

El sistema de los acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado (I)

Las técnicas jurídicas utilizadas en el proceso de génesis hacia la supresión de las fronteras interiores en el ámbito comunitario (perspectiva general y de cooperación)

Dámaso Javier Vicente Blanco
 Profesor de Derecho Internacional Privado
 Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

I. SCHENGEN COMO ESPACIO-LABORATORIO DEL FUTURO DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

A. *LAS DIFICULTADES PARA LA EFICACIA DE LA LIBRE CIRCULACION DE PERSONAS EN LA REALIZACION DEL MERCADO INTERIOR, DEL ARTICULO 8A DEL TRATADO CEE.*

El 9 de diciembre de 1993, en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, se respondía oficialmente a una pregunta, formulada en el Parlamento Europeo antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, sobre la interpretación del, entonces, artículo 8A del Tratado CEE¹ relativo a la libre circulación de personas en el Mercado interior, en los siguientes términos: «Según la Comisión y once Estados miembros, el artículo 8A del Tratado persigue la supresión en las fronteras interiores de los controles de personas, cualquiera que sea su nacionalidad. Según el Reino Unido, la supresión de los controles únicamente atañe a los nacionales de países comunitarios»².

Como se sabe, el artículo 8A del Tratado CEE fue insertado por el art. 13 del Acta Única Europea, de febrero de 1986 (en vigor el 1 de julio de 1987). El párrafo primero de este artículo establece la fecha de 31 de diciembre de 1992 como horizonte límite, antes del cual debían adoptarse por la Comunidad las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior. Su párrafo segundo establecía

expresamente que «El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado».

La creación del espacio comunitario sin fronteras interiores se constituía, por tanto, en el objetivo sobre el que se perseguía pivotar la acción comunitaria. Ello, aún cuando la fecha de 31 de diciembre de 1992 no produjese efectos jurídicos de forma automática, como se establecía en la Declaración Final, aneja al Acta Única Europea, sobre el artículo 8A del Tratado CEE.

Ese carácter central de la supresión de las fronteras había sido fijado ya por el Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la plena realización del mercado interior³, que preparaba el camino para el Acta Única Europea. En este texto la Comisión consideraba que para la plena realización del mercado interior se hacía necesaria la supresión de todas las fronteras técnicas, físicas y fiscales entre los Estados miembros.

En el caso específico de la libre circulación de personas, hay que resaltar que los Estados signatarios del Acta Única Europea consideraron en todo momento la conexión entre la supresión de las medidas de control sobre las personas en las fronteras intracomunitarias y la necesidad de una acción interestatal de cooperación en materias como inmigración de nacionales de terceros Estados (entrada, circulación y residencia), y «lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades»⁴;

materias sobre las cuales -excepción hecha respecto algunos aspectos relativos a la entrada, circulación y residencia de extracomunitarios- los Estados miembros mantenían intangible su competencia, y por tanto su derecho de actuación unilateral, sin que las nuevas disposiciones sobre la configuración del mercado interior les afectasen⁵. La expresión en dos de las Declaraciones anejas al Acta Única tanto de la conexión entre la supresión de controles fronterizos y la cooperación en tales materias, como de la competencia estatal en las mismas, mostró la voluntad de dejar constancia expresa de ambos extremos por los Estados miembros, con el fin de evitar problemas competenciales y de interpretación que ya se habían producido en algunas de estas materias⁶. Con todo, no resolvió la cuestión y supuso más bien un nuevo problema interpretativo⁷.

Tras la entrada en vigor del Acta Única Europea y antes del vencimiento del plazo de 31 de diciembre de 1992, la Comisión llamó reiteradas veces la atención, en sucesivas comunicaciones al Consejo y al Parlamento, por los escasos avances que se producían en la supresión de los controles en las fronteras sobre mercancías y personas, y por la interpretación que a su juicio debía darse a la referencia del art. 8A del TCEE a la supresión de fronteras y la libre circulación de personas⁸.

Ciertamente, del Consejo Europeo de Rodas, en diciembre de 1988, había surgido una voluntad política que se tradujo en el nombramiento de un coordinador por cada Estado para dar un impulso a la libre circulación de personas. A ello se añadía la determinación de avanzar en paralelo en relación con la supresión de fronteras interiores y con la cooperación en las materias que han sido calificadas como «efecto perverso» de la libre circulación de personas⁹ -a las que hacían referencia las dos Declaraciones anejas al Acta Única, antes señaladas-. Con posterioridad, sería la Presidencia española del Consejo, durante el primer semestre de 1989, la que generaría la institucionalización, mediante sucesivas convocatorias, del «Grupo de Coordinadores», como cauce de cooperación intergubernamental. La aprobación del denominado «Documento de Palma», cuyo proyecto fue presentado por la Presidencia española, hizo del Grupo la cúspide de un sistema organizativo constituido con la finalidad de impulsar y coordinar los avances de los distintos grupos de trabajo que, dispersos y autó-

nomamente, actuaban sobre materias conectadas con la libre circulación de personas¹⁰.

Esta tarea de cooperación «a doce» -en lo sucesivo habrá que decir «a quince», cuando vayan incorporándose los nuevos Estados de la última adhesión- ha tenido lentos y limitados resultados, aunque de reseñable importancia. Así cabe referirse al «Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas», resultado de los trabajos del «Grupo ad hoc sobre inmigración»¹¹, y enmarcado en la Cooperación Política Europea institucionalizada en el Acta Única Europea¹². Del mismo modo, aunque sin haber sido firmado, cabe hablar del «Proyecto de Convenio sobre el paso de las fronteras exteriores de los Estados miembros de las Comunidades Europeas», elaborado también por el «Grupo ad hoc sobre inmigración», y a cuya firma por los Estados miembros invitaba la Comisión en la Propuesta de Decisión presentada con fecha de 10 de diciembre de 1993¹³; fundamentando el texto en las disposiciones del Tratado de la Unión Europea -artículo K.3.2.c)¹⁴- relativas a la «Cooperación en Materias de Justicia e Interior», al haber entrado en vigor el 1 de noviembre de 1993.

Con todo, las diferencias en la interpretación del artículo 8A del Tratado CEE, al restringirlo a los nacionales de los Estados miembros de la actual Unión Europea, han significado un obstáculo insalvable para lograr la supresión de las fronteras físicas y de los controles establecidos en ellas sobre personas y mercancías. La fecha de 1 de enero de 1993 quedó por ello convertida en un mero referente, pese a los múltiples avisos -y reivindicaciones- institucionales, doctrinales, políticos y de los medios de comunicación, de que en ella debería desaparecer «todo lo que simbolizaba la frontera entre nuestros Estados miembros»¹⁵.

La obstrucción tanto de la vía comunitaria (art. 8A TCEE) como de este cauce de cooperación intergubernamental entre la totalidad de los países comunitarios ha sido sin duda alguna el factor que ha potenciado el avance de un grupo de Estados, el Grupo Schengen, en la elaboración y puesta en marcha de los instrumentos jurídicos y políticos de cooperación, que se entendían como necesarios para la supresión de sus fronteras internas.

B. *EL PROCESO DE CREACION DEL GRUPO DE SCHENGEN HASTA LA FIRMA DEL CONVENIO DE APLICACION DE 1990.*

El germen de los «Acuerdos de Schengen», que son propiamente el objeto de nuestro estudio, hay que encontrarlo en el «Acuerdo de Saarbrücken» de 13 de julio de 1984 negociado de forma «secreta» entre Francia y la República Federal de Alemania¹⁶.

La Cumbre Europea de Fontainebleau de 25 y 26 de junio de 1984 incluía en sus Declaraciones finales la necesidad de impulsar una nueva dimensión comunitaria que aproximase la Comunidad a los ciudadanos. Como una de las medidas concretas a desarrollar, vinculadas a la idea embrionaria de «ciudadanía europea», se hacía referencia a la supresión de los trámites policiales y aduaneros para la circulación de personas y mercancías. Ello era coincidente con el «Informe Tindemans» de diciembre de 1975 que había incorporado casi una década antes la noción de «Europa de los Ciudadanos», ahora recuperada¹⁷. Poniendo en práctica las previsiones de la Declaración, el Consejo —que ya había adoptado en ese mismo mes una resolución sobre la facilitación del paso de fronteras interiores para los ciudadanos de los Estados miembros—, presidido por el señor Adonnino, el Comité *ad hoc* sobre la «Europa de los Ciudadanos», que en sus trabajos e informes se ocuparía de las cuestiones relacionadas con la libre circulación de personas en sentido estricto, esto es, desvinculada de toda actividad económica¹⁸.

El «Acuerdo de Saarbrücken» se enmarca en el contexto de este impulso comunitario hacia la supresión de las fronteras internas surgido de la Cumbre de Fontainebleau y expresa la voluntad de Francia y la República Federal de Alemania, representadas por el presidente Mitterrand y el canciller Kohl, de suavizar el efecto de las fronteras. Con este fin, se procedía, como ha sido señalado, a «aligerar los controles, pero no suprimirlos»¹⁹, utilizando para ello determinados procedimientos de simplificación que, en lo esencial, evitaban la detención de todos los vehículos y permitían una circulación en el cruce, lenta pero ininterrumpida. De este modo se preparaba la liberalización global en la circulación de hombres y mercancías, previsible a escala comunitaria.

Tomando como base este acuerdo franco-alemán, el «Acuerdo de Schengen» de 14 de

junio de 1985 establece, respecto a él, dos diferencias que suponen sendos saltos cualitativos en sus pretensiones. Por un lado, no se trata de un mero acuerdo bilateral, como el anterior; por mucho que sus partes estuviesen constituidas por dos Estados que han concertado durante tiempo su proceder como eje de actuación de la Comunidad. Ahora se establece un acuerdo multilateral, al sumarse, además de Francia y la República Federal de Alemania, los tres Estados del Benelux, que ya tenían entre ellos su particular experiencia de liberalización transfronteriza²⁰. El otro plus que incorpora el Acuerdo está en que no persigue solamente suavizar los controles fronterizos sobre personas y mercancías, sino que sus ambiciones se colocan también, dentro de las «medidas a largo plazo», en la supresión de los controles en las fronteras interiores, trasladándolos a las fronteras exteriores. Para alcanzar este fin se fijaba una fecha que marcaba el plazo: el 1 de enero de 1990²¹.

La estructura del Acuerdo se construía sobre la diferenciación de dos grupos de medidas previstas, según su alcance a corto o largo plazo.

Las medidas a corto plazo²² del Título I perseguían, a la manera del acuerdo franco-alemán, aligerar los controles mediante una simple inspección ocular de los vehículos de turismo en el cruce de las fronteras comunes, sin detenerlos, como regla general. Para facilitarlos se contemplaba el mecanismo del «disco verde» como signo visual que indicaba el respeto de las normas para el cruce (prescripciones de policía de fronteras, mercancías permitidas y reglas sobre cambios). Para la circulación de los transportes profesionales por carretera de personas, las partes se comprometían a simplificar los procedimientos de control fronterizo de la hoja de ruta y de las autorizaciones de transporte antes de 1 de enero de 1986. Se establecían disposiciones para convertir en controles de muestreo los que se realizaban sobre el transporte de mercancías por carretera y normas que prevenían el uso de técnicas para reducir el tiempo de parada de los ferrocarriles en la frontera. Se creaba un estatuto especial para los nacionales de Estados comunitarios domiciliados en municipios fronterizos, a fin de facilitarles el libre cruce de la frontera fuera de las horas y puntos autorizados, siempre que respetasen las normas sobre mercancías y cambios; y se prevenían otras medidas de más compleja

concreción, y necesitadas de desarrollo mediante cooperación intergubernamental, como la puesta en práctica antes del 1 de enero de 1986 de «controles agrupados», la coordinación de sus políticas en materias de visados para garantizar la protección contra la inmigración ilegal y mantener la seguridad, así como la lucha coordinada contra el tráfico ilícito de estupefacientes y el refuerzo de la cooperación aduanera y policial, mejorando el intercambio de información.

El segundo grupo de medidas (a largo plazo²³), en el Título II, se planteaban desde la perspectiva de generar una tendencia, con el referente del 1 de enero de 1990, hacia la supresión paulatina de los controles en las fronteras comunes y su transferencia a las fronteras exteriores. Eran básicamente «medidas compensatorias» para evitar los efectos que pudiera generar la abolición de esos controles en las fronteras comunes. Y así, se establecían, junto a la necesidad de armonizar las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basaban los controles a realizar en las fronteras exteriores al espacio común, previsiones sobre cooperación policial, asistencia judicial y extradición, persecución policial en el marco de otros medios de lucha contra la criminalidad, armonización de la legislación sobre estupefacientes, armas, explosivos y de las políticas sobre concesión de visados y condiciones de entrada de extracomunitarios, y, por último, en relación con la transferencia de controles sobre el tráfico de mercancías de las fronteras al interior del país.

El objetivo era anticipar a 1 de enero de 1990 la puesta en práctica de todas las medidas que debían posibilitar a 1 de enero de 1993 la supresión de las fronteras en todos los países comunitarios, creando un «laboratorio» experimental, el «laboratorio Schengen», según expresión del negociador francés en el marco del acuerdo²⁴, donde poder ensayar los procedimientos técnicos y legislativos más eficaces para superar, mediante una experiencia modelo, las reticencias de los más reacios países comunitarios. El acuerdo entró en vigor entre los cinco países miembros el 2 de marzo de 1986. Italia se adheriría el 27 de noviembre de 1990, España y Portugal el 25 de junio de 1991²⁵, y la República Helénica el 6 de noviembre de 1992²⁶.

Dado que las previsiones del Título II no eran directamente aplicables, se hacía necesaria la

elaboración de un nuevo texto en aplicación de los compromisos establecidos, y se debía abrir un proceso negociador del que surgiesen normas precisas que los concretasen. Con este fin se creó una estructura, en principio, de negociación, con cuatro grupos de trabajo de expertos gubernamentales («Policía y Seguridad», «Circulación de Personas», «Transportes» y «Aduanas y Circulación de Mercancías»), bajo la dirección de un Grupo Central de Negociación (GCN), compuesto por los representantes de más alto rango institucional de los Ministerios implicados en cada Estado²⁷. Este «GCN» preparaba las decisiones que debía adoptar el grupo de más alto nivel político, situado en la cúspide de la estructura; el que reunía a los Ministros y Subsecretarios de Estado.

De cada grupo de trabajo dependían otros subgrupos que se fueron separando a medida que se hacía necesaria una atribución de tareas, como el grupo OR-SIS, encargado del SIS (Sistema de Información Schengen), sobre información y protección de datos²⁸.

En la negociación referida a cuestiones de asilo, que se encargaba a un subgrupo del más amplio sobre «Circulación de Personas», no fue invitado a asistir el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en clara vulneración de los preceptos de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que exige en su artículo 35 que el ACNUR deba ser asociado a todos los trabajos que le incumban²⁹.

Por otra parte, toda la estructura de negociación fue asistida por el Secretariado General de la Unión Económica del Benelux, y se invitó a participar como observador a algún representante de la Comisión de las Comunidades Europeas en las reuniones del Grupo Central de Negociación y de los Ministros y Subsecretarios de Estado³⁰.

De estos trabajos intensivos surgió un texto que englobaba en sus 142 artículos las normas de desarrollo del Acuerdo de 1985 y de las «medidas compensatorias» que él preveía. Será conocido como el «Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 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». Su estructura difiere de manera fundamen-

tal de la del Acuerdo de 1985, de tal modo que J. DE MIGUEL ZARAGOZA ha señalado que mientras el Acuerdo aparece como un «tratado marco», necesitado de desarrollo ulterior, el Convenio de Aplicación de 1990 surge más bien como un tratado-ley, «con precisiones que si se diesen en el orden interno, tendrían en numerosos supuestos, naturaleza reglamentaria»³¹. Ha sido calificado de «un verdadero código de la supresión de las fronteras físicas»³². Fue firmado por los cinco Estados miembros el 19 de junio de 1990, en la misma ciudad luxemburguesa de Schengen, seis meses después del plazo previsto para la supresión de sus fronteras en el Acuerdo de 1985. En el retraso, más allá del propio en la conclusión de las negociaciones, influyeron también el desarrollo de los acontecimientos que desembocaron en la unificación alemana y los recelos holandeses y belgas por las normas sobre asilo y las libertades individuales³³.

C. CARACTERIZACION JURIDICA Y PROBLEMAS PARA LA ENTRADA EN VIGOR DEL CONVENIO DE APLICACION.

El marco comunitario en el que se «insertan» los dos textos de Schengen -ya que responden a la lógica y la finalidad central del proceso de construcción europea en un momento histórico concreto³⁴- condiciona inexorablemente el ámbito de aplicación espacial del «Sistema Schengen», en el sentido de hacer de ambos acuerdos un sistema cerrado, del que sólo los Estados miembros de las Comunidades Europeas pueden formar parte³⁵. Los deseos del Gobierno austríaco de adherirse al Acuerdo de 1985, que fueron manifestados a las partes en la época, no encontraron respuesta al tratarse Austria de un Estado extracomunitario³⁶. Su reciente integración, a 1 de enero de 1995, hace de este Estado candidato a una próxima incorporación³⁷. La pertenencia a la Unión Europea es, pues, *conditio sine qua non* para entrar en el «Club Schengen»³⁸.

El hecho de que los dos Acuerdos de Schengen se «inserten» *de facto* en el marco comunitario, no quiere decir en absoluto que *de iure* formen parte del Ordenamiento jurídico comunitario. Antes al contrario, hay que subrayar su carácter convencional extracomunitario, sin que puedan predicarse de sus normas los principios que caracterizan al Ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas, tales como la primacía

sobre las disposiciones nacionales o la eficacia y aplicabilidad directa de sus normas.

Como sucede en el ámbito del derecho convencional con todo tratado internacional que tiene por objeto una armonización legislativa, de la calificación de sus normas como convencionales e internacionales se deriva que los dos «Acuerdos Schengen» constituyan un sistema jurídico dotado de una cierta aunque limitada autonomía³⁹. Será necesario, por tanto, que el juez nacional tome en consideración el carácter internacional de los acuerdos al interpretar y aplicar sus disposiciones, sin que pueda asimilarlas a las normas meramente internas. Este carácter limitadamente autónomo -expreso en los convenios concluidos en el marco de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho del Comercio Internacional (UNCITRAL) y en el texto del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales⁴⁰- se refuerza por la presencia en el artículo 1 del Convenio de Aplicación de un listado de definiciones que imponen conceptos uniformes en el ámbito del Convenio, con la pretensión de evitar conflictos de calificación, permitiendo una interpretación uniforme, autónoma de la que podría hacerse desde la calificación mediante categorías jurídicas nacionales. Por otra parte, a esta misma conclusión se puede llegar desde una perspectiva de interpretación teleológica de las normas. Perspectiva que necesariamente exigiría una interpretación tomando como referencia los objetivos comunitarios a los que parecen subordinarse los acuerdos.

Efectivamente, de los artículos 134 y 142 del Convenio de Aplicación se desprende que, respecto al Derecho Comunitario, el Orden jurídico del Sistema de Schengen tiene una relación de clara subordinación. El primero de los artículos establece que lo dispuesto en el Convenio de 1990 sólo será aplicable en la medida que sea compatible con las normas del Ordenamiento comunitario. Por su parte, el artículo 142.1 prevé además que, cuando se concluyan entre los Estados comunitarios convenios relativos a la supresión de las fronteras interiores, los Estados parte acordarán el modo de adaptar el Convenio de Aplicación a los convenios comunitarios.

