



Aplicación transnacional de la prohibición del *bis in idem* en la Unión Europea

Ágata M.^a Sanz Hermida *Profesora de Derecho Procesal de la UCLM*

Revista Penal, n.º 21.—Enero 2008

RESUMEN: La aplicación del principio de «*non bis in idem*» regulada en los arts. 54 a 58 del CAAS plantea numerosos problemas de interpretación, tanto en la determinación de su ámbito subjetivo (mismos sujetos), como de su ámbito objetivo (mismos hechos o «*idem*») como en relación al tipo y caracteres de la resolución que debe ser reconocida. Estos aspectos han sido objeto de atención por el TJUE que ha ido elaborando, en sucesivas decisiones, su doctrina sobre la aplicación de citado principio. No obstante, dicha regulación resulta insuficiente debido a que no siempre evita la existencia de dobles procesos penales con el mismo objeto en dos Estados miembros.

Para solucionar