, que hacen referencia a la posición del Reino Unido y de Irlanda. El artículo 5, apartado 1, contiene una especie de *ius variandi,* es decir, un derecho de elección del Reino Unido y de Irlanda con referencia a los nuevos actos jurídicos del acervo de Schengen. [59] A diferencia de cuanto ocurre con la aceptación de los actos ya existentes en tal ámbito, a los fines de la cooperación del Reino Unido y de Irlanda sobre la base del artículo 5 del Protocolo de Schengen no es necesario el consentimiento de los demás Estados miembros participantes, ni el de la Comisión. El artículo 5, apartado 1, del Protocolo exige simplemente una notificación por escrito por parte del Reino Unido o de Irlanda de que desean participar en las propuestas e iniciativas para desarrollar el acervo de Schengen. En virtud de la notificación oficial, el Reino Unido e Irlanda tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones que los restantes Estados Schengen, y pueden participar en la adopción de los actos de que se trate. Ello significa, en última instancia, que con su comportamiento estos dos Estados pueden ralentizar o incluso bloquear completamente la adopción de cualquier medida Schengen. [60]

97. En la doctrina y en la jurisprudencia no se ha formado todavía una opinión sobre la cuestión de si el artículo 5 del Protocolo de Schengen, con el mecanismo de la declaración unilateral de voluntad, se aplica además a los actos jurídicos que desarrollan el acervo de Schengen ya existente, pero a los que el Reino Unido e Irlanda no se han adherido a efectos del artículo 4 del citado Protocolo. La doctrina parte de la tesis según la cual, sobre la base de una interpretación lógico-sistemática, debe negarse la posibilidad de una cooperación del Reino Unido y de Irlanda en las medidas que desarrollan el acervo de Schengen conforme al artículo 5 del Protocolo homónimo, cuando tal desarrollo no pueda darse de forma autónoma. Esta situación se verifica en el caso de que la medida que desarrolla el acervo no pueda ser ejecutada sin la aplicación simultánea de medidas y de actos que no valen para Irlanda y el Reino Unido. [61]

98. Por un lado, en la doctrina se sostiene la tesis según la cual el Reino Unido e Irlanda pueden cooperar en dichos actos jurídicos sólo si observan previamente el procedimiento previsto en el artículo 4 del Protocolo de Schengen. [62] Por otro lado, en cambio, se pone de manifiesto que no está claro si, a efectos de la adopción de actos que desarrollan el acervo de Schengen, puede aplicarse el artículo 4 en la medida en que, desde un punto de vista sistemático, éste precede al

59 — Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht,* p. 96.

60 — Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht,* p. 96. El autor advierte de que en razón de la especialidad del Protocolo de Schengen, consagrada en el artículo 7 del Protocolo sobre el título IV, la prohibición de obstruccionismo, que vale ciertamente en los demás ámbitos de la cooperación jurídica en materia de libertad, seguridad y justicia, no rige respecto al acervo de Schengen.

61 — Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht,* p. 97. El autor invoca además la tesis que pretende extender el requisito de consentimiento de los Estados Schengen, prevista en el artículo 4 del Protocolo de Schengen al artículo 5 del mismo. Ello significaría, en última instancia, que los artículos 4 y 5 tienen ámbitos de aplicación separados, de conformidad con la teoría de la independencia.

62 — Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht,* p. 98.

artículo 5, el cual regula la posibilidad de desarrollo. [63] En particular, la doctrina inglesa subraya que la cooperación del Reino Unido en las medidas que desarrollan el acervo de Schengen no exige el consentimiento de los Estados Schengen, [64] consentimiento éste que caracteriza en cambio al artículo 4 del Protocolo de Schengen.

99. No obstante, en un análisis detallado, el ámbito de aplicación del *ius variandi* de que dispone el Reino Unido a efectos del artículo 5 del Protocolo de Schengen resulta más restringido de lo que parece a primera vista.

100. Está claro que el Reino Unido e Irlanda pueden participar en el desarrollo de una medida del acervo de Schengen, en la cual cooperan en virtud del artículo 4 del Protocolo de Schengen.