Bajo la experiencia del «laboratorio Schengen» late la idea de una configuración desigual de la construcción europea, en la cual se permitiría

profundizar en la cooperación y la armonización normativa de una determinada materia -e incluso en su integración- a aquellos países que estuviesen en disposición de hacerlo, bien porque cumpliesen determinadas condiciones establecidas (como son en la Unión Económica y Monetaria los criterios de convergencia), o bien porque manifestasen una voluntad política determinante de avanzar conjuntamente en esa materia particular. Es lo que se ha llamado la «Europa a dos velocidades»⁴¹, criticada desde el punto de vista jurídico, en el concreto caso de los Acuerdos de Schengen, ya que con ello se permiten acciones «particulares», de grupos de Estados, allí donde las normas comunitarias exigen una acción o una política común; de igual modo, las críticas inciden en la sustracción de estas materias -cuya competencia se atribuye a la Comunidad, según las disposiciones de los tratados constitutivos- al control del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴².

La Comisión Europea, por su parte, ha valorado siempre favorablemente, cuando ha tenido oportunidad de pronunciarse, el avance por los Estados del Grupo de Schengen en la supresión de sus fronteras interiores, considerándolo un «éxito» que debía incidir en la «aceleración de los trabajos realizados por los Doce con el mismo objetivo»⁴³.

La entrada en vigor del Convenio de Aplicación se ha ido, sin embargo, demorando, mientras algunas instituciones nacionales ponían en cuestión su aplicación, bien porque pedían su renegociación, cual era el caso del Parlamento holandés⁴⁴, bien porque evidenciaban la falta de preparación de numerosas disposiciones prácticas, en el caso de la Comisión de Control del Senado de Francia⁴⁵.

En cuanto a su entrada en vigor, hay que considerar que una *Declaración Común de las Partes Contratantes relativa al artículo 139*, incluida en el Acta Final del propio Convenio, exigía un requisito previo, añadido a la ratificación por los Estados signatarios. Ese requisito consistía en el cumplimiento de las condiciones previas para la aplicación del Convenio que él mismo contenía y en que los controles en las fronteras exteriores fuesen efectivos. Las citadas condiciones previas se referían a la existencia y disponibilidad práctica de los medios necesarios para que las medidas compensatorias funcionasen con eficacia. Esto parecía significar que se creaba una condición suplementaria a la entrada en vigor del Convenio⁴⁶, y que

aún cuando todos los Estados lo ratificasen, aprobasen o aceptasen⁴⁷, sin el cumplimiento de las condiciones previas aquél no entraba en vigor en ninguna de sus disposiciones, pues el texto de la *Declaración* era taxativo.

Las previsiones iniciales fijaban la fecha de entrada en vigor el 1 de enero de 1993, pero distintas dificultades y la acumulación de retrasos obligaron a posponerlo, fijando la fecha de 1 de julio de 1993. Los sucesivos retrasos han estado motivados, al menos formalmente, por las dificultades del soporte informático que debía conectar el *SIS (Sistema de Información Schengen)*, ubicado en Estrasburgo y bajo responsabilidad de Francia, Estado que además ejercía durante el segundo semestre de 1993 la presidencia del Grupo⁴⁸.

En la práctica los Estados no han respetado escrupulosamente la aplicación de sus propios compromisos, y en especial la literalidad de la *Declaración Común de las Partes Contratantes relativa al artículo 139*, antes señalada. El texto del Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Aplicación, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 5 de abril de 1994⁴⁹, incluye *in fine* tres párrafos aclaratorios que informan sobre su *previa entrada en vigor* -que no aplicación provisional- «*de forma general* y para España el 1 de marzo de 1994, de conformidad con el artículo 5.2 del mismo»⁵⁰, y precisa que «Las disposiciones del Convenio de Aplicación relativas a la creación, actividades y competencias del Comité Ejecutivo han entrado en vigor para España el 1 de marzo de 1994, según lo establecido en el párrafo 2 del artículo 140, y en el párrafo 2 del artículo 139 del mismo». Las demás disposiciones del Convenio entrarán en vigor a partir del primer día del tercer mes siguiente al cumplimiento de todas las condiciones previas a la aplicación del mismo, según establece la *Declaración Común relativa al artículo 139* contenida en el Acta Final». Es decir, que el Acuerdo de Adhesión de España al Convenio y las disposiciones de éste relativas al Comité Ejecutivo están en vigor desde el 1 de marzo de 1994. Entre los cinco Estados fundadores del Grupo Schengen, tales disposiciones relativas al Comité ejecutivo del Convenio entraron en vigor el 1 de septiembre de 1993⁵¹.

En relación con las denominadas «partes sustantivas» de sus disposiciones, tras una deci-

sión de 25 de enero de 1994 en la que se aplazó *sine die* la entrada en vigor -y de la que se responsabilizó al Ministro del Interior francés Charles Pasqua, reticente a la entrada en vigor del Convenio⁵²-, la última fecha acordada se fijó por el Comité Ejecutivo de los Acuerdos de Schengen en su reunión de Bonn de 22 de diciembre de 1994 para el 26 de marzo de 1995⁵³; finalmente, pese a las dificultades, sin más retrasos. Para Italia y Grecia, sin embargo, aún no se ha producido la entrada en vigor del Convenio⁵⁴.

La previa entrada en vigor de las normas relativas al Comité Ejecutivo, meses antes del resto del Convenio de Aplicación, debe valorarse positivamente dadas las funciones que se le atribuyen, en virtud de las cuales ha de adoptar diversos acuerdos que constituyen condiciones previas de aplicación de los controles uniformes en las fronteras exteriores y de las medidas compensatorias. El escaso plazo de un mes de diferencia que preveía al efecto el artículo 140.2 del Convenio de Aplicación entre la entrada en vigor de las normas relativas al Comité Ejecutivo y el resto de disposiciones del Convenio parece, a la vista de las dificultades acaecidas, una previsión que ha resultado insuficiente.

Lo que parece totalmente injustificado es la publicación de una norma en el *Boletín Oficial del Estado*, en este caso de un Convenio internacional, con posterioridad a su entrada en vigor para España⁵⁵, del mismo modo que sucedió con el Tratado de Unión Europea⁵⁶.

II. LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Como ha señalado J.D. GONZÁLEZ CAMPOS al hablar del proceso de unificación de las normas comunitarias de Derecho Internacional Privado, «todo proceso de integración supone comparación, análisis, valoración de estructuras jurídicas que son diferentes aunque nos puedan parecer muy próximas. (...) ...la comparación de instituciones ... genera una dificultad, y superar la dificultad entraña un compromiso (...) y ese compromiso supone un esfuerzo»⁵⁷.

En no pocas ocasiones, ante la dificultad o imposibilidad de llegar en una materia determinada o en uno de sus aspectos a una unificación y/o armonización legislativa⁵⁸ -o incluso ante la

conveniencia de no alcanzarla-, el Derecho Comunitario utiliza sola o simultáneamente técnicas atributivas que permiten la determinación del derecho de un Estado miembro como ley aplicable⁵⁹. Así ha sido observado por L.G. RADICATI DI BROZOLO, quien ha afirmado que «El Derecho Comunitario contiene una pluralidad de normas que, bien se enfrentan a problemas o emplean técnicas de Derecho Internacional Privado, bien regulan directamente conflictos entre sistemas jurídicos»⁶⁰.

El Derecho Internacional Privado queda en estos casos involucrado, aunque no siempre el procedimiento de reglamentación indirecto que se utiliza sea exactamente una verdadera «norma de conflicto multilateral» en el sentido clásico, como ha señalado M. DESANTES REAL, sino más bien una suerte de «normas de atribución intracomunitarias» que sólo tendrían eficacia *ad intra* del espacio comunitario, para determinar el ordenamiento jurídico estatal en el que se localiza una cuestión específica; siendo aceptada esta localización por el resto de los Estados⁶¹. Se ha hablado al respecto de la elaboración de un Derecho Internacional Privado «intracomunitario»⁶² que se ocuparía de las «relaciones privadas intracomunitarias», siempre que no estuviesen reguladas por normas materiales uniformes aplicables a toda relación jurídica, independientemente de su carácter homogéneo o heterogéneo. Este tipo de normas, fruto de la uniformización y/o armonización sustantiva, forman parte del «Derecho Privado Comunitario», cuyo estudio singular queda fuera del ámbito del Derecho Internacional Privado, aunque es necesariamente de su interés -como ha puesto en evidencia A.V.M. STRUYCKEN⁶³-. En efecto, en la medida que las técnicas de unificación y armonización legislativas, y las normas a que dan lugar, deben ser puestas en relación con normas atributivas y normas de conflicto -ya que regulan ámbitos y aspectos conectados, que llegan incluso a superponerse-, la incidencia del Derecho Privado Comunitario en el Derecho Internacional Privado Comunitario interesa necesariamente a este último. Además, la existencia del Derecho Privado Comunitario junto a los Derechos Privados estatales genera una nuevo tipo de pluralidad de ordenamientos jurídicos en presencia que no puede desconocerse por el Derecho Internacional Privado⁶⁴. Incluso más, como ha señalado F. RIGAUX, «El principio de subsidiariedad, hoy

afirmado con tanta frecuencia, anuncia forzosamente un retorno del Derecho Internacional Privado»⁶⁵, puesto que en la medida que la aplicación de tal principio confiera competencia a los Estados miembros en supuestos no regulados por el Derecho Comunitario, será preciso determinar en cuál de ellos se localiza el supuesto⁶⁶.

J. C. FERNÁNDEZ ROZAS ha hablado de la existencia de una dimensión funcional de relaciones entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comunitario «cuyo objetivo es llenar determinadas lagunas de este último Ordenamiento, en concreto, las que están vinculadas con materias ajenas a las competencias de la Comunidad y que, por tanto, no pueden ser cubiertas mediante el recurso a los principios generales del Derecho Comunitario»⁶⁷.

No cabe duda que todo proceso de unificación y/o armonización jurídica debe enfrentarse a los que han sido denominados «presupuestos de base» del Derecho Internacional Privado⁶⁸, con objetivos no siempre ni necesariamente diferentes; y, sin duda, con sus técnicas de reglamentación. En ambos casos se está ante una pluralidad de ordenamientos jurídicos; unas relaciones privadas que se realizan a través de las fronteras -en los procesos de integración económica, lo que se persigue es facilitar y fomentar precisamente estas relaciones-; y, por último, con la necesidad de superar la contradicción normativa⁶⁹ que se deriva de la diversidad de soluciones jurídicas que cada ordenamiento jurídico establece para un mismo supuesto de hecho; es decir, la búsqueda de la armonía de soluciones jurídicas entre una pluralidad de ordenamientos. Al respecto, se han ressaltado por J.C. FERNÁNDEZ ROZAS las mutaciones que la adhesión de España a las Comunidades Europeas ha generado en los presupuestos básicos del Derecho Internacional Privado⁷⁰.

El Derecho Internacional Privado posee en este contexto, más allá de la que le es propia, una función instrumental, al colocarse sus métodos particulares de reglamentación al servicio de los fines y objetivos del proceso de integración. En campos, incluso, como el conflicto de leyes entre normas que regulan relaciones de Derecho público o administrativo, condicionantes de las relaciones privadas transfronterizas, al decir de L.G. RADICATI DI BROZOLO «es particularmente en este ámbito donde el Derecho Comunitario se muestra más innovador, porque

los principios fundadores del mercado único, en especial el principio de reconocimiento mutuo y el del control por las autoridades del país de origen, y la extraterritorialidad de las reglas de derecho público que de éstos se deriva, constituyen una cuasi-revolución(*sic*) en relación con la aproximación tradicional fundada sobre la territorialidad del derecho público»⁷¹.

En el sistema de los «Acuerdos de Schengen», la relevancia del Derecho Internacional Privado es, si cabe, más acusada, pues, como se ha señalado, estos acuerdos no pretenden, a diferencia del Derecho Comunitario, la creación de un «espacio jurídico europeo como territorio legal uniforme», sino solamente la supresión en las fronteras comunes de los controles sobre las personas. De modo que en ellos «se mantienen las distintas legislaciones nacionales y la armonización sólo se extiende hasta el límite de lo necesario para alcanzar la supresión de los controles en las fronteras interiores»⁷².

En todo caso, los métodos utilizados en el «Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985» pertenecen al ámbito de la cooperación intergubernamental, combinando el uso de normas sustantivas uniformes y/o armonizadas con el establecimiento expreso de normas de localización o atribución -bien de la competencia legislativa para resolver conflictos de leyes, bien de la competencia judicial, solucionando posibles conflictos de jurisdicción, e incluso en solución de conflictos de autoridades- y con técnicas de coordinación que precisan a su vez de los distintos tipos de normas.

Desde otra perspectiva, los «Acuerdos de Schengen» suponen además un cambio del «Derecho de la extranjería» español, materia que desde una concepción moderadamente amplia del contenido del Derecho Internacional Privado sigue integrándose en la disciplina con su conjunto de problemas⁷³. Éstos, como se sabe, hacen referencia a la entrada, permanencia y salida de los extranjeros del territorio nacional y también al régimen de los derechos que se atribuyen a los extranjeros en España⁷⁴.

La integración de España a las Comunidades Europeas supuso por sí misma una modificación sustancial en la materia, al introducir en nuestro sistema la distinción básica del Derecho Comunitario al respecto, que diferencia la extranjería comunitaria -o el estatuto de los

extranjeros, nacionales de los Estados miembros de la Comunidad- de la **extranjería no comunitaria**⁷⁵. Con todo, las Comunidades Europeas, no sólo han establecido, por el Derecho Comunitario, el estatuto del extranjero comunitario, al ser de su competencia, sino que han incidido también, aunque sea indirectamente, en las disposiciones de la regulación nacional sobre la extranjería no comunitaria, por los cauces de cooperación intergubernamental no estrictamente comunitarios, como el Grupo de TREVI, o el Grupo *ad hoc* sobre inmigración y el denominado «Grupo de Coordinadores»⁷⁶. Ahora, los «Acuerdos de Schengen» aparecen con relevancia histórica en este sector del Derecho Internacional Privado español, ya que constituyen un punto de giro que modifica sustancialmente el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros no comunitarios, al venir a armonizar y coordinar las propias disposiciones nacionales con las de los Estados parte del «Grupo Schengen». Es quizá la más clara manifestación, actualmente, de la «tendencia a regular, por vía de tratado multilateral, el régimen de los extranjeros, o a utilizar (...) técnicas de armonización e integración de las legislaciones internas»⁷⁷.

III. LA SUPRESIÓN DE LOS CONTROLES EN LAS FRONTERAS INTERIORES Y SU TRANSFERENCIA A LAS FRONTERAS EXTERIORES.

A. EJE Y LOGICA DEL SISTEMA.

La estructura del Convenio de Aplicación se establece sobre su objetivo fundamental: la supresión de los controles en las fronteras comunes, posibilitando la libre circulación de personas sin restricciones en el interior de un «espacio Schengen» imaginario, o tácito, formado por los territorios de los Estados miembros⁷⁸, excepción hecha de los territorios ultramarinos de Francia y los Países Bajos⁷⁹.

Para posibilitar la supresión de esos controles, se prevé su traslado a las fronteras exteriores, y además, con esa supresión como referencia, un conjunto de medidas «compensatorias» ya contempladas en el Acuerdo de 1985, que se consideran necesarias con objeto de evitar los denominados «efectos perversos» de la libre circulación de personas.

Desde esta perspectiva, el Convenio contiene -tras el artículo 1, donde, como ya se ha dicho, fija un conjunto de conceptos uniformes básicos para evitar problemas de calificación- un Título II en el que se regulan el cruce de las fronteras interiores liberalizado y la excepcionalidad de su suspensión; el cruce de fronteras exteriores y los controles uniformes que en ellas se deben instaurar; normas sobre el visado uniforme para estancias de corta duración; las condiciones de circulación de los extranjeros en el interior del espacio Schengen; medidas de responsabilidad para transportistas y particulares por la introducción irregular de extranjeros; y los criterios por los cuales se atribuye a las autoridades de un Estado miembro el examen de una demanda de asilo.

El Título III del Convenio comprende las disposiciones sobre Cooperación policial, judicial y aduanera. Cerrando el «Sistema», pero en conexión directa con el título anterior, el Título IV crea el SIS (*Sistema de Información de Schengen*) y contempla normas de protección de los datos de carácter personal en él incorporados, reforzadas por las disposiciones del Título VI, que se establecen con carácter general para supuestos de utilización de datos personales en el marco del Convenio.

Por su parte, los títulos restantes regulan algunos aspectos de la libre circulación de mercancías (Título V), la Creación de un Comité ejecutivo que actúa como autoridad de cooperación común para la aplicación del Convenio (Título VIII) y un título reservado a Disposiciones finales (el VIII).

Metodológicamente, pueden distinguirse dos grandes ámbitos de «medidas compensatorias», al margen del que engloba los controles uniformes en las fronteras exteriores, caracterizado fundamentalmente por la armonización normativa y la competencia nacional de su ejercicio. En uno, prima la idea de cooperación, aunque puedan contemplarse también determinadas exigencias de armonización. Se corresponde con las medidas de Cooperación policial, judicial y aduanera, y se integraría además el SIS. En el otro ámbito, prima la *armonización*, aunque se precisen complementariamente medidas de cooperación. Estaría integrado por la «Armonización de la política de visados» y por la «Armonización de las normas de atribución de la competencia de las autoridades estatales para el

examen de las demandas de asilo», que requieren medidas de cooperación singularmente en aspectos relacionados con el intercambio de información entre las partes.

B. EL CRUCE DE LAS FRONTERAS INTERIORES.

Las fronteras interiores se definen y especifican en el artículo 1 del Convenio, de modo que integran a las fronteras terrestres comunes de las Partes contratantes y a los aeropuertos y puertos en los vuelos y en las travesías regulares, estrictamente interiores, sin escala en territorio ajeno al espacio Schengen. Lo que quiere decir que los puertos y aeropuertos, que no son *estricto sensu* fronteras, se definen como interiores cuando operan en el «tráfico interno» del espacio, sin conexión con el territorio de un Estado no miembro del Convenio.

El artículo 2.1 del Convenio establece el principio de supresión de todos los controles sobre las personas en las fronteras interiores, como regla general.

A diferencia de lo que establecía el artículo 1 del Acuerdo de 1985, en el régimen jurídico del Convenio de aplicación no se restringe el goce de la libertad de circulación a los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, sino que se predica con carácter general, sin excluir a los «extranjeros»⁸⁰. Éstos, que son definidos por el artículo 1 como «toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas», deberán haber entrado de forma regular por las fronteras exteriores para poder ejercitarla, y tienen sometido el ejercicio de la libertad a límites temporales de un máximo de tres meses.

Frente a la supresión de controles en las fronteras comunes como regla general, en el apartado 2 del mismo artículo 2 se prevé, excepcionalmente, la posibilidad de restablecer temporalmente los controles por una Parte contratante, cuando imperativos de orden público o de seguridad nacional lo exijan, y siempre que ese Estado parte consulte previamente a las demás Partes contratantes, o si se precisa una acción inmediata fundada en estos imperativos, con el compromiso de informar a la menor brevedad a los otros Estados miembros. Estamos, como ha sido señalado, ante una *cláusula de salvaguardia* de los intereses nacionales⁸¹.

C. LOS CONTROLES EN LAS FRONTERAS EXTERIORES.

El artículo primero del Convenio proporciona una definición negativa de las fronteras exteriores, oponiéndolas a las interiores: «Las fronteras terrestres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos de las partes contratantes, siempre que no sean fronteras interiores». Los puertos y aeropuertos se considerarán, a estos efectos, frontera exterior cuando sean objeto de «tráfico externo», esto es, con Estados ajenos al Convenio.

