

# ***EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA EN LOS TRATADOS DE AMSTERDAM Y DE NIZA: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y LA INTEGRACIÓN DE LOS ACUERDOS DE SCHENGEN EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA<sup>1</sup>***

---

JOSÉ MARÍA MURIEL PALOMINO  
Diplomático

## **I. INTRODUCCIÓN**

La firma en Roma del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea el 25 de marzo de 1957 (en adelante «TCE») supuso la concreción, como objetivo principal definido por los padres fundadores, de la necesidad de abolir los obstáculos a la libertad de movimientos entre los Estados miembros (art. 3.c) TCE en su configuración originaria). No obstante, ese objetivo fue rápidamente analizado y puesto en práctica en clave económica por lo que en la realidad todavía hoy no puede decirse que la libertad de movimientos sea un absoluto en el seno de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante «U.E.»).

La idea de libertad de movimientos de los ciudadanos comunitarios sufrió un empuje súbito con la aprobación en el año 1987 del Acta Única Europea, que introdujo, o más exactamente recuperó la obligación comunitaria de establecer el Mercado Interior, una de cuyas implicaciones era garantizar la libre circulación de personas, junto con la de mercancías, servicios y capitales, de acuerdo con las disposiciones del Tratado (art. 14 TCE)<sup>2</sup>.

1. Las opiniones incluidas en este artículo vinculan exclusivamente a su autor y en ningún caso a la Administración para la que presta sus servicios

2. Se mencionarán los artículos de los Tratados según la reenumeración efectuada por el Tratado de Amsterdam.

El Tratado de Maastricht introdujo el concepto de ciudadanía de la Unión, señalando expresamente como parte de la misma el derecho, para todos los ciudadanos de la Unión, a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, aunque con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (art. 17 TCE).

Asimismo dicho tratado significó el desarrollo de una cooperación estrecha en los ámbitos de Justicia e Interior (el llamado III Pilar de la Unión).

Llegados a este punto cabe señalar que la ralentización que siempre ha sufrido la libre circulación de personas y, en particular, el derecho absoluto al libre cruce de las fronteras, ha tenido su causa fundamental en las propias reticencias existentes entre los Estados miembros en materias relativas a la política de inmigración o la lucha contra la delincuencia o el terrorismo.

Por otra parte, fuera del orden jurídico comunitario y quizás como reacción a lo antedicho y con el objetivo de avanzar a una mayor velocidad, una mayoría de Estados miembros decidieron crear –o adherirse posteriormente– a nivel intergubernamental, un área que garantizara la libertad de movimientos a través de la abolición de las fronteras interiores y el reforzamiento de la frontera exterior. Un área que se pusiera en práctica a través de la confianza mutua en el funcionamiento de una serie de medidas compensatorias que complementarían el objetivo principal de libre circulación. La base de dicho espacio son los llamados «Acuerdos de Schengen» (el Acuerdo de 1985 y la Convención de 1990 de aplicación del mismo).

La Conferencia Intergubernamental que alumbró el Tratado de Amsterdam tuvo que hacer frente a esta dispersión en cuanto a la regulación y, sobre todo, al *impasse* que había sufrido el desarrollo de esta libertad fundamental desde el principio de los Tratados. Tanto Francia como España defendieron, basándose en la positiva experiencia de la cooperación existente en el «Espacio Schengen», la necesidad imperiosa de que la libre circulación de personas fuera de la mano con el reforzamiento de las condiciones de seguridad, a través de la implantación de las pertinentes medidas de acompañamiento o compensatorias.

Así, el Tratado de Amsterdam enmarca esta libertad fundamental en el objetivo general de mantener y desarrollar la Unión como un «espacio de libertad, seguridad y justicia», en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia (art. 2 del Tratado de la Unión Europea, en adelante «TUE»). De esta manera, el Espacio de libertad, seguridad y justicia queda sostenido, a partir de Amsterdam, por los grupos normativos siguientes:

- Medidas tradicionales sobre libre circulación de personas relacionadas directamente con la consecución del mercado interior, emanadas del art. 14 TCE, con una conexión directa con el Título III del TCE dedicado a la libre circulación de personas, servicios y capitales.

- Introducción de un nuevo título en el TCE, el Título IV, dedicado a los «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas».
- Modificación del llamado III Pilar de la U.E. (Título VI del TUE), limitándolo a las «Disposiciones sobre cooperación policial y judicial en asuntos penales».
- Incorporación, a través de un protocolo, del acervo de Schengen en el marco de la U.E.
- Introducción de márgenes de flexibilización del sistema para poder asumir las posiciones especiales de Irlanda, el Reino Unido y Dinamarca, mediante protocolos especiales, y a través de formas de cooperación reforzada tanto en el I como en el III Pilar.

En consecuencia y como ha dicho algún autor<sup>3</sup>, el Tratado de Amsterdam concreta, por la vía de sus reformas, una visión de la libre circulación de personas más realista y más política, puesto que es claro que los Estados miembros habían impuesto una condición a la consecución del objetivo inicial, debiendo entenderse a partir de ahora la libre circulación de personas como acompañada de medidas destinadas a garantizar un nivel de seguridad interior aceptable por los Estados.

En el mismo orden de cosas, Valle<sup>4</sup> ha apuntado que la innovación más sobresaliente aportada por el Tratado de Amsterdam ha sido la de operar una refundación en estas materias, asignando un nuevo objetivo teórico de conjunto para la U.E., comunitarizando determinadas materias excluidas hasta entonces del I Pilar, redefiniendo el III Pilar con nuevo nombre y concepción, extendiendo unas competencias especiales al Tribunal de justicia en estos ámbitos, y previendo la integración de la normativa de Schengen en el ámbito de la U.E., aunque manteniendo para cada ámbito una regulación compleja y por naturaleza diferenciada, en línea con la generalización de la flexibilidad consagrada por el Tratado.

El último estadio de esta evolución viene constituido por el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001 y que regula diversas cuestiones institucionales que no habían podido solucionarse en Amsterdam y que eran *conditio sine qua non* para proceder a la ampliación de la U.E., así como aprovecha para regular algunos otros aspectos que no tienen una conexión directa con dicha ampliación. A pesar del parón derivado del resultado negativo del referéndum en Irlanda, hay razones para pensar que la situación podrá resolverse y se podrá proceder a su ratificación por todos los países miembros en un momento útil para el calendario de ampliación. Los resultados de Niza en el ámbito que nos ocupa son menores en comparación con Amsterdam, pero serán detallados oportunamente en las próximas líneas.

Nuestro principal objetivo en este trabajo no es el de realizar un estudio exhaustivo de todas las materias que constituyen el espacio de libertad, seguridad y justicia,

3. Henri Labayle, «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», R.T.D.E. núm. 4, oct./dic. 1997.

4. Alejandro Valle, «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia». Revista de Derecho Comunitario Europeo (enero/junio 1998).



pues excederíamos con mucho los límites. No obstante sí intentaremos resumir la normativa existente en el nuevo Título IV del TCE, en los Protocolos que regulan las situaciones especiales de Irlanda, Reino Unido y Dinamarca y en el modificado Título VI del TUE. Nuestro interés se centrará en el estudio de la incorporación del sistema Schengen en el marco de la U.E., en tanto en cuanto creemos que el propio laboratorio de pruebas que ha constituido el espacio Schengen durante años ha sido una pieza fundamental para que se opere esta reforma en el Tratado de Amsterdam. Para ello abordaremos el estudio de los Acuerdos de Schengen, hoy derecho comunitario y de la U.E., para continuar con el examen del Protocolo que integra estos acuerdos en el seno de la Unión y del amplio desarrollo normativo que ha seguido a esta integración. En todo ello, España ha jugado un importante papel, como país particularmente interesado en el sistema<sup>5</sup>.

## II. EL NUEVO TÍTULO IV DEL TCE «VISADOS, ASILO E INMIGRACIÓN Y OTRAS POLÍTICAS RELACIONADAS CON LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS»

Fruto de arduas discusiones durante la Conferencia que dio origen al Tratado de Amsterdam, al enfrentar concepciones muy diferentes entre los Estados miembros sobre cómo debía llevarse a cabo la construcción comunitaria en esta materia, fue el nuevo Título IV del TCE, anclado tras el Título relativo a la libre circulación de personas, servicios y capitales.

Lleva por nombre «*Visados, asilo e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*», lo que da una muestra de la variedad de sus disposiciones. Todo ello se plasma a su vez en una diversidad de regulaciones dentro de las propias materias de las que se ocupa dicho título.

El Consejo debe adoptar medidas, en virtud de dicho título, en los siguientes ámbitos:

- Medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, de conformidad con el artículo 14 TCE, conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con dicha libre circulación y relativas a la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores; también se refiere al ámbito de las fronteras exteriores, incluyendo normas sobre visados aplicables a estancias cuya duración no supere los tres meses; asimismo incluye medidas que establezcan las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses. (art. 62 TCE)<sup>6</sup>.

5. No olvidemos que es española la propia idea de «espacio», propuesta –en un principio sin éxito– en su configuración de «espacio judicial único» en el Consejo Informal de Ministros de Justicia celebrado en San Sebastián en 1989. También la denominación recogida en Amsterdam proviene de una idea aportada por España a la Conferencia.

6. Hay un Protocolo relativo a las relaciones exteriores de los Estados miembros con respecto al cruce de fronteras exteriores, anejo al TCE, que salvaguarda la competencia de los Estados miembros para negociar



- Medidas en determinados ámbitos en materia de asilo, relativas a refugiados y personas desplazadas, sobre política de inmigración y aquellas que definan los derechos y condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un estado miembro puedan residir en otros Estados miembros (art. 63 TCE).
- Medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusiones transfronterizas, en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior (art. 65 TCE).
- Medidas para garantizar la cooperación entre los servicios pertinentes de las administraciones de los Estados miembros en los ámbitos previstos en el Título IV, así como entre dichos servicios y la Comisión europea (art. 66 TCE).
- Todas estas disposiciones serán tomadas sin perjuicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior (art. 64 TCE).

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el Consejo disponía de un plazo de cinco años<sup>7</sup> para adoptar las medidas antes mencionadas. No obstante, éste no se imponía en el ámbito de la cooperación judicial civil ni en el de la cooperación de tipo administrativo. Tampoco se sometían a dicho plazo las medidas sobre el fomento del esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas; las relativas a las condiciones de entrada y residencia, normas de expedición de visados de larga duración y permisos de residencia y las que definen los derechos y condiciones para que un nacional de un tercer país, legalmente residente en un Estado, resida en otro Estado miembro.

El procedimiento de adopción de decisiones tampoco era unívoco. Seguía, por decirlo de alguna manera, una vía escalonada temporal de comunitarización. Esto es, durante los primeros cinco años, el Consejo debía pronunciarse por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento (con la excepción de algunas materias ya reguladas por mayoría cualificada). Posteriormente la iniciativa revertiría exclusivamente a la Comisión, existiendo una posibilidad de aplicar el procedimiento de codecisión (art. 251 TCE) si así lo decidía el Consejo por unanimidad (salvo en dos casos concretos que se aplicaría *ipso iure*: procedimientos y condiciones de expedición de visados y normas para un visado uniforme).

o celebrar acuerdos con terceros países, siempre que cumplan el Derecho comunitario y los demás acuerdos internacionales pertinentes. Consideraciones de política exterior de la U.E. y sus Estados miembros deberán ser igualmente tenidas en cuenta –a la luz de la Declaración núm. 16 del Acta Final de la Conferencia– a la hora de adoptar medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros, en las que se establezcan normas sobre visados cuya duración no supere los tres meses.