101. Si no obstante el Reino Unido o Irlanda no cooperan en virtud del artículo 4 en el ámbito que es objeto de desarrollo, la situación es distinta. En la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 5 del Protocolo de Schengen sin la aplicación del artículo 4 del mismo Protocolo es posible únicamente si se trata de un acto de desarrollo de dicho acervo que puede ser aplicado de forma autónoma. El *ius variandi* está limitado únicamente a las propuestas e iniciativas que se basan en el acervo de Schengen susceptibles de ser aplicadas de forma autónoma. [65] Si el Reino Unido o Irlanda pudieran, únicamente sobre la base del mecanismo previsto en el artículo 5 del Protocolo de Schengen, acceder a la cooperación Schengen en un sector para el cual, a los fines de la cooperación, se exige la aplicación previa del artículo 4 de dicho Protocolo, desaparecería el efecto útil de esta última norma. [66] El problema ha sido abordado por la Comisión en sus observaciones escritas. A su juicio, ello entraña la aplicación al Reino Unido de una parte del acervo de Schengen, sin que, no obstante, tal Estado se haya adherido a dicho acervo. Por ello, la cooperación del Reino Unido y de Irlanda en el desarrollo de una parte del acervo de Schengen está en principio supeditada a la previa tramitación del procedimiento previsto en el artículo 4 del Protocolo de Schengen. [67] En una concepción idéntica de la relación entre los artículos 4 y 5 del Protocolo en cuestión se basa también la Decisión 2000/365. Dicha Decisión fue adoptada sobre la base jurídica del artículo 4 del Protocolo de Schengen. [68] Sólo el

63 — Schauer, M.: *Schengen — Maastricht — Amsterdam, Auf dem Weg zu einer flexiblen Union*, Viena, 2000, p. 215. El autor del estudio citado se basa en la tesis según la cual el artículo 5 constituye una *lex specialis* respecto al artículo 4 del Protocolo de Schengen.

64 — Dougan, M.: «Union Competences», en Arnull, A., Dashwood, A., Dougan M., Ross, M., Spaventa, E., Wyatt, D.: *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 5ª edición, Londres, 2006, p. 115. El autor aborda la cuestión de la posición del Reino Unido en el marco del acervo de Schengen como parte del nuevo principio organizativo de flexibilidad *(flexibility)* de la Unión. En el Protocolo de Schengen se observa un fenómeno de flexibilidad primaria, en la medida en que se trata de una flexibilidad regulada por los Tratados constitutivos.

65 — Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, p. 98.

66 — En cuanto al principio del efecto útil en la interpretación de los tratados internacionales, en la doctrina se sostiene en la tesis según la cual tal principio está estrechamente vinculado a la interpretación teleológica del tratado internacional de que se trate (Stein T., Von Buttlar C.: *Völkerrecht*, 11ª edición completamente reelaborada, Colonia, 2005, p. 28).

67 — Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, p. 98. El autor subraya que de tal modo la declaración unilateral de voluntad sobre la base de una apreciación discrecional de la oportunidad de la cooperación, a efectos del artículo 5 del Protocolo de Schengen, no tendrá una gran relevancia para el desarrollo de medidas o de ámbitos que no son susceptibles de ser aplicados de forma autónoma.

68 — La parte que determina la base jurídica de la Decisión 2000/365 esta formulada en los términos siguientes: «Visto el artículo 4 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo denominado "Protocolo de Schengen") [...]».

artículo 8, apartado 2, de la Decisión 2000/365 menciona las normas que regulan la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 5 del Protocolo de Schengen. Ello significa, pues, que la base jurídica de la disposición relativa a la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 5 del Protocolo de Schengen es exclusivamente el artículo 4 del citado Protocolo. Por otro lado, ello confirma claramente la existencia de una práctica consistente en recurrir al procedimiento previsto en el artículo 4 antes que al procedimiento establecido en el artículo 5 del Protocolo de Schengen.

102. Así pues, es necesario comprobar si el Reglamento nº 2252/2004 constituye una medida para el desarrollo del acervo de Schengen susceptible de ser aplicada de forma autónoma. Como he señalado, la supresión del control a las personas en las fronteras interiores representa una parte esencial del acervo de Schengen. La supresión de las fronteras interiores está, no obstante, estrechamente vinculada a la unificación de los controles en las fronteras exteriores. [69] Por tanto, los controles en las fronteras exteriores también están comprendidos en el ámbito del acervo de Schengen. [70]