Pese al carácter inequívocamente jurídico-público de la frontera, como límite del elemento territorial constitutivo del Estado, no está de más señalar que se sigue una tendencia característica del Derecho Internacional Privado, en la que la definición de lo «externo», de lo sometido al tráfico «externo» y de lo «extranjero», se establece por oposición a lo «interno». Ello es así, en primer lugar, en materia de conflictos de leyes y de jurisdicciones, donde las relaciones jurídicas de tráfico externo necesitadas de localización, y sobre las que es necesario determinar la competencia judicial internacional de la jurisdicción del foro, se definen en contraposición al tráfico interno, sobre la base de la presencia del «elemento extranjero» o del desplazamiento transfronterizo como *límites* de lo interno⁸². Pero también, por otra parte, esto sucede en materia de extranjería, donde la noción de «extranjero», al que se confiere el «estatuto de extranjería», se concibe con significado negativo respecto a la noción de «nacional» -o miembro de una comunidad política-⁸³. La coincidencia no puede extrañar si se toma en consideración el papel central y fundamental que la propia idea de frontera desempeña en el Derecho Internacional Privado. Si esta rama del Derecho regula las relaciones privadas transfronterizas, como relaciones «externas», teñidas de «extranjería», contrapuestas a las relaciones privadas internas al límite de la frontera, cuando el objeto de estudio pasa de ser «lo que atraviesa la frontera» a la frontera misma, en el marco de un espacio interestatal, el criterio no varía. La frontera interior será la que queda dentro del espacio, como situación homogénea, mientras que la frontera exterior será la que no queda dentro del espacio, y por tanto lo delimita como elemento heterogéneo conectado con otro territorio, ya sea mediante una conexión geográfica o de una línea de transporte aéreo o marítimo.

Las fronteras exteriores sólo pueden cruzarse por los pasos fronterizos -que son aquellos «autorizados por las autoridades competentes» para tal fin⁸⁴- y durante las horas de apertura establecidas⁸⁵. La vulneración de ambas exigencias, cruzando la frontera de forma no autorizada, conllevará sanción, según lo que establezca el Derecho de cada Estado parte⁸⁶. Esta disposición plantea dos problemas. En primer lugar, es preciso determinar el Derecho de cuál de los Estados parte rige la sanción, ya que puede ser tanto el Derecho del Estado por donde entra el sujeto en cuestión al espacio común o el Derecho del Estado donde se le localiza tras haber cruzado la frontera exterior por otro Estado miembro. Se trata de dos criterios diferenciados, ambos de carácter territorial, ya por razón del lugar donde se produce la infracción, o por la extensión del efecto de la misma al territorio del Estado donde se halla el infractor. Debe considerarse, especialmente para el segundo supuesto, que se trata de una norma que tiene carácter uniforme y es común, en cuanto a la interdicción del hecho, a todos los Estados, pero difiere en su consecuencia jurídica. Esto es, el Estado donde se localiza al infractor está tan obligado a exigir la sanción del hecho de forma imperativa como el Estado por donde éste se interna, y ello en virtud de la norma convencional. Una solución para el supuesto podría venir por la aceptación de la imperatividad prioritaria de la norma del Estado donde se produce y localiza la infracción -cuya frontera se atraviesa irregularmente-, aunque el efecto de la misma se extienda inevitablemente al territorio donde se halla el infractor. Pero también, y con más fundamento, la cuestión se solucionaría, en lo que se refiere a los supuestos de sanciones penales, por la aplicación de las normas sobre cooperación del propio Convenio, en especial las relativas a la «aplicación del principio *non bis in idem*»⁸⁷, en el sentido de aceptarse la competencia de ambos Estados, debiendo ceder su pretensión uno de ellos cuando el otro dicte sentencia definitiva por el hecho en causa. El juego de este principio, y las posibles excepciones a él oponibles por los Estados miembros, lo estudiamos posteriormente en el epígrafe «IV.D.2». No obstante, los supuestos de sanciones administrativas no quedarían cubiertos por esta solución; aunque ante alguna de estas sanciones, como la expulsión, en la práctica será indiferente qué Estado la determine y ejecute,

pues en todo caso podría tener efecto equivalente, haciendo salir al sujeto del espacio común, con lo que estaríamos ante un falso problema.

El otro problema que se plantea hace referencia a que el Derecho Comunitario, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, actúa como límite a las sanciones que, por motivo del cruce irregular de la frontera exterior, pueden imponerse por el Estado que resulte competente a los nacionales de los Estados de la Unión Europea⁸⁸ -que a todos los efectos tienen el carácter de nacionales de los Estados contratantes⁸⁹- y a los beneficiarios del Derecho comunitario no nacionales de un Estado miembro de la Unión. Como señala P. JIMÉNEZ DE PARGA⁹⁰, la medida «no podrá consistir ni en una expulsión (sentencia *Royer*⁹¹), ni en una pena privativa de libertad (sentencias *Pieck*⁹² y *Lothar Messner*⁹³)».

El control de la circulación transfronteriza en las fronteras exteriores, según el artículo 6, lo realizarán las autoridades estatales, de acuerdo con principios uniformes que deben incorporarse a la legislación nacional, y en el marco de las competencias nacionales sobre fronteras, debiendo tomarse en consideración los intereses del resto de Estados parte del Convenio. Este procedimiento técnico utilizado en la regulación se asemeja, salvando las distancias, al de la Directiva comunitaria, ya que se está ante principios que deben ser objeto de transposición al Derecho nacional que obligan a los Estados miembros en cuanto a su cumplimiento legislativo, de tal modo que las regulaciones nacionales respondan a sus exigencias.

Estos principios exigen que el control sobre todas las personas se realice individualizadamente, con objeto de determinar su identidad, verificando los documentos de viaje. Los extranjeros deberán presentar además otros documentos exigidos a la entrada, y someterse a diversas comprobaciones que se deben realizar en prevención de peligros para la seguridad nacional y el orden público de los Estados miembros, mediante un control que incluye los vehículos y objetos que les acompañen. Los registros se realizarán de acuerdo con cada legislación nacional, primando el control de entrada al territorio Schengen sobre el de salida, tanto por la previsión de minuciosidad de aquél como por la prioridad que se le atribuye en caso de circunstancias especiales que imposibiliten su realización conjunta.

Fuera de los pasos autorizados, y al margen de las horas de apertura de éstos, la vigilancia fronteriza la realizarán los Estados, por medio de unidades móviles «de tal manera que no se incite a las personas a evitar el control en los pasos fronterizos»(sic). No parece un método de reglamentación jurídica muy afortunado, en una norma de armonización, el que define los medios por los fines, y éstos con un simple criterio de disuasión. En todo caso, el margen de discrecionalidad de las autoridades estatales quedará determinado por su Derecho nacional y por los límites que éste fije. Quiere esto decir que pese a la apariencia de estar ante una norma de armonización, nos encontramos ante un supuesto de atribución, no sólo de la competencia de autoridad, sino también de la ley aplicable al modo de realización de la vigilancia⁹⁴.

Para el tráfico aéreo, el artículo 4 del Convenio establece una reglamentación especial que contempla la necesidad de efectuar el control fronterizo general a las personas y su equipaje de mano en el aeropuerto de entrada al espacio Schengen, cuando provienen de un Estado tercero y prosiguen su ruta en un vuelo interior. Viceversa, el control de salida en los vuelos que realicen escalas interiores con destino posterior a terceros Estados se llevará a cabo en el aeropuerto por el que abandonen el espacio Schengen. Los equipajes facturados, según el apartado 3 del artículo 4, no se rigen por la regla anterior, aplicable solamente a las personas y su equipaje de mano, sino que se someterán a los controles uniformes en el aeropuerto de destino final, en los vuelos procedentes del exterior, o, cuando tengan por destino terceros Estados, en el aeropuerto de salida inicial.

El «Informe de la Comisión de Control del Senado de Francia encargada de examinar la puesta en práctica y funcionamiento del Convenio de Aplicación», efectuado a finales de 1991, ponía en evidencia la falta, en todos y cada uno de los Estados, de un vínculo de información y coordinación entre las autoridades estatales y los aeropuertos del espacio Schengen, necesario para que se iniciasen las remodelaciones oportunas al objeto de acondicionarlos de acuerdo con los nuevos controles, cuya aplicación estaba prevista en el Convenio para el 1 de enero de 1993. Pasada la fecha sin la entrada en vigor del Convenio de Aplicación, estas modalidades de control en los

aeropuertos venían a ser de obligatorio cumplimiento desde el momento de entrada en vigor del Convenio, ya sin plazo de adaptación. El retraso de la puesta en práctica en algunos aeropuertos de los medios necesarios para la aplicación de esta norma, que era una de las «condiciones de aplicación» previstas en la *Declaración Común de las Partes Contratantes relativa al artículo 139*, se pretendía evitar mediante una contigua *Declaración Común relativa al artículo 4* que expresamente comprometía a las Partes a su cumplimiento, bajo la supervisión del Comité Ejecutivo, y la constancia de los Países Bajos respecto de las dificultades que muy probablemente se producirían con el aeropuerto de Amsterdam-Schiphol, constatadas con posterioridad en el propio «Informe de la Comisión de Control del Senado de Francia»⁹⁵. Estos problemas han estado también, junto a consideraciones de carácter político, entre las motivaciones de la suspicacia de algunos Estados miembros, Francia en particular, ante la entrada en vigor del Convenio. Y ello tiene su lógica. Toda la reglamentación que refuerza los controles exteriores se basa en el principio de confianza mutua entre las partes, al admitir como regla uniforme la competencia territorial de las autoridades nacionales en la realización de dichos controles. Sin esa confianza no podía entrar en vigor el Convenio.

El artículo 5 establece las normas uniformes que determinan qué extranjeros podrán cruzar legalmente las fronteras exteriores, y exige el cumplimiento de cinco condiciones uniformes y cumulativas; a saber, poseer un documento o documentos válidos, que deben ser determinados por el Comité Ejecutivo del Convenio (a); estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido (b); presentar documentos en los que se justifiquen el motivo y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia o estar en disposición de obtenerlos, tanto para el tiempo de estancia como para la salida hacia otro Estado tercero donde su admisión esté garantizada, sea o no el de su procedencia (c); no estar entre los extranjeros incluidos en la lista de no admisibles (d); y no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de uno de los Estados miembros (e). Si una de estas condiciones no se cumple, las autoridades de fronteras de las Partes contratantes impedirán el paso del extranjero. Se establece una excepción por motivos humanita-

rios, de interés nacional o por obligaciones internacionales; en cuyo caso, el Estado que la haga valer deberá informar al resto de los Estados parte y esa admisión se limitará a su territorio nacional.

Se consideran también extranjeros admisibles a los que sean titulares de una permiso de residencia o de un visado de regreso expedido por las autoridades de un Estado miembro, o ambos documentos, en su caso, con objeto de permitirles el tránsito, salvo que apareciesen inscritos en una lista de no admisibles confeccionada por los Estados miembros⁹⁶. La técnica que se utiliza en este precepto consiste, pues, en aceptar la atribución de la competencia del resto de Estados en la expedición de esos documentos, salvo motivos excepcionales, de orden público o seguridad nacional, que se concretan en la inclusión del individuo en la lista de no admisibles.

Los documentos que se exigen son, por tanto, uniformizados hasta el límite que fijan los propios objetivos del Convenio. Se armonizan materialmente, como veremos, los visados de corta duración, que responden únicamente a criterios de control de paso fronterizo con carácter esporádico, y se excluyen de la armonización sustantiva los visados para estancias de larga duración, cuya concesión corresponde a criterios de política migratoria⁹⁷. Respecto a este último tipo de visados, de larga duración, la armonización sólo se refiere a las condiciones de exigencia de los visados -para lo que se confecciona una lista de Estados a cuyos ciudadanos se exigirá visado, y que analizaremos en un epígrafe posterior en la continuación del presente trabajo-.

Como consecuencia, al no realizarse una armonización sustantiva, corresponderá a cada Estado parte, en exclusiva, tanto la competencia legislativa para determinar los criterios por los que se conceden estos visados, como la de autoridad para decidir la concesión. La razón está en la finalidad del sistema de los «Acuerdos de Schengen», con el que los Estados miembros no persiguen establecer una política común de inmigración, sino posibilitar la libre circulación de personas en el espacio «Schengen» suprimiendo todos los controles en las fronteras interiores. Todo lo que exceda el marco de esta finalidad no es objeto de armonización sustantiva, porque condiciona políticas con intereses estatales actualmente peculiares y divergentes, como la citada de inmigración, o la de asilo⁹⁸.

Pero las normas sobre armonización en materia de visados, y sus conexiones con las políticas migratorias, quedan fuera del planteamiento de este epígrafe y serán analizadas, tras las disposiciones sobre «Cooperación policial, judicial y aduanera», junto con la política de armonización de los criterios de atribución de la competencia a las autoridades en materia de concesión de asilo.

IV. LA COOPERACIÓN POLICIAL, JUDICIAL Y ADUANERA.

A. LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS.

Hemos señalado, al hablar de la libre circulación de personas comunitaria, que ya en el Acta Única Europea, dos *Declaraciones* anejas, relativas precisamente a esta libertad de circulación transfronteriza y a la supresión de fronteras interiores con el mercado interior, hacían alusión, por un lado, a la competencia estatal en materia de política de inmigración de nacionales extracomunitarios, y en relación con la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico ilícito de obras de arte y de antigüedades; y, por otro, a la necesidad de una acción interestatal de cooperación en esas materias que se entienden directamente conectadas con la liberalización.

Esta misma aproximación se observa en las disposiciones del TUE, en el denominado «tercer pilar», de carácter intergubernamental (el Título VI). Bajo la denominación *Cooperación en los ámbitos de Justicia e Interior*, integra las previsiones de desarrollo normativo en la Unión Europea con vistas a la libre circulación de personas. Pese a su carácter intergubernamental, se prevé la posibilidad de transvase al Derecho Comunitario⁹⁹ de los instrumentos jurídicos que se elaboren al amparo de su cobertura, armonizando soluciones jurídicas. Las materias a las que se hace referencia son la política de asilo, las normas sobre el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y sus controles, la política de inmigración, las condiciones de acceso, circulación y estancia por el territorio de los Estados miembros por nacionales extracomunitarios, la lucha contra la inmigración ilegal, la lucha contra la toxicomanía y el fraude, la cooperación judicial penal y civil, la cooperación aduanera, la coope-

ración policial y la lucha contra la criminalidad, con la previsión de crear la Europol.

Las vinculaciones entre la extranjería no comunitaria -al conceder a estos extranjeros la libertad de tránsito por las fronteras interiores- y las tareas en represión de la criminalidad son por tanto una constante en toda aproximación a la supresión de los controles sobre personas en el marco comunitario.

El sistema Schengen, como se sabe, sigue necesariamente esta tendencia. Si el acuerdo de 1985 lo tuvo presente mediante previsiones inconcretas, el Convenio de Aplicación desarrolla un conjunto de «medidas compensatorias» que constituyen condiciones de aplicación del Convenio, como ya se ha dicho, y que giran entorno a la actuación policial coordinada, la asistencia policial, la instalación de mecanismos de almacenamiento y transmisión de información, así como la protección de datos de carácter personal. Las conexiones entre el sistema de Schengen y el Título VI del TUE son, al menos en cuanto a su concepción y contenido, evidentes; y aún más al existir expresas referencias normativas en el artículo K.7 del Tratado de Maastricht. Como analizaremos en su momento, el carácter de «laboratorio experimental» de los «Acuerdos de Schengen» se ve en ello reforzado.

El Título III, bajo la denominación de «Policía y Seguridad», y el Título IV, dedicado al SIS (*Sistema de Información Schengen*), a los que se suma el Título VI sobre «Protección de Datos de Carácter Personal», contienen la mayor parte de las «medidas compensatorias» de cooperación del Convenio.

B. LA COOPERACIÓN POLICIAL

Las medidas sobre cooperación policial del Convenio de Aplicación constituyen una novedad en el Derecho Internacional en la materia, ya que, como ha señalado J.J.E. SCHUTTE, mientras los contactos entre las policías nacionales son intensos y se desarrollan en una práctica constante, apenas si existen convenios que lo regulen. Ello ocasiona, según indica este autor, que se echen en falta «normas claras firmemente implantadas en el Derecho Internacional que indiquen los límites de la conducta legítima de los profesionales de policía»¹⁰⁰. La regulación del Convenio supone codificar las experiencias ya existentes¹⁰¹, e incorporar además prácticas ima-

ginativas, hasta ahora no ensayadas, susceptibles de un desarrollo futuro, tanto cuantitativo como cualitativo.

La cooperación policial ha generado, según explica B. NÉEL, una controversia sobre el modo en que debía ejecutarse; en el sentido de si se limitaba a un simple derecho de vigilancia por los agentes de policía de un Estado parte en el territorio de otro, o si, por el contrario, conllevaba un auténtico derecho de «intervención»¹⁰² policial en territorio extranjero, o derecho de persecución «máximo». En esta disputa subyacían además dos concepciones diversas sobre la creación o no de un embrión de lo que podría ser la futura policía federal europea, semejante al FBI estadounidense (la EUROPOL prevista en Tratado de la Unión Europea¹⁰³). La postura favorable a la policía federal y a la máxima extensión de atribuciones a los policías de otros Estados era defendida por la República Federal de Alemania, pero la oposición francesa, singularmente, hizo que la «persecución» en su máximo nivel haya quedado como medida excepcional.

Una clasificación de gran utilidad, tomada de A.-M. DELVAUX, que ha gozado de favor en nuestro país en trabajos recientes, distingue entre tres grupos de medidas policiales: (a) la asistencia entre los servicios de policía; (b) el ejercicio transfronterizo de la técnica policial; y (c) el establecimiento de medios materiales para el ejercicio de la acción policial¹⁰⁴.

Sus bases, y las de toda la cooperación policial en conjunto, se establecen en el artículo 39.1 del Convenio de Aplicación: «Las partes contratantes se comprometen a que sus servicios de policía, respetando la legislación nacional y dentro de los límites de sus competencias, se presten asistencia para prevenir e investigar hechos delictivos, siempre que el Derecho nacional no reserve la solicitud a las autoridades judiciales y que la solicitud misma o su ejecución no supongan la aplicación de medidas coactivas por la Parte contratante requerida. Cuando las autoridades de policía requeridas no sean competentes para ejecutar una solicitud, la transmitirán a las autoridades competentes».

La primera variedad de cooperación, la asistencia entre servicios de policía, tendrá una doble finalidad, al perseguir tanto la prevención (policía administrativa) como la investigación de hechos delictivos ya acaecidos (policía de investi-

gación de hechos delictivos). Esta asistencia se concreta singularmente en el transvase de informaciones entre los Estados partes, bien por petición de las autoridades de otro Estado miembro, bien de oficio¹⁰⁵. Las solicitudes -salvo premura o en caso de que contemplen una solución diferente los acuerdos bilaterales para zonas fronterizas, o entre partes con frontera común¹⁰⁶- utilizarán la vía de los órganos centrales encargados en cada parte contratante de la cooperación policial internacional. Los límites a los que se sujeta, en cuanto a su contenido, la solicitud de asistencia vienen dados por las competencias que el Derecho nacional del Estado requerido reserve a las autoridades judiciales y por la necesidad de utilizar medidas coactivas para su realización, en cuyo caso las autoridades requeridas las remitirán a las autoridades judiciales. La implicación de la policía administrativa, a través de la vertiente preventiva de la cooperación, supone claramente que el ámbito de aplicación del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen desborda, como ha señalado J. MONTREUIL, los límites de la cooperación judicial internacional¹⁰⁷.