7. Hay que tener en cuenta que muchas de las medidas propuestas ya han sido adoptadas en el marco de Schengen y, en virtud de los Protocolos que excepcionan al Reino Unido, Irlanda o Dinamarca, no deberán ser aplicadas por esos países, por lo que realmente ese plazo ya no tendría razón de ser al encontrarse dicha normativa en vigor en la U.E., desde el momento en que el acervo de Schengen se integra en la misma, como veremos posteriormente.

Con el Tratado de Niza se han vuelto a revisar las mayorías determinadas en Amsterdam y todo ello tamizado por la necesidad de conciliar las exigencias de una serie de países. Así por ejemplo, el caso de Francia, que aludía a problemas constitucionales al comunitarizar estas materias –ya había modificado su Constitución para poder ratificar Amsterdam–. Alemania y Austria en materias relativas al asilo, refugiados e inmigración. Suecia con cuestiones relativas al derecho de familia y España con temas relacionados con las fronteras exteriores y sus siempre difíciles repercusiones en la cuestión de Gibraltar; en este último supuesto haciendo que el paso al procedimiento de codecisión en materias relativas al cruce de las fronteras exteriores sea condicionado a la existencia de un acuerdo unánime sobre el ámbito de aplicación de dichas medidas.

En consecuencia, una vez entre en vigor del Tratado de Niza, se aplicará el procedimiento de codecisión a la cooperación judicial civil –salvo el derecho de familia antes mencionado– y al asilo y a la protección temporal de refugiados y desplazados en determinadas condiciones, esto es una vez que se hayan definido los principios esenciales de regulación. Igualmente se prevé la aplicación de la codecisión y de la mayoría cualificada a otra serie de ámbitos normativos, a través de un procedimiento escalonado, mediante compromisos jurídicos y políticos respectivamente incluidos en un Protocolo y en declaraciones<sup>8</sup>.

En otro orden de cosas y fruto también de la peculiar concepción de este Título se regula la intervención del Tribunal de Justicia, con la aplicación de un recurso prejudicial matizado, la introducción de un recurso en interés de ley y la sustracción a la competencia del mismo de las medidas relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior, adoptadas para garantizar la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores<sup>9</sup>.

### III. LAS EXCEPCIONES CONCEDIDAS AL REINO UNIDO, IRLANDA Y DINAMARCA

Dichas excepciones se contienen en tres Protocolos presentados en el Consejo Europeo de Amsterdam, esto es, al final de la Conferencia Intergubernamental que alumbró dicho tratado. Su aprobación fue condición *sine qua non* para que estos tres países aceptaran la inclusión del nuevo Título IV antes mencionado y fundamentalmente redundan en su autoexclusión del mismo.

Dos Protocolos regulan la situación particular del Reino Unido e Irlanda.

El primero de ellos es el «*Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda*».

8. Vid. a mayor abundamiento, F.J. Quel, «Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9 (enero-junio 2001).

9. Vid. a mayor abundamiento, R. Silva, «La ampliación en el Tratado de Amsterdam de las competencias del Tribunal de Justicia». En «España y la negociación del Tratado de Amsterdam». *Estudios de Política Exterior*. Biblioteca Nueva, 1998. E igualmente para el Tratado de Niza, J. Roldán, «La reforma del poder judicial en la Comunidad Europea». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9 (enero-junio 2001).

Su artículo 1 faculta al Reino Unido a ejercer controles sobre las personas en sus fronteras con otros Estados miembros no obstante lo establecido en el artículo 14 TCE. Especifica que en el caso de ciudadanos de Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo el control se limitará a «*verificar el derecho de entrada en el territorio del Reino Unido*», mientras que en el caso de otras personas no beneficiarias de los derechos comunitarios el control será el necesario para decidir si se concede o no el permiso de entrar en el territorio del Reino Unido.

Este artículo es de capital importancia pues, a través de él, el Reino Unido consigue constitucionalizar –un Protocolo tiene valor de derecho originario– la interpretación que siempre había venido defendiendo contra corriente de que la existencia del artículo 14 TCE no le obligaba al levantamiento de los controles en las fronteras interiores. Se basaba en que, aunque no deseaba realizar control alguno sobre los nacionales de los Estados miembros, tenía derecho a controlar a los nacionales de terceros países, pues el mencionado artículo no se refería expresamente a la libre circulación de nacionales de países terceros. Por consiguiente, era imprescindible realizar controles, al menos de identidad, sobre todas las personas que entraban en su territorio.

El artículo 2 hace extensivo a Irlanda lo antedicho, al compartir con el Reino Unido la «Zona de Viaje Común».

España propugnó la introducción de un artículo 3, por el que se otorgaba un derecho recíproco de control, por parte de los demás Estados miembros, con relación a las personas que provinieran de Reino Unido o Irlanda; asimismo se extendió dicha reciprocidad al control de las personas procedentes de cualquier territorio cuyas relaciones exteriores asuma el Reino Unido, contemplando expresamente mediante esa redacción a la Colonia de Gibraltar y validando los posibles controles que nuestro país pueda realizar en su frontera o en cualquier punto de entrada en su territorio<sup>10</sup>.

Un segundo «*Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda*» regula la autoexclusión de ambos Estados miembros con relación al nuevo Título IV del TCE.

Su artículo 1 establece la regla general que consiste en que «*el Reino Unido e Irlanda no participarán en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del Título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*», lo que viene a ser confirmado por los artículos 2 y 5.

No obstante, los artículos 3 y 4 del Protocolo habilitan tanto al Reino Unido como a Irlanda para participar, si así lo desean, en propuestas o normas aisladas del nuevo Título. El artículo 3 se refiere a iniciativas o propuestas en fase de adopción y el artículo 4 a las ya adoptadas. En ambos casos se otorgan amplias posibilidades para que dichos países puedan participar cuando así lo quieran, pues les basta, en el primer supuesto, notificar su deseo de participar por escrito al Presidente del Consejo antes de que transcurran tres meses a partir de la presentación al Consejo de una propuesta

10. Se escogió cuidadosamente esta redacción puesto que, como es sabido, España no reconoce como «frontera» a la verja de Gibraltar. A efectos del Convenio de Schengen, se califica como punto habilitado para el control de la frontera exterior. En efecto, para España la frontera debería situarse más al sur ya que el territorio del istmo fue ocupado ilegalmente por el Reino Unido, a lo que España nunca ha prestado su aquiescencia.



o iniciativa, y, en el segundo, el dictamen favorable de la Comisión a su solicitud mediante la aplicación de las disposiciones de cooperación reforzada que introdujo el tratado.

Por último, el artículo 8 faculta a Irlanda a renunciar en cualquier momento a este Protocolo para acogerse al régimen común de aplicación completa del nuevo Título IV del TCE. No existe igual posibilidad para el Reino Unido, debiendo ser consentida su renuncia al Protocolo por los demás Estados miembros.

Un tercer «*Protocolo sobre la posición de Dinamarca*» regula la no participación de este país en el nuevo Título IV del TCE.

Su artículo 1 establece como regla general la no participación danesa en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del nuevo Título. Los artículos 2 y 3, en paralelo con el protocolo británico/irlandés, fuente de la que bebe esta norma, descartan que cualquier disposición del nuevo Título pueda afectar a Dinamarca salvo aquellas medidas relativas a la determinación de los terceros países cuyos nacionales deban estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros y aquéllas relativas a un modelo uniforme de visado. Ello es una obviedad ya que dichas medidas habían sido ya adoptadas.

Por otra parte, el artículo 5 del Protocolo aclara que el acervo de Schengen que sea desarrollado en el marco del nuevo Título no obligará a Dinamarca en virtud de mismo, sino solamente, y previa expresa aceptación de Dinamarca, como obligación de Derecho Internacional.

Por último, el artículo 7 deja la posibilidad a Dinamarca de renunciar en cualquier momento al Protocolo en su totalidad o en parte, aplicándosele las disposiciones generales en vigor, lo que es una situación paralela a la irlandesa, antes mencionada.

#### **IV. LA INTENSIFICACIÓN DE LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL PENAL EN EL NUEVO III PILAR**

El Tratado de Amsterdam ha provocado una verdadera revolución en los contenidos del tradicionalmente llamado III Pilar. A partir de su entrada en vigor todo lo relativo al cruce de fronteras exteriores ha sido comunitarizado (controles fronterizos, política de asilo y política de inmigración) así como la cooperación judicial en materia civil, quedando concentrado el III Pilar exclusivamente en la cooperación policial y en la cooperación judicial penal.

Fijando como objetivo un «*alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia*», el artículo 29 TUE se refiere en particular a la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia y contra la delincuencia organizada o no, mencionando en especial conductas delictivas como el terrorismo, la trata de seres humanos, los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude. Por consiguiente vemos que el Tratado enmarca estas disposiciones en la propia consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia. A estos efectos hay un anclaje particular en el I Pilar y, en concreto en el primer artículo

del Título IV del TCE (art. 61 TCE) que sorprendentemente hace mención a estas disposiciones de cooperación, aunque las remita para su regulación al III Pilar.

Los medios para conseguir dicho objetivo se cifran en la cooperación policial, la cooperación judicial penal y la aproximación de las normas penales de los Estados miembros.

La cooperación policial es objeto de regulación en el artículo 30 TUE previendo formas de colaboración operativas entre las policías de los Estados miembros, así como posibles asistencias mutuas en materias tales como la prevención e investigación de hechos delictivos, el intercambio de información, el establecimiento de funcionarios de enlace y la evaluación común de técnicas especiales de investigación.

Por otro lado se establece que, en un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, EUROPOL vaya aumentando sus competencias en un ámbito plenamente operativo en estrecha colaboración con las policías de los Estados miembros. Como es sabido, EUROPOL es el verdadero germen de una policía europea, regulado a partir de la firma de un Convenio en julio de 1995, en vigor desde el 1 de octubre de 1998.

Por otra parte, en virtud del artículo 32 TUE el Consejo deberá establecer normas que regulen la actuación de autoridades policiales o judiciales en el territorio de otro Estado miembro, señalando expresamente que tales actuaciones deberán contar con el acuerdo de las autoridades del Estado miembro del territorio afectado.

El artículo 31 TUE regula la cooperación judicial en materia penal, previendo expresamente la intensificación de la cooperación entre los Ministerios y las autoridades judiciales competentes de los Estados miembros en relación con las causas y la ejecución de resoluciones, la facilitación de la extradición entre los Estados miembros, la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros y la prevención de los conflictos de jurisdicción. A esto habría que añadir un intento de armonización mínima en lo relativo a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. El Tratado de Niza ha añadido un nuevo elemento cual es la actuación a través de la Unidad Europea de Cooperación Judicial (EUROJUST), cuyas funciones se delimitan en el Tratado (art. 31.2 TUE en cuanto sea ratificado Niza) con la finalidad de hacer de esta institución en el terreno de la cooperación judicial lo que EUROPOL es en el ámbito de la cooperación policial.