103. El artículo 1, apartado 3, del Reglamento nº 2252/2004 dispone que «el presente Reglamento se aplicará a los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros». La normativa relativa a los pasaportes y documentos de viaje nació históricamente con el objetivo primario de efectuar un control sobre los propios nacionales cuanto éstos salían al extranjero. En segundo lugar, representa todavía hoy un instrumento de control sobre la entrada de extranjeros en el Estado. [71] El pasaporte es un instrumento jurídico reconocido a nivel internacional, esencial según la doctrina para permitir la libre circulación de personas entre los Estados. [72] A causa del régimen particular establecido por el acervo de Schengen que ha suprimido el control sobre las personas en las fronteras interiores, la circulación internacional de las personas respecto a las cuales se prevé el control de los pasaportes se efectúa en las fronteras exteriores de los Estados Schengen. [73]

104. Si bien el Reglamento nº 2252/2004 regula únicamente los estándares mínimos de seguridad, entre éstos se encuentran, a

69 — Opermann, T.: *Europarecht*, Múnich, 2005, p. 504.

70 — En 2006 se adoptó el Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO L 105, p. 1). El considerando vigésimo séptimo de dicho Reglamento establece claramente que «el presente Reglamento desarrolla disposiciones del acervo de Schengen en las que el Reino Unido no participa de conformidad con la Decisión 2000/365/CE 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. Por consiguiente, el Reino Unido no participa en la adopción del presente Reglamento y no está vinculado ni sujeto a su aplicación». A tenor de su artículo 1, dicho Reglamento tiene por objeto dos aspectos equivalentes; es decir, en primer lugar prevé el principio de ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea y, en segundo lugar, establece las normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

71 — Graßhof, M.: «Melderecht, Reisepassrecht, Namensrecht, Staatsangehörigkeits- und Einbürgerungsrecht», en Bergmann, J., y Kenntner, M.: *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, Stuttgart, 2002, pp. 301 y ss., especialmente pp. 307 y 310, sostiene que los pasaportes y documentos de viaje son medios de control para la comprobación de la identidad y de la nacionalidad de las personas.

72 — Graßhof, M.: *op.cit.*, p. 309.

73 — Opermann, T.: *Europarecht*, p. 505; Harms, K.: «Ausländerrecht», en Bergmann, K.: *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, p. 166, llama la atención sobre el artículo 61 CE, letra a), el cual dispone que en un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Consejo adoptará medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas [...], conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con aquélla y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración.

efectos del artículo 1, apartado 2, del Reglamento, elementos de control que son examinados al cruzar las fronteras exteriores, como por ejemplo la imagen facial y las impresiones digitales. Estos elementos de control hacen posible la correcta aplicación de dicho Reglamento. El control de estos elementos, y en particular el de la imagen facial, constituyen la parte esencial del control sobre las personas el momento de cruzar las fronteras exteriores del espacio de Schengen. En otras palabras, estos elementos de control, como la imagen facial, son utilizados para el control de las personas al cruzar los pasos fronterizos. En consecuencia, el Reglamento nº 2252/2004 no puede ser aplicado de forma autónoma.

105. Según la definición recogida en el punto 97 *supra,* ello significa que el Reglamento nº 2252/2004 no puede aplicarse sin una ejecución simultánea de otros actos normativos del acervo de Schengen. [74] Y con ello se demuestra, en el caso concreto, que la teoría de la subordinación del artículo 5 respecto al artículo 4 del Protocolo de Schengen, sostenida en particular por el Consejo y la Comisión, constituye la correcta interpretación del citado Protocolo.

106. Esta conclusión tampoco resulta rebatida por la remisión a las Declaraciones nºs 45 y 46 anejas al Tratado de Ámsterdam. La Declaración nº 45 aneja al Tratado de Ámsterdam se refiere expresamente el procedimiento previsto en el artículo 4 y no al recogido en el artículo 5 del Protocolo de Schengen.

107. A mi juicio, de la Declaración nº 46 aneja al Tratado de Ámsterdam se desprende que la acción de los Estados miembros vinculada al desarrollo del acervo de Schengen está supeditada al respeto del procedimiento previsto en el artículo 4 del Protocolo de Schengen. No es posible interpretar dicha Declaración en el sentido de que menoscaba el principio de integridad del acervo de Schengen.

