

# EL ESPACIO JUDICIAL Y PENAL EN EL MARCO DEL CONVENIO DE SCHENGEN. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN DE DELITOS

Víctor MORENO CATENA

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

**D**ESDE un primer momento parece conveniente señalar que el contenido y ámbito del llamado Convenio de Schengen es algo casi tan desconocido entre los ciudadanos como la pequeña localidad luxemburguesa que le da nombre, situada en la frontera con Francia y Alemania. Para empezar, diremos que no se trata realmente de un único instrumento internacional, sino de dos, separados por un lustro y, sobre todo, por objetivos sensiblemente distintos: el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985 (en adelante, el Acuerdo), y el Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990 (en adelante, el Convenio de Aplicación).

El primero de ellos se firmó originariamente por cinco Estados: Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo y Holanda; Italia se adhirió el 27 de noviembre de 1990 y al año siguiente, el 25 de junio de 1991, lo hicieron España y Portugal; Grecia, por su parte, se adhirió el 6 de noviembre de 1992. Este Acuerdo para la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, que pone énfasis en que puede ser firmado sin reserva de ratificación o de aprobación, se limita a enunciar, a lo largo de sus 33 artículos, un conjunto de medidas concretas que

debían adoptarse a corto plazo (arts. 2 a 16), y otras medidas (arts. 17 a 27) a largo plazo, que no son sino *desiderata* sin eficacia práctica, lo que naturalmente demandaba otro texto donde se concretaran las medidas precisas. Es decir, que el Acuerdo carecía de los instrumentos necesarios para hacer efectivas sus previsiones, que deberían haberse cumplido en su totalidad el 1 de enero de 1990 (art. 30); de aquí que pueda calificarse con acierto como “tratado marco”, o como una suerte de norma programa.

Ante tal estado de cosas, los cinco Estados signatarios del Acuerdo de 1985 apreciaron la necesidad de aprobar un nuevo instrumento que contuviera los mecanismos precisos para poner en práctica las medidas de supresión gradual de los controles fronterizos. Así se firmó el Convenio de Aplicación, con 142 artículos de entendimiento ciertamente difícil, y una gran complejidad en su estructura y en las materias que regula, al que se sumaron los restantes Estados.

Este Convenio de Aplicación va mucho más allá de una mera declaración de principios, como se pone de manifiesto por las dificultades de todo orden que se han advertido hasta los recientes balbuceos de su entrada en funcionamiento, nada menos que cinco años después de su firma, y habiendo quedado en el camino tanto Italia como Grecia; en estos países los instrumentos Schengen no son de aplicación.

Las causas de las demoras han sido muy variadas: de un lado, la permisividad holandesa en materia de estupefacientes; de otro lado, las dudas de Luxemburgo porque pudiera verse afectado su sistema fiscal; en tercer lugar, los problemas derivados de la unificación alemana, y la inclusión de la antigua RDA en el espacio Schengen; en cuarto lugar, las reservas de Holanda, sobre todo, y también de Bélgica, respecto de las consecuencias del Acuerdo sobre el derecho de asilo; en quinto lugar, las sucesivas adhesiones de Italia, de España y Portugal y luego de Grecia; y, finalmente, las dificultades por problemas internos de algunos Estados, como se advirtió en el Informe de la Comisión de control del Senado francés de 18 de diciembre de 1991, a pesar de que el sistema de información de Schengen está instalado en Estrasburgo, o en el dictamen del Consejo de Estado holandés de 8 de abril de 1991, que recomendó la no ratificación del Convenio de Aplicación.

Por consiguiente, quede claro desde un principio que la normativa Schengen se compone de dos textos, siendo el Convenio de Aplicación el que contiene las concretas disposiciones para poner en funcionamiento un espacio interior común sin controles fronterizos.

Parece conveniente señalar también que la normativa Schengen se aplica en la actualidad en “dos velocidades”: se encuentra en vigor desde el 26 de marzo de 1995 en siete Estados de la Unión Europea: Alemania, Bélgica, España, Francia, Holanda, Luxemburgo y Portugal, y quedan por el momento fuera los otros dos signatarios: Grecia e Italia. Por su parte Austria asiste a las reuniones del

grupo como observadora y han solicitado estar presentes Dinamarca y Suecia; también han pedido asistir otros dos Estados que no están integrados en la Unión Europea: Noruega e Islandia.

En otro orden de cosas, la construcción de la llamada Europa de Schengen ha estado rodeada, desde siempre, de un absoluto hermetismo, lo que ha provocado no pocas y explicables suspicacias, máxime cuando se hubo de pedir la ratificación o aprobación *a posteriori* del Convenio de Aplicación por los parlamentos nacionales, advirtiéndose en no pocas ocasiones del déficit democrático de todo lo que en el seno del grupo de Schengen se viene fraguando. Los parlamentarios denunciaron que no habían tenido en su momento ni ya intervención en la elaboración de los instrumentos sobre los que debían pronunciarse, sino ni siquiera suficiente información sobre las posibilidades prácticas de su aplicación y los peligros que potencialmente encerraban, ni sobre la estructura y poderes de la organización.