Como se hacía en el Título IV TCE, también se entienden estas disposiciones sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior (art. 33 TUE).

El artículo 34 TUE detalla los instrumentos jurídicos de que dispone el Consejo para dar efectividad a la cooperación policial y judicial penal prevista, estipulando como regla general la unanimidad del Consejo en la toma de decisiones. Se establece asimismo que, a iniciativa bien de la Comisión, bien de un Estado miembro, el Consejo podrá adoptar posiciones comunes, decisiones marco, decisiones o convenios. Cada uno de estos instrumentos es específicamente definido en el artículo en cuanto a su contenido y efectos.



En materia de procedimiento de toma de decisiones, se introduce, en el artículo 39 TUE, un nuevo derecho del Parlamento Europeo a ser consultado antes de la aprobación por el Consejo de una decisión marco, una decisión o un convenio.

El artículo 35 TUE regula las competencias del Tribunal de Justicia en este nuevo III Pilar –lo que es novedoso ya que anteriormente no se preveía intervención alguna de dicha institución– a través de un *pseudo* recurso prejudicial, un recurso de anulación y procedimientos especiales de interpretación de las normas<sup>11</sup>.

Por último, es necesario hacer una breve referencia a la posibilidad que otorga Amsterdam, modificada ligeramente en Niza, de llevar a cabo «cooperaciones reforzadas» entre determinados países (art. 40 TUE, que a partir de la entrada en vigor de Tratado de Niza se convertirá en los arts. 40, 40 A y 40 B TUE)<sup>12</sup> y a la existencia de la llamada «cláusula pasarela» que permite que materias comprendidas en ámbitos de regulación del III Pilar puedan ser trasladadas al I Pilar, siendo necesario para ello la unanimidad del Consejo y la ratificación de dicha decisión por todos y cada uno de los Estados miembros de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales (art. 42 TUE).

## V. LOS ACUERDOS DE SCHENGEN

El llamado «Espacio Schengen»<sup>13</sup> tiene su origen en la decisión de un grupo de Estados europeos de trasladar el énfasis desde el control de las fronteras interiores al control de las fronteras exteriores. Sobre esta base conceptual tiene lugar la firma en dicha localidad luxemburguesa, el día 14 de junio de 1985, por los gobiernos de Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Francia y la República Federal Alemana de un «Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes» (en adelante «Acuerdo de Schengen»). Es ya tradicional definir el sistema como laboratorio que debía servir de experiencia para la puesta en marcha del mismo régimen a nivel de la U.E., debiendo dejar de existir cuando el objetivo de la libre circulación de personas fuera alcanzado en el ámbito de la U.E..

El día 19 de junio de 1990, los mismos cinco Estados suscribieron el llamado Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (en adelante «el Convenio de Schengen»), en el que de una forma detallada, se fijan las condiciones y garantías necesarias para la materialización del «espacio sin fronteras Schengen». Con la Adhesión de Italia, el día 27 de noviembre de 1990, los «seis» fundadores de las Comunidades Europeas se reencontraron. A ésta siguieron las firmas de los Acuerdos de

11. Vid. op. cit. nota núm. 9.

12. Noción introducida en el Tratado de Amsterdam que permite a un número diferente al total de Estados miembros entablar solamente entre sí, en el marco de la Unión, una mayor integración. Vid. a mayor abundamiento, para el Tratado de Amsterdam, C. Bastarache, «Cooperación reforzada». En «España y la negociación del Tratado de Amsterdam». Estudios de Política Exterior. Biblioteca Nueva 1998. Para el Tratado de Niza, X. Pons, «Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza». Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm 9 (enero-junio 2001).

13. Vid. a mayor abundamiento el artículo de Luis Luengo, «Los Acuerdos de Schengen», en «El Tercer Pilar de la U.E. La cooperación en asuntos de Justicia e Interior». S.G.T. Ministerio del Interior, 1997, en el que nos basamos para redactar esta parte.



Adhesión por parte de España y Portugal, el día 25 de junio de 1991 en Bonn; de Austria, el día 28 de abril de 1995 en Bruselas; de Grecia, el 6 de noviembre de 1992 en Madrid, para finalmente Dinamarca, Finlandia y Suecia adherirse formalmente el 19 de diciembre de 1996 en Luxemburgo. Ese mismo día, tuvo lugar en Luxemburgo la firma de un Acuerdo privilegiado de asociación entre los Estados Schengen y Noruega e Islandia, como consecuencia del deseo político de ampliación del espacio común Schengen al territorio de los Estados nórdicos sin que por ello éstos tuvieran que renunciar a sus acuerdos particulares (Unión Nórdica de Pasaportes). La explicación de esta situación estriba en que, para poder pertenecer de pleno derecho al sistema «Schengen», debía ostentarse la condición de miembro de la U.E., en la época Comunidades europeas (art. 140 del Convenio de Schengen).

El texto del Acuerdo de Schengen de 1985 se presentaba bajo la forma de una declaración de intenciones que pretendía definir los objetivos que se habían fijado los Estados firmantes para el establecimiento de un régimen de libre circulación señalando expresamente que *«buscarán la supresión de los controles en las fronteras comunes y transferirlos a sus fronteras externas. A este fin, se esforzarán previamente en armonizar, en caso necesario, las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones que fundamentan los controles y adoptarán las medidas complementarias para la salvaguardia de la seguridad o para obstaculizar la inmigración ilegal de súbditos de Estados no miembros de las Comunidades Europeas»*.

Nuestro interés debe centrarse en particular en el Convenio de Schengen de 1990, con 142 artículos que no admiten reservas, que ha sido desarrollado por el Comité Ejecutivo, máximo órgano de decisión, dando lugar a un conjunto normativo que se ha denominado *acquis* o acervo de Schengen.

El Convenio de Schengen, de acuerdo con el espíritu de sus fundadores, anteriormente descrito, se subordina expresamente a las disposiciones del Derecho Comunitario en las mismas materias (art. 134) o a los Convenios suscritos por los Estados de la Unión que sustituyan a disposiciones de Schengen (art. 142).

Como aspectos más significativos del Convenio, cabe destacar:

1. *Abolición de las fronteras interiores*. Se establece un régimen de libre circulación de todas las personas, independientemente de cual sea su nacionalidad, sobre la base de lo siguiente:

- La fronteras interiores podrán cruzarse por cualquier punto, sin que se realice control alguno de las personas.
- Los extranjeros que no estén sujetos a la obligación de visado, así como los residentes en cualquiera de los Estados Schengen, podrán circular libremente por el territorio de las Partes Contratantes, durante un plazo de tres meses.
- Los extranjeros titulares de un «visado uniforme»<sup>14</sup> podrán circular por el territorio de las Partes Contratantes, durante el plazo concedido en el visado.

14. El Convenio diseña un sistema de *visados comunes* creándose una etiqueta de visado Schengen, válida para todo el territorio común, estableciéndose, a través de la llamada «Instrucción Consular Común»

A los efectos anteriores se considera extranjero a todo aquel que no es nacional de un Estado miembro de la U.E.. Aquellos extranjeros residentes en el territorio de uno de los Estados miembros o de visita en el mismo, deberán realizar una declaración obligatoria si desean ir a cualquiera de los Estados parte. La declaración se efectuará ya sea a la entrada en el país de residencia o de llegada inicial, ya sea ante las autoridades del país de destino con el fin de asegurar que un extranjero no sobrepasa la duración de la estancia autorizada y poder verificar, en su caso, si se encuentra en situación regular.

Por razones de orden público o de seguridad nacional, una Parte Contratante puede reinstaurar los controles en las fronteras comunes, informando de ello a las demás Partes y siempre que sea durante un tiempo limitado

2. *Cruce de las fronteras exteriores.* Son definidas como las fronteras terrestres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos que no sean fronteras comunes entre los Estados miembros. El Convenio refuerza y armoniza las condiciones en que se debe producir dicho cruce, resumiéndose en las siguientes:

- Poseer documento de viaje válido
- Poseer visado cuando sea necesario
- Presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista
- Disponer de medios adecuados de subsistencia
- No estar incluido en la lista de no admisibles
- No suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes Contratantes.

En lo que se refiere a la lucha contra la inmigración clandestina, se regulan tres cuestiones principales, cuales son la adopción de normas comunes para la expulsión del territorio de un Estado Parte de los extranjeros que residan en él de manera ilegal; la armonización de las disposiciones penales tendentes a reprimir las ayudas a la inmigración ilegal y la adopción por cada Estado de disposiciones de derecho interno relativas a la repatriación, por las compañías de transportes, de los nacionales de países terceros que hayan sido objeto de rechazo en la frontera.

3. *Mecanismos de cooperación policial.* El Convenio de Schengen crea una serie de formas de cooperación:

- Asistencia mutua policial en orden a prevenir e investigar hechos delictivos, con la posibilidad de celebrar acuerdos para una cooperación más estrecha en las zonas fronterizas comunes.
- Vigilancia transfronteriza con las condiciones establecidas por el Convenio (solicitud de asistencia judicial previa, salvo en casos de urgencia; cese cuando

normas uniformes para la expedición de los visados por las oficinas consulares y los puestos fronterizos en el caso del visado en frontera.

lo solicite la Parte Contratante en cuyo territorio se efectúe; identificación en cualquier momento de los agentes; limitación en el uso de las armas, etc.).

- Persecución transfronteriza, llamada también «persecución en caliente» y que presupone una situación de urgencia, en la que los agentes que se hallan persiguiendo a una persona que ha sido sorprendida en flagrante delito pueden continuar la persecución en el territorio de otra parte, también sometida a condiciones (obligación de comunicar el cruce de la frontera de forma inmediata; cese en el momento en que así lo decida la Parte Contratante donde aquella se realice; los agentes perseguidores no pueden interrogar, pero sí detener al perseguido hasta la llegada de las autoridades locales; limitación en el uso de las armas, siendo necesario llevar uniforme o brazalete identificativo; a diferencia de la vigilancia transfronteriza, sólo puede realizarse en territorios de los Estados miembros con frontera común y únicamente a través de las fronteras terrestres).
- Posibilidad de comunicarse informaciones en casos particulares para reprimir infracciones futuras, o prevenir peligros para el orden o la seguridad, normalmente a través de las autoridades centrales, salvo casos de urgencia, en los que se puede efectuar entre los servicios concernidos.
- Posibilidad de destacar funcionarios de enlace.
- Posibilidad de llevar a cabo entregas vigiladas.

4. *Mecanismos de cooperación judicial.* La técnica aplicada consiste en articular dicha cooperación judicial partiendo de los Convenios del Consejo de Europa, que ya existían, y los Tratados del Benelux, aunque se amplían en cuanto a su ámbito de aplicación (asistencia judicial en materia penal; aplicación del principio *non bis in idem*; extradición).