E. *Principio de integridad*

108. El considerando segundo de la Decisión 2000/365, relativo a la posición del Reino Unido, subraya el significado del principio de integridad del acervo de Schengen, al poner de manifiesto 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

74 — Como ejemplo de determinación de la parte del acervo de Schengen a la que es reconducible el Reglamento nº 2252/2004, cabe citar como ejemplo el artículo 1, punto A, de la Decisión 1999/437/CE del Consejo, de 17 de mayo de 1999, relativa a determinadas normas de desarrollo del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen (DO L 176, p. 31). Este artículo dispone que forman parte del acervo de Schengen las disposiciones relativas al «cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados que han decidido suprimir los controles en sus fronteras interiores, incluidas las normas y procedimientos que deben respetar los Estados de que se trate para efectuar los controles de personas en las fronteras exteriores, la vigilancia de las zonas fronterizas y la cooperación entre los servicios competentes en materia de controles fronterizos».

los controles de las personas en sus fronteras comunes». [75]

109. Dicho principio se consagra además en el artículo 8 del Protocolo de Schengen, el cual establece que los Estados candidatos a la adhesión deberán aceptar el acervo de Schengen en su totalidad.

110. El principio de integridad del acervo de Schengen constituye una concreción del principio jurídico general *qui habet commoda ferre debet onera et contra,* igualmente reconocido por el Derecho internacional público. En el ámbito del primer pilar, en cuanto atañe al citado principio jurídico, la doctrina [76] remite en particular a la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto 39/72, [77] en la que se afirma que «no se puede admitir [...] que un Estado miembro aplique de manera incompleta o selectiva las disposiciones de un Reglamento de la Comunidad, de modo que convierta en letra muerta ciertos elementos de la legislación comunitaria en relación con los cuales haya manifestado su oposición o que estime contrarios a determinados intereses nacionales; [...] el hecho de que un Estado, según el concepto que tenga de su interés nacional, rompa unilateralmente el equilibrio entre las ventajas y las cargas que se derivan de su pertenencia a la Comunidad, pone en entredicho la igualdad de los Estados miembros ante el Derecho comunitario y origina discriminaciones en perjuicio de los nacionales de dichos Estados miembros [...]». Esta argumentación puede aplicarse fácilmente al acervo de Schengen.

111. El principio de integridad del acervo de Schengen tutela no sólo el equilibrio entre los Estados Schengen con referencia al desarrollo y a la aplicación del acervo de Schengen, sino también al acervo de Schengen en su conjunto. [78] En razón de la defensa del acervo de Schengen en su totalidad, dicho principio constituye la expresión del interés general de los países Schengen.

112. La cooperación relativa a una parte del acervo de Schengen exige, en virtud del principio de integridad, que el Estado miembro participante en cualquier disposición del acervo de Schengen asuma las ventajas y las cargas que se deriven de la cooperación en dicha parte del acervo. Por esta razón el principio de integridad no permite efectuar una libre elección de cooperación, sobre la base del artículo 5 del Protocolo de Schengen, en un acto de desarrollo del acervo de Schengen, cuando no es posible aplicar autónomamente dicho acto. Ahora bien, la argumentación desarrollada en los puntos 97 a 102 demuestra que el Reglamento nº 2252/2004 no puede ser

75 — De forma análoga, también el segundo considerando de la Decisión 2002/192/CE del Consejo, de 28 de febrero de 2002, sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen (DO L 64, p. 20), afirma 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».

76 — Kolb, R.: «La maxime *"qui habet commoda, ferre debet onera et contra"*, (celui qui jouit des avantages doit supporter aussi les charges et vice versa) en droit international public», en *Revue Belge de Droit International,* 2004, pp. 12 y ss., en particular p. 23.

77 — Sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia (Rec. p. 101), apartados 21 y 24.

78 — De Kerchove d'Ousselghem, G.: «Un espace de liberté, de sécurité et de justice aux dimensions incertaines. Quelques réflexions sur le recours aux coopérations renforcées en matière de justice et d'affaires intérieures», Y. Lejeune ed., en *Le traité d'Amsterdam, Espoirs et déceptions,* Bruselas, 1999, p. 290. El autor subraya que la búsqueda de una mayor homogeneidad *(cohérence)* en la cooperación Schengen ha sido la primera razón de la integración del acervo de Schengen en el ámbito de la Unión Europea.

aplicado de forma autónoma. La ventaja derivada, en el caso concreto, de la cooperación del Reino Unido en el Reglamento nº 2252/2004 consistiría en los estándares mínimos comunes y en los requisitos técnicos que regulan la legibilidad de los pasaportes mediante equipos electrónicos. La carga consiste, en cambio, en la cooperación en la parte del acervo de Schengen de la cual el Reglamento nº 2252/2004 constituye un desarrollo.