En general, tanto las negociaciones como las propuestas y los textos han circulado y se han desarrollado dentro de un gran secretismo, como si se tratara de medidas de pura ejecución material, o de medidas meramente técnicas, o de disposiciones para la cooperación de cuerpos policiales, de aplicación solamente a ellos y a los funcionarios de aduanas ..., cuando realmente las normas de Schengen afectan de modo directo y en primera persona a todos los ciudadanos.

## II. EL CONTENIDO DEL CONVENIO DE SCHENGEN Y SU RELACIÓN CON EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Como se acaba de señalar, el Convenio de Aplicación es un texto enormemente complejo, fragmentario y mal estructurado, que engloba de un modo desordenado materias muy diferentes. Desde luego, excede de unas simples medidas administrativas y policiales para suprimir los controles en las fronteras interiores de los países donde se aplica.

El Convenio de Aplicación regula, eso sí, materias encaminadas al objetivo final de la creación del espacio interior sin controles fronterizos; son materias muy diversas y se aborda tanto el cruce de las fronteras interiores como el de las fronteras exteriores; se establecen normas comunes de visados, y condiciones de circulación y otorgamiento de permisos de residencia a extranjeros; se determinan los deberes de los Estados en relación con las solicitudes de asilo.

En el último título se regula prolijamente el llamado sistema de información de Schengen (en adelante, SIS), con los requisitos de explotación de los datos y de protección del fichero.

Por su parte, dentro del título segundo, referido a policía y seguridad, el Convenio de Aplicación contiene disposiciones específicas sobre cooperación

policial, pero también sobre tránsito de estupefacientes y armas y municiones, así como, mezclado con todas esas materias, normas relativas a la cooperación judicial.

De todos modos, es de hacer notar que todas las normas de Schengen son normas *secundarias* o *dependientes*, normas de segundo grado, en la medida en que reconocen y respetan como de superior rango las emanadas de la Unión Europea (el art. 134 del Convenio de Aplicación previene que sus disposiciones sólo serán aplicables “en la medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario”).

Por otro lado, en lo que hace a los principales aspectos de la cooperación judicial, se trata de normas *complementadoras*, ya que pretenden integrar o mejorar otros instrumentos internacionales aprobados en el ámbito del Consejo de Europa, como el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal (según se establece en el art. 48), el Convenio Europeo de Extradición (como se dispone en el art. 59), o el Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas (así, el art. 67).

Sin embargo, la primacía o prioridad del Derecho comunitario no nos puede inducir a creer que la Europa de Schengen tiene algún género de dependencia o de vinculación orgánica con la Unión Europea, ni siquiera después de Maastricht. Schengen es una organización intergubernamental “a siete” sin previsión alguna de “comunitarizarse” por el momento y, por tanto, ajena a los mecanismos de la Unión, incluido el Tribunal de Justicia, aun cuando *a posteriori*, en el Tratado de la Unión Europea, se vino a reconocer implícitamente y a admitir su existencia (art. K.7).

Incluso el más “visible” de los mecanismos respectivos en cooperación, la cooperación policial, está absolutamente alejada, pues mientras Schengen opera a base de la intervención directa de la policía “interesada” y del SIS, que no es más que un banco de datos, la Unión Europea ha creado EUROPOL (art. K.1.9 del TUE), que se debe convertir, una vez se publique el Convenio sobre la misma, aprobado en junio de 1995, en una célula única, situada en La Haya, compuesta por oficiales de enlace de los “quince”, llamada a elaborar información a requerimiento de las policías nacionales.

En resumen, cabe decir que Schengen representa, una vez que ha entrado en vigor, la creación de un ámbito espacial que se extiende al territorio europeo de siete países de la Unión (recuérdese que se excluyen los territorios de ultramar tanto franceses como holandeses), que por encima de los instrumentos de Schengen se definen integrantes de la Unión Europea.

En este territorio se instauran unos estrictos controles en sus fronteras exteriores, y se adopta una política común en materia de asilo y de visados, con la finalidad de abrir el espacio interior a la libre circulación de personas, pero estableciendo al propio tiempo instrumentos que permitan en el interior salvaguardar

la lucha contra la inmigración clandestina y la criminalidad, para lo cual se crea el SIS y se aprueban otras medidas que pretenden agilizar tanto la labor policial como la cooperación judicial.

### III. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN DE HECHOS DELICTIVOS

El Convenio de Aplicación contiene, como se acaba de decir y resultaba imprescindible, una serie de medidas que pretenden compensar la desaparición de los controles en las fronteras interiores del espacio Schengen; se trata con ellas de evitar que la libre circulación de personas pudiera llegar a convertirse en un sencillo mecanismo al servicio de los delincuentes para conseguir la impunidad, poniéndose a buen recaudo en otro Estado al traspasar una frontera sin control o, al menos, dificultando enormemente con la huida del lugar donde se cometió el delito tanto la investigación como la persecución penal.

El objeto del presente análisis de los instrumentos Schengen se centra exclusivamente en lo relativo a la justicia penal, incluso en la fase preprocesal. Por consiguiente, partimos de la comisión de un hecho delictivo con repercusiones en varios Estados de la Europa Schengen, bien porque sea preciso investigar en otro país los hechos, bien porque sea necesario detener y entregar al inculcado al Estado donde el delito se cometió, bien porque deban practicarse en el extranjero determinadas diligencias procesales, bien porque se pretenda el cumplimiento de la pena en otro Estado.