5. *Normas de procedimiento sobre asilo.* Han sido sustituidas por el Convenio de Dublín, sobre esta materia, firmado por los Estados miembros de la U.E. el 15 de junio de 1990, aplicando el sistema del artículo 142 del Convenio, antes mencionado.

6. *El sistema de información de Schengen (SIS).* Su objeto es preservar el orden y la seguridad públicos y la aplicación de las disposiciones del Convenio sobre la circulación de personas por los territorios de las Partes Contratantes, con la ayuda de la información transmitida por dicho sistema informático. El SIS se constituye sobre una base de datos común, compartida por todos los Estados, en la que éstos integran los datos nacionales que consideran pertinentes, relativos a:

- Personas buscadas a efectos de Extradición.
- Personas desaparecidas.
- Personas extranjeras incluidas en la lista de no admisibles.
- Personas en interés de su propia protección o para prevenir amenazas.
- Testigos.



- Vehículos de motor de más de 50.c.c. robados, encubiertos o extraviados.
- Armas de fuego robadas, encubiertas o extraviadas.
- Documentos de identidad vírgenes o ya expedidos, robados, encubiertos o extraviados.
- Billetes de banco.

7. *Autoridad Común de Control.* Es la encargada de la unidad de apoyo técnico del SIS, así como de velar por la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, objeto de regulación específica en el Convenio.

8. *Disposiciones sobre armas de fuego.* Los Estados adaptarán sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, relativas a la adquisición, comercio y entrega de armas y municiones a las previsiones del Convenio.

## VI. LA INTEGRACIÓN DE SCHENGEN EN EL MARCO DE LA UNIÓN

### A) El protocolo de Schengen

Aunque el Convenio de Schengen surge al margen de los Tratados comunitarios, ya se ha señalado su marcada vocación de ser sustituido por el derecho comunitario y de la U.E. Así su artículo 134 recuerda que *«las disposiciones del presente Convenio únicamente serán aplicables en la medida en que sean compatibles con el derecho comunitario»*.

En el mismo orden de cosas encontramos, en cuanto a los convenios, una disposición análoga en el artículo 142 al señalar que *«Cuando se suscriban convenios entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas con vistas a la realización de un espacio sin fronteras interiores, las Partes Contratantes acordarán las condiciones en las que las disposiciones del presente Convenio serán sustituidas o modificadas en función de las disposiciones correspondientes de dichos convenios»*.

En la Conferencia Intergubernamental que alumbró el Tratado de Amsterdam, España señaló que debería actuarse con extrema prudencia, frente a la tendencia de la Conferencia de integrar los Acuerdos de Schengen en el marco jurídico e institucional de la Unión. En efecto, hasta la fecha, la puesta en práctica de los mismos había permitido avances sustanciales para los Estados parte en materia de libre circulación de personas y en las llamadas «medidas de acompañamiento» que permiten configurar un espacio homogéneo de seguridad, sobre todo teniendo en cuenta que los objetivos perseguidos en la materia por los distintos países no eran equivalentes. Esto último se vio corroborado en los momentos finales de la negociación de Amsterdam, en los que vieron la luz los Protocolos mencionados de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, verdaderas excepciones a la libre circulación.

Por consiguiente, para Francia y España, era coherente que el propio Tratado de Amsterdam recordara –lo que efectivamente se produce por medio de la Declaración núm. 15 aneja al Acta Final– que las medidas que pudiera adoptar el Consejo para sustituir a las disposiciones del Convenio de Schengen relativas a la supresión de controles en las fronteras comunes, deberían proporcionar como mínimo el mismo nivel de protección y de seguridad que ofrecen las disposiciones de dicho Convenio, que para nuestro país reviste una importancia fundamental, como veremos seguidamente.

Resultado de toda esta difícil discusión fue el «*Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea*» (en adelante el «Protocolo de Schengen») al que a continuación nos referimos.

La base del Protocolo se encuentra en su art. 1, por el que se autoriza a los Estados miembros signatarios de los Acuerdos de Schengen a realizar entre sí una «cooperación reforzada»<sup>15</sup> en relación con todo el acervo Schengen dentro del marco institucional y jurídico de la U.E.

En el artículo 2 del Protocolo se detalla que la incorporación del acervo Schengen a la U.E. se producirá en la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y obligará desde entonces a los trece Estados miembros participantes, aunque con la salvedad de que aquellos Estados signatarios de Schengen que no hayan aún cumplido los requisitos para su adhesión plena, deberán todavía esperar a una decisión unánime en el Consejo de los Estados participantes en Schengen<sup>16-17</sup>.

En otro orden de cosas, el mismo artículo establece que el Consejo por unanimidad determinará las bases jurídicas de cada una de las disposiciones del acervo de Schengen, entendiéndose que mientras no se efectúe dicha determinación, habrá que interpretar que las aludidas disposiciones son actos basados en el Título VI del TUE, es decir, en el llamado III Pilar. La Declaración núm. 44 recogida en el Acta Final de la Conferencia especifica que el Consejo deberá realizar todos los trabajos preparatorios necesarios para que en el momento de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam puedan adoptarse todas las medidas del artículo 2 del Protocolo. El resultado de estos trabajos se analiza en apartados posteriores.

El artículo 3 se refiere a la situación particular de Dinamarca, Estado miembro y, además, signatario de Schengen, que renunció como ya vimos a participar en el nuevo Título IV del TCE. El artículo 3 precisa que aquellas partes del acervo Schengen que queden situadas en el nuevo Título IV del TCE sólo vincularán a Dinamarca en la medida en la que le obligaban con anterioridad, esto es sólo sobre una base de

15. Vid. nota núm. 12.

16. Habría que recordar en este momento que el sistema de entrada en vigor y de aplicación del Convenio de Schengen era muy complejo, sustanciándose en una especie de aplicación escalonada del mismo. Aparte de la propia entrada en vigor, realizada a través de los trámites normales de Derecho Internacional, exigía, para poder aplicar plenamente el Convenio, la constatación por el Comité de Ministros de que una serie de condiciones previas de tipo operativo habían sido cumplidas por el Estado concreto cuya adhesión se pretendía.

17. La Decisión del Consejo de 1 de diciembre de 2000 (D.O. L 309 de 9.12.2000) determinó, en cumplimiento de este artículo, la puesta en aplicación de la totalidad del acervo de Schengen a partir del 25 de marzo de 2001 con relación a los llamados «Estados nórdicos» (Dinamarca, Finlandia y Suecia, así como Islandia y Noruega).



Derecho Internacional (vid. igualmente el artículo 5 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, antes mencionado).

El artículo 4 somete a la previa unanimidad en el Consejo la participación del Reino Unido o de Irlanda en parte o en todo el acervo de Schengen. Se decidió así aunque tanto el Reino Unido como Irlanda pretendían que se les facilitara un acceso libre y prácticamente a la carta, lo que contó con la oposición firme de España, apoyada por otras delegaciones.

Nuestro país rechazó la posibilidad de que los Estados miembros no integrantes de los Acuerdos de Schengen pudieran acceder, de forma libre, total o parcialmente y en cualquier momento a los mismos, pues esto choca con la noción global que representa el «espacio Schengen» que se basa en el doble principio de la libre circulación y de la seguridad; choca igualmente con el hecho de que la supresión de los controles de las personas en las fronteras interiores de los Estados Schengen implica el funcionamiento efectivo de las medidas compensatorias previstas; y sobre todo con el cumplimiento de una serie de condiciones previas a la adhesión a dicho espacio (sobre control de fronteras exteriores, régimen de separación en aeropuertos, tráfico de drogas, etc.) cuya constatación debe realizarse por unanimidad.

Se sumaba a esta concepción global la necesidad de prever las consecuencias de la posible adhesión del Reino Unido a estos acuerdos en el contencioso de Gibraltar, por lo que nuestro país debía seguir manteniendo la llave de esta negociación. En Amsterdam prevaleció esta tesis y, por consiguiente la necesidad de obtener la unanimidad de los Estados parte para poder participar en todo o parte del acervo de Schengen.

No obstante, no hay que dejar de señalar la existencia de la Declaración núm. 45 en el Acta Final de la Conferencia que establece que los Estados participantes en Schengen realizarán «sus mejores esfuerzos» con el fin de atender las solicitudes de participación que Irlanda o el Reino Unido puedan presentar de acuerdo con el artículo 4 del Protocolo, concepto más político que jurídico. Dicha Declaración incluye una garantía añadida, cual es la invitación al Consejo a recabar el dictamen de la Comisión europea antes de tomar una decisión sobre cualquier petición de integración en Schengen, sea total o parcial, hecha por el Reino Unido o Irlanda.

Si el artículo 4 se refiere al llamado acervo de Schengen, concepto que entendemos integra las disposiciones que fueron tomadas antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (recogidas expresamente en el Anexo del Protocolo), el artículo 5 se refiere al desarrollo de dicho acervo.

Según dicho artículo, las propuestas e iniciativas para desarrollar el acervo de Schengen estarán sometidas a las correspondientes disposiciones de los Tratados. En efecto, el acervo de Schengen se integra para ser desarrollado sobre bases jurídicas comunitarias o de la Unión, dejando de ser algo independiente en sus procedimientos. El último apartado del artículo insiste en esta afirmación señalando que aunque no se hayan tomado por el Consejo las medidas necesarias a las que se refiere el artículo 2 del Protocolo (esto es la definición del acervo de Schengen y el otorgamiento de bases jurídicas a cada una de sus disposiciones), serán aplicables las disposiciones pertinentes de los Tratados, incluso a pesar de una posible carencia del legislador.



La consecuencia más clara de esta integración es que no sólo el desarrollo del acervo de Schengen sino el propio Convenio se sustraen a la competencia de los Estados signatarios en la forma originaria pasándose a utilizar los procedimientos del derecho comunitario y de la Unión. Un ejemplo palpable lo encontramos en la Decisión del Consejo de 28 de septiembre de 2000 por la que se establece un procedimiento de modificación de los arts. 40.4, 40.5, 41.7 y 65.2 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (D.O. L 248 de 3.10.2000). En la misma se retoma una antigua modificación prevista por los Estados Schengen y que no llegó a entrar en vigor; tras la integración de Schengen en el marco de la Unión y ante el reconocimiento de la imposibilidad de los Estados miembros de modificar el Convenio, se recurre para ello a una decisión del Consejo basada en las disposiciones pertinentes de los Tratados (en este caso los arts. 31, 32 y 34 del TUE).

Volviendo al artículo 5 del Protocolo, hay que reconocer que el segundo párrafo de su apartado primero es de interpretación difícil. Dice textualmente que *«...en el caso de que Irlanda, el Reino Unido o ambos no hayan notificado al Presidente del Consejo por escrito y en un plazo razonable que desean participar, se considerará que la autorización a la que se refieren el artículo 11.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el artículo 40.3 del Tratado de la Unión Europea se ha concedido a los Estados miembros a que se refiere el artículo 1 y a Irlanda o al Reino Unido cuando cualquiera de ellos desee participar en los ámbitos de cooperación de que se trate»*.