Otro aspecto de la cooperación basada en la mutua asistencia entre los servicios de policía es el intercambio de funcionarios de enlace¹⁰⁸, que consiste en el traslado de funcionarios de policía a otro Estado parte y la recepción, a su vez, de agentes de ese Estado en territorio nacional en los servicios de policía estatal como *destino provisional*, por un tiempo determinado o indeterminado. Su puesta en práctica deberá ser convenida y desarrollada mediante acuerdos bilaterales entre las Partes del Convenio que deseen realizarla. La función de estos agentes de enlace consistirá en facilitar el intercambio de informaciones, la ejecución de peticiones de cooperación, tanto policial como judicial en materia penal, y en ayudar a las autoridades encargadas de la vigilancia de las fronteras exteriores. Se excluye en todo caso la posibilidad de que ejecuten autónomamente ninguna medida policial y, según el artículo 47.3, estarán bajo las instrucciones tanto de las autoridades de su Estado de origen como de las del Estado de acogida. Lo que no se resuelve son los posibles conflictos que esta acumulación de la competencia de autoridad pueda ocasionar. No obstante, deberán informar regularmente al jefe del servicio de policía de destino y podrán representar también los intereses de otras Partes contratantes, siempre que

así se concierte por medio de acuerdos bilaterales o multilaterales entre el Estado parte enviante y terceros Estados miembros.

El segundo grupo de medidas, el ejercicio transfronterizo de la técnica policial, se compone en el Convenio de tres mecanismos: el derecho de vigilancia transfronteriza, el derecho de «persecución en caliente» y la «entrega vigilada».

Los agentes competentes para el ejercicio de este grupo de medidas se especifican en los artículos 40.4 y 41.7 del Convenio de Aplicación, y el 40.5 determina cuál es la autoridad encargada en cada Parte contratante de conceder o transmitir las autorizaciones requeridas al efecto, y de recibir las comunicaciones establecidas. Para España, los artículos 2.1 y 3.1 del Acuerdo de Adhesión especifican que los agentes competentes serán «los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y del Cuerpo de la Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones de policía judicial, así como los funcionarios dependientes de la Administración de Aduanas (...) por lo que respecta a sus funciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, al tráfico de armas y explosivos, y el transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos». Según el artículo 2.2 del mismo Acuerdo, la autoridad contemplada en el Convenio será, en nuestro país, la Dirección General de la Policía.

El derecho de vigilancia transfronteriza se regula en el artículo 40 del Convenio. Consiste en la posibilidad de continuar, en otro Estado miembro, atravesando la frontera común, la vigilancia que se realiza en el marco de una investigación judicial, de una persona que se sospecha ha participado en un hecho delictivo que puede dar lugar a su extradición¹⁰⁹. Para su realización se precisa, tras la presentación de una solicitud, que se autorice previamente por la autoridad designada por el Estado en el que se va a desarrollar la vigilancia. Este requisito de autorización decae por la existencia de razones particularmente urgentes, en cuyo caso se comunicará el cruce de la frontera a la citada autoridad, transmitiéndole con urgencia la solicitud. En este último supuesto los delitos por los que puede ejercitarse la modalidad de vigilancia sin autorización se restringen a un listado preciso, y no a los susceptibles de extradición¹¹⁰.

Los límites del derecho de vigilancia, establecidos en el artículo 40.3 del Convenio de

Aplicación, son ocho y especialmente estrictos. En nuestro interés, los agentes en su actuación de vigilancia se someterán al Derecho del Estado parte donde actúen y obedecerán las órdenes de las autoridades locales competentes, pudiendo portar su arma de servicio, salvo decisión en contrario de la parte donde actúan, y sólo podrán utilizarla en legítima defensa. Tendrán prohibida la entrada a domicilios y lugares sin acceso al público; y, lo que tiene la máxima importancia al modular el ejercicio de la vigilancia, no podrán interrogar ni detener a la persona vigilada. Finalmente deberán realizar un informe para las autoridades del Estado donde acudieron, pudiendo exigírseles su comparecencia ante éstas.

El requisito por el que se precisa que la vigilancia se realice en el marco de una investigación judicial hace de esta modalidad de cooperación una figura mixta entre policial y judicial, primando si acaso el carácter judicial, pues deberá existir un previo procedimiento penal que verse sobre alguno de los delitos previstos, y que sirva de base de actuación, pues como ha señalado J. DE MIGUEL ZARAGOZA, además se deberá haber cursado por el instructor una comisión rogatoria penal al Estado requerido¹¹¹.

El derecho de «persecución en caliente», regulado en el artículo 41 del Convenio, consiste en la posibilidad de que los agentes de un Estado parte que persiguen en su territorio a una persona hallada en flagrante delito -o a persona evadida que estaba bajo detención provisional o cumpliendo pena privativa de libertad- puedan continuar en el territorio de otra Parte contratante sin autorización previa, bien porque les fuera imposible avisar a las autoridades de la otra parte a causa de la especial urgencia, bien porque éstas no pudieran presentarse en el lugar con tiempo suficiente para reanudar la persecución.

El Convenio configura la persecución de tal modo que los agentes que cruzan la frontera deberán avisar a las autoridades del Estado al que penetran, lo más tarde, en el momento del cruce de la frontera y cesarán en su acción en caso de que éstas se lo soliciten. Estas mismas autoridades arrestarán al perseguido a petición de los agentes perseguidores para identificarlo o detenerlo.

La dificultad para llegar a un acuerdo sobre todas las condiciones de ejercicio de la persecución en caliente ha llevado a que el Convenio establezca distintas modalidades «a la carta»¹¹²,

para escoger entre ellas por los Estados que posean fronteras comunes, mediante la realización simultánea de acuerdos bilaterales aplicables desde el momento de la entrada en vigor del Convenio de Aplicación. En todo caso, las diferentes condiciones susceptibles de elección establecen limitaciones estrictas al ejercicio de la persecución, tanto en relación a los delitos en virtud de los cuales se puede realizar, como respecto a su alcance espacial en el territorio del Estado parte donde se efectúa. El carácter estricto de tales limitaciones responde a la finalidad de que el desarrollo de la persecución se lleve a cabo bajo la competencia de las autoridades locales y que las acciones no excedan los límites de lo necesario¹¹³.

En lo que se refiere a los delitos susceptibles de abrir la «persecución en caliente», las partes podrán elegir entre un listado restringido -que coincide con el establecido para la vigilancia sin autorización¹¹⁴, salvo que se añade un supuesto singular referido al delito de fuga a causa de un accidente con resultado de muerte o heridas graves-, que aparece en el artículo 41.4 a), o el ámbito más amplio de los delitos que pueden ser objeto de extradición. Las partes también podrán optar por un derecho de persecución sin límites de espacio ni de tiempo, o limitar la persecución a una zona geográfica, a una zona paralela a la frontera, especificada en kilómetros, o durante un período de tiempo determinado, tras el cruce de la frontera. Además podrá prohibirse en los acuerdos bilaterales la posibilidad de que los agentes interroguen al perseguido, o por el contrario se les podrá autorizar a la retención del mismo, cuando los agentes locales no pudieran intervenir con rapidez suficiente, y hasta que estos últimos puedan identificarlo o detenerlo.

España ha realizado sendos acuerdos bilaterales con Francia y Portugal, en los que se limitan los delitos que permiten a cada parte efectuar la persecución a los de la lista del artículo 41.4 a), prohíben la interrogación del perseguido y establecen un espacio límite de diez kilómetros tras la frontera, con Francia, y cincuenta con Portugal, por el que puede desarrollarse la persecución, y, alternativamente, solamente en el acuerdo con Portugal, un período de dos horas de duración de la persecución tras el cruce de la frontera¹¹⁵.

El artículo 39, en sus apartados 4 y 5, como ya se ha anotado con anterioridad, prevé que en las regiones fronterizas se pueda regular la coope-

ración por acuerdos entre los Ministros competentes, así como que las partes con frontera común puedan establecer acuerdos más completos entre ellas.

Toda esta remisión a acuerdos entre Partes con fronteras comunes -en definitiva a una determinación bilateral de las reglas- supone el alejamiento de soluciones de armonización, y pone en cuestión el verdadero alcance de las normas de un Convenio que necesitan y dependen de esos acuerdos complementarios¹¹⁶ de carácter bilateral para su ejecución. Desde el punto de vista de la técnica jurídica utilizada, se trata en todo caso de una solución flexible, susceptible de concreción diferente según las necesidades de cada relación bilateral, lo que por otra parte puede ser un mérito técnico, pese a la falta de armonía en la solución, ya que permite avanzar en una materia que de otro modo tal vez no se hubiese podido regular. Por otra parte, se trata además de una materia en la que no tiene por qué llegarse necesariamente a una uniformización de soluciones, al menos en una primera tentativa de regulación uniforme, pues la creación de un estatuto singular para cada zona fronteriza, sobre la base de criterios comunes, supone una aproximación de soluciones, y la creación al menos de un instrumento mínimo sobre el que asentar la mutua confianza entre las partes. La solución no es necesariamente claudicante desde esta perspectiva técnica, pues permite la existencia de la figura en todas las fronteras interiores, aunque modulada.

El resto de condiciones de la persecución se detallan en el artículo 41.5 del Convenio, de modo similar a las de vigilancia, en lo que hace referencia al Derecho aplicable, mando al que se subordinan, uso del arma reglamentaria y prohibición de acceso a lugares no públicos. Además los agentes deberán ser identificables por su indumentaria o brazalete y por los distintivos del vehículo¹¹⁷, y rendirán cuentas ante las autoridades del país donde actuaron, pudiendo ser obligados a permanecer a disposición de las mismas «hasta que se hayan aclarado suficientemente las circunstancias de su acción», incluso aunque no se hubiese detenido al perseguido.

El sujeto que en el marco de una «persecución en caliente» fuese detenido por las autoridades locales se someterá al Derecho nacional del Estado donde ha sido aprehendido, y podrá ser retenido para su interrogatorio. De este modo la

figura de la persecución puede ocasionar la «plena cooperación» policial entre las partes, al iniciar las autoridades del Estado donde se halla el perseguido una investigación motivada por la propia persecución¹¹⁸. Si el detenido no fuese nacional del Estado donde se le ha aprehendido, gozará de una garantía fundamental, salvo que se solicite el arresto provisional con vistas a su extradición. Esta garantía, por sus propio carácter y su finalidad, es más beneficiosa en cuanto a su duración que el *Habeas Corpus*, ya que deberá ponerse en libertad lo más tarde seis horas después de ser detenido, «sin contar las horas entre media noche y las nueve de la mañana». Esta previsión significa, por tanto, un máximo, en el peor de los casos, de 15 horas de arresto.

De cualquier manera, la configuración práctica de ambas medidas -vigilancia y persecución- debe realizarse desde el más exquisito respeto a los derechos y libertades individuales, siendo de lamentar la significativa omisión, puesta en evidencia por A. ORTIZ-ARCE, de toda referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 en la reglamentación del sistema del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen¹¹⁹.

Los artículos 42 y 43 del Convenio contienen las normas sobre la responsabilidad penal y civil de los agentes que realizan la vigilancia y la persecución.

La responsabilidad penal (artículo 42), regida por el respeto del principio de aplicación territorial y unilateral de las normas penales como normas de aplicación inmediata -o normas imperativamente aplicables-, contempla la particularidad de equiparar a los agentes del Estado parte que realizan la incursión con los agentes nacionales, en cuanto a su tratamiento por la infracciones que pudiesen cometer, pero también por los delitos de los que pudieran ser víctimas. Esta norma supone una modificación de la legislación penal española, que requiere Ley Orgánica para su aprobación, por medio de un tratado internacional que no necesita más que mayoría simple para su aprobación parlamentaria¹²⁰. Técnicamente, pese a su carácter atributivo, la particularidad que incorpora la regla funciona como una norma de extensión del ámbito de aplicación de las leyes penales nacionales.

En lo que respecta a la responsabilidad civil por daños causados por los agentes en el curso de la actuación, responsabilidad recogida en el

artículo 43 -y a la que la doctrina que ha analizado el Convenio no ha prestado hasta el momento gran atención-, corresponderá al Estado de los agentes, y en cuanto al derecho aplicable se mantiene el criterio general del artículo 10.9 del Código Civil español en materia de obligaciones no contractuales, regulándose la relación por la ley del lugar donde ocurre el hecho que produce el daño, pero con la particularidad de crear un sistema singular de responsabilidad solidaria entre los Estados. Según este sistema, la Parte en cuyo territorio se produjeron los daños llevará a cabo su reparación en las mismas condiciones que si los hubiesen causado sus propios agentes, y luego repercutirá el gasto al Estado de procedencia de los agentes, que le restituirá íntegramente las cantidades que hubiese debido abonar. Lo que se logra de este modo es que los Estados miembros reciban al efecto el trato que cada Estado obtiene en su territorio, poniéndose a su disposición todo el aparato administrativo y funcional -incluidos los letrados del Estado- de la Parte contratante donde se produjo el hecho ilícito. Se trata, no cabe duda, de una técnica muy novedosa e imaginativa, con objeto de evitar gastos suplementarios al Estado miembro cuyos agentes produjeron el perjuicio. Por último, cabe decir al respecto que las Partes renuncian a reclamarse los daños que directamente les causen los agentes de los otros Estados con motivo de una de estas actuaciones en su territorio.

El tercero de los mecanismos que componen el ejercicio transfronterizo de la técnica policial, *la entrega vigilada*¹²¹, es un procedimiento utilizado en la investigación del tráfico de estupefacientes por el que se vigila y observa la ruta que sigue, a través de distintos Estados, una entrega singular, con la finalidad de proceder a arrestar a los autores, cuyas identidades no pueden determinarse en su totalidad más que por un seguimiento sin intervención que finalmente las revele¹²². Sólo entonces se produce la actuación represiva. Se trata de una técnica jurídicamente compleja, ya que se consiente la comisión de un delito en territorio nacional sin intervención -esto es, dejando que los sujetos que materialmente lo ejecutan escapen del control de las autoridades nacionales-, con la perspectiva de identificar a los autores, localizados en otro u otros países¹²³. Por ello la decisión de poner en

práctica una entrega vigilada debe contar con la previa autorización del Estado afectado, que podrá intervenir cuando lo considere oportuno, y conservará el control de las actuaciones en todo momento.

El impacto de esta medida sobre el Derecho español ha sido resaltado por J. DE MIGUEL ZARAGOZA¹²⁴, antes de que se incorporase la figura a la legislación española a través de la reforma realizada de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -integrando el artículo 263 bis¹²⁵- por medio de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del C.P. y de la L.E.Cr., en Materia de Tráfico de Drogas. Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado español, aunque formalmente se salve con la reforma referida de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la figura incorpora una excepción al artículo 8.1 del capítulo IV, «Normas de Derecho Internacional Privado», del Título Preliminar de nuestro Código Civil¹²⁶, dado que las normas penales y procesales españolas, que tienen carácter de normas de aplicación inmediata, ceden ante estos supuestos de cooperación; del mismo modo que la competencia de la jurisdicción penal española -Audiencia Nacional-, cuya renuncia supone una excepción a las normas unilaterales de atribución de la competencia judicial¹²⁷.

En cuanto al establecimiento de los medios materiales para el ejercicio de la acción policial, los artículos 44 y 45 prevén dos modalidades que consisten, la primera, en la instalación de líneas de comunicación para facilitar los intercambios de información y la conexión entre las autoridades policiales, tales como líneas de teléfono, radio, télex, y otros enlaces directos. La finalidad fundamental de su creación está en su utilización como soportes de la puesta en práctica de la vigilancia y la persecución transfronterizas.

La otra modalidad, se refiere a las medidas que deben adoptar los Estados miembros para exigir que los establecimientos de hospedaje lleven un registro de identificación de extranjeros¹²⁸.

En este contexto debe hacerse referencia al *SIS (Sistema de Información de Schengen)* como instrumento fundamental de la acción policial, aunque la más amplia operatividad que posee justifica su estudio singular en el epígrafe final de este apartado dedicado a las materias reguladas bajo el procedimiento general de la cooperación.

C. LA COOPERACIÓN JUDICIAL.

Las medidas previstas por el Convenio de Aplicación en relación con la cooperación judicial se construyen sobre la base de convenios internacionales ya existentes en dos ámbitos regionales: el Consejo de Europa y el Benelux. La función de las normas del Convenio de Aplicación dedicadas a esta materia será la de completar las soluciones de esos convenios, con un carácter claramente dependiente y suplementario aceptando su operatividad. No se han realizado, por tanto, grandes esfuerzos en la elaboración de nuevas normas singularmente previstas y adaptadas al marco Schengen¹²⁹. Sin embargo, un criterio de economía normativa parece en todo caso adecuado ante la existencia de convenios previos, firmados por las Partes contratantes, susceptibles de servir de base de la reglamentación del Sistema de los Acuerdos de Schengen.

C.1. Asistencia Judicial en Materia Penal.

Según el artículo 48 del Convenio, las disposiciones en esta materia tienen la finalidad de completar el Convenio elaborado en el marco del Consejo de Europa sobre Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959 al que pertenecen todos los Estados Schengen, y también el capítulo II del Tratado Benelux de extradición y cooperación judicial en materia penal de 27 de junio de 1962 (modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974), en cuanto a las relaciones entre los países miembros del mismo.

El Convenio de 1959 en cuestión, establece normas de asistencia sobre comisiones rogatorias, la remisión de actos de procedimiento y de decisiones judiciales, sobre la competencia de testigos, expertos y personas perseguidas, y sobre la comunicación de los datos que figuren en el registro de penados.

El artículo 49 del Convenio de aplicación amplía el ámbito de la asistencia a seis nuevas materias, que son: los procedimientos de indemnización por actuaciones de instrucción o condena injustificadas; los procedimientos de gracia; las acciones civiles derivadas de hechos ilícitos penales; las notificaciones relativas al pago de multas, ejecución de penas o pago de las costas; y las medidas relativas a condenas y libertad condicional o suspensión de ejecución. Las normas del artículo 50, por su parte, persiguen ampliar la reglamentación a las infracciones de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de IVA,

impuestos sobre consumos específicos y aduanas; pero se podrá rechazar la prestación de asistencia cuando la cantidad impagada no supere un montante determinado, a salvo que se aduzca la gravedad del asunto por la Parte requirente, bien por las circunstancias del caso o por la identidad del acusado. No se llegó, sin embargo, a un acuerdo para incorporar también las infracciones a los impuestos sobre la renta y el patrimonio¹³⁰.

Otras normas hacen referencia a *las condiciones para la concesión de comisiones rogatorias con fines de registro o embargo de bienes* (art. 51), en las que se exige, siguiendo un criterio acumulativo de los Derechos de la Parte requirente y de la Parte requerida, que constituya infracción penal, o administrativa susceptible de reconversión, con sanción restrictiva de la libertad de un mínimo de seis meses, así como que su ejecución sea compatible con el Derecho de la Parte requerida¹³¹; y aún otras establecen una *reglamentación sobre la comunicación de las piezas del procedimiento* (arts. 52 y 53), posibilitando la notificación de documentos por correo directo, incluso sin traducción, impidiendo sancionar, a causa de la inasistencia, a un perito o testigo citado por correo directo, aunque la citación contuviera un requerimiento, o permitiendo la presentación de las solicitudes de asistencia judicial de forma directa entre las autoridades judiciales.

C.2. Aplicación del Principio «non bis in idem».