### IV. LA ASISTENCIA POLICIAL

La primera medida de cooperación policial que el Convenio de Aplicación contiene es la de asistencia policial, que se extiende tanto a la prevención de delitos (materia que evidentemente escapa a lo que es objeto de estas líneas), como a las actuaciones de investigación de hechos delictivos. A este propósito dispone el artículo 39.1 que

“las Partes contratantes se comprometen a que sus servicios de policía, respetando la legislación nacional y dentro de los límites de sus competencias, se presten asistencia para prevenir e investigar hechos delictivos, siempre que el Derecho nacional no reserve la solicitud a las autoridades judiciales y que la solicitud misma o su ejecución no supongan la aplicación de medidas coactivas por la Parte contratante requerida. Cuando las autoridades de policía requeridas no sean competentes para ejecutar una solicitud, la transmitirán a las autoridades competentes”.

La solicitud de asistencia, dado el ámbito en que se desenvuelve el precepto —investigación de delitos—, habrá de provenir lógicamente de la policía de

investigación criminal, de la policía judicial. En España la solicitud deberá partir de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, que son quienes constitucional y legalmente tienen encomendada la labor de averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente (arts. 126 CE y 29 y ss. LO 2/1986).

La actividad de asistencia a que se refiere el artículo 39 del Convenio de Aplicación parece que puede entenderse en un sentido amplio, comprensiva de cualquier tipo de medidas, gestiones, diligencias o actuaciones que en el ámbito propio del quehacer policial se puedan requerir de estos servicios y se deban realizar en el territorio de ese otro Estado, pero esencialmente se tratará de informaciones (cfr. art. 39.2). Por consiguiente, con esta solicitud de asistencia se está demandando una colaboración activa, un hacer concreto por parte de los servicios policiales del Estado requerido, que deberá prestarse también por las Unidades competentes: en buena lógica, las Unidades de Policía Judicial.

Esta cooperación y asistencia se concreta en la puesta a disposición de los cuerpos policiales de medios técnicos, que también servirán de soporte para las medidas de vigilancia y persecución transfronterizas que luego se estudian. De este modo, el artículo 44 del Convenio de Aplicación prevé el establecimiento a corto plazo, sobre todo en las regiones fronterizas, de líneas telefónicas, radio, télex y otros enlaces directos, así como analizar medidas para hacerlas más eficaces.

Sin embargo, la asistencia policial encuentra en el precepto dos limitaciones, a saber: la reserva judicial y la aplicación de medidas coactivas. En primer lugar, se excluyen de este mecanismo las medidas o diligencias que hayan de ser solicitadas precisamente por una autoridad judicial, es decir, las peticiones de cooperación internacional reservadas a la autoridad judicial, en cuyo caso serán de aplicación los preceptos del capítulo II, rubricado "Asistencia judicial en materia penal". Así pues, habrá que estar a la legislación nacional del Estado que pretende la asistencia: si la ley no encomienda exclusivamente a la autoridad judicial la petición de requerimiento, esto es, si guarda silencio sobre el particular o atribuye la facultad de forma indistinta tanto a la autoridad judicial como a los servicios de policía, éstos podrán con éxito, al amparo del artículo 39 del Convenio de Aplicación, cursar la solicitud de asistencia, aun cuando se esté sustanciando un proceso penal por los hechos a que se refiera la petición.

En España, desde el momento en que se inicia el proceso penal, es el juez de instrucción quien se hace cargo y dirige la investigación de los hechos delictivos (arts. 306 y 784 LECrim), de modo que las diligencias que ordene y deban realizarse en el extranjero habrán de ajustarse a las normas establecidas para la cooperación judicial, sin tener en cuenta las relativas a la asistencia policial.

Distinta puede ser la consideración del Ministerio Fiscal cuando, en virtud de lo dispuesto en el artículo 785 bis LECrim, ordene a la Policía Judicial la práctica de diligencias y éstas deban hacerse (o puedan completarse) en el extranjero;

en este caso, dados los términos del artículo 39 del Convenio de Aplicación, cabe sostener que el cumplimiento de la orden del fiscal se pueda cumplir remitiendo directamente los servicios policiales españoles a los servicios policiales extranjeros una solicitud de asistencia.

En segundo lugar, no puede utilizarse este mecanismo cuando para cumplimentar la solicitud de asistencia la policía tuviera que aplicar medidas coactivas. El Convenio de Aplicación respeta desde luego la legislación nacional, sin que a la policía le sea dado excederse de los límites de actuación y de las competencias que sus propias normas le imponen. Pero, al propio tiempo, restringe las actuaciones policiales a instancia directa de los servicios extranjeros a los solos supuestos en que no haya que utilizar coacción, y tal disposición debe entenderse aplicable aun cuando la legislación nacional le permitiera de propia autoridad el empleo de la coacción.

Por tanto, el artículo 39.1 del Convenio de Aplicación excluye de su ámbito todas aquellas diligencias que lleven aparejado el uso de la fuerza, sea sobre las personas, sea sobre los bienes. En tales casos deberá entrar en juego lo dispuesto en el último inciso del artículo 39.1, y así, por falta de competencia, las autoridades de policía remitirán la solicitud a las autoridades competentes, que en buena lógica será la judicial.