F. *Presunto comportamiento contradictorio del Consejo al apreciar si se trata de una medida basada en el acervo de Schengen*

113. En su escrito de contestación y en la vista, el Reino Unido subrayó expresamente el hecho de haber sido autorizado por el Consejo, en algunos casos, a cooperar en determinadas medidas basadas en el acervo de Schengen. A este respecto el Reino Unido invoca entre otras la Directiva 2001/51, la Decisión 2002/463/CE del Consejo, de 13 de junio de 2002, por la que se adopta un programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración (programa ARGO), [79] el Reglamento nº 377/2004 y la Decisión 2005/267, y subraya que el concepto de «medida basada en el acervo de Schengen» resulta impreciso y oscuro.

79 — DO L 161, p. 11.

114. Para determinar si se trata de una medida basada en el acervo de Schengen, el Consejo efectúa un análisis que se desarrolla en dos fases. En la primera fase comprueba si se trata de una medida ordinaria en el ámbito del título IV CE o bien de una medida comprendida en los ámbitos de aplicación del acervo de Schengen. [80] En cambio, en la segunda fase comprueba si se trata de una cuestión esencial *(essential)* para la libre circulación de personas en un espacio en el que se han suprimido los controles sobre las personas en las fronteras interiores. El examen de dos fases descrito es comparable al examen que se realiza en el marco del primer pilar a los fines de la elección de la base jurídica correcta de los actos de las instituciones. De las declaraciones del Tribunal de Justicia se desprende que «según jurisprudencia reiterada, en el marco del sistema de competencias de la Comunidad, la elección de la base jurídica de un acto debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. Entre dichos elementos figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto». [81]

115. El análisis en dos fases descrito efectuado por el Consejo permite al Tribunal de Justicia comprobar, sobre la base de elementos objetivos, si se trata de una medida que se basa en el acervo de Schengen. Entre los elementos objetivos en que se basa el análisis

80 — En la doctrina se sostiene la tesis según la cual los actos que modifican el acervo de Schengen existente constituyen indudablemente una parte del desarrollo del propio acervo. Cuando se trata, en cambio, de medidas que no modifican el acervo de Schengen existente, la situación puede ser distinta (Bracke, N.: «Flexibility, Justice Cooperation and the Treaty of Amsterdam», en Marinho, C.: *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam,* Maastricht, 2001, p. 65).

81 — Sentencias de 4 de abril de 2000, Comisión/Consejo (C-269/97, Rec. p. I-2257), apartado 43; de 30 de enero de 2001, España/Consejo (C-36/98, Rec. p. I-779), apartado 58, y de 6 de diciembre de 2005, ABNA y otros (C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, Rec. p. I-10423), apartado 54.

se encuentran, entre otros, la apreciación de si se trata, *ratione materiae,* de una medida efectivamente reconducible al acervo de Schengen, así como la apreciación de si se trata de una cuestión esencial para la libre circulación de personas en un espacio en el que se han suprimido las fronteras interiores.

116. Es jurisprudencia reiterada que «el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los medios que aplica una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo propuesto y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo». [82] «En cuanto al control jurisdiccional de los requisitos mencionados [...], procede recordar que debe reconocerse al legislador comunitario una amplia facultad discrecional en una materia como la del presente caso, en la que ha de tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y realizar apreciaciones complejas. Por consiguiente, sólo el carácter manifiestamente desproporcionado de una medida adoptada en este ámbito, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida». [83]

117. El análisis en dos fases efectuado por el Consejo no tiene ese carácter manifiestamente desproporcionado, en la medida en que es adecuado para conseguir el objetivo perseguido, es decir, comprobar si un determinado acto propuesto constituye una medida basada en el acervo de Schengen. Por tanto, carecen de fundamento las alegaciones según las cuales el concepto de acervo de Schengen es excesivamente vago.