El capítulo III del Título dedicado a «Policía y Seguridad» persigue determinar los supuestos en los que este principio no se va a aplicar, y lo regula de forma autónoma, sin remitirse a los convenios en la materia, de los que varios de los Estados Schengen son parte¹³².

El principio se establece en el marco del Convenio en el artículo 54 como aquél por el que una persona que haya sido definitivamente juzgada en un país miembro no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otro Estado miembro, desde que, en caso de condena, se haya cumplido la sanción, se esté ejecutando o no se pueda ejecutar según la legislación del país que lo condenó. No se prevé sin embargo el supuesto en el que se haya dictado sentencia absolutoria¹³³.

Según el artículo 55, las partes podrán, no obstante, en el momento de ratificación, aceptación o aprobación del Convenio, decidir mediante Declaración no aplicar el principio, en

los casos donde la conexión del supuesto con el foro sea particularmente relevante, bien por aplicación del principio de territorialidad de la ley penal como norma imperativamente aplicable («cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio»), salvo que el caso tenga también conexión territorial con el foro del juez que dictó la sentencia («esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la Parte contratante donde se haya dictado la sentencia»); bien porque los hechos delictivos ataquen la seguridad del Estado o intereses esenciales del mismo; o bien porque, siguiendo un criterio personal, el autor de los hechos delictivos fuese un funcionario del Estado en cuestión, que los realizó incumpliendo las obligaciones de su cargo.

El principio «*non bis in idem*» actúa en materia penal como un mecanismo de aceptación de la competencia judicial y de reconocimiento de las sentencias extranjeras, bien entendido que *forum* y *ius* van directamente unidos en la materia. El Convenio permite, pues, que un Estado no reconozca esa competencia en supuestos que responden al principio de soberanía -calificado desde otra perspectiva como «principio real»¹³⁴-, aunque modulado por otro principio, cual es el del interés preponderante, de manera que si el interés que se deriva del principio de soberanía, que hace valer ese Estado, no es preponderante al que opone el Estado cuyo juez dictó la sentencia, aquél no puede desconocerla. De este modo se explica que en el primero de los supuestos del artículo 55, arriba desglosados, la conexión territorial prime sobre la ausencia de tal conexión con el foro del juez que dictó la sentencia, pero decaiga cuando entra en conflicto con una conexión de la misma naturaleza.

Pese a la falta de alusión ya señalada a otros instrumentos internacionales, las disposiciones del Convenio de aplicación en la materia son reproducción de las contempladas en el Convenio de la CPE sobre el principio «*non bis in idem*»; convenio no firmado por España a causa de la cláusula que permite al Reino Unido extender unilateralmente la aplicación de sus reglas a Gibraltar¹³⁵.

C.3. La Extradición.

El capítulo dedicado a la extradición¹³⁶ completa el Convenio Europeo de Extradición, concluido en el ámbito del Consejo de Europa, de 13

de septiembre de 1957, así como el capítulo I del Tratado Benelux de extradición y cooperación judicial en materia penal de 27 de junio de 1962 (modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974), de modo que se extiende la aplicación de las disposiciones del primero de los convenios, a los solos efectos de las relaciones en el marco Schengen, para aquellos Estados Schengen que no fuesen Parte contratante en él, a salvo de las reservas que cada Estado haya realizado en el Convenio del 57 o en el Convenio de Aplicación¹³⁷.

Se instaura un *procedimiento informal de extradición*, que será aplicable cuando la extradición de una persona reclamada no esté manifiestamente prohibida según el Derecho del Estado parte requerido, y en virtud de dos condiciones, consistentes en que medie consentimiento del propio reclamado, en acta que debe redactarse ante un miembro del poder judicial, y que previamente el reclamado haya sido informado de su derecho a un procedimiento formal de extradición.

C.4. Transmisión de la Ejecución de Sentencias Penales.

Las normas del capítulo V (artículos 67 a 69) buscan completar el Convenio del Consejo de Europa de 1983 sobre Transmisión de la Ejecución de las Sentencias Represivas entre los Estados contratantes que son parte de dicho convenio¹³⁸. Con objeto de posibilitar esa ejecución -y para resolver el problema que se suscita con el principio existente en algunas legislaciones que impide la extradición de los propios nacionales¹³⁹- se prevé que el Estado parte donde se haya impuesto una pena privativa de libertad o una medida de seguridad en restricción de la libertad, contra un nacional de otro Estado miembro que se haya sustraído a la ejecución de la pena o la medida huyendo a su país, podrá solicitar de este último que asuma la ejecución de la pena o de la medida de seguridad contra su propio nacional que se halla en su territorio. Para ello se le podrá detener por su Estado nacional preventivamente, o adoptarse otro tipo de medidas que persigan garantizar su permanencia en el territorio, entretanto se documenta la solicitud por el Estado requirente y se toma la decisión por las autoridades del Estado requerido sobre esa misma solicitud. Para la transmisión de la ejecución no se requiere, a diferencia de lo visto en el procedimiento informal de extradición, consentimiento del condenado, pues de lo contrario, sería impracticable.

D.- LA COOPERACIÓN ADUANERA.

Ya hemos señalado, al hablar del ejercicio tranfronterizo de la técnica policial, que en determinados ámbitos (tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico de armas y explosivos, y transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos) la competencia de autoridad corresponde, para España, según los artículos 2.1 y 3.1 del Acuerdo de Adhesión, a los funcionarios dependientes de la Administración de Aduanas. Ello quiere decir que la supresión de las fronteras interiores no conllevará la desaparición en esas fronteras de tales funcionarios. Como ha señalado para Francia B. NÉEL¹⁴⁰, es precisa una reestructuración de la organización de los servicios de aduana, y de sus funcionarios, adaptándolos a las nuevas necesidades establecidas por los Acuerdos de Schengen. Con todo, la afirmación de esta autora respecto a que «Esta reorganización de los controles no es aparentemente sinónimo de abolición de todo control», tomada al pie de la letra, y aplicada expresamente a los controles en las fronteras interiores, se contradice con la libertad de circulación, finalidad del Sistema Schengen. Sólo si se entiende referida a controles dentro de los Estados, pero no en las fronteras comunes, o a los controles en las fronteras exteriores, puede aceptarse como válida, pues como ha señalado M. AYRAL, respecto al artículo 8A del Tratado CEE y su interpretación, citando a la Comisión de las Comunidades Europeas, «el mantenimiento de un solo control justifica el mantenimiento de todos los controles; en efecto, el mantenimiento de un solo funcionario de control para asegurar el respeto de una sola regla, justifica un control del respeto de todas las reglas»¹⁴¹.

En cualquier caso, se han previsto medidas especiales e inmediatas para la lucha tanto contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, como contra el de armas de fuego y de municiones.

D.1. Normas sobre Lucha contra el Tráfico de Drogas.

El tráfico de drogas se aborda desde la perspectiva de la represión, creando, de acuerdo con el artículo 70 del Convenio, un grupo de trabajo permanente, con el objeto de que examine los problemas comunes en la materia y elabore propuestas para mejorar la cooperación interestatal en los aspectos prácticos y técnicos. La virtualidad de este grupo de trabajo sobre estupefacientes

(«STUP») está en que posibilita la armonización de las políticas nacionales contra el tráfico de drogas, materia distinta a la de la armonización legislativa, que era la que preveía el Acuerdo de Schengen de 1985¹⁴². Su actividad se realizará en consonancia con el Centro Pompidou de lucha contra la droga, instalado en Estrasburgo. El marco normativo sobre el que se asienta la cooperación en la acción para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes está constituido por los convenios existentes de las Naciones Unidas: el Convenio Único sobre Estupefacientes de 1961, en su versión modificada por el Protocolo de 1972 por el que se Modifica el Convenio Único de 1961; el Convenio de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas; y el Convenio de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 relativo al Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

En la negociación del Convenio de Aplicación pareció que la armonización estaba suficientemente lograda gracias al marco convencional de las Naciones Unidas¹⁴³, por lo que bastaban simples referencias al compromiso de las partes en atención a prevenir y reprimir con medidas administrativas y penales la *exportación de drogas* (art. 71.2), haciéndose mención expresa de la inclusión del cannabis. Respecto a la lucha contra la *importación ilícita*, el compromiso adquirido (art. 71.3) hace referencia al refuerzo en las fronteras exteriores de los controles sobre personas, mercancías y medios de transporte, con el traslado del personal destinado hasta el momento en las fronteras interiores para ejercer sus funciones en las exteriores, así como el uso de medios específicos para la detección de drogas. En sentido contrario, los dos últimos apartados del artículo 71 aparecen como singularmente problemáticos. El apartado 4 hace referencia a un genérico compromiso de las partes por el que «vigilarán especialmente los lugares utilizados notoriamente para el tráfico de drogas», cuya inconcreción y margen de discrecionalidad en su puesta en práctica conlleva, como contrapartida, serias dificultades para la verificación de su cumplimiento por otras partes contratantes¹⁴⁴.

El apartado 5 es quizá la disposición sobre la materia que más discusión y crítica ha ocasionado, ya que, referida a «la lucha contra la *demandas ilícitas de estupefacientes y sustancias psicotrópicas* de cualquier tipo, incluido el cannabis» (el subrayado es nuestro), expresa el compromiso

de las partes en el sentido de que «harán todo lo posible para prevenir y luchar contra los efectos negativos de dicha demanda ilícita», atribuyendo a cada Parte contratante la competencia legislativa para determinar las medidas que se adoptarán a tal fin. La aceptación de la competencia legislativa de cada Estado parte supone la renuncia a la armonización de las medidas referidas al control de la venta al por menor y al tratamiento dado a los consumidores. Lo que subyace es una concepción diferente, y como consecuencia, una aproximación legislativa distinta, por parte de los Estados, de los problemas del pequeño traficante y el consumidor. En particular, los Países Bajos dan un tratamiento no represivo al consumo de ciertos estupefacientes.

El «Informe de la Comisión de Control del Senado de Francia encargada de examinar la puesta en práctica y funcionamiento del Convenio de Aplicación», efectuado, como ya se ha dicho, a finales de 1991, hacía incapié en estas diferencias legislativas, hasta el punto de aconsejar, por su causa, la inaplicación del Convenio hasta que no se modifique la legislación holandesa, hacia la que se vertían ácidas críticas, propugnando finalmente una armonización legislativa de carácter represivo¹⁴⁵. Lo cierto es que el compromiso de los Estados, ante la inexistencia de armonización normativa, se establece en el terreno de los efectos, debiendo evitar la incidencia negativa que pudiera ocasionar la demanda sobre el resto de Estados miembros.

En este marco se integra la previsión ya comentada de las entregas vigiladas, como técnica de cooperación contra el narcotráfico internacional. Debe lamentarse, a mi juicio, la ausencia de normas que, en paralelo a las de la entrega vigilada, previesen una reglamentación estricta sobre cooperación en el seguimiento y detección del dinero procedente del narcotráfico, así como su blanqueo e inmersión (o confusión) en complejas operaciones financieras internacionales, sólo desentrañables por medio de una intensa cooperación interestatal¹⁴⁶. Bien es cierto que el ya citado Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecho en Viena el 20 de Diciembre de 1988, y al que se remite en su totalidad el Convenio de Aplicación, contempla expresamente tipificados en el párrafo primero, incisos b) y c), apdo.i) del artículo 3, una pluralidad de

delitos relacionados con el blanqueo y ocultación de bienes producto de cualquiera de las fases que llevan a la fabricación y comercialización de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y que en su artículo 9 establece diversas medidas relativas, por un lado, al intercambio de información por medio de canales de comunicación, y a la cooperación «en la realización de indagaciones... acerca... del movimiento del producto o de los bienes derivados de la comisión de esos delitos» - pfo.1, incisos a) y b), apdo.ii)-; y por otro, al desarrollo y perfeccionamiento por los Estados miembros de «programas específicos de capacitación» para el personal aduanero u otro, encargado de perseguir los delitos relacionados con el tráfico de drogas, y en particular «la detección y vigilancia del movimiento del producto y los bienes derivados de la comisión de delitos tipificados» en el Convenio, relativos al narcotráfico, así como «los métodos utilizados para la transferencia, la ocultación o el encubrimiento de dicho producto, y de dichos bienes» -pfo.2, incisos c) y d)-. Con todo, no contempla en ninguna norma la extensión a las operaciones financieras de un mecanismo similar al de las entregas vigiladas de las sustancias propiamente dichas, ni normas más explícitas referidas al blanqueo de dinero.

Es posible que, en cierto modo, los Estados miembros del «Grupo Schengen» omitiesen la regulación de determinados aspectos sobre esta materia a causa de los trabajos seguidos en las Comunidades Europeas que llevarían a la adopción de la Directiva 91/308/CEE del Consejo de 10 de junio de 1991 sobre Prevención de la Utilización del Sistema Financiero para el Blanqueo de Capitales¹⁴⁷, que impone diversas obligaciones administrativas de información a las entidades financieras de carácter privado, pero que tampoco hace referencia a este tipo de medidas, remitiéndose expresamente en su Considerando Cuarto a las «medidas de carácter penal y en el marco de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y policiales, tal como propugna, en lo que se refiere a las drogas, la Convención de Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1988».

Sólo ha venido a colmar esta carencia en la cooperación policial y judicial, bien que sea de momento *de lege ferenda*, al no estar aún en vigor, el Convenio del Consejo de Europa sobre el Blanqueo, Identificación, Embargo y Comiso de los Productos del Delito, abierto a la firma el 8 de

noviembre de 1990 en Estrasburgo¹⁴⁸. La ausencia de toda referencia a sus normas en el Convenio de Aplicación no tiene por qué ser óbice para su incorporación al sistema Schengen una vez haya sido ratificado por los Estados miembros¹⁴⁹.

Las siguientes disposiciones del Convenio de Aplicación en la materia (artículos 74 a 76) se refieren al comercio y circulación de carácter legal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con fines médico-terapéuticos. Los controles al efecto se deben trasladar de las fronteras comunes al interior de los Estados, y se prevé la reglamentación uniforme por parte del Comité Ejecutivo del Sistema de Schengen de un certificado expedido o legalizado por las autoridades nacionales competentes del Estado donde resida el paciente sometido al tratamiento.

D.2. Normas sobre Control de Adquisición, Tenencia, Fabricación y Comercio de Armas de Fuego.

En relación con la adquisición, tenencia, fabricación y comercio de armas de fuego y municiones por personas físicas o jurídicas de carácter privado, el Convenio de Aplicación establece una reglamentación detallada (artículos 77 a 91), clasificando las armas de fuego en tres categorías: prohibidas, sometidas a autorización y sometidas a declaración, elaborándose a propósito un listado específico para cada categoría.

El eje del sistema está en las exigencias de autorización y declaración, que se extienden tanto a la adquisición y tenencia de armas, o a la adquisición de munición, como a la fabricación y comercialización de ambas.

El intercambio de información y la cooperación intergubernamental al efecto toman como base, según el artículo 91 del Convenio de Aplicación, el Convenio Europeo de 28 de junio de 1978 relativo al Control sobre la Adquisición y la Tenencia de Armas de Fuego por Particulares, de modo que pueda transmitirse la información relativa «a la adquisición de armas de fuego por personas -ya sean simples particulares o armeros minoristas- que residan de forma habitual o que estén establecidos en el territorio de la otra parte contratante». La autorización parece, por tanto, que se concederá de acuerdo con un criterio territorial de atribución de la competencia por la autoridad del Estado donde se realice la adquisición o donde pretenda instalarse el proceso de fabricación.

En el momento de la negociación de Convenio de Aplicación por los Estados inicialmente miembros, las disparidades normativas eran bastante acusadas, en especial entre las legislaciones permisivas de Francia y Bélgica, frente a los sistemas restrictivos de los Países Bajos, la República Federal de Alemania y Luxemburgo¹⁵⁰. En general, las normas reseñadas han hecho obligatorios los registros y armonizado las condiciones mínimas para obtener la autorización de adquisición y tenencia de armas de fuego.

En todo caso, estas disposiciones van a verse sustituidas por la reglamentación de la Directiva 91/477/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1991, relativa al Control y a la Adquisición y Detención de Armas¹⁵¹.

E. LOS COMPLEMENTOS DE COOPERACIÓN, NECESARIOS COMO CIERRE DEL SISTEMA JURÍDICO SCHENGEN: EL SIS (SISTEMA DE INFORMACIÓN SCHENGEN) Y LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

E.1 El SIS

(Sistema de Información Schengen).

En el marco de la cooperación interestatal se integra el SIS (Sistema de Información Schengen), al que el Convenio de Aplicación dedica un título específico, el Título IV (arts. 92 a 119).

Se trata de una base de datos que contiene información relativa a personas u objetos sobre los que es necesario tener referencia por distintas razones, y frente a los cuales se solicita una acción específica ante supuestos determinados¹⁵². La finalidad del SIS es servir de soporte como cauce de transmisión de las informaciones necesarias para el ejercicio de los controles en las fronteras exteriores; de los controles de policía y de aduanas realizados dentro de cada país; y del control de los extranjeros considerados no admisibles, a efectos de la expedición de visados, permisos de residencia, y para la aplicación de las normas sobre circulación de personas¹⁵³. La instalación y puesta en marcha del SIS plantea, como se ha señalado reiteradamente, gran complejidad, así como no pocas dificultades de aplicación técnicas y jurídicas, siendo sometido en el Convenio a disposiciones prolijas, pero de gran importancia¹⁵⁴.

Su creación se prevé en el párrafo primero del artículo 92. Está formado, en primer lugar, por una parte nacional en cada Estado miembro (los *N-SIS*), que se costeará y mantendrá por cada parte, ateniéndose a lo establecido en protocolos y procedimientos comunes. Los subsistemas nacionales no pueden conectar directamente entre sí, por lo que, en segundo lugar, el *SIS* contiene también un Sistema central (el *C-SIS*), o unidad permanente de apoyo técnico, costeadá y mantenida por cuenta y riesgo de todas las Partes, y localizado en Estrasburgo. Su finalidad es precisamente la de servir de enlace entre los ficheros nacionales, almacenando a su vez los datos de éstos, con objeto de garantizar su identidad. Todo ello significa, como ha señalado J.J.E. SCHUTTE, que el *SIS* no es un medio de conexión de las bases de datos policiales de los Estados miembros, sino «un registro internacional separado». La introducción de datos sólo puede realizarse, en consecuencia, desde la unidad central, para evitar la disparidad de contenidos. Por eso, la necesidad de que los datos digitalizados en la unidad central, en un lenguaje concreto, puedan reproducirse en los terminales de cada Estado en el lenguaje del país usuario.

Los datos susceptibles de ser incluidos serán los proporcionados por cada uno de los Estados, y no otros, rigiéndose por el principio de propiedad de las informaciones¹⁵⁵. De acuerdo con este principio, cada Estado parte decide la inclusión de una persona y de los datos que a ella se refieren, siendo ese Estado el único autorizado para modificar, rectificar o suprimir las informaciones incorporadas¹⁵⁶. En particular, podrán incluirse los datos comprendidos en varias categorías precisadas por el Convenio:

- a) *datos relativos a personas buscadas para su detención a efectos de extradición* (art. 95), que sólo podrán introducirse a instancias de la autoridad judicial del Estado requerente. El Estado que introduce el requerimiento deberá comprobar que esa petición no vulnera los Derechos nacionales de los Estados requeridos -esto es, que esa legislación o legislaciones permiten la detención en el caso concreto-, y deberá adjuntar a la petición informaciones referidas tanto a la autoridad nacional que solicita la detención; como a la existencia de una orden de detención, de docu-

mento con igual fuerza, o de sentencia ejecutoria; e incluso al tipo de delito, a las circunstancias en que fue cometido, y sus consecuencias para la persona objeto del requerimiento. Este primer grupo de datos se enmarca por tanto en la cooperación judicial.