La solicitudes de asistencia se remiten por conducto de los servicios centrales de cooperación policial internacional, salvo que razones de urgencia exijan la remisión directa a las autoridades policiales que hayan de prestarla, si bien en este caso se informará sin demora al servicio central. Las respuestas a las solicitudes seguirán la misma vía (art. 39.3 del Convenio de Aplicación).

Es de hacer notar que la asistencia policial para la investigación de hechos delictivos no se establece en supuestos tasados, de donde hay que entender que abarca cualquier delito. El problema puede venir entonces, ante la falta de una legislación penal uniforme, de la diferente consideración que un mismo hecho tenga en el derecho interno de los Estados requirente y requerido. Sin embargo, a la vista de la amplitud con que viene concebido el mecanismo del artículo 39 del Convenio de Aplicación, y de la clara voluntad de ampliar la colaboración y la asistencia, es posible sostener que ni los servicios centrales de cooperación policial internacional ni los funcionarios de policía a quienes directamente se remitiera la solicitud, vienen obligados a examinarla y decidir en Derecho sobre la cuestión. Por tanto, si la solicitud policial de asistencia aparece fundada en la investigación de un hecho que es delictivo en el Estado requirente, las autoridades policiales requeridas deben cumplimentarla de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.

Como es lógico, el resultado de la asistencia prestada será transmitido a los servicios de policía que la solicitaron para el esclarecimiento y sanción de los hechos delictivos de que se trataba. Por tanto, la policía requirente podrá manejar,

a los fines pretendidos, todo aquello que se le proporcione por la cooperación de los servicios extranjeros, pero con una importante limitación: las informaciones escritas como medio de prueba en el proceso penal sólo se podrán utilizar con el previo consentimiento de las autoridades judiciales del Estado que la facilitó (art. 39.2 del Convenio de Aplicación).

## V. LA VIGILANCIA TRANSFRONTERIZA

El artículo 40 del Convenio de Aplicación regula una forma de cooperación pasiva entre los Estados de Schengen en la investigación de hechos delictivos, consistente en permitir que se realicen dentro de su territorio actividades de vigilancia por parte de agentes extranjeros, aunque también puede solicitarse que se encomiende la observación a agentes del Estado donde tiene lugar. El artículo 40.1 del Convenio de Aplicación dispone que

“Los agentes de una de las Partes contratantes que, en el marco de una investigación judicial, estén vigilando a una persona que presuntamente haya participado en un hecho delictivo que pueda dar lugar a extradición estarán autorizados a proseguir tal vigilancia en el territorio de otra Parte contratante cuando ésta haya autorizado la vigilancia transfronteriza a raíz de una solicitud de asistencia judicial presentada previamente. En la autorización se podrán imponer condiciones.

Previa solicitud, la vigilancia se encomendará a los agentes de la Parte contratante en cuyo territorio se realice.

La solicitud de asistencia judicial mencionada en el párrafo primero deberá dirigirse a una autoridad designada por cada una de las Partes contratantes y competente para conceder o transmitir la autorización solicitada.”

Destaca en primer lugar que la medida de vigilancia transfronteriza se contempla dentro de un proceso penal abierto, dentro de una “investigación judicial” y se centra exclusivamente en la persona que hubiera participado en un hecho delictivo, y sólo en ella; por tanto, se trata en realidad de “asistencia judicial”, o cooperación recabada por una autoridad judicial, de donde mal se puede entender su ubicación en el capítulo de la cooperación policial.

Así pues, a pesar de los términos inequívocos del Convenio de Aplicación sobre este particular, parece haber primado el hecho de que la vigilancia se realice materialmente por agentes de policía, como así se establece en el Acuerdo de Adhesión de España (art. 2), encomendando la observación (tanto la que hubiera de realizarse en el extranjero como en España, previa solicitud de otro Estado) a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y del Cuerpo de la Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones de policía judicial, así como los funcionarios dependientes de la Administración de Aduanas.

Si la vigilancia transfronteriza, en situación de normalidad, se adopta dentro de un proceso penal, sin duda alguna deberá ser ordenada por la autoridad judicial que lo esté instruyendo, como responsable de la investigación de los hechos delictivos. Sin embargo, en el Convenio de Aplicación se designa para todos los Estados a una autoridad policial como la autoridad competente para conceder o transmitir la autorización solicitada (en España, la Dirección General de la Policía, art. 2 del Acuerdo de Adhesión). Esto quiere decir que, partiendo de la base del previo mandamiento judicial, tanto la transmisión al extranjero de la solicitud como la autorización para que la medida se produzca en España compete a las autoridades policiales y no a una autoridad judicial.

La solución adoptada en el Convenio de Aplicación, que a primera vista podría causar sorpresa y generar suspicacias, parece sin embargo acertada, si se tiene en cuenta que la medida se limita a permitir la entrada en el territorio a agentes de policía de otro Estado (cuando no se encomiende la diligencia a los propios) para realizar una mera vigilancia de una determinada persona en las vías o lugares públicos, de modo que los agentes no podrán entrar ni en los domicilios ni en los lugares no abiertos al público, ni tampoco podrán “interrogar” ni detener a la persona vigilada [art. 40.3.e) y f) del Convenio de Aplicación]. De aquí que, dada la mayor agilidad de las autoridades policiales y los problemas que podría suscitar la creación de un órgano judicial que centralizara las transmisiones de autorización y las concesiones para ejecutar la medida, no se aprecien problemas en la solución acordada.