Por una parte es evidente que si Reino Unido o Irlanda no cumplen con la condición de comunicar al Consejo su intención de participar en el desarrollo del acervo de Schengen, el propio Protocolo concede una autorización automática de cooperación reforzada, esto es de seguir desarrollando el acervo sin ninguno de estos países.

Veamos el caso contrario, esto es que haya una comunicación por parte de estos países en el sentido de participar en dicho desarrollo. Una interpretación excesivamente literal del precepto podría llevarnos a una solución excesivamente simplista, esto es que la participación del Reino Unido e Irlanda se produce, de forma automática, por la mera notificación por escrito, en un plazo razonable de su intención de participar en la adopción de la norma o en la misma cuando haya sido adoptada<sup>18</sup>.

A nuestro juicio es necesario interpretar el precepto de una forma lógica y sistemática con la propia filosofía del Protocolo de Schengen. Así no es posible pensar que el Reino Unido o Irlanda pudieran directamente participar en una norma de desarrollo de Schengen si no asumen como propio el acervo de Schengen que ésta nor-

18. En este segundo caso de norma ya adoptada por los Estados Schengen con arreglo a las disposiciones pertinentes de los tratados podría pensarse que la notificación desencadena el mecanismo que es regulado en los ámbitos de la cooperación reforzada. En condiciones normales de aplicación, ésta se sustancia en el Tratado de la Comunidad Europea en una decisión final de la Comisión sobre dicha participación y sobre las disposiciones concretas que considere necesarias, en un plazo de cuatro meses tras la notificación (art. 11.3 TCE que con la entrada en vigor del Tratado de Niza se convertirá en 11 A TCE). En el TUE, la solución otorgada por el art. 40.3 –que con la entrada en vigor de Niza se convertirá en 40 B TUE– finaliza con la adopción de una decisión por el Consejo, por mayoría simple, en un plazo de cuatro meses tras la notificación, salvo que éste decida suspenderla, por mayoría cualificada, a fin de revisarla. Vid. op. cit. nota 12, para consultar el sistema completo de cooperaciones reforzadas.

ma desarrolla, lo que requeriría la unanimidad de los llamados Estados Schengen. Las normas de desarrollo de Schengen, como su propio nombre indican, no parten de la nada, sino que parten de un grupúsculo normativo anterior, se encuentre éste en el propio Convenio de Schengen o en cualquiera de sus desarrollos. Una interpretación diferente produciría un fraude de ley ya que, a través de una disposición de desarrollo —que en algún caso podría tomarse por mayoría cualificada, aplicando las disposiciones pertinentes de los tratados— se estaría consiguiendo la aplicación automática de la norma existente en el acervo, asociada indisolublemente con la norma posterior y desvirtuándose la necesidad de unanimidad para poder participar en todo o parte del acervo, tal y como se establece en el artículo 4 del Protocolo.

A mayor abundamiento de esta interpretación podría incluirse la referencia a la Declaración núm. 15 del Acta Final de la Conferencia que señala que las medidas que adopte el Consejo, cuya consecuencia sea la sustitución de las disposiciones sobre la supresión de los controles en las fronteras comunes incluidas en el Convenio de Schengen, deberán proporcionar el mismo nivel de protección y seguridad que el que ofrecen las citadas disposiciones del Convenio. Es imposible poder concebir que el Reino Unido o Irlanda puedan asumir exclusivamente una norma de desarrollo sin asumir previamente el acervo correspondiente, ya que se estaría poniendo en peligro el nivel de protección y seguridad del actual sistema.

Otra prueba de que el desarrollo de Schengen no puede hacerse de forma autónoma es el tratamiento particular de Dinamarca. Así, si en virtud del Protocolo danés antes mencionado (art. 5.2), Dinamarca no aplica una medida de desarrollo del acervo basada en el nuevo Título IV del TCE, los restantes miembros de Schengen tomarán las medidas que se consideren necesarias. La razón de ser de esta disposición es que Dinamarca ya es parte y lógicamente aplica el acervo de Schengen. Por consiguiente cualquier desarrollo del acervo no asumido por este país provoca una distorsión en el nivel de protección y seguridad que otorga el sistema Schengen, obligando a los otros Estados a tomar las medidas oportunas para mantenerlo. Este argumento se aplicaría *a fortiori* a la situación de Irlanda y el Reino Unido.

Por otra parte el sistema de «cooperaciones reforzadas» se entiende «*sin perjuicio del protocolo de Schengen*», reafirmando la peculiar idiosincrasia del sistema<sup>19</sup>.

El artículo 6 está dedicado al caso de Islandia y Noruega, no miembros de la U.E. pero particularmente asociados al sistema del Convenio como consecuencia de la participación en Schengen de Dinamarca, Suecia y Finlandia. En efecto, estos cinco Estados son miembros del Acuerdo sobre el pasaporte nórdico. El artículo dispone que el Consejo, con la unanimidad de los Estados signatarios de Schengen, concluya un acuerdo con Islandia y con Noruega para fijar los procedimientos que se seguirán con ambos países con el fin de ejecutar y desarrollar en el futuro el acervo de Schengen. Además, se prevé que un segundo acuerdo celebrado con Islandia y Noruega regule

19. En cualquier caso esta cuestión se ha convertido en una hipótesis de laboratorio ya que, como veremos posteriormente, tanto el Reino Unido como Irlanda han pedido —y el primero obtenido hasta la fecha— la participación en una especie de Schengen «a la carta» de forma que es poco previsible que intenten una maniobra de aproximación a Schengen en materias en las que no han pedido participar en su totalidad desde el principio.

la especial relación de estos países con Irlanda y con el Reino Unido en relación con el acervo de Schengen que les resulte aplicable. Ambos acuerdos serán analizados posteriormente.

Por último cabe señalar que el artículo 8 del Protocolo impone la necesidad de que el acervo de Schengen sea aceptado en su totalidad por todo Estado candidato a la adhesión a la U.E., evitando así casos especiales como el de Reino Unido, Irlanda o Dinamarca en las futuras adhesiones.

Como hemos señalado brevemente al hilo del artículo 5, el Protocolo de Schengen prevalece frente a las cláusulas de cooperación reforzada referidas con anterioridad contenidas en el TUE y en el TCE, y frente a los Protocolos que excluyen al Reino Unido y a Irlanda, de una parte, y a Dinamarca de otra, del nuevo Título de libre circulación de personas. Ello supone que no puede haber veto alguno a la cooperación reforzada en el acervo actual o futuro de Schengen por parte de un Estado no participante, ya que la misma se beneficia de la autorización automática contenida en el artículo 1 y en el artículo 5 del Protocolo.

En virtud de la Declaración núm. 44 al Acta Final de la Conferencia, ya mencionada, los Estados miembros deberían poner en práctica los trabajos de preparación de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam con tiempo suficiente para que éste fuera plenamente operativo desde el mismo momento de su entrada en vigor. Para ello se comenzaron, con antelación suficiente los trabajos de puesta en práctica del Protocolo de Schengen, lo que ha producido el resultado normativo que estudiaremos en los apartados siguientes.

## **B) Determinación del acervo de Schengen a efectos de su incorporación a la Unión Europea**

El Consejo, según el art. 2.1 del Protocolo de Schengen debería determinar por unanimidad de los 13 miembros pertenecientes a Schengen el perímetro del acervo de Schengen, lo que serviría de base para luego dotar a este acervo de una base jurídica en los Tratados. A estos efectos el Consejo tomó una decisión sobre la definición de este acervo (Decisión de 20 de mayo de 1999, 1999/435/CE, D.O. L 176 de 10.07.1999) cuyas características son, de forma somera, las siguientes:

- Determina todas las disposiciones que constituyen el acervo de Schengen, que será publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas a excepción de una serie de disposiciones que no tienen efecto jurídico en la fecha actual así como aquellas disposiciones que en el momento de la adopción sean calificadas de confidenciales por el Comité ejecutivo de Schengen.
- Se decidió igualmente que, aunque formaran parte de dicho acervo, había una serie de disposiciones para las que no era necesario establecer una base jurídica de conformidad con las disposiciones de los tratados y ello por una serie de motivos concretos: disposiciones no vinculantes, disposiciones que han perdido su objeto por el paso del tiempo, disposiciones institucionales que han sido

sustituídas por un procedimiento comunitario o de la U.E., disposiciones cuyo contenido ya estaba previsto en una norma de la Comunidad Europea o de la Unión y por lo tanto carecían de objeto, o disposiciones que se encontraban dentro de un ámbito en el que los Estados miembros se reservaban libertad de acción.

- No obstante considerar que no era necesario determinar una base jurídica para estas disposiciones, la decisión deja muy claro que ello no implica que desaparezcan o pierdan vigencia, sino que quedan intactos los efectos jurídicos de los actos jurídicos adoptados sobre la base de dichas disposiciones y que todavía estuvieran vigentes.
- En la práctica todo ello se incluye en una norma cuyo dispositivo es muy corto pero que contiene un gran número de anexos en los que, por una parte, están las disposiciones completas del acervo de Schengen y, por otra, se encuentran las disposiciones del acervo de Schengen que por los motivos mencionados (y se especifican en cada uno de ellos) no se ha considerado conveniente dotar de una base jurídica. En la génesis del contenido material de esta decisión tuvieron mucho que ver las distintas instancias del Convenio de Schengen (grupos de trabajo, Comité ejecutivo, etc.) que eran las más indicadas para someter al Consejo una propuesta que contuviera la determinación exacta del acervo de Schengen. Este ejercicio sirvió igualmente para contribuir a que las propias instancias de Schengen procedieran a una serie de ejercicios de codificación como el que tuvo lugar en relación con el Manual común de fronteras o con la Instrucción consular común.
- Asimismo el acervo de Schengen ha sido clasificado como lo hacía el propio anexo del Protocolo de Schengen: el Acuerdo de Schengen de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en fronteras comunes y el Convenio de junio de 1990 por el que se aplica dicho Acuerdo de Schengen; los protocolos y acuerdos de adhesión a dicho acuerdo de 1985 y el Convenio de aplicación de 1990 con Italia, España y Portugal, Grecia, Austria y Dinamarca, Finlandia y Suecia; las decisiones y declaraciones que habían sido adoptadas por el Comité ejecutivo que había sido creado por el Convenio de Schengen así como actos adoptados para la aplicación de dicho convenio por instancias a las que el Comité ejecutivo haya atribuido competencias decisorias (decisiones del Grupo central).

### **C) Decisión por la que se atribuye una base jurídica para la incorporación del acervo de Schengen**

En virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 2 del Protocolo de Schengen, el Consejo debería establecer por unanimidad, esta vez por unanimidad de los 15 Estados miembros de la U.E., con arreglo a las disposiciones de los Tratados, la base jurídica de cada una de las disposiciones y decisiones que constituyen el acervo de Schengen.



Se llegó a un acuerdo satisfactorio mediante la Decisión del Consejo de 20 de mayo de 1999 (1999/436/CE, D.O. L 176 de 10.07.1999), aunque su negociación resultó muy problemática. La delegación española fue una de las más activas en las negociaciones previas a su adopción, puesto que se pretendía que el hecho de atribuir una base jurídica comunitaria a ciertas disposiciones del acervo de Schengen no perjudicara o perjudicara en ninguna manera nuestra posición en otros contenciosos.