- b) *datos relativos a extranjeros incluidos en la lista de no admisibles* (art. 96), en base a que su presencia en territorio nacional constituya una amenaza para el orden público o la seguridad nacional, bien fundándose en condena firme por infracción sancionada con una pena privativa de libertad superior a un año, o por existencia de razones serias para creer que ha cometido un delito grave, o por la existencia de indicios reales de que va a cometerlo. Se incluyen también a quienes hayan sido objeto de una medida de expulsión, alejamiento o devolución, siempre que no haya sido revocada o suspendida. Se trata de un mecanismo de cooperación policial, y, en principio, como se deriva de las normas del artículo 5 del Convenio de Aplicación, si un extranjero incluido en la lista de no admisibles es hallado en el espacio Schengen deberá ser expulsado.
- c) *datos relativos a personas sobre las que se debe informar sobre su paradero*. Bien, por un lado, por estar desaparecidas o porque para su protección, o para la prevención de amenazas, deban ser puestas a salvo (art. 97), siempre que haya petición de autoridad gubernativa o judicial competente. Lo que se requiere al respecto puede ser la comunicación del lugar de residencia de la persona en cuestión o su puesta a salvo, impidiendo la prosecución de su viaje si la legislación nacional así lo autoriza. En el supuesto de personas desaparecidas mayores de edad, la transmisión de la información sobre su paradero estará subordinada a su consentimiento; siempre, creo que deberá entenderse, que no hayan sido incapacitadas. La decisión de la introducción de la persona y los datos en los ficheros del *SIS* será judicial si se siguen diligencias¹⁵⁷.

O bien, por otro lado, por que se trate de testigos o personas citadas para comparecer ante las autoridades judiciales en el marco de un proceso penal (art. 98), a instancia de las autoridades judiciales competentes. La comunicación de la información solicitada se hará de acuerdo con la legislación nacional y con las normas de los convenios aplicables sobre asistencia judicial en materia penal.

- d) *datos relativos a personas, o vehículos, que deben ser discretamente vigilados o específicamente sometidos a control*, con objeto de poseer información sobre su paradero o sus conductas, al objeto de evitar la comisión de delitos (art. 99). La reclamación deberá estar justificada en indicios reales que permitan presumir que esa persona cometerá, o está cometiendo algún delito, así como cuando de su apreciación global, singularmente por hechos delictivos anteriores, se pueda suponer que cometerá delitos de gravedad. El control, de acuerdo con el derecho nacional del Estado requerido, podrá concretarse o no en registro. Se trata de una figura de cooperación marcadamente policial, necesitada de múltiples cautelas.
- e) *datos relativos a objetos buscados con la finalidad de su incautación, o como pruebas en un procedimiento penal*. Se refiere a objetos que puedan ser identificados individualmente, como vehículos de motor, armas de fuego, documentos sin cumplimentar, documentos expedidos con numeración, billetes de banco registrados, etc...

En general, en todos los supuestos, la base de los requerimientos realizados a través del fichero del SIS estará en el respeto del Derecho nacional de la parte requirente, en lo que hace referencia a la competencia y condiciones de la solicitud y de los datos incorporados; así como, en el respeto del Derecho del Estado requerido o de los convenios internacionales específicos, en lo relativo a la realización o a la respuesta a la reclamación.

E.2. Las Normas sobre Protección de los Datos de Carácter Personal.

La creación del fichero SIS ha generado, como lógicamente puede presumirse de algunas

categorías de datos reseñadas que se refieren a conceptos vagos o indeterminados, contestaciones por el posible riesgo de atentar contra los derechos y libertades fundamentales de las personas incluidas¹⁵⁸. De hecho el fichero podrá albergar 800.000 descripciones de personas y 6.700.000 de objetos¹⁵⁹. La interconexión entre ficheros informatizados es objetivamente susceptible de poner en riesgo las libertades individuales, por lo que se hace necesario rodearlo de todas las exigencias posibles de respeto a los derechos y libertades fundamentales. En ese sentido, el propio Parlamento Europeo, en su *Resolución sobre la firma del Acuerdo Adicional de Schengen*, de 23 de noviembre de 1989¹⁶⁰ manifestaba su inquietud, exigiendo que el SIS no tuviese vínculo alguno con la Interpol.

El Convenio de Aplicación incluye al efecto normas sobre protección de los datos de carácter personal en dos secciones distintas con alcance diferenciado. De un lado, las normas específicas de protección de los datos de carácter personal incluidos en el SIS (el Capítulo 3 del Título IV sobre el SIS), y de otro, las normas generales contenidas en un título específico y separado, el Título VI, en las que se protegen también los datos personales intercambiados interestatalmente al margen del SIS, como son los referidos a los solicitantes de asilo, a la compra y posesión de armas, o los intercambios de información entre servicios policiales.

La base general de la protección de los datos de carácter personal sometidos a un tratamiento automatizado, en todo el marco del Convenio de Aplicación, se establece en las normas del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la Protección de las Personas en lo Referente al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal¹⁶¹, normas que se colocan como standard mínimo de protección de los datos de carácter personal en las legislaciones de los Estados miembros, lo que debía lograrse, según los artículos 117, para los datos integrados en el SIS, y 126.1, para el resto, antes de la entrada en vigor del propio Convenio de aplicación¹⁶². Este compromiso constituía además una de las condiciones de aplicación del mismo¹⁶³. Respecto a los datos introducidos en el SIS debe respetarse además, en los mismos términos que las normas del Convenio citado, la Recomendación R(87) 15 de septiembre de 1987 del Comité

de Ministros del Consejo de Europa, dirigida a regular la utilización de los datos de carácter personal en el sector de la policía.

Las reglas específicas de protección de los datos de carácter personal contenidos en el *SIS* se construyen sobre una estructura organizativa que cuenta con autoridades de control independiente en cada Estado miembro (art.114) -diferenciadas de las autoridades con competencia central sobre cada parte nacional del *SIS* (art.108), encargadas de suministrar las descripciones que deben incorporarse al sistema- y una autoridad central de control común (art.115). Ambas tendrán como misión verificar el uso correcto del *SIS*, por aplicación de las normas nacionales competentes, así como de las disposiciones del Convenio, velando por el respeto de los derechos fundamentales de las personas inscritas.

La actuación de las autoridades nacionales de control se efectuará de acuerdo con el Derecho nacional, teniendo acceso al fichero de la parte nacional del *SIS*, con objeto de comprobar que el tratamiento y la utilización de los datos incluidos no vulneran los derechos individuales¹⁶⁴. Existirá además otro control, efectuado directamente por las autoridades nacionales gestoras por medio de un registro de la décima parte, como promedio, de las transmisiones de datos de carácter personal realizadas en el fichero nacional parte del *SIS*, que serán controladas en cuanto a la admisibilidad de la consulta¹⁶⁵. Los datos de ese registro deberán desaparecer al menos a los seis meses de ser introducidos.

La actuación de la autoridad central de control común, compuesta por dos representantes de cada autoridad nacional de control, se realizará conforme a las normas del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la Protección de las Personas en lo Referente al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, teniendo acceso a la unidad de apoyo técnico central con objeto de realizar su cometido de comprobar la aplicación correcta de todas las disposiciones del Convenio de Aplicación en la materia¹⁶⁶. De igual modo tendrá competencias para analizar las dificultades de aplicación o interpretación que surgiesen en la explotación del *SIS*, en su control y en el acceso de las partes al sistema, e incluso para hacer propuestas armonizadas de solución de problemas comunes.

Las normas específicas de protección de los datos de carácter personal, que deben ser aplica-

das por las autoridades nacionales de gestión y, a propósito de las cuales, las autoridades de control deben velar por su cumplimiento, abordan distintos aspectos con una técnica que combina la uniformización normativa con la localización de los supuestos en las legislaciones de los Estados miembros sobre la base de criterios de carácter marcadamente territorial. El mismo carácter tienen los criterios de atribución de la competencia judicial o de autoridad. La normativa es profusa en un intento de abordar y precisar los supuestos susceptibles de protección.

El acceso a los datos, regulado fuera del capítulo 3, se restringe a las instancias competentes para los controles fronterizos y para otras comprobaciones de policía y de aduana dentro del país, así como para su coordinación (art.101.1). Además, las autoridades administrativas competentes en materia de expedición y examen de solicitudes de visados, expedición de permisos de residencia y administración de extranjeros, según lo dispuesto en el Convenio, podrán consultar la lista de extranjeros no admisibles¹⁶⁷. Estas instancias autorizadas para acceder al *SIS* sólo podrán consultar los datos que precisen para el cumplimiento de su misión. Corresponde al Derecho de cada Parte contratante regular el acceso a los datos del *SIS*.

El artículo 102 del Convenio de Aplicación establece los límites a los que se somete el uso de los datos del fichero. Sólo podrán utilizarse para las finalidades que motivaron su introducción en el sistema, salvo que se justifique su uso para otro de los supuestos previstos en las distintas categorías, «por la necesidad de prevenir una amenaza grave inminente para el orden y la seguridad públicos, por razones graves de seguridad del Estado o con vistas a prevenir un hecho delictivo grave», siempre que se obtenga la autorización previa del Estado miembro que introdujo la información en el sistema. El uso de los ficheros con carácter administrativo está vedado, salvo en lo que concierne a la administración de extranjeros, visados y permisos de residencia, arriba reseñado. Los Estados no podrán duplicar los datos más que cuando sea técnicamente necesario para su consulta por las autoridades competentes, sin poder trasladarlos a otros ficheros nacionales. Los efectos de la utilización de los datos fuera de estas finalidades se rigen por el Derecho nacional de cada Estado¹⁶⁸, según el criterio de la aplicación imperativa de sus normas penales.

En el artículo 104 se diferencian tres supuestos de hecho necesitados, en coordinación con las normas del Convenio, de determinación de una ley nacional aplicable. La distinción de los dos primeros parece sutil, pero se comprende al diferenciar las descripciones que se introducen desde la unidad técnica central, a petición de las Partes, de los datos que únicamente se integran en cada parte nacional del SIS. El primero de estos supuestos hace referencia a la descripción que se incorpora al sistema, a la que se aplicará, aparentemente como criterio de conexión general, el Derecho nacional del Estado parte que los suministra; pero se establece una salvedad, que se refiere a que en el convenio existan condiciones más exigentes. Técnicamente, con toda claridad, lo que se persigue es dar primacía a las condiciones más exigentes referidas a la descripción, sean éstas las del Convenio o las del Derecho nacional de la Parte suministradora, por lo que debe hacerse una valoración del contenido de las reglas. La técnica utilizada funciona, aunque sea limitadamente, a la manera de una categoría concreta de criterios de conexión flexibles de las normas de conflicto de leyes -criterios que dejan al juez la valoración de las circunstancias del caso-; en esta categoría el juez o tribunal debe operar comparativamente con las soluciones de dos o más ordenamientos dados, debiendo optar por la que concede una mayor protección o es más beneficiosa para una de las partes¹⁶⁹.

El segundo de los supuestos del artículo 104 se refiere a la ley aplicable a los datos que se incorporan en la parte nacional del sistema (*N-SIS*), respecto a los cuales varía el criterio respecto al supuesto anterior, pues la ley nacional del Estado al que corresponda el *N-SIS* se aplicará subsidiariamente a las disposiciones particulares del Convenio.

El último párrafo, el tercero, del artículo 104 establece el factor de conexión para determinar la ley aplicable a la ejecución de las medidas solicitadas en la descripción, así como el criterio para determinar la competencia judicial o de autoridad para realizar esa ejecución. El Derecho nacional de la Parte requerida será el competente para regir la ejecución por sus autoridades de las medidas solicitadas, pero con carácter subsidiario a las normas particulares del Convenio. Y en todo caso, se apliquen la ley nacional de la Parte requerida o las normas del Convenio, se atenderá a las normas de competencia de ese

Estado al que se hace la solicitud. Además, en último caso, se establece una obligación adicional para el Estado requerido cuando en virtud de todas estas normas no pudiera ejecutar la medida, que impone la necesidad de informar de ello inmediatamente a la Parte solicitante.

Como complemento a estas disposiciones, el artículo 105 sienta el principio de responsabilidad¹⁷⁰ de la parte suministradora de los datos en relación a su exactitud, actualidad y licitud, según, como ya se ha dicho, su propia ley nacional; y el artículo 106, un derecho de rectificación, derivado del anterior, atribuido en exclusiva a la Parte informadora, junto a un procedimiento contradictorio simple, cuando otra parte disponga de indicios de que el dato o datos son incorrectos, que puede terminar conociendo la autoridad de central de control común.

Se establecen también normas uniformes sobre la plazos de permanencia temporal de los datos en los ficheros, debiendo revisarse su conservación¹⁷¹ a los tres años en el caso de los datos referidos a búsqueda de personas, aunque en todo caso sólo podrán permanecer en el SIS el tiempo necesario para los fines por los que se introdujeron, y al año en los supuestos de personas o vehículos que deben ser objeto de vigilancia o control (contemplados en el art.99), salvo que los Derechos nacionales de cada Parte acorten los plazos, en cuyo caso se aplicarán sus disposiciones. Los datos sobre vehículos de motor se conservarán un máximo de tres años, cinco años máximo los referidos a documentos de identidad expedidos y billetes de banco y un máximo de diez años el resto de datos. Una vez suprimidos se conservarán un año más en la unidad de apoyo técnico a efectos de comprobación posterior de su exactitud y licitud, debiendo ser finalmente destruidos.

La responsabilidad por los daños ocasionados a particulares como consecuencia de la explotación del fichero nacional del SIS viene regulada en el artículo 116 del Convenio de Aplicación, y se atribuye al Estado parte causante del daño, según las normas de su derecho nacional; solución que se adopta también para la Parte informadora en el caso de los daños ocasionados por la introducción de datos con errores de hecho o de derecho. El párrafo segundo de ese artículo prevé al respecto un sistema de responsabilidad civil solidaria entre los Estados miembros, similar al ya comentado que aparece en el

artículo 43 del Convenio de Aplicación en relación a los daños causados por los policías en el ejercicio transfronterizo de la técnica policial. En el supuesto que nos ocupa, si la acción de reclamación por daños se emprende contra un Estado que no fuera la Parte contratante informadora, esta última deberá reembolsar las cantidades pagadas, con la salvedad de que los datos se hubiesen utilizado por el Estado requerido incumpliendo las disposiciones del Convenio, en cuyo caso éste asumirá toda la responsabilidad.

A las personas cuyas descripciones aparezcan en las informaciones suministradas por las Partes, e introducidas en el sistema, se les permitirá, según el artículo 109 del Convenio de Aplicación, acceder a los datos que a ellas se refieran, de acuerdo con el Derecho nacional del Estado ante el que se alegue ese derecho, y si sus normas lo prevén así, la autoridad nacional de control decidirá si se facilita la información y de acuerdo con qué modalidades, siempre que antes se haya pronunciado la Parte que suministró los datos, si no es ésta la reclamada. Tal información no se suministrará ni respecto a los supuestos de vigilancia discreta ni si pudiese perjudicar la ejecución de la finalidad de la inscripción o para proteger derecho y libertades de terceros.

Estas personas, objeto de descripción, podrán hacer rectificar o suprimir datos sobre ellas que contengan errores de hecho o de derecho¹⁷², e incluso emprender acciones, en el territorio de cada parte contratante, ante los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes de acuerdo con el Derecho nacional, con objeto de informarse, rectificar, suprimir o recibir indemnización en relación con las informaciones que a ellas se refieran¹⁷³. Las Partes se comprometen a ejecutar las resoluciones judiciales o de autoridad derivadas de las acciones antedichas, respetando también la técnica antes mencionada de la responsabilidad solidaria del artículo 116.

En todo caso, las personas mencionadas tendrán derecho a solicitar a las autoridades nacionales de control, según la regulación que se establezca al efecto en el Estado parte en el que se presente la solicitud, que se comprueben los datos referidos a ella contenidos en el SIS, así como el uso que se hace de ellos (art. 114.2). Este control se realizará en contacto con la Parte que introdujo los datos si no es la misma ante la que se presenta la solicitud.

Pese a todas estas garantías expresas en las normas del Convenio de Aplicación referidas al SIS, se ha señalado¹⁷⁴ la falta de asistencia jurídica para las personas interesadas, así como la ausencia de un claro control judicial tanto del uso del sistema como de los datos en él incorporados. Si a eso se suma la inevitable dificultad para poder conocer por los interesados la inclusión o no de datos a ellos referidos, y por esta causa su contenido, entra dentro de lo razonable y lo prudente someter al SIS a una cauta desconfianza.

El artículo 118 contempla la obligación de las partes de adoptar un conjunto de medidas complementarias de garantía, concretadas en controles específicos que impidan la publicación, manipulación o utilización diferente a los fines perseguidos de los datos contenidos en el SIS: control en la entrada de las instalaciones, doble control de introducción -previo y a posteriori-, control de utilización, control de acceso, control de transmisión, y control de transporte.

Los datos de carácter personal almacenados y transmitidos automáticamente al margen del SIS, gozan de un nivel inferior de protección en virtud de las reglas generales del ya mencionado Título VI del Convenio, aunque bajo la cobertura del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la Protección de las Personas en lo Referente al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, en tanto que normas mínimas que obligan a las Partes contratantes, como se ha dicho al hablar inicialmente de la protección de los datos de carácter personal. Las disposiciones específicas introducen limitaciones similares a las contempladas en las normas del SIS respecto al uso de los datos y las autoridades que pueden conocerlos, así como respecto a la responsabilidad por el suministro de datos incorrectos. Se establece además un limitado régimen específico para los datos de carácter personal transmitidos a través de medios no automatizados¹⁷⁵. Su ámbito de aplicación material, sin embargo, no acoge, en virtud del apartado 3 del artículo 127, a los procedimientos referidos a la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo, ni a la cooperación judicial, en ninguna de sus variantes; ni tampoco a los supuestos del SIS.

Es preciso resaltar por tanto que ninguno de los regímenes de protección posee carácter supletorio respecto a los demás, sino que se aplican en virtud del ámbito material determinado en las normas del Convenio.

NOTAS

1Tras el 1 de noviembre de 1993, fecha de entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, por efecto de su artículo 6, donde se encuentran las disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea, se transforma en artículo 7A del Tratado de la Comunidad Europea.

2«Pregunta Escrita E-2692/92 de Dieter Rogalla (PSE) a la Comisión» (29 de octubre de 1992) (94/C 349/02).

3[COM(85) 310 final]

4Declaración Política de los Gobiernos de los Estados Miembros sobre la Libre Circulación de Personas, aneja al Acta Única Europea.

5Declaración General sobre los Artículos 13 a 19 del Acta Única Europea, aneja a la misma.

6En concreto, respecto a las políticas migratorias, a causa de la Decisión 85/381 de 8 de julio de 1985, de la Comisión, por la que establece «un procedimiento de comunicación previa y de concertación sobre las políticas migratorias respecto a terceros Estados». La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de julio de 1987 (As. acumulados 281-283, 284, 285 y 287/85, «Política Migratoria. Competencia de la Comunidad», *Recueil*, 1987, p. 3203), anularía tan solo parcialmente la citada Decisión. La cuestión será analizada en la continuación del presente trabajo, al abordar las materias de «armonización de visados y de los criterios de atribución de la competencia de autoridad para la determinación del Estado responsable del examen las solicitudes de asilo». Véase, en todo caso, A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, «La Extranjería No Comunitaria en el Marco de la Comunidad Económica Europea», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 12, mayo-agosto, 1992.