La medida de observación fronteriza no se configura con límites ni espaciales ni temporales: puede realizarse en cualquier punto del territorio y durante el tiempo que se estime necesario, aunque deberá cesar tan pronto como lo solicite el Estado donde se esté efectuando o se cumpla el plazo que se hubiere señalado en la autorización (art. 40.1, segundo párrafo y 40.2, último párrafo). La medida se agota con la vigilancia, con la obtención de datos o informaciones sobre las actividades del vigilado en el extranjero, que se podrán aportar como prueba documental y testifical en el proceso penal, pero no puede por sí misma desembocar en ninguna otra actuación. Ello significa que si las circunstancias que se produzcan aconsejan intervenir respecto del vigilado, v.gr. procediendo a su detención, será preciso obtener previamente una solicitud de detención provisional (art. 16 del Convenio Europeo de Extradición) o una descripción en el SIS (art. 64 del Convenio de Aplicación), salvo que hubiera cometido algún hecho delictivo en el país donde se encuentre, que permita detenerlo allí.

Así como la asistencia policial en el artículo 39 del Convenio de Aplicación no venía limitada en función de los hechos investigados, la vigilancia transfronteriza sólo puede llevarse a cabo en el marco de un proceso penal por delito que pueda dar lugar a extradición (castigado con pena privativa de libertad de un año por lo menos, artículo 2 del Convenio Europeo de Extradición).

Sin embargo, cuando por razones particularmente urgentes no pueda obtenerse la previa autorización, se podrá proseguir la vigilancia "en caliente" dentro del territorio de otro Estado, siempre que se comunique de forma inmediata el cruce de la frontera y se transmita sin demora la solicitud de asistencia judicial, exponiendo los motivos que justificaron la entrada sin previa autorización. En tal caso debe cesar desde luego a instancia del requerido o si la autorización no se concede en las cinco horas siguientes al cruce de la frontera (art. 40.2 del Convenio de Aplicación).

La continuación de la vigilancia sólo está permitida en las investigaciones de una serie de delitos muy graves, como asesinato, homicidio, violación, incendio provocado, falsificación de moneda, robo y encubrimiento con ánimo de lucro o receptación, extorsión, secuestro y toma de rehenes, tráfico de seres humanos, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, infracciones de las disposiciones legales en materia de armas y explosivos, destrucción con explosivos o transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos (art. 40.7 del Convenio de Aplicación); esta previsión representa para el agente un criterio más simple y, por tanto, más seguro que analizar si los hechos que se investigan son sancionados en los dos Estados con más de un año de privación de libertad.

Sea como fuere, para la vigilancia transfronteriza se deben cumplir una serie de condiciones, garantías de los Estados "visitados", tales como el sometimiento al Derecho del Estado donde se realiza; la obediencia a las órdenes de las autoridades locales (de todo tipo, cada una en el ejercicio de sus competencias); la permanente identificación y justificación de la autorización; la prohibición de utilizar el arma de servicio (aunque se puede impedir la entrada con arma), salvo en caso de legítima defensa; la prohibición de entrada en los domicilios y en los lugares que no estén abiertos al público; la prohibición de interrogar o de detener a la persona vigilada; la presentación de un informe a las autoridades donde se ha realizado la vigilancia, así como la debida colaboración con ellas en la investigación que resulte de la operación en que participaron (art. 40.3 del Convenio de Aplicación).

## VI. LA PERSECUCIÓN "EN CALIENTE"

La llamada persecución "en caliente" (*hot pursuit*) representa otra forma de cooperación pasiva, en virtud de la cual un Estado tolera que dentro de su territorio se desarrollen actividades de seguimiento de una persona, darle alcance y proceder a su retención por parte de agentes extranjeros, dirigidas a la represión penal que haya de aplicarse fuera de sus fronteras. El artículo 41 del Convenio de Aplicación dispone que:

"Los agentes de una de las Partes Contratantes que, en su país, estén siguiendo a una persona hallada en flagrante delito de comisión de una de las infracciones mencionadas en el apartado 4 o de la participación en una de dichas infracciones estarán autorizados a proseguir la persecución sin autorización previa en el territorio de otra Parte contratante cuando las autoridades competentes de la otra Parte contratante, debido a la especial urgencia, no hayan podido ser advertidas previamente de la entrada en el territorio por uno de los medios de comunicación mencionados en el artículo 44, o cuando dichas autoridades no hayan podido personarse en el lugar con tiempo suficiente para reanudar la persecución.

Se aplicarán las mismas normas cuando la persona perseguida se hubiese evadido mientras estaba bajo detención provisional o cumpliendo una pena privativa de libertad."