118. El Reglamento nº 377/2004 tiene por objeto la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración. El décimo considerando de dicho Reglamento establece que el Reino Unido participa en el citado Reglamento con arreglo al artículo 5 del Protocolo de Schengen y al artículo 8, apartado 2, de la Decisión 2000/365. El artículo 8, apartado 2, de la Decisión 2000/365 confirma que el Reino Unido coopera en tal ámbito del acervo de Schengen, e introduce la presunción [84] según la cual se considera efectuada la notificación prevista en el artículo 5, apartado 1, del Protocolo de Schengen. Asimismo, el considerando duodécimo de la Decisión 2005/267, por la que se crea en Internet una red segura de información y coordinación para el intercambio de información sobre migración irregular, la entrada y la inmigración ilegales y la repatriación de residentes ilegales, subraya que se ha observado el procedimiento previsto en el artículo 5, apartado 1, del Protocolo de Schengen. En dicho considerando señala que se ha aplicado el artículo 8, apartado 2, de la Decisión

82 — Sentencia ABNA y otros, citada en la nota 81, apartado 68.

83 — Sentencia ABNA y otros, citada en la nota 81, apartado 69.

84 — Tal presunción viene establecida mediante la frase siguiente: «se considerará de manera irrevocable que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha notificado al Presidente del Consejo, de conformidad con el artículo 5 del Protocolo de Schengen, su deseo de participar en todas las propuestas e iniciativas basadas en el acervo de Schengen mencionado en el artículo 1».

2000/365, en la medida en que la Decisión 2005/267 desarrolla las disposiciones del acervo de Schengen en materia de lucha contra la organización de la inmigración ilegal en las que participa el Reino Unido. [85] En consecuencia, el artículo 5 del Protocolo de Schengen se ha aplicó correctamente a ambos actos jurídicos en virtud de las facultades cuya base jurídica se encuentra en el artículo 4 del mismo Protocolo.

119. La Directiva 2001/51 integra las disposiciones del artículo 26 CAA en relación con las obligaciones de los transportistas que trasladan a nacionales extranjeros al territorio de los Estados miembros. La Directiva de que se trata es un ejemplo de medida adoptada sobre la base del título IV, en la cual coopera el Reino Unido en virtud del artículo 1 de la Decisión 2000/365. El considerando séptimo de dicha Directiva establece que «de conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Reino Unido ha notificado [...] su deseo de participar en la adopción y aplicación de la presente Directiva». No obstante, el considerando décimo de la misma Directiva dispone, en cuanto respecta a Islandia y Noruega, que «la presente Directiva constituye un desarrollo del acervo de Schengen [...]». [86] La Directiva examinada constituye pues un desarrollo del acervo de Schengen, y no una medida ordinaria a efectos del título IV. En consecuencia, habría sido errónea la eventual aplicación del Protocolo sobre el título IV.

120. La Directiva 2001/40 regula la cuestión del reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, y por tanto el reconocimiento de una decisión de expulsión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro frente a un nacional de un tercer país que se encuentra en el territorio de otro Estado miembro. El sexto considerando de la citada Directiva precisa que, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre el título IV, el Reino Unido notificó su deseo de participar en la adopción y aplicación de la citada Directiva. La doctrina señala que en lo que respecta a la Directiva examinada, la aplicación del artículo 3 del Protocolo sobre el título IV es errónea, en la medida en que se trata indudablemente de una medida que se basa en el acervo de Schengen. No obstante, al mismo tiempo, advierte que la Directiva de que se trata constituye una medida basada en el acervo de Schengen susceptible de aplicación autónoma, y que representa pues un típico ejemplo de aplicación del artículo 5 del Protocolo de Schengen. [87]

121. La Decisión 2004/573 coordina las expulsiones conjuntas por avión, por dos o

85 — Ha de señalarse que el citado considerando menciona también el hecho de que se ha aplicado el artículo 3 del Protocolo sobre el título IV, al tratarse de una medida comprendida en el ámbito del título IV CE.

86 — Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, p. 98, advierte que de tales actos, a la vista de la formulación de las declaraciones relativas a Noruega e Islandia, se desprende claramente que se trata de un desarrollo del acervo de Schengen. Por ello, no es clara la razón por la que hacen referencia al Protocolo sobre el título IV.

87 — Thym: *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, p. 98.

más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión individuales. Los considerandos undécimo y duodécimo de la citada Decisión aclaran que se trata de una medida dirigida a desarrollar el acervo de Schengen. No obstante, el cuarto considerando de la Decisión examinada establece claramente que la Comunidad debe evitar un vacío en el ámbito de la organización de vuelos conjuntos. El concepto de vacío pone de manifiesto que la Decisión de que se trata puede ser aplicada de forma autónoma. Por tanto, la Decisión 2004/573 también constituye una medida basada en el acervo de Schengen que puede ser aplicada autónomamente. Ello significa que el Reino Unido puede adherirse a la misma en virtud del artículo 5 del Protocolo de Schengen.