7Pueden verse al respecto, y también en relación con la libre circulación de personas en general, las dos recientes monografías de P. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, *El Derecho a la Libre Circulación de las Personas Físicas en La Europa Comunitaria*, Madrid, Tecnos, 1994 (sobre el particular, pp. 103 y ss.); y de M.A. LIROIA DELGADO, *la Libre Circulación de Personas en La Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994 (respecto a la cuestión concreta, pp. 196-197).

8Comunicaciones de la Comisión COM(88) 650 de diciembre de 1988, COM(90) 552 de noviembre de 1990 y SEC(92) 877 final de mayo de 1992.

9BOIXAREU CARRERA, A., «Cuestiones Relacionadas con la Libre Circulación de Personas», en *La Europa de los Ciudadanos*, Valladolid, Centro de Documentación Europea de la Universidad de Valladolid-Lex Nova, 1993, pp. 146-147. También R. DE GOUTTES, -en su texto titulado «De L'Espace Judiciaire Pénal Européen à L'Espace Judiciaire Pénal Pan-Européen», en *Mélanges Offerts à Georges Levasseur. Droit Pénal, Droit Européen*, París, Litec, 1992, p. 14- se refiere a que el Convenio de Aplicación «organiza mecanismos compensatorios de seguridad para evitar que este principio (de libre cruce de las fronteras interiores y de traslado de los controles a las fronteras exteriores) genere un efecto perverso por la posición de los delincuentes».

10Sobre el Documento de Palma, véase BOIXAREU CARRERA, A., *op. cit.*, pp. 148-153; Idem, «Los Trabajos del Grupo de Coordinadores para la Libre Circulación de las Personas: El "Documento de Palma"», *Gaceta Jurídica de la CE*, B-48, Diciembre 89, pp. 3-11. También las dos monografías citadas, de P. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, *Op. cit.*, pp. 120 y ss.; y de M.A. LIROIA DELGADO, *Op. Cit.*, pp. 203 y ss.

11Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Inmigración, [SEC(91) 1855 final] de 23 de octubre de 1991.

12CARLIER, Jean-Yves, «De Schengen à Dublin en Passant par Maastricht», *Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 139; LIROIA DELGADO, M.A., *Op. cit.*, p. 240.

13Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) C11/6 de 15 de enero de 1994. El último obstáculo para la firma del Convenio está, desde hace años, en las diferencias

entre España y el Reino Unido por el estatuto que debe darse a Gibraltar en este contexto. Véase BOIXAREU CARRERA, A., «Cuestiones...», *op. cit.*, p.155; y también AYRAL, M., «La Suppression des Contrôles aux Frontières Intra-Communautaires», *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1993, p. 29.

14Una de las «pasarelas» que permiten el transvase de reglas jurídicas armonizadas desde los ámbitos no comunitarios de cooperación interestatal -en el caso del Tercer Pilar del Tratado de la Unión Europea, que aparece en el Título VI, artículos K, K.1, K.2, K.3, etc..., sobre la Cooperación en los Asuntos de Justicia e Interior- hacia el Derecho comunitario y la atribución de competencias a las instituciones comunitarias, en especial el Tribunal de Justicia. Véase MANGAS MARTÍN, A., «Prólogo» al *Tratado de la Unión Europea y Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas*, Madrid, Tecnos, 1992. Respecto al carácter de pasarela de la norma del art. K.3.2.c) véase STRUYCKEN, A.V.M., «Les Conséquences de l'Intégration Européen sur le Développement du Droit International Privé», *R. des C.*, 1992-I, t. 232, p. 294. Su análisis será abordado en la continuación del presente trabajo, al estudiar las previsiones del Tratado de la Unión Europea sobre las materias reguladas en los «Acuerdos de Schengen».

15AYRAL, M., *Op. Cit.*, p. 13.

16NÉEL, B., «L'Acord de Schengen», *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1992, p. 659; Comunicación de la Comisión al Consejo sobre la supresión de los controles de personas en las fronteras intracomunitarias, COM(88) 640 final, de 16 de enero de 1989, p. 1.

17BRU PURÓN, C.M., «De la Europa de los Ciudadanos a la Ciudadanía de los Europeos» en *La Europa de los Ciudadanos*, Valladolid, 1993, *Op. Cit.*, pp. 185-187.

18Idem, pp.187-190.

19JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, *Op. cit.*, p. 135.

20SCHUTTE, J.J.E., «Schengen: Its Meaning for the Free Movement of Persons in Europe», *Common Market Law Review*, vol. 28, 1991, p. 550.

21Artículo 30.

22Artículos 1 a 16.

23Artículos 17 a 27.

24Hubert Blanc, ver NÉEL, *Op. cit.*, p. 660, n. 13.

25BOE nº 181, de 30 de julio de 1991, pp.25.108-25.111.

26BOE nº 34, de 9 de febrero de 1993, pp. 3.598-3.599.

27SCHUTTE, *Op. cit.*, pp. 550-551. Pueden verse dos organigramas sobre la estructura del Grupo Schengen en el «Informe de la Comisión de Control del Senado de Francia encargada de examinar la puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985», en el BCE, *Boletín de Derecho de las Comunidades Europeas*, Cortes Generales, nº 36, noviembre-diciembre 1991, p. 181; y en JIMÉNEZ DE PARGA, *Op. cit.* p.138.

28JIMÉNEZ DE PARGA, *Op. cit.*, pp. 137-138.

29NÉEL, B., *Op. cit.*, p. 672; LÁZARO, F., *El Acuerdo de Schengen y la Libre Circulación de Personas en la CEE*, «Cuadernos de Europa», nº 2, Zaragoza, Diputación de Zaragoza (Comisión de Europa), 1993, p. 31.

30SCHUTTE, *Op. cit.*, p. 551.

31DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «La Cooperación Judicial en los Pactos de Schengen», *Noticias CEE*, Junio de 1992-año VIII, nº 90, p. 73.

32GARRONE, P., *La Libre Circulation des Personnes. Liberté de Mouvement, Égalité, Liberté Économique*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, p. 77.

33NÉEL, *Op. cit.*, p. 660; SCHUTTE, *Op. cit.*, p. 551. Debe mencionarse también que la «Resolución del Parlamento Europeo de 23 de noviembre de 1989 sobre la firma del Acuerdo adicional de Schengen» solicitaba la participación del propio Parlamento Europeo «en todo lo relativo a los asuntos tratados en el Acuerdo de Schengen y en el Acuerdo Adicional de Schengen», y que, entre tanto, no firmen este último «hasta que no se haya dado dicha información y no se haya garantizado que los temores antes mencionados resulten infundados», invocando a la Comisión para que invitase a los Estados parte del

Acuerdo de Schengen a asociar al ACNUR a las medidas que se fueran a tomar (DOCE C 323, de 27 de diciembre de 1989, pp. 98-99.); así mismo, que el Consejo de Estado de los Países Bajos elaboró, con fecha de 8 de abril de 1991, un informe negativo respecto a su ratificación y que el Parlamento neerlandés solicitó a su ejecutivo, el 30 de enero de 1992, renegociar el Convenio (CARLIER, J.-Y., *Op. cit.*, p. 141).

34 La finalidad no es otra que la construcción del Mercado interior recogido en el artículo 8A del TCEE. Uno de los aspectos que aparece como referente fundamental para medir el grado de integración en las Comunidades Europeas durante ese proceso.

35 Así lo establece el artículo 140.1 del Convenio de Aplicación.

36 MERCIER, Pierre y JACOT-GUILLARMOND, Olivier, *La Libre Circulation des Persones et des Services*, Helbing & Lichrenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 44; también, GARRONE, P., *Op. cit.* p. 81.

37 Según declaraciones públicas del Secretario de Estado para las Comunidades Europeas Carlos Westendorp, Austria firmará los Acuerdos el próximo 28 de abril.

38 Además de Austria son firmes candidatos Dinamarca, Suecia y Finlandia. Noruega -como se sabe, Estado no miembro de la Unión Europea- aspira también, al parecer, a formar parte del espacio Schengen, se topará con el requisito de su pertenencia comunitaria como obstáculo para formar parte de los Acuerdos Schengen (Ver *El País*, 27.03.95, p. 6).

39 JIMÉNEZ DE PARGA, *Op. cit.* p. 143.

40 Véase el «Informe Giuliano-Lagarde» relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, DOCE C 327 de 11 de diciembre de 1992, pp. 34-35.

41 Las últimas referencias políticas a la idea de «Europa a dos velocidades» han ampliado el concepto, bien porque se hable de una «Europa con un núcleo duro federalista» y el resto de países a distintas velocidades (europarlamentarios democristianos alemanes, CIUDICSU, Agencia «EUROPE», *Información Internacional*, n.º 3.410, 5.11.1994, pp. 1 y 1bis), de una «Europa de los círculos» de carácter flexible, extendiendo las dos velocidades según materias y países (el primer ministro francés Edouard Balladur, en *El País*, 30.11.1994, p.2), de una Europa de «geometría variable» (el secretario de Estado español para las Comunidades Europeas, Carlos Westendorp, en *El País*, 23.12.1994, p.6; o el grupo de los socialistas en el Parlamento Europeo, en *El País*, 1.02.1995), o incluso de una «Europa-espacio», donde la Unión Europea sería la gran organización de acogida, hasta treinta Estados, pero quienes quisieran podrían avanzar dentro de ella hacia la *Europa política*, con mayores cotas de integración (el ex-presidente francés Valéry Giscard d'Estaing, en *El País*, 12.01.1995, p.2).

42 MERCIER, P. y JACOT-GUILLARMOND, O., *op. cit.*, p.45. La ausencia de atribución de competencia al Tribunal de Justicia de Luxemburgo era una de las críticas del Parlamento neerlandés y la condición que establecía a su Gobierno para la renegociación del Convenio (CARLIER, J.-Y., *Op. cit.*, p. 141). Ver nota 33.

43 Declaración de la Comisión a propósito de la firma del Convenio de Aplicación, recogido de MERCIER, P. y JACOT-GUILLARMOND, O., *op. cit.*, p. 44. Pueden consultarse también el Informe de la Comisión sobre Supresión de los Controles de Personas en las Fronteras Intracomunitarias [COM (88) 640 final] de 16 de enero de 1989, o la más reciente Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las Políticas de Inmigración y Derecho de Asilo [COM (94) 23 final] de 23 de febrero de 1994.

44 CARLIER, J.-Y., *Op. cit.*, p.141.

45 Informe de la Comisión de Control del Senado de Francia encargada de examinar la puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985», *Op. cit.*, pp. 169 y ss.

46 JIMÉNEZ DE PARGA, *Op. cit.* pp. 139-140.

47 El artículo 139 prevé la entrada en vigor «el primer día del segundo mes siguiente a la presentación del último instru-

mento de ratificación, aprobación o aceptación».

48 Véase *Ed. Techniques, Europe. Août-sept.* 1993, n.º320, Fasc. 329, p.9.

49 BOE n.º 81, de 5 de abril de 1994, pp. 10.390-10.422. España depositó su instrumento de ratificación del Convenio de Aplicación el 30 de julio de 1993 (*Ed. Techniques, Europe. Octubre 1993*, n.º381, Fasc. 420, p.7.), un mes después de finalizar su mandato, mantenido durante dos períodos consecutivos de seis meses, al frente de la Presidencia del Grupo Schengen (BOIXERAU CARRERA, *Op. cit.* p. 157.)

50 Francia no dio su aprobación al Acuerdo de Adhesión español hasta el 13 de enero de 1994, según aparece en una relación final anexa al mismo en la publicación del Boletín Oficial del Estado español. El artículo 5.2 del Acuerdo de Adhesión de España al Convenio preveía su entrada en vigor «el primer día del segundo mes siguiente al depósito de los instrumentos de ratificación».

51 HAILBRONNER, *Visa Regulations and Third-Country Nationals in EC Law*, CML Rev., 1994, p. 978.

52 Véase *Ed. Techniques, Europe. Octubre 1993*, n.º381, Fasc. 420, p.7. y *Février 1994*, n.º 50, Fasc. 420, p.8. También *El País*, 1 de febrero de 1994, p.5.

53 La previsión se anticipa en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Essen, que habla de marzo de 1995, sin especificar el día (*Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, Reunión de 9 y 10 de Diciembre de 1994 en Essen*, SN 300/94, p. 24). Respecto al Acuerdo del Comité Ejecutivo puede verse el texto de la Agencia «EUROPE», *Información Internacional*, viernes 23 de diciembre de 1994, n.º 3.443, p. 4.

54 Al parecer, por la falta de puesta a punto de los sistemas informáticos nacionales del SIS (*El País*, 27.03.95, p.6), pero también, según las declaraciones del Secretario de Estado español Carlos Westendorp, por la ausencia de una Ley nacional de protección de datos, exigida por los artículos 117 y 126 del Convenio de Aplicación. Véase *supra* el epígrafe «III. E», referido a «Las Normas sobre Protección de los Datos de Carácter Personal».

55 Sobre la virtualidad de los Tratados internacionales, adoptados por España, antes de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, véase RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, «Derecho Internacional y Sistema de Fuentes del Derecho: La Constitución Española», en *La Constitución Española de 1978*, bajo la dirección de A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA; Madrid, Civitas, 1981.

56 Publicado en el BOE de 13 enero de 1994, y en vigor desde el 1 de noviembre de 1993.

57 GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Cuestiones de Derecho Internacional Privado en las Comunidades Europeas», en *1 SYMPOSIUM SOBRE ESPAÑA Y LAS COMUNIDADES EUROPEAS*, Valladolid, Facultad de Derecho de Valladolid, Departamento de Derecho Internacional, Universidad de Valladolid, 1982, pp. 118-119.

58 Respecto a la diferencia entre unificación y armonización en el Derecho comunitario, la unificación alude a la realización de una sola norma jurídica común y uniforme, mientras la armonización -cuya fuente jurídica formal más característica en el Derecho comunitario es la Directiva- supone que cada ordenamiento nacional incorpora la norma que actúa como referente común, estando vinculado tan sólo por una obligación de resultado (Véase KREUZER, K., «*Lex Communis Europaea de Collisione Legum: Utopie ou Nécessité?*», en *España y la Codificación Internacional de Derecho Internacional Privado. Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Carande-Eurolex, 1993, pp. 225-246.

59 Véase STRUYCKEN, A.V.M., «Les Conséquences de l'Intégration...», *Op. cit.*, pp. 257-383, en especial las pp. 282-310; RIGAUX, F., «La Condition des Personnes dans L'Europe de 1993», *Revue Belge de Droit International*, 1992/2, pp. 519-535, particularmente las pp. 528-532; DESANTES REAL, M., «España ante el Proceso de Elaboración del Derecho Internacional Privado "Intracomunitario"», en *España y la Codificación Internacional... Op. cit.*, pp. 205-224.

60RADICATI DI BROZOLO, Luca, *L'Influence sur les Conflits de Lois des Principes de Droit Communautaire en matière de Liberté de Circulation*, Rev. Crit. Dr. Internat. Privé, 82 (3) julio-sept. 1993, p. 402.

61DESANTES, *Op. cit.* pp. 224, 206-207, 211.

62Idem.

63*Op. cit.*, pp. 286 y ss.

64STRUYCKEN, *Op. cit.* pp. 286-287. A ello también hace referencia el profesor RADICATI DI BROZOLO, *Op. cit.*, p. 402.

65RIGAUX, «La Condition...», *Op. cit.*, p. 528.

66 F. RIGAUX utiliza dos ejemplos que ilustran el aserto. Por una lado, la acción de reclamación de la mujer despedida de un empleo por razón de su sexo en un país comunitario, y en la que persigue la reparación, queda sometida a un Derecho estatal «cuya determinación podría en ciertos casos aparecer dificultosa». El otro ejemplo hace referencia al concepto de «patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional» que aparece en el artículo 36 del Tratado CEE, que para F. RIGAUX plantea dos cuestiones no resueltas por el Derecho Comunitario, a saber, qué se entiende por «patrimonio artístico, histórico o arqueológico» y cuál es el criterio por el que puede ser calificado como nacional. *Idem*, pp. 528-529.

67FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, nº 17, 3/1990, p. 791.

68AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, t. I., cuarta edición, Madrid, sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, pp. 9 y ss, 14-15; CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, Reimp., 1985, pp. 19 y ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, segunda edición, Civitas, 1993, pp. 39 y ss.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Derecho Internacional Privado», vocablo de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, Madrid, Civitas, 1995, pp. 2.314-2.315; *Idem*, «Las Normas sobre "Conflictos de Leyes" en Materia de Letra de Cambio, Pagaré y Cheque: Presupuestos, Soluciones y Problemas», Capítulo XVII del libro colectivo *Derecho Cambiario. Estudio sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* (dirección A. MENÉNDEZ), Madrid, 1986, pp. 953-978; PÉREZ VERA, E., *Derecho Internacional Privado*, libro colectivo bajo su dirección, Madrid, cuarta edición, UNED, junio 1993, pp. 15-17.

69Como señala J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «En sentido estricto, para que exista un "conflicto de leyes" no basta que un determinado supuesto de hecho se halle vinculado con varios ordenamientos estatales susceptibles de regularlo, dada la presencia de una o más circunstancias de extranjería. En realidad, sólo tiene lugar cuando son contradictorias las soluciones de esos sistemas jurídicos a un mismo problema; de manera que los sujetos pueden verse afectados por la atribución de obligaciones y derechos distintos, de uno a otro ordenamiento. Lo que exige determinar cuáles de ellos debe regular el supuesto, para eliminar la contradicción de soluciones», «Las Normas sobre "Conflictos de Leyes" en Materia de Letra de Cambio...», *Op. cit.*, p. 960.

70«Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario», *Op. cit.*, pp. 785-786.

71*Op. cit.*, pp. 402-403.

72LIROLA DELGADO, M. I., *Op. cit.* p. 210.

73GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Derecho Internacional Privado», vocablo de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, *Op. cit.*, pp. 2311 y ss.

74*Idem*, p. 2.315; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Extranjero», vocablo de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, *Op. cit.*, t. II, pp. 3.030.

75ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., «La Extranjería No Comunitaria...», *Op. cit.*

76Véase al respecto *supra* la bibliografía citada en la nota 10, y además, sobre todos ellos, o sobre el «Grupo de TREVÍ» en particular, BOIXAREU CARRERA, A., «Cuestiones...», *Op. cit.*, p. 158 y ss; ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., «La

Extranjería No Comunitaria...», *Op. cit.*, p. 228; LÁZARO, F., *El Acuerdo de Schengen...*, *Op. cit.*, pp. 10-13; NÉEL, *Op. cit.*, p. 664; «Informe de la Comisión de Control del Senado de Francia encargada de examinar la puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985», *Op. cit.*, pp. 182.

77FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Extranjero», vocablo de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, *Op. cit.*, t. II, pp. 3.031.

78La unificación de los dos Estados alemanes conllevó la incorporación del territorio de la antigua RDA dentro del espacio Schengen, haciéndose constar en dos *Declaraciones anejas al Acta Final*, una común y otra unilateral de la República Federal de Alemania.

79Art. 138 del Convenio.

80Recoge la postura de la Comisión y de los países distintos al Reino Unido respecto a la interpretación del artículo 8A. Véase *supra* el epígrafe «I. A».

81JIMÉNEZ DE PARGA, *Op. cit.* p. 158.

82AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.* vol. I, t. I., pp. 13-15; CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.*, pp. 37-46; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Curso de Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.*, pp. 47 y ss.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Derecho Internacional Privado», vocablo de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, *Op. cit.*, pp. 2.313; MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado*, t. I, novena edición revisada, Madrid, Atlas, 1985, pp. 25 y ss.; PÉREZ VERA, E., *Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.*, libro colectivo bajo su dirección, pp. 18-19 y 31-32.