Aun cuando parece una medida espectacular, un supuesto de atribución de facultades exorbitantes en favor de agentes extranjeros, la persecución "en caliente", tal como está diseñada en el Convenio de Aplicación y las limitaciones de todo orden que en artículo 41 se establecen, es un tímido intento de no perder eficacia en la persecución de hechos delictivos graves o muy graves por la desaparición de los controles en las fronteras interiores; una medida que en realidad tiende a compensar las deficiencias que por este hecho van a surgir en la represión penal.

En primer lugar, destaca respecto de esta medida que sólo procede cuando se continúe la persecución de una persona hallada en delito flagrante, es decir, el que se estaba cometiendo o se acababa de cometer cuando el delincuente o delinquentes fueran sorprendidos y siempre que no se hubieran puesto fuera del alcance de sus perseguidores (en expresión del antiguo art. 779 LECrim, desaparecido en la reforma de la LO 7/1988, y del actual art. 398 de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar).

Por consiguiente, se trata de una actuación estrictamente policial pero preordenada o dirigida a un proceso penal que habrá de iniciarse normalmente en el país donde el delito se cometió, en donde se sorprendió al delincuente y se inició la persecución; a este proceso habrá que incorporar necesariamente el oportuno atestado con las incidencias que se hubieren producido. En razón de lo dicho, tienen encomendada la ejecución de la medida agentes de policía, del Cuerpo Nacional de Policía y del Cuerpo de la Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones de policía judicial, además de funcionarios de aduanas para determinados delitos (art. 3 del Acuerdo de Adhesión de España).

En segundo lugar, ha de tratarse de delitos graves o muy graves. El Convenio de Aplicación (art. 41.4) brinda a los Estados dos posibilidades a este propósito: o bien se admite la persecución por toda infracción que pueda dar lugar a extradición (delitos castigados con pena privativa de libertad de un año por lo menos, según el art. 2 del Convenio Europeo de Extradición), o bien por hechos

que constituyan delito de los que aparecen enunciados en un listado (asesinato, homicidio, violación, incendio provocado, falsificación de moneda, robo y encubrimiento con ánimo de lucro o receptación, extorsión, secuestro y toma de rehenes, tráfico de seres humanos, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, infracciones de las disposiciones legales en materia de armas y explosivos, destrucción con explosivos, transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos; es decir, los mismos previstos para la vigilancia transfronteriza urgente, a los que se añade el delito de fuga a raíz de un accidente con resultado de muerte o heridas graves). Esta última opción ha sido la acogida por España en sendas Declaraciones Unilaterales respecto de las fronteras comunes con Francia y Portugal en el momento del Acuerdo de Adhesión.

En tercer lugar, se infiere del texto la necesidad de una previa autorización del Estado donde los delincuentes y perseguidores se adentran; sin embargo, a diferencia de lo previsto en la vigilancia u observación transfronteriza, nada se concreta respecto de las autoridades competentes para conceder la autorización.

Cabría integrar el supuesto con dos interpretaciones diferentes: en primer término, se puede considerar que, dada la naturaleza de la medida, las autoridades que deben conceder la autorización serían los mandos policiales más próximo al punto en que se cruza la frontera, lo que deja la cuestión en una absoluta indefinición, teniendo en cuenta que tanto el Cuerpo Nacional de Policía, como la Guardia Civil o la Administración de Aduanas tienen estructura y funcionarios en las zonas fronterizas. En segundo término puede sostenerse que, por analogía con la medida de vigilancia del artículo 40, la autorización a que alude el artículo 41.1 del Convenio de Aplicación se ha de conceder por las mismas autoridades definidas para aquélla; en España, la Dirección General de la Policía, lo que proporciona mayor precisión, unidad de criterio en la concesión y conocimiento centralizado en los responsables políticos de la utilización de la persecución “en caliente”.

De todos modos, consciente de que el supuesto de hecho de la medida no consentiría recabarla en la mayoría de los casos, el Convenio de Aplicación dispone que podrá proseguirse la persecución sin la autorización previa cuando no se haya podido advertir con antelación a las autoridades o cuando éstas no se hubieran podido personar en el lugar fronterizo por donde penetre el delincuente perseguido. En tales casos, a más tardar en el momento en que se cruce la frontera, se habrá de recurrir a las autoridades competentes del Estado donde continúe la persecución (art. 41.1). Éstas no tienen porqué ser las autoridades centrales, habida cuenta de la diferente situación; la urgencia o inmediatez de la entrada en el territorio del otro Estado, así como, sobre todas las cosas, porque no habla el Convenio de Aplicación de “autorizar”, sino de “recurrir a”; por tanto, debería comunicarse a las unidades policiales de los Cuerpos a que se refiere el Acuerdo de Adhesión de España, que estén situadas en las cercanías de la frontera.

Por otra parte, y a diferencia de la vigilancia transfronteriza, que no conoce límites espaciales o temporales para su ejecución (sin perjuicio de que haya de cesar a instancia del Estado que la autoriza, lo que también ocurre en la medida que ahora se analiza), la persecución “en caliente” puede tener que sujetarse a unos límites muy estrictos en el espacio y en el tiempo. El Convenio de Aplicación permite a los Estados, mediante declaraciones unilaterales —que naturalmente se han formulado equivalentes para los limítrofes—, optar bien por no establecer límites de espacio ni de tiempo, bien por establecer una zona o un período de tiempo desde el cruce de la frontera para realizar la persecución (art. 41.3). Bélgica, por un lado, y Alemania, Francia, Holanda y Luxemburgo, por otro, no fijaron limitaciones ni de espacio ni de tiempo; Alemania y Luxemburgo lo establecieron; Francia también lo fijó tanto con Italia (aunque no está en vigor el Convenio de Aplicación en esa frontera) como con España, y viceversa: 10 kilómetros, sin límite temporal; España con respecto a Portugal ha limitado la persecución a una zona de 50 kilómetros o bien en un máximo de dos horas.