En concreto los temas fundamentales para la delegación española y que pudieron ser resueltos fueron los siguientes:

### ***1. La cuestión de las sanciones***

Algunas disposiciones del Convenio de Schengen exigían a los Estados miembros el establecimiento de sanciones para lograr su objetivo cumplimiento, pero sin exigir la armonización de esas sanciones. Se decidió que la base jurídica atribuida a dichas disposiciones sea la misma que se atribuya a las normas cuyo quebrantamiento está sujeto a sanción, lo cual es lógico, pero dejando patente que esto se hace sin perjuicio de la base jurídica que se atribuya a cualquier futura medida tendente a la armonización de sanciones y dejando además muy claro que la forma, las modalidades y el nivel de las sanciones con arreglo a dichos artículos es un asunto que corresponde exclusivamente a los Estados miembros.

### ***2. El hecho de dotar de bases jurídicas a todo el acervo de Schengen***

La delegación española partió de la base de que todo el acervo de Schengen debía ser dotado de una base jurídica. Después se cambió de posición teniendo en cuenta que alguna de dichas disposiciones era claramente obsoleta. No obstante la delegación española se mantuvo firme en temas como el de dotar de base jurídica al Acuerdo de 1985, acuerdo base del Espacio Schengen, habiendo negado siempre que el Acuerdo tenga exclusivamente un valor histórico y no jurídico, como proponían otras delegaciones e incluso algún Servicio Jurídico. Nuestra delegación siempre señaló que el Acuerdo constituía parte integrante y crucial del acervo de Schengen (estaba incluido en el propio anexo del Protocolo de Schengen) y además las medidas a las que se hacía referencia en dicho acuerdo podían servir de referente en el caso de integración de nuevos Estados al Espacio Schengen. Al final se le otorgó base jurídica en el propio Protocolo de Schengen.

### ***3. La cuestión de la vigilancia y el control***

Nuestro país siempre había distinguido entre dos conceptos muy claros, el concepto de control y el concepto de vigilancia. Para nuestro país el control era una cuestión que se ejercitaba en el propio paso fronterizo, mientras que la vigilancia podía tener lugar a lo largo de toda la línea fronteriza. Esto tenía importancia en cuanto a la determinación de la base jurídica puesto que creíamos que la comunitarización efectiva-

da en estas materias por el Tratado de Amsterdam se había producido exclusivamente en cuanto al control y no en cuanto a la vigilancia, que se asumía básicamente a través de la cooperación policial y por lo tanto debería ser objeto de atribución de una base jurídica del III Pilar. Finalmente se consiguió un compromiso mediante la redacción de una declaración del Consejo que señaló que las tareas y competencias de los Estados miembros sobre las medidas que se realicen en las fronteras en lo que se refiere al control y a la vigilancia, no se verían afectadas cuando tuvieran como objetivo el mantenimiento del orden público y la seguridad nacional y que además serían hechas de acuerdo con el derecho nacional y con los recursos que estuvieran a su disposición. Se trataba básicamente de preservar las competencias nacionales para decidir los medios y la forma de control que debería llevarse a cabo en las fronteras de manera que España no se viera obligada a incrementar o disminuir la vigilancia en una parte de nuestra frontera nacional, en función de una posible armonización comunitaria.

#### ***4. La cuestión de las armas***

El Convenio de Schengen, como hemos dicho, lleva a cabo una regulación de las armas distinta a la que se lleva a cabo por medio de la Directiva del Consejo sobre el control de la adquisición y tenencia de armas (91/477/CEE de 18 de junio de 1991, D.O. L 296 de 13.9.1991): en particular la directiva no recoge una regulación sobre las armas de colección, y lo que es más importante, sobre el registro de armas de guerra, puesto que éstas están expresamente excluidas de su ámbito de aplicación.

La delegación española, junto con Francia, se opusieron siempre a establecer que la directiva mencionada había sustituido las disposiciones del Convenio de Schengen puesto que quedaban sin regular las materias mencionadas. La solución final a la que se llegó consistió en señalar cuál es el ámbito de aplicación de la directiva de 1991 y dejar bien claro que la competencia con relación a la regulación de las armas de guerra correspondía a los Estados miembros (en particular con relación al art. 296 TCE que lo señala de forma muy clara).

#### ***5. Las señas de identidad del acervo de Schengen y su desarrollo***

Nuestra delegación señaló siempre que era muy importante incluir en esta decisión una serie de disposiciones que dejaran muy claro que toda propuesta de desarrollo del acervo de Schengen debería tener una etiqueta que la identificara. Todo ello debido a que el hecho de que una disposición sea desarrollo del acervo de Schengen tiene mucha influencia en cuanto a la participación de ciertos Estados como es el caso de Reino Unido, Irlanda, Dinamarca e incluso con relación a los Estados asociados de Noruega e Islandia.

Al final se consiguió la pretensión española, incluyendo en la decisión una norma según la cual toda disposición que desarrolle el acervo de Schengen deberá indicarlo claramente en su preámbulo<sup>20</sup>.

## ***6. La cuestión del reconocimiento de Estados y entidades territoriales, de sus autoridades y de los documentos expedidos por las mismas***

Muchos artículos del Convenio de Schengen hacen referencia al reconocimiento de Estados, autoridades y documentos emitidos por ellos. La propuesta de la Presidencia en la negociación era otorgarles una base jurídica del I Pilar. No obstante la delegación española había señalado desde el principio que ningún artículo del Tratado había transferido competencia a la CE o a la U.E. para efectuar dicho reconocimiento, por lo que seguía siendo competencia nacional. El desarrollo a través de una base jurídica comunitaria, sin ningún tipo de salvaguardia para nuestro país, podría en un futuro suponer una eventual obligación de reconocer las autoridades de Gibraltar y los documentos emitidos por la misma como si fueran una entidad independiente del Reino Unido. Esta cuestión no es baladí ya que Gibraltar, con la aquiescencia del Reino Unido, ha tomado muchas iniciativas que han ido en ese sentido y que han tenido que ser desmontadas por España.

Consecuentemente se hacía necesario introducir un artículo en la decisión en el que se reconociera la competencia nacional y se salvara el riesgo de ver otorgada, sin más cautelas, una base jurídica comunitaria para su desarrollo. Tras arduas negociaciones se consiguió por la delegación española introducir un precepto y un considerando explicativo del mismo que señala que el hecho de integrar el acervo de Schengen en el marco de la Comunidad Europea no afecta a la competencia de los Estados miembros relativas al reconocimiento de los Estados y entidades territoriales, sus autoridades, y los documentos de viaje y otros que sean emitidos por las mismas. Hay que decir que la única delegación que plenamente apoyó la postura española fue la delegación griega, que tiene un problema parecido con Turquía en cuanto al enclave turco-chipriota se refiere.

## ***7. La cuestión del ámbito territorial***

Una última cuestión de suma importancia para la delegación española consistía en preservar de forma rotunda el propio ámbito territorial de aplicación del Convenio de Schengen, a fin de, en un futuro, guardar la llave si se diera el caso, como así ha sido, de su aplicación a Gibraltar. A pesar de que, en unas primeras interpretaciones se tendía a pensar que, al estar sometidos a bases jurídicas de los tratados, el ámbito territorial es el correspondiente a los mismos, la decisión del Consejo, en su artículo 6, admite que el campo de aplicación territorial es el específico del Convenio de Schengen, establecido en el artículo 138 del Convenio de Schengen o en las disposiciones correspondientes de los instrumentos de adhesión a dicho Convenio.

20. Se incluye igualmente esta obligación en el artículo 4 de la Decisión del Consejo relativa a determinadas normas de desarrollo del Acuerdo celebrado por el Consejo con Islandia/Noruega, que se estudia posteriormente.

## **D) Integración del SIS en el marco de la Unión**

Este fue el único punto que quedó sin resolver en la decisión de atribución de base jurídicas, por lo que se aplica la solución residual prevista en el apartado 1 del artículo 2 del Protocolo Schengen según la cual las disposiciones o decisiones que integran el acervo de Schengen y para las cuales no se ha adoptado una base jurídica, se considerarán actos basados en el Título VI del Tratado de la U.E.; por lo tanto serán considerados actos basados en el III Pilar.

Esta cuestión no fue objeto de un acuerdo, en particular por la propia postura que mantuvo la Presidencia para no forzar a la Comisión y a algún otro Estado miembro como Bélgica y Países Bajos, a aceptar lo que era la opinión mayoritaria de las delegaciones. En efecto existía un consenso muy amplio en conceder una base jurídica para todos los artículos que regulaban el SIS en el III Pilar.

La firme posición de la Comisión estaba basada casi exclusivamente en el hecho de que quiere gestionar el SIS en un futuro próximo. Incluso llegó a presentar una propuesta de creación de una agencia, organismo que aunque independiente, será gestionado por la Comisión, para que se ocupara de todo lo que se refería a la gestión y puesta en aplicación del SIS.

No obstante esto fue rechazado casi unánimemente por los Estados porque lo que se pretendía era que hubiera una solución de continuidad en la gestión y puesta en marcha del SIS que actualmente tiene su sede en Estrasburgo. Al ser un instrumento de cooperación policial muy importante, se hacía absolutamente necesario que no hubiera ningún tipo de disfunción por el hecho de integrar el Convenio de Schengen en el marco de la Unión.

## **E) La asociación de Islandia/Noruega al desarrollo de Schengen**

Hay que recordar que Islandia y Noruega habían sido asociadas y como tales habían participado en las deliberaciones sobre ejecución, aplicación y desarrollo de los acuerdos de Schengen y sus disposiciones a través del Acuerdo de Luxemburgo firmado en diciembre de 1996.

Ya se ha señalado que, como consecuencia de la adopción del Protocolo de Schengen, la cooperación entre los Estados de la U.E. signatarios de Schengen en el ámbito de aplicación de dichos acuerdos y las disposiciones que lo desarrollan debería llevarse a cabo en el marco institucional y jurídico de la Unión y respetando las disposiciones pertinentes de los Tratados. En efecto, a partir de la integración del Acuerdo de Schengen en el marco de la U.E., corresponderá a la U.E., y dentro de ella también a la Comunidad Europea, decidir acerca del futuro desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen.

No obstante, el propio Protocolo de Schengen había contemplado, en su art. 6, párrafo 1º, que se asociaría a Islandia y Noruega, una vez entrado en vigor el Tratado de Amsterdam, a la ejecución del acervo de Schengen y a su futuro desarrollo con arreglo al Acuerdo que se había firmado en Luxemburgo, garantizando así el objeti-



vo común de que se mantuviera la participación de esos dos Estados en dichas actividades.

Ya es conocido que la razón de ser del acuerdo con dichos Estados era la propia existencia de un régimen existente entre los cinco Estados nórdicos a través de un Convenio relativo a la supresión del control de pasaportes en sus fronteras, por el que se establece la Unión Nórdica de Pasaportes (Convenio firmado en Copenhague el 12 de julio de 1957). Era evidente que al devenir tres de esos Estados miembros de Schengen, ello no podría llevarse a cabo sin prever una solución específica para Noruega/Islandia que pudiera satisfacer a todo el mundo.