83ESPINAR VICENTE, J.-M., *La Extranjería en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado*, Granada, Ediciones TAÍ, 1987, pp. 17-37; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Extranjero», vocablo de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, *Op. cit.*, t. II, pp. 3.030.

84Artículo 1.

85Artículo 3.

86Artículo 2.2.

87Capítulo III del Título III del Convenio de Aplicación, artículos 54-58.

88JIMÉNEZ DE PARGA, P. *Op. cit.*, pp. 143 y 157-158.

89Artículo 1 del Convenio de Aplicación.

90JIMÉNEZ DE PARGA, P. *Op. cit.*, p. 143.

91TJCE, sentencia de 8 de abril de 1976 (*Jean Noël Royer*, 48/75), *Rec.* 1976-1, p. 497, FJ 40.

92TJCE, sentencia de 3 de julio de 1980 (*Regina contra Stanislaus Pieck*, 157/79), *Rec.* 1980-6, p. 2.172.

93TJCE, sentencia de 12 de diciembre de 1989 (*Proceso penal contra Lothar Messner*, C 265/88), *Rec.* 1989-11, p. 4.209.

94El artículo 3 de la Propuesta de Convenio sobre el Paso de las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas se aparta de esta redacción pretendidamente armonizadora y lo regula de forma abiertamente atributiva, aludiendo solamente a la necesidad de eficacia de la vigilancia.

95Alude a que las reservas fueron hechas por problemas de adaptación a las exigencias del Convenio, «y sin duda también por las consideraciones mercantiles y comerciales». «Informe...», *Op. cit.* p. 36.

96La lista, y las condiciones para la inclusión de una persona en ella, se prevén en el artículo 96 del Convenio de Aplicación. Véanse *infra* los datos susceptibles de incorporarse al SIS (*Sistema de Información Schengen*), en el epígrafe «IV.E.1».

97 JIMÉNEZ DE PARGA, *Op. cit.* p. 144 y LIROLA DELGADO, *Op. cit.* p. 228.

98Las previsiones del Tratado de la Unión Europea van sin duda más allá, como se verá más adelante, al abordar las relaciones entre el sistema de Schengen con el Tratado de la Unión Europea, pues en éste se plantea la creación de una política común sobre inmigración.

99Mediante la pasarela del artículo K.3.2.c) del TUE, y la del K.9 que se corresponde con el artículo 100 C del Tratado de la Comunidad Europea. Véase la nota 14.

100SCHUTTE, J.J.E. *Op. cit.*, p. 555.

101De hecho, aunque sin la cobertura jurídica bilateral o multilateral oportuna, prácticas como la vigilancia transfronteriza y la persecución en caliente, que veremos a continuación, se han venido realizando entre las policías de los distintos países europeos, con la máxima discreción. Las relaciones entre las policías de España y Francia o de España y Portugal no constituyen una excepción, según datos fidedignos de la propia policía española.

102El término utilizado en francés, tanto por el texto oficial -artículos 40.3.f), 41.2.a) y 41.2.b)- como por la autora, B. NÉEL (*Op. cit.* pp. 662 y ss.), «interpeller» o «interpellation», genera distintos problemas interpretativos. He optado por una traducción libre que creo se ajusta mejor a la figura que, de acuerdo con una interpretación sistemática y lógica, se quiere expresar en este caso según el contexto. DE MIGUEL ZARAGOZA pone en evidencia que en la versión española ha sido traducido de dos maneras diferentes, como «interrogar», en el ámbito de la vigilancia, art. 40.3.f), por una lado, y como «interrogar» 41.2.a), una vez, y otra como «retener», 41.2.b), en el ámbito de la persecución (*Op. cit.*, p. 75).

103La EUROPOL, u Oficina Europea de Policía, se prevé en el artículo K.1.9 del Tratado de la Unión Europea, como marco de «un sistema de intercambios de información» y de la cooperación policial entre los Estados miembros. Pese a que el Consejo Europeo de Edimburgo, de 12 de diciembre de 1992, planteó el deseo de establecer en un plazo breve la Unidad de Estupefacientes de Europol («Consejo Europeo de Edimburgo. Conclusiones de la Presidencia», Parte A, 24) -que es la precursora de la Europol propiamente dicha- hasta finales de 1994 no se procedió al nombramiento de su equipo dirigente (*Agencia «EUROPE», Información Internacional*, 9.12.1994, n.º 3.429, p. 13). El Convenio constitutivo de la Europol ha sido bloqueado por el ministro francés del Interior Charles Pasqua, por su oposición a transvasar competencias de policía, y materias del Tercer Pilar del TUE en general, al Primer Pilar de Derecho comunitario, junto a otras divergencias con el resto de Estados, que se refieren fundamentalmente al carácter de Entidad autónoma o puramente técnica y subordinada de la Europol respecto de los Estados miembros y su control por el Tribunal de Justicia de las CCEE (*Agencia «EUROPE», Información Internacional*, n.º 3.428, 2.12.1994, p. 7 y el texto de F. RICCARDI en la misma revista, n.º 3.430, 5/6.12.1994, pp. 1 y 1bis). El Consejo Europeo de Essen, de 9-10 de diciembre de 1994, decidió ampliar en todo caso el ámbito de acción de Europol a la lucha contra el terrorismo y solicitó que el Convenio Europol se aprobase en la cumbre de Cannes en junio de 1995 (*Agencia «EUROPE», Información Internacional*, n.º ESPECIAL, 11.12.1994, p. 3.). B. NÉEL ha subrayado que para su aparición sería necesaria la previa existencia de un derecho penal europeo, y que en todo caso «deberá ser un instrumento de la *Europa de los Ciudadanos* y no un útil represivo» (NÉEL, *Op. cit.*, p. 662.).

104JIMÉNEZ DE PARGA, *Op. cit.* p. 149 y LIROLA DELGADO, *Op. cit.* p. 248.

105Artículos 39.2 y 46 del Convenio de Aplicación.

106Artículos 39.4 y 39.5 del Convenio.

107MONTREUIL, J., «La Coopération Policière Européenne» en *Mélanges Offerits à Georges Levasseur*, *Op. cit.*, p. 72, n. 72.

108Artículos 7 y 47 del Convenio de Aplicación.

109Se trata, como señala DE MIGUEL ZARAGOZA (*Op. cit.*, p. 74), de los delitos recogidos en el Convenio Europeo de Extradición, de 13 de septiembre de 1957, concluido en el ámbito del Consejo de Europa.

110Estos delitos se contemplan en el artículo 40. 7 del Convenio: asesinato, homicidio, violación, incendio provocado, falsificación de moneda, robo, extorsión, secuestro, tráfico de personas, tráfico de drogas, tráfico de armas, destrucción con explosivos, transporte ilícito de residuos tóxicos,...

111*Op. cit.* p. 74.

112SCHUTTE, J.J.E., *Op. cit.*, p. 556.

113LIROLA DELGADO, *Op. cit.* pp. 249-250.

114Véase la nota 110.

115Dos *Declaraciones Unilaterales del Reino de España* anejas al Acta Final del Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Aplicación recogen el contenido de dichos Acuerdos. Ver *BOE* de 5 de abril de 1994, p. 10.393.

116B. NÉEL, *Op. cit.* p. 663.

117Con lo que, como señala J. MONTREUIL, el uso de vestuario o indumentaria civil combinado con el uso de un vehículo camuflado estaría prohibido (*Op. cit.* p. 76, n. 80).

118NÉEL, B., *Op. cit.* p. 663.

119ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., *Op. cit.*, p. 229.

120DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Op. cit.* p. 74.

121Artículo 73 del Convenio.

122Se trata de un concepto no definido de manera uniforme en el Convenio de Aplicación. Pero el Convenio de Viena de 1988 sobre tráfico de drogas sí lo define, limitando su objeto, y por ello su ámbito de aplicación material, a las remesas de drogas y a las personas que las transportan. La doctrina que ha analizado la figura del Convenio hace referencia, en ocasiones, tan solo a uno de los aspectos que contempla, bien a los objetos materiales de las remesas (LIROLA DELGADO, JIMÉNEZ DE PARGA) bien a las «personas sospechosas» a las que se consiente el tránsito (DE MIGUEL ZARAGOZA). Ninguno de los dos Convenios extiende el ámbito de aplicación material de la figura al producto y los bienes fruto del tráfico de drogas, respecto al que, en el plano de la realidad de la lucha internacional contra el narcotráfico, el juez italiano G. FALCONE resaltaba la imperiosa necesidad de aplicar este tipo de medidas de cooperación interestatal a las operaciones complejas de inversión financiera internacional que ocultan el blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas (FALCONE, G. y PADOVANI, M., *MAFIA*, Barcelona, Ediciones B, 1992, pp. 170-175). En todo caso, el problema de esta laguna normativa en la cooperación contra el tráfico de estupefacientes, visible en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, así como el medio de colmarla, se abordará más adelante al detenernos en las normas que el mismo contiene referidas a la lucha contra el tráfico de drogas.

123DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Op. cit.*, p. 76.

124*Op. cit.* p. 77.

125 Artículo 263 bis. 1.- El Juez de instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores, podrán autorizar la circulación o entrega de vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicótropas así como de otras sustancias prohibidas. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia.

2.- Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias a que se refiere el párrafo anterior o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstativa de la Autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.

3.- El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a los dispuesto en los tratados internacionales.

Los funcionarios de la Policía Judicial darán cuenta inmediata a la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y, si existiere procedimiento judicial abierto, al Juez de instrucción competente.

126Art.8.1: «Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

127DE MIGUEL ZARAGOZA se refiere expresamente a las modificaciones del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, títulos primero, segundo, tercero y cuarto; a las competencias de la Audiencia Nacional, artículo 65.3.º de la LOPJ; y respecto al Ministerio Fiscal, se refiere a la contradicción posible

con la Constitución, en su artículo 124.2, que consagra el principio de legalidad, salvo una interpretación del principio considerando «nuevas exigencias de los sistemas jurídicos y... las enseñanzas del derecho comparado». *Op. cit.*, p. 77. En gran medida, como se ha dicho, ello se ha resuelto mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reseñada.

128 Artículo 45.

129 SCHUTTE, J.J.E., *Op. cit.*, pp. 556-557. A propósito de esta remisión a los Convenios del Consejo de Europa, J. DE MIGUEL ZARAGOZA ha señalado que «El sistema jurídico del Consejo constituye también no sólo la fuente intelectual sino formal del sistema de Schengen, en el que junto a ciertas especialidades (el SIS, la "persecución en caliente"), hay un reenvío a ciertos Convenios del Consejo de Europa, con ciertas modificaciones y cierta incidencia sobre las reservas de los diferentes Estados» (DE MIGUEL ZARAGOZA, J. «El Espacio Judicial Comunitario», en *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, volumen colectivo dirigido por G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, Madrid, Cº Gral. del Poder Judicial/Universidad de Granada/Civitas, 1993, p. 1.030).

130 SCHUTTE, J.J.E., *Op. cit.*, p. 557.

131 Esta norma modifica la reserva de España al Convenio Europeo de 1959 en esta materia. Véase DE MIGUEL ZARAGOZA, «La Cooperación Judicial...» *Op. cit.*, p. 78.

132 Tales convenios son el Convenio de la Cooperación Política Europea sobre el principio «non bis in idem», el Convenio Europeo de extradición, y su Protocolo Adicional, y los Convenios 70 y 73 del Consejo de Europa sobre el valor internacional de las sentencias penales.

133 A diferencia de lo que sucede en el Convenio Europeo de Extradición, en el que se incorporó el supuesto por medio del Protocolo Adicional de 1975. Véase DE MIGUEL ZARAGOZA, «La Cooperación Judicial...» *Op. cit.*, pp. 78-79.

134 DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «La Cooperación Judicial...» *Op. cit.*, p. 79.

135 DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «La Cooperación Judicial...» *Op. cit.*, p. 78.

136 Artículos 59 a 66 del Convenio de Aplicación.

137 El único Estado no miembro del Convenio de 1957 es Bélgica. Francia, por su parte, hace renuncia en el marco del Convenio de Aplicación de las reservas formuladas al Convenio Europeo de Extradición (art. 61 del Convenio de Aplicación).

138 DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «La Cooperación Judicial...», *Op. cit.*, p. 80; JIMÉNEZ DE PARGA, *Op. cit.*, p. 156.

139 El principio se acoge en el Convenio de Extradición del Consejo de Europa, citado en el apartado anterior, cuyo artículo 6.1 a) estipula que los Estados miembros tendrán la facultad de rechazar la extradición de sus nacionales. Respecto a las normativas nacionales, en concreto, la «Ley Fundamental» alemana prohíbe expresamente este supuesto de extradición en el artículo 16.2, sin contemplar excepciones (Véase JESCHECK, H.H., «L'Application des Dispositions Matérielles de la Convention Européenne d'Extradition par les Tribunaux Allemands»; en *Mélanges Offerts à Georges Lévassour*, *Op. cit.*, p. 337). La ley francesa contiene, como criterio general, idéntico obstáculo a la extradición de los nacionales, aunque está en discusión su carácter prejudicial o la posibilidad de examen por los tribunales (Véase CARTIER, M.-E., «L'Application de la Convention Européenne d'Extradition par la Cour de Cassation», en *Mélanges Offerts à Georges Lévassour*, *Op. cit.*, p. 323). En cualquier caso, en el Ordenamiento francés es de configuración legal y no constitucional, lo que permite excepciones legales; a diferencia de lo que sucede en el Ordenamiento italiano, donde es la Constitución la que consiente excepciones al principio general de no extradición de nacionales establecidas en Convenios internacionales (JESCHECK, H.H., *Op. cit.*, p. 337). En cuanto al Derecho español, el principio de no extradición de los nacionales se establece en el apartado primero del artículo tercero de la Ley 4/85, de 21 de marzo, de extradición pasiva (BOE de 26 de marzo), donde, tras su enunciado general («No se concederá la extradición de españoles»), se prevé la valoración judicial de las

normas de atribución de la nacionalidad española en atención a evitar el uso fraudulento de las mismas con objeto de imposibilitar la extradición.

140 *Op. cit.*, p. 666.

141 *Op. cit.*, p. 18.

142 LIROLA DELGADO, *Op. cit.*, p. 255.

143 SCHUTTE, J.J.E., *Op. cit.*, p. 558.

144 NÉEL, B., *Op. cit.*, p. 667.

145 «Informe...», *Op. cit.*, pp. 177-178.

146 Ver nota 122.

147 DOCE, 28 de junio de 1991. Ha sido objeto de transposición al Ordenamiento español por medio de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre (BOE, 29.12.1993), sobre Determinadas Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales, que en su artículo 16.3 prevé la colaboración al efecto con autoridades de otros Estados, según dispongan los Convenios y Tratados Internacionales de los que España sea parte junto al otro Estado, o de acuerdo con el principio de reciprocidad.

148 El Considerando Cuarto de la citada Directiva 91/308/CEE del Consejo de 10 de junio de 1991 sobre Prevención de la Utilización del Sistema Financiero para el Blanqueo de Capitales hace referencia expresa a este Convenio. Su texto en inglés y francés puede hallarse, editado por el Consejo de Europa, en *European Treaty Series/Série des Traités Européens* nº 141, *Edition december/décembre*, 1990.

149 En nuestro país, se ha presentado en la actual legislatura una Proposición de ley, orgánica sobre entregas vigiladas de dinero (BOCG, 2 enero 1995), por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que plantea la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ampliando el ámbito de aplicación material del artículo 263 bis a las entregas de dinero. Un ejemplo práctico de este tipo de medidas de cooperación judicial/policial sobre operaciones financieras de dinero producto del narcotráfico se puede hallar en la revista *Policia*, «Operación Dinero: Jaque al Narcotráfico Internacional», nº 100, diciembre de 1994, pp. 9-13.

150 SCHUTTE, J.J.E., *Op. cit.*, pp. 558-559.

151 DOCE núm. L 256, de 13 de septiembre de 1991, p. 51.

152 SCHUTTE, J.J.E., *Op. cit.*, p. 559.

153 Artículo 92.1.

154 MONTREUIL, J., *Op. cit.*, p. 79; JIMÉNEZ DE PARGA, P., *Op. cit.*, p. 154.

155 LIROLA DELGADO, *Op. cit.*, p. 251.

156 Artículos 92.2 y 106.1 del Convenio de Aplicación.

157 DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «La Cooperación Judicial...», *Op. cit.*, p. 81.

158 NÉEL, B., *Op. cit.*, p. 664; J. COSTA-LASCOUX hace referencia a las críticas vertidas al respecto por el Parlamento neerlandés en su texto «De Schengen à Maastricht: Libertés et Contrôles dans l'Europe des Citoyens», en *Mélanges Offerts à Georges Lévassour*, *Op. cit.*, p. 130.

159 NÉEL, B., *Op. cit.*, p. 664.

160 DOCE C 323, de 27.12.1989.

161 El instrumento de ratificación por España de este Convenio es de 27 de enero de 1984 (B.O.E., 15 de noviembre de 1985). Existe además, no obstante, en el ámbito comunitario, una propuesta de Directiva del Consejo relativa a la Protección de las Personas en lo Referente al Tratamiento de Datos Personales, COM(90) 314, de 29 de septiembre de 1990.

162 La ley española por la que nuestro país cumple este requisito es la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (B.O.E. nº 262, de 31 de octubre de 1992).

163 Artículo 126.2 del Convenio de Aplicación. Ver LIROLA DELGADO, *Op. cit.*, p. 252, n. 187.

164 Artículo 114 del Convenio de Aplicación.

165 Artículo 103 del Convenio de Aplicación.

166 Artículo 115 del Convenio de Aplicación.

167 Artículo 101.2 del Convenio de Aplicación.

168 Artículo 102.5 del Convenio de Aplicación.

169 Se les conoce también como normas de conflicto que toman en consideración el contenido de las normas de derecho

material aplicables o que designan la «ley más favorable». Véase sobre el concepto de flexibilidad, los puntos de conexión flexibles o abiertos, las normas de conflicto con finalidad material y la utilización del criterio de «la ley más favorable»: BATTIFOL, H. y LAGARDE, P., *Traité de Droit International Privé*, t. 1, octava edición, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, pp. 451-452; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.*, pp. 402-404 y 455; OVERBECK, A.E. VON, «Les Questions Générales du Droit International Privé à la Lumière des Codifications et Projets Récents», *R. des C.*, 1982-III, t. 176, pp. 86-87; POCAR, E., «La Protección de la Partie Faible en Droit International Privé», *R. des C.*, 1984-V, t. 188, pp. 362 y ss., y 404 y ss.; RIGAUX, F., *Derecho Internacional*

Privado. Parte General, traducción y adaptación al Derecho Español de A. BORRÁS RODRÍGUEZ, Madrid, Civitas, 1985; VIRGÓS SORIANO, M., *Derecho Internacional Privado*, libro colectivo bajo la dirección de E. PÉREZ VERA, *Op. cit.*, p. 79.

170 LIROLA DELGADO, *Op. cit.*, p. 252.

171 Artículo 112 del Convenio de Aplicación.

172 Artículo 110 del Convenio de Aplicación.

173 Artículo 111 del Convenio de Aplicación.

174 MASSO GARROTE, M.F., «La Acción Político-Normativa de la Comunidad Europea en Materia Inmigratoria: Los Aspectos de Comunitarización y de Política Intergubernamental» en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 20, abril-1994, p. 246.

175 Artículo 127 del Convenio de Aplicación.