En otro orden de ideas, es preciso referirse a las condiciones en que la medida puede realizarse; porque la persecución de un delincuente *in fraganti*, que estaba cometiendo o acababa de cometer un delito, se justifica naturalmente para conseguir su detención. Como no pudo lograrse en el país donde el delito se cometió porque el delincuente ha logrado pasar al territorio de otro Estado ya que en la línea fronteriza han desaparecido los controles que hubieran podido impedirle la huida, se instituye la persecución transfronteriza. La cuestión a resolver en este momento es hasta dónde llegan las facultades de los agentes perseguidores y cuáles son sus deberes una vez han penetrado en otro país.

El artículo 41.5 del Convenio de Aplicación impone a los agentes que intervienen el sometimiento al Derecho del Estado donde se realiza y la obediencia a las órdenes de las autoridades locales (de todo tipo, cada una en el ejercicio de sus competencias); la fácil identificación, en la persona del agente o en el vehículo que se utilice; la prohibición de utilizar el arma de servicio, salvo en caso de legítima defensa, o la prohibición de entrada en los domicilios y en los lugares que no estén abiertos al público, que son garantías comunes con la vigilancia transfronteriza. Además se ordena la presentación de los agentes perseguidores a las autoridades locales para dar cuenta de su misión y deberán permanecer a disposición de las mismas hasta que se aclaren las circunstancias; finalmente, el Estado en donde se inició la persecución viene obligado a prestar ayuda en las investigaciones que pudieran abrirse en el otro Estado como consecuencia de esta acción.

Junto a ellas, el artículo 41.5.b) previene que la persecución se efectuará únicamente por las fronteras terrestres; tal previsión excluye, por tanto, las fronteras marítimas, que entonces han de reputarse en todo caso fronteras exteriores.



Tal vez deba plantearse a este propósito el problema de las fronteras fluviales que, a mi juicio, sólo pueden merecer el tratamiento de fronteras terrestres, y podría ejecutarse la medida de persecución cuando se penetrara a través de un río en el territorio de otro Estado Schengen.

Sobre las garantías de la actuación de los agentes extranjeros es preciso todavía analizar qué actividades pueden éstos realizar con la persona del perseguido. La cuestión resulta extraordinariamente confusa en el Convenio de Aplicación, tanto por la redacción misma y la inteligencia de los apartados 2 y 5.f) del artículo 41, como por la traducción al castellano. En efecto, según el artículo 41.2

"la persecución se realizará con arreglo a una de las siguientes modalidades...:

a) Los agentes que realicen la persecución no tendrán derecho a interrogar.

b) Si no se formulara ninguna solicitud de interrupción de la persecución y las autoridades locales competentes no pudieran intervenir con la rapidez suficiente, los agentes que realicen la persecución podrán retener a la persona perseguida hasta que los agentes de la Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar la persecución, a los que deberá informarse sin demora, puedan determinar su identidad o proceder a su detención."

Esta norma resulta de muy difícil interpretación, pues mezcla dos cuestiones totalmente diversas: contrapone la prohibición de interrogar (a) con la facultad de retener al perseguido hasta que los agentes del país determinen su identidad o procedan a su detención (b); también esta última disyuntiva encierra una falacia, puesto que no son actividades contrarias sino complementarias (normalmente previa la primera a la segunda) las de determinar la identidad del retenido y proceder a su detención.

De todos formas, la "modalidad" por la que España ha optado es la primera: los agentes que realicen la persecución no tendrán derecho a interrogar, según las dos declaraciones unilaterales respecto de Francia y de Portugal.

Llegados a este punto parece oportuno aclarar qué puede significar exactamente que los agentes "no tendrán derecho a interrogar" del artículo 41.2.a) del Convenio de Aplicación; "interrogar" es la versión castellana del término francés "interpeller", que significa exactamente "dirigir la palabra a alguien bruscamente para preguntarle alguna cosa", pero además existe otra acepción que se adecua mejor con la medida de que trata el Convenio de Aplicación: "preguntar a un sospechoso sobre su identidad". En cualquier caso la referida actuación policial parte de haber dado alcance al perseguido y haberle capturado, inmovilizándolo, lo que se correspondería entonces en nuestro ordenamiento con una suerte de detención preliminar, o de diligencia de identificación, habida cuenta que el término francés "détention" alude normalmente a una privación de libertad más prolongada que la aludida con las expresiones "interpellation" o "garde à vue".