*1. Acuerdo celebrado por el Consejo y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen*

El Acuerdo con Islandia y Noruega fue aprobado por Decisión del Consejo de 17 de mayo de 1999 (1999/439/CE, D.O. L 176 de 10.07.1999)<sup>21</sup>.

Por el Acuerdo, Islandia/Noruega se comprometen a ejecutar y aplicar las disposiciones del acervo de Schengen que se enumeran en un anexo y que coinciden básicamente con las disposiciones a las que se ha dotado de una base jurídica en la decisión que anteriormente hemos mencionado (Decisión 1999/436/CE). Por otra parte, también se comprometen a ejecutar y aplicar una serie de disposiciones del derecho comunitario que han sustituido a disposiciones equivalentes del Convenio y, en concreto el Reglamento por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (Reglamento nº 574/99 de 12 de marzo de 1999), el Reglamento por el que se establece un modelo uniforme de visado (Reglamento 1683/95 de 29 de mayo de 1995) y la Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 1996 por la que se establecen nuevas especificaciones técnicas para el modelo uniforme de visado; por otra parte la Directiva nº 91/477 del Consejo de 18 de junio de 1991 sobre control de adquisición y tenencia de armas, antes mencionada, así como la Recomendación de la Comisión relativa a la tarjeta europea de armas de fuego.

Asimismo existe un compromiso de que Islandia/Noruega acepten, ejecuten y apliquen igualmente los actos y medidas adoptados por la U.E. que modifiquen o desarrollen las disposiciones antes mencionadas y a los que se han aplicado los procedimientos establecidos por el Acuerdo.

Se crea para poner en práctica el Acuerdo un Comité mixto, formado por los representantes de los Estados de la U.E. y de Islandia y Noruega, fuera del marco institucional de la U.E., que garantizará la asociación de Islandia y Noruega al proceso de elaboración de decisiones en estos ámbitos y les permitirá participar en todas las actividades. El mismo se reunirá tanto a nivel ministerial como a nivel de altos funcionarios o a nivel incluso de expertos.

21. El mismo día, el Consejo tomó una Decisión relativa a determinadas normas de desarrollo de dicho Acuerdo con Islandia y Noruega (1999/437/CE, DOCE L 176 de 10.07.1999) que regula determinados procedimientos internos del Consejo en estos ámbitos.

Igualmente se prevé la celebración de un Acuerdo para el caso concreto del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros o en Islandia o Noruega.

En cuanto al procedimiento decisorio se prevé expresamente que la adopción de nuevos actos o medidas se reserve a las instituciones competentes de la U.E. No obstante tales actos o medidas deben entrar en vigor de forma simultánea para la U.E. y sus Estados miembros y para Islandia o Noruega. La idea es que Islandia y Noruega acepten de modo independiente el contenido de dichas normas y la incorporación de mismo a su ordenamiento jurídico interno. Si Islandia y Noruega deciden no aceptar el contenido de algún acto o medida ello equivaldrá a denuncia del Acuerdo, salvo decisión contraria del Comité mixto que analizaría detenidamente las posibilidades de mantenerlo.

Por otra parte se pretende que las partes contratantes puedan aplicar e interpretar de la forma más uniforme posible las disposiciones de desarrollo del acervo de Schengen, para lo cual el Comité mixto efectuará un seguimiento permanente de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como de la jurisprudencia de los Tribunales competentes de Islandia y Noruega, otorgándose a estas últimas la posibilidad de presentar observaciones escritas al Tribunal en las cuestiones prejudiciales. Si se observa que hay alguna diferencia sustancial jurisprudencial entre los Tribunales de Islandia y Noruega y el Tribunal de Justicia en cuanto a la aplicación o incluso una diferencia sustancial de aplicación de las autoridades de cualquiera de los Estados miembros y las de Islandia y Noruega se pondría en marcha un procedimiento de resolución de controversias que básicamente se gestionaría dentro del Comité mixto. Si el Comité mixto no lograra llegar a una solución definitiva, ello equivaldría a denuncia del acuerdo.

Estas son básicamente las disposiciones más importantes del acuerdo con Noruega/Islandia.

Por lo que se refiere a España es importante destacar que continúan vigentes en este Acuerdo las declaraciones que ya habían realizado Islandia/Noruega sobre la extradición en el Acuerdo de Luxemburgo y que se referían a que Islandia y Noruega, a los efectos tanto del Convenio Europeo para la represión del terrorismo (Estrasburgo, 27 de enero de 1977) como del Convenio Europeo de Extradición (París, 13 de diciembre de 1957), no podrán sostener que los domiciliados en su territorio, que sean nacionales de un Estado miembro de la U.E., deban ser asimilados a sus nacionales a los efectos de proceder a la denegación de extradición hacia un país de la U.E.

## *2. Acuerdo celebrado por el Consejo y la República de Islandia y el Reino de Noruega para determinar los derechos y obligaciones entre Irlanda y Reino Unido, por una parte, e Islandia y Noruega por otra, en los ámbitos del Acuerdo de Schengen que se apliquen a estos Estados*

En efecto, como estos Estados tienen la posibilidad de participar, según las condiciones que ya hemos visto anteriormente, en determinados aspectos del acervo de Schengen o de su desarrollo, se hacía necesario asimismo celebrar un acuerdo con



Noruega/Islandia que los vinculara a los mismos, en particular cuando se completara el proceso de adhesión parcial del Reino Unido e Irlanda al acervo de Schengen, que estudiamos en el apartado posterior. Evidentemente había que concluirlo antes de que esta participación se concretara en la práctica ya que podría ser necesario que estos países cumplieran determinados requisitos constitucionales u otros internos.

De esta forma y mediante Decisión del Consejo de 28 de junio de 1999 (D.O. L 15 de 20.1.2000) se aprueba este Acuerdo que se firma el 30 de junio de 1999. Desde un punto de vista sustantivo este Acuerdo especial está indisolublemente ligado al acuerdo citado en el apartado anterior que asocia a Noruega/Islandia con la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen (denominado «el otro Acuerdo»), por lo que no sólo lo declara derecho supletorio en la medida en que alguna cuestión no esté regulada (art. 1) sino igualmente vincula su vida jurídica al otro Acuerdo (art. 5). Prevé el mismo mecanismo de participación del Comité Mixto creado por el otro Acuerdo para que sea consultado en caso de solicitud de Irlanda o del Reino Unido de participar tanto en el acervo como en el desarrollo de Schengen, así como las consecuencias jurídicas –generación de derechos y obligaciones– derivadas de la adopción de las decisiones correspondientes por las que Irlanda y el Reino Unido participen en el sistema (arts. 2 y 3).

#### **F) La participación del Reino Unido y de Irlanda en el convenio de Schengen y en su desarrollo**

En el marco del Consejo de Ministros de Justicia e Interior celebrado en Bruselas el 12 de marzo de 1999, el Ministro británico, Sr. Straw, comunicó que su país tenía la intención de, en aplicación del art. 4 del Protocolo de Schengen, participar en determinadas medidas del acervo de Schengen. Una comunicación similar fue formulada por Irlanda.

Dicha petición británica se concretó posteriormente en mayo mediante una carta dirigida a la Presidencia del Consejo, a la que siguieron en julio y octubre unas peticiones de ampliación de las disposiciones en las que se pretendía participar. En concreto y para el Convenio de Schengen se pedía la participación en los artículos 39 a 44, 46 y 47 (cooperación policial); artículos 48 a 69 (asistencia judicial en materia penal, aplicación del principio *non bis in idem*, extradición y transmisión de la ejecución de sentencias penales); artículos 92 a 119 (SIS, con la excepción del art. 96 y 101.2) y artículos 126 a 130 (protección de datos personales). A ello había que añadir la aceptación de las disposiciones de los diferentes Convenios de adhesión al Convenio de Schengen y las decisiones y declaraciones del Comité ejecutivo de Schengen relacionadas con los artículos del Convenio antes mencionados.

En sustancia, la petición se pretendía coherente con la política tradicional del Reino Unido de mantener sus controles en fronteras, que había sido constitucionalizada en Amsterdam en un Protocolo, como se ha explicado anteriormente. En realidad se desprendía del tenor de la solicitud británica que su motivación básica era acceder al SIS, cuyo interés ya había sido puesto de manifiesto en diversas instancias parlamentarias y administrativas británicas, aunque se ampliaba con la referencia a disposiciones de cooperación policial, cooperación judicial-penal y tráfico de drogas.



Por tanto, el Reino Unido hacía suya la posibilidad de participar en un sistema, el de Schengen, de manera parcial, haciendo uso de la vía abierta por el art. 4 del Protocolo de Schengen que ya, en sí, había roto con la idea tradicional de la indivisibilidad del sistema, aunque la sometiera a la unanimidad del Consejo. Lo sorprendente era que precisamente se dejaba de lado la idea central del mismo, cual era el levantamiento de los controles en las fronteras interiores. Ello presuponía desde la óptica británica igualmente la divisibilidad del SIS, instrumento orientado en gran parte a la facilitación de la supresión de dichos controles al contener un listado de personas cuyo acceso se prohíbe en el espacio Schengen (vid. art. 96 del Convenio y los relacionados con el mismo, teniendo en cuenta que la normativa que regula la protección de datos en el SIS impide utilizar estos con fines distintos para los que fueron recogidos). No obstante, el propio Reino Unido reconocía la dificultad del ejercicio, al constatar la necesidad de precisar períodos transitorios para adoptar legislación interna de aplicación de los diferentes artículos del Convenio de Schengen que pretendía aplicar.

Por otra parte, el Reino Unido hacía una referencia diferenciada a la aplicación al territorio de Gibraltar en los distintos artículos del Convenio de Schengen en los que pedía participar<sup>22</sup>.

En julio de 1999, la Comisión europea emitió un dictamen sobre la petición del Reino Unido, tal y como le había solicitado el Consejo en cumplimiento de la Declaración núm. 45 al Acta Final de la Conferencia. El mismo, a pesar de algunas reservas, era eminentemente favorable a la petición británica.

Tras arduas negociaciones, en las que se intercalaron negociaciones bilaterales entre la parte británica y la española, se llegó a un acuerdo que tomó la forma de Decisión del Consejo aprobada por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior en Bruselas el 29 de mayo del año 2000 (D.O. L 131 de 1.6.2000). España, desde el principio muy reticente a la solicitud británica, ha podido sumarse al consenso en virtud de las contrapartidas que se han conseguido sobre la base de los acuerdos relativos a Gibraltar que se analizan en el apartado siguiente.

La Decisión consta de ocho artículos y una serie de Declaraciones.