122. La Decisión 2002/463 (programa ARGO) está dirigida a promover la cooperación entre las autoridades nacionales administrativas y judiciales de los Estados miembros; promover la aplicación uniforme del Derecho comunitario en un espacio de libertad, seguridad y justicia; mejorar la eficiencia global de las autoridades nacionales administrativas y judiciales de los Estados miembros y aplicar las normas comunitarias en cumplimiento de sus funciones, así como fomentar la transparencia de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales administrativas y judiciales de los Estados miembros mediante la consolidación de las relaciones entre éstas y las organizaciones competentes gubernamentales y no gubernamentales, nacionales e internacionales. En el considerando duodécimo de la Decisión 2002/463 se afirma igualmente que, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre el título IV, el Reino Unido ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación de la Decisión examinada. El Consejo, al determinar las relaciones entre la Decisión 2002/463 y la supresión de los controles en las fronteras interiores, ha considerado que tal Decisión no constituye un acto basado en el acervo de Schengen. Si se analizan los objetivos establecidos en el artículo 3 y las acciones recogidas en el capítulo II, así como en particular los tipos de acciones descritos en el artículo 8 de la Decisión 2002/463, [88] es posible poner de manifiesto que no son esenciales a los fines de la libre circulación de personas. Se trata, en realidad, de una medida ordinaria a efectos del título IV CE. Por tanto, es correcta la conclusión del Consejo según la cual no se trata de una medida basada en el acervo de Schengen.

123. El Reglamento nº 334/2002 [89] establece un modelo uniforme de visado. Se trata de una medida a efectos del título IV CE y, sobre la base de la Decisión 2000/365, de una parte del acervo de Schengen en el que no participa el Reino Unido. El Consejo ha aclarado que el Reglamento de que se trata constituye una modificación del Reglamento (CE) nº 1683/95, [90] que fue adoptado como acto del primer pilar aún antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam sobre la base del entonces vigente artículo 100 C CEE, apartado 3. Éstas

88 — El artículo 8 de la Decisión 2002/463 enumera los siguientes tipos de acciones: acciones de formación, intercambios de personal; acciones que promuevan el uso del tratamiento informatizado de ficheros y trámites, incluidas las técnicas más actualizadas de intercambio electrónico de datos; la evaluación del impacto de las normas y procedimientos comunes basados en los artículos 62 CE y 63 CE; acciones tendentes a promover el desarrollo de mejores prácticas para optimizar los métodos de trabajo y el equipo, simplificar procedimientos y acortar plazos; acciones operativas que podrán incluir la creación de centros operativos y de equipos comunes; estudios, investigación, conferencias, seminarios; mecanismos de consulta y asociación de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales nacionales e internacionales pertinentes; actividades de los Estados miembros en terceros países, comisiones exploratorias en los países de origen y tránsito, y lucha contra la falsificación de documentos.

89 — Citado en la nota 10.

90 — Reglamento del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado (DO L 164, p. 1).

constituyen, en opinión del Consejo, circunstancias particulares que han permitido al Reino Unido cooperar en la adopción del Reglamento nº 334/2002. En realidad es difícil comprender *prima facie* por qué el Consejo, al adoptar tal Reglamento, consideró que existían circunstancias particulares en virtud del hecho de que el Reino Unido había cooperado en la adopción del Reglamento nº 1683/95, y, en cambio, no reconoció la existencia de circunstancias análogas en el momento de la adopción del Reglamento nº 2252/2004. El modelo uniforme de visado y las normas para las medidas de seguridad en los pasaportes y documentos de viaje constituyen dos sectores similares, que de hecho están sustancialmente conectados con el control en las fronteras exteriores. El modelo uniforme de visado regula el control de los nacionales de los terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores. Las normas mínimas técnicas de los pasaportes y documentos de viaje afectan, en cambio, únicamente a los nacionales de los Estados Schengen, Noruega, Islandia y Suiza. El modelo uniforme de visado y las normas para las medidas de seguridad en los pasaportes y documentos de viaje tienen el mismo fin, es decir, el control en las fronteras exteriores. Por tanto, en mi opinión, el Consejo ha tratado situaciones similares de forma desigual.