De cualquier manera, en el artículo 41.2 se apunta el contenido negativo de las facultades de los agentes (no pueden "interrogar", o "retener para requerir la identificación"), pero será preciso determinar de forma positiva qué pueden hacer una vez hayan dado alcance al perseguido. A este propósito el artículo 41.5.f) dispone que

"Con el fin de ser conducida ante las autoridades locales competentes, la persona perseguida sólo podrá ser sometida a un registro de seguridad, una vez aprehendida como se establece en la letra b) del apartado 2; podrán utilizarse esposas durante su traslado; se podrán requisar los objetos que estén en posesión de la persona perseguida."

Igualmente difícil es la comprensión de este artículo 41.5.f) pues cuando alude a conducir al perseguido ante las autoridades locales previo un registro de seguridad (inciso primero) dice referir esta actuación de los agentes extranjeros exclusivamente a las persecuciones realizadas de acuerdo con el artículo 41.2.b), lo que es de todo punto contradictorio, puesto que ese precepto no autoriza el traslado a ninguna parte, sino la retención, es decir, el mantenimiento del perseguido en el lugar en donde se le dé alcance. Comoquiera que la opción española ha sido la prohibición de interrogatorio, no parece que se pueda practicar un registro de seguridad, cosa que evidentemente genera un riesgo poco explicable para los captores.

Por otra parte, con esta confusión del inciso primero, se suscita la duda razonable de si las otras dos facultades (utilización de esposas durante el traslado del perseguido, con lo que presupone que se puede trasladar al perseguido, y requisa de objetos) vienen referidas sólo a la persecución "con retención", o también se aplican a la modalidad de persecución "con prohibición de interrogatorio".

Así las cosas, todo el problema radicaría en determinar si con esta última modalidad de persecución se debe esperar *in situ* la llegada de los agentes locales o se puede proceder al traslado a las dependencias policiales más próximas del Estado donde se ha aprehendido al fugado. A la vista de lo que disponen los preceptos antes transcritos parece posible defender que los agentes perseguidores podrán capturar al fugado y trasladarle, incluso esposado, para entregarlo a los agentes del Estado donde ha sido detenido.

Este es el final de la actuación de los agentes extranjeros perseguidores en la medida de persecución "en caliente"; pero lograda la captura del delincuente *in fraganti* será preciso saber qué destino le depara el Convenio de Aplicación. Desde luego no se ha producido transferencia alguna de soberanía, de modo que los captores pudieran llevarse consigo al perseguido; éste debe ser entregado a las autoridades locales, quienes procederán a reseñar su identidad y, lógicamente, a su detención. Dicha detención (de "retención" habla el párrafo primero del art. 41.6), que se produce por hechos cometidos en el extranjero, permitirá el interrogatorio del detenido. El Convenio de Aplicación establece sin embargo



una duración muy corta de esta detención: seis horas, sin contar las que median entre las doce de la noche y las nueve de la mañana; pasado ese tiempo el detenido habrá de ser puesto en libertad salvo que se reciba previamente una solicitud de detención provisional a efectos de extradición (art. 16 de Convenio Europeo de Extradición).

En tal caso, se inicia un procedimiento de extradición acordado a las disposiciones del Convenio Europeo de Extradición y a las específicas del Convenio de Aplicación. Cuando la detención se produzca en España, los cuerpos policiales que hubieran recibido al detenido deberán ponerlo a disposición del Juzgado Central de Instrucción de guardia en el plazo máximo de veinticuatro horas (art. 8.2 Ley de extradición pasiva).

## VII. LAS ENTREGAS VIGILADAS

Una tercera medida de investigación de hechos delictivos se contiene en el artículo 73 del Convenio de Aplicación: las entregas vigiladas para la represión del tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. El precepto dispone que

“1. De conformidad con su Constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

2. La decisión de recurrir a entregas vigiladas se adoptará en cada caso concreto basándose en una autorización previa de la Parte contratante de que se trate.

3. Cada Parte contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir.”

En el Derecho español las entregas vigiladas de droga fueron reguladas en la LECrim por medio de un nuevo artículo 263 bis, introducido por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de acuerdo con lo previsto en el Convenio de Viena de 1988 sobre tráfico de drogas. En dicho precepto se define la figura, disponiéndose que “se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas (...), o sustancias por las que se hayan sustituido (...), circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines” (art. 263 bis.2).

En las entregas vigiladas no existen restricciones o limitaciones por razón del lugar de entrada al territorio de otro Estado, o de paso por el mismo, de donde tanto puede producirse por fronteras terrestres o fluviales, marítimas o aéreas.

Para la entrega vigilada en el ámbito Schengen, en operaciones que normalmente se montan por y desde el punto de destino de las drogas, se exige la previa autorización del Estado de donde parten, del Estado al que deben entrar desde el extranjero y, eventualmente, de aquel por donde deben circular las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas.

En España tal autorización puede otorgarla tanto el juez de instrucción competente, como el Ministerio Fiscal, así como los jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial y sus mandos superiores. Cuando se pretenda obtener la autorización del juez competente habrá que tener en cuenta las dificultades que tal determinación entraña, pudiendo optarse, según los casos, por el juez del lugar por donde las drogas entran; el del lugar de destino, si estuviera en territorio español, así como el juez central de instrucción de guardia cuando se trate de grupos organizados y el tráfico de drogas produzca efectos en el territorio de varias Audiencias [art. 65.d) LOPJ].