En general se recoge la participación del Reino Unido en las disposiciones del Convenio de Schengen tal y como éste pretendía en sus peticiones iniciales. No obstante hay que señalar las peculiaridades siguientes:

- Se añaden los arts. 26 y 27 del Convenio relativos a los transportistas y a las sanciones contra el tráfico de personas.
- No se contempla el art. 41 relativo a las persecuciones «en caliente». Para la cuestión tan debatida de la vigilancia transfronteriza regulada por el art. 40 el

22. La petición general del Reino Unido se aplicaría en su totalidad a Gibraltar con la excepción de los artículos siguientes: arts. 40 a 43 (vigilancia transfronteriza y persecución en caliente); arts. 48 a 53 (asistencia judicial en materia penal cuyo Convenio base de 1959 no se aplica actualmente a dicho territorio) y arts. 59 a 66 (extradición, por idénticas razones que los artículos anteriores) y disposiciones como el art. 75 relativa a la libre circulación de mercancías, al no formar parte Gibraltar del territorio aduanero común.

Reino Unido se compromete, a través de una declaración, a satisfacer las necesidades operativas de los Estados miembros y la práctica acordada.

- El art. 47 se recoge completo salvo su apartado 2.c) referido a las fronteras exteriores.
- El art. 60 relativo a la extradición y al Convenio de 1957 sobre esta materia no se recoge finalmente.
- El art. 70 y el 74, ambos en materia de estupefacientes tampoco se recogen.
- En cuanto al SIS, se exceptúa, como era de esperar, la aplicación de los arts 96 y 101.2 por su estrecha relación con el control de las fronteras exteriores y la supresión paralela del control en la frontera interior, especificándose que las posibilidades de acceso y rectificación de los datos personales recogidos en el SIS se aplicarán en lo referente a los datos personales registrados en la parte nacional del SIS del Reino Unido.

También lógicamente se contemplan en la Decisión los Acuerdos de adhesión al Convenio de Schengen así como determinadas Decisiones y Declaraciones del Comité Ejecutivo en la medida en que están relacionadas con disposiciones del Convenio de Schengen en que participa el Reino Unido.

Aparte de disposiciones en las que se nombran las autoridades británicas responsables de la aplicación del Convenio, así como las relativas a las cuestiones presupuestarias derivadas de su participación, la Decisión acomete la regulación de los aspectos territoriales. Así especifica que el Reino Unido presentará una nueva solicitud para aplicar una serie de disposiciones a las Islas del Canal y a la Isla de Man.

Con relación a Gibraltar, cabe señalar que el Reino Unido ha aceptado la aplicación de disposiciones que pretendía no aplicar, como los arts. 48 al 53, en materia de asistencia judicial penal, o los arts. 59 a 66, con excepción del 60, en materia de extradición. Es de destacar que ninguna disposición del SIS se aplicará a Gibraltar. Ello es fruto de la oposición española que condicionó dicha inclusión a un resultado concreto en la utilización conjunta del puerto y del aeropuerto gibraltareños y el control conjunto de los mismos, en tanto en cuanto que el acceso al SIS podría permitir que en un futuro la colonia se constituyera en frontera exterior, posibilidad absolutamente negada por España.

La Decisión también es respetuosa con la necesidad, apuntada por el Reino Unido en su solicitud, de dar tiempo a éste a que adapte su legislación de forma que se cumplan las condiciones previas para poder aplicar todas las disposiciones. Lógicamente se especifica que la adopción de la Decisión es signo de que el Reino Unido ha notificado su deseo de participar de forma irrevocable, de conformidad con el art. 5 del Protocolo de Schengen, en todas las propuestas o iniciativas de desarrollo del acervo de Schengen basadas en las disposiciones que los británicos aceptan.

Una decisión similar deberá dar respuesta a la petición de Irlanda, que se sustanció mediante carta a la Presidencia del Consejo el 16 de junio de 2000. Sometida en términos paralelos, *mutatis mutandi*, a la británica (por ejemplo la cuestión del art.

40 del Convenio de Schengen se excluye, así como lógicamente el problema de Gibraltar) a la hora de redactar estas líneas sigue pendiente de discusión en el seno de Consejo, aunque es evidente que el modelo de la decisión tomada para el Reino Unido ejercerá una influencia manifiesta.

### **G) Acuerdos Hispano-Británicos relativos a Gibraltar**

El levantamiento del veto español a la solicitud de integración parcial del Reino Unido en Schengen fue posibilitado por la conclusión, entre España y el Reino Unido, de unos acuerdos que pretenden solucionar una serie de cuestiones espinosas sobre la sempiterna controversia sobre Gibraltar, que, como se ha señalado anteriormente, era objeto de consideración especial en la demanda del Reino Unido.

La firmeza de la posición española frente al interés demostrado por el Reino Unido de participar parcialmente en Schengen –en particular por su apego al SIS– ha hecho posible obtener una solución relativamente satisfactoria que pretende resolver asimismo la situación de bloqueo en que se encontraban numerosos instrumentos jurídicos comunitarios o de la Unión que también tocaban el fondo del problema.

Estos acuerdos<sup>23</sup> pueden resumirse de la forma siguiente:

• *El Acuerdo sobre las autoridades de Gibraltar.* La posición española ha sido siempre muy clara al respecto, en el sentido de no reconocer la capacidad de relación externa de las autoridades enclavadas en el territorio gibraltareño por sí mismas. En efecto, el artículo 299.4 TCE alude a los territorios cuyas relaciones exteriores asume un Estado miembro, siendo de común interpretación que se refiere en la actualidad exclusivamente a Gibraltar. En este sentido, el acuerdo viene a consagrar la interpretación siempre mantenida por España de que corresponde únicamente a las autoridades del Reino Unido la responsabilidad por la actuación de las autoridades gibraltareñas.

En cuanto a su caracterización jurídica, el acuerdo se realizó a través de un intercambio de cartas entre los representantes permanentes ante la U.E. el 19 de abril de 2000, de forma que se evite su caracterización como tratado internacional de pleno derecho y, por ende, su posible fiscalización o judicialización ante una instancia internacional –siguiendo la práctica habitual en las materias relacionadas con el territorio en cuestión– aunque sí se facilitaría su difusión oficial entre todos los Estados de la U.E., a través de la Secretaría General del Consejo. Asimismo, el acuerdo se pretende global, esto es que se aplique a todo tipo de instrumentos jurídicos, vinculantes o no, del derecho comunitario y de la Unión y señala explícitamente su intención de no perjudicar en modo alguno las distintas posiciones de ambos países en el contencioso de soberanía.

Desde el punto de vista de su contenido, el acuerdo prevé la creación, en el «Foreign Office» británico de una Oficina de enlace con las autoridades gibraltareñas

23. Vid. Boletín del Congreso de los Diputados núm. 184 de 14 de marzo de 2001 (págs. 5411 y ss) en el que se recoge la comparecencia del Ministro de Asuntos Exteriores ante el Congreso con el fin de explicar dichos acuerdos.



para asumir y canalizar las comunicaciones o decisiones que emanen de los órganos gibraltareños o se dirijan a ellos. Esto permite extinguir una práctica frecuente por parte del Reino Unido de permitir la actuación independiente de autoridades gibraltareñas en ámbitos internacionales, lo que no podía en absoluto ser tolerado por nuestro país sin reconocer implícitamente una personalidad jurídica internacional a dichas autoridades.

- *El Documento de identidad de Gibraltar.* Hace ya una serie de años, el Gobierno de Gibraltar comenzó a emitir una serie de documentos de identidad que pretendía fueran reconocidos como títulos de viaje válidos a efectos comunitarios, con la aquiescencia y el apoyo del Reino Unido. España se opuso desde el principio a tal pretensión aludiendo a que los mismos no eran expedidos válidamente por ningún Estado miembro, ya que el Reino Unido no constaba como tal emisor.

En este caso la solución se encuentra a través de un instrumento jurídico con las mismas características que el reseñado en el apartado anterior, un intercambio de cartas, realizado el mismo día y por idénticas razones. En su virtud se aportarán unas modificaciones en dichos documentos (en el anverso figurarán las palabras «Reino Unido» encima de Gibraltar y en el reverso, como oficina expedidora se señalará la «Oficina del Registro de Civiles. Gibraltar. Validado a efectos de viaje en la U.E. bajo la autoridad del Gobierno del Reino Unido», en lugar de la actual mención al Gobierno de Gibraltar) que harán posible solucionar la controversia mencionada.

- *El Acuerdo de cooperación bilateral policial.* Fue firmado por los Ministros de Interior de ambos países al hilo de la aprobación por el Consejo de la Decisión que da luz verde a la entrada parcial del Reino Unido en Schengen el 29 de mayo de 2000. Se pretende un desarrollo del artículo 39 del Convenio de Schengen, que también aplicará el Reino Unido, referido a la cooperación bilateral especial en zonas fronterizas mediante acuerdos específicos de cooperación policial. Ello se sustancia en la posibilidad de relaciones directas –que en la práctica existían– entre las fuerzas policiales de uno y otro lado, facilitadas por el nombramiento de oficiales de enlace y la puesta en práctica de líneas permanentes, en los ámbitos de los delitos a los que se alude en el art. 29 TUE. Ello se hace como excepción operativa, por las especiales condiciones de la zona, a la necesidad de que una autoridad de Londres quede siempre en medio de tales relaciones –los Ministerios respectivos del Interior se erigen en garantes y supervisores del acuerdo– y, por supuesto, sin perjuicio de las respectivas posiciones de ambos países en el contencioso.

## VII. CONCLUSIÓN

El establecimiento de un «Espacio de libertad, seguridad y justicia» tal y como propugna el Tratado de Amsterdam ligeramente revisado por el Tratado de Niza, a través de múltiples instrumentos, supone un revulsivo claro con el fin de hacer posible la consecución de un objetivo ciertamente deseado desde el origen de la Comunidad, cual es la libre circulación de personas.

Ahora bien, se trata de acercarse a dicho objetivo a través de una aproximación mucho más realista de lo que se ha hecho anteriormente. Así se ha tenido en cuenta, por un lado, que existen Estados miembros que demandan una integración más plena en esta materia pero que vaya a la vez acompañada de una serie de medidas que abundan en la propia seguridad interior, junto a otros que están absolutamente en contra de avances sustanciales en este sentido.

Ese difícil encaje es el que trata de conseguir el Tratado de Amsterdam. Para ello se apoya en un instrumento de extraordinaria importancia en este ámbito como es el Convenio de Schengen, a partir de ahora Derecho comunitario y de la Unión. Es de suma importancia no haber dejado pasar la oportunidad de integrar un acervo legislativo que ha logrado un nivel de integración muy importante entre una mayoría de los Estados de la U.E., sometiéndolo a un marco institucional y jurídico que ayude a contrarrestar las críticas basadas en un supuesto déficit democrático y judicial.

En estas circunstancias, España ha conseguido, aún en circunstancias de negociación duras y extremas, mantener sus posiciones e incluso resolver algunas cuestiones pendientes, en particular en el contencioso de Gibraltar.

Confiemos en que, a pesar de la complejidad de las relaciones que se tejen entre los distintos instrumentos, este «Espacio» propugnado en Amsterdam y confirmado y desarrollado en Niza sienta de una vez por todas las bases de una verdadera libre circulación, al menos entre quienes la deseen de verdad. Parece que los desgraciados atentados terroristas sufridos el 11 de septiembre de 2001 por los Estados Unidos y sus consiguientes efectos en todo el mundo, tendrán paradójicamente una influencia positiva en la consolidación de este espacio.