124. Es necesario subrayar que aun cuando la práctica del Consejo que ha permitido al Reino Unido cooperar en la adopción de determinados actos a efectos del título IV CE, o bien a efectos del acervo de Schengen, fuese correcta, no tiene valor jurídico de precedente y no crea a favor del Reino Unido un derecho a la aplicación del artículo 5 del Protocolo de Schengen. Una reiterada jurisprudencia establece que «una mera práctica del Consejo no puede establecer excepciones a normas del Tratado CE ni puede, por tanto, sentar un precedente que vincule a las instituciones de la Comunidad respecto a la base jurídica correcta». [91]

G. Supuesto tratamiento desigual de nacionales irlandeses y británicos en las fronteras exteriores

125. El hecho de que el Reino Unido e Irlanda no estén obligados a expedir pasaportes de conformidad con las normas mínimas de seguridad no significa que sus nacionales sean discriminados a causa de un eventual trato distinto en las fronteras exteriores. La obligación de los Estados Schengen de expedir pasaportes de conformidad con las normas mínimas de seguridad deriva de la participación en el acervo de Schengen, en el cual el Reino Unido no coopera. Por tanto, el Reino Unido no se halla en la misma posición que otros Estados

91 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de noviembre de 2006, Parlamento/Consejo (C-414/04, Rec. p. I-11279), apartado 37. En tal sentencia se declaró la nulidad del Reglamento (CE) nº 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad (DO L 176, p. 1).

Schengen como Noruega, Islandia y Suiza. Por tal motivo, el hecho de que los pasaportes británicos e irlandeses puedan ser diferentes, desde el punto de vista de las normas mínimas de seguridad, de los pasaportes de los Estados Schengen no entraña una discriminación respecto a los titulares de pasaportes británicos o irlandeses. [92]

126. Deseo igualmente llamar la atención sobre el hecho de que el Reglamento nº 2252/2004 podría suscitar algún problema desde el punto de vista de los derechos fundamentales, sobre todo en relación con el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales [93] y con el artículo 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, [94] como ha observado en particular la doctrina alemana. [95] No obstante, el Reino Unido no ha impugnado dicho Reglamento basándose en la vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales.

127. De las consideraciones que preceden se desprende que el recurso del Reino Unido es infundado.

H. *Costas*

128. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal

92 — El Consejo ha observado, en su contrarréplica en el asunto C-137/05, que el control de identidad de los nacionales de los Estados miembros al cruzar una frontera exterior es efectuado sobre la base de la presentación de un documento de viaje, de forma que el control sobre los nacionales de Irlanda y del Reino Unido será idéntico al efectuado en el caso en que se trate de nacionales de otros Estados miembros, si bien los documentos irlandeses y británicos no presentan las mismas características de seguridad.

93 — Este artículo regula el«derecho al respeto de la vida privada y familiar» y dispone:
«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud y de la moral, y la protección de los derechos y las libertades de terceros.»

94 — El artículo 8, apartado 1, de la Carta dispone: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.»

95 — Roßnagel, A., Hornung, G.: «Reisepässe mit elektronischem Gesichtsbild und Fingerabdruck: die EG-Verordnung 2252/2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten», en *Die öffentliche Verwaltung*, 58 (2005), pp. 983 y ss., en particular pp. 986 y 987. A este respecto querría llamar la atención sobre el hecho de que la doctrina, invocando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Leander/Suecia (serie A, nº 116, apartado 48), sostiene que la memorización y la comunicación de datos personales comportan de una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada a efectos del artículo 8, apartado 1, del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Sudre, F.: *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8ª ed., corregida y aumentada, París, 2006, p. 439).

de Justicia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber solicitado el Consejo que se condene en costas al Reino Unido y al haber sido desestimados los motivos formulados por este último, procede condenarlo en costas.

129. Según el artículo 69, apartado 4, párrafo primero, de dicho Reglamento de Procedimiento, los Estados miembros y las instituciones que intervengan como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas.

VI. Conclusiones

130. A la luz de las consideraciones expuestas propongo al Tribunal de Justicia:

1. Desestimar el recurso.

2. Condenar en costas al Reino Unido.

3. Los coadyuvantes soportarán sus propias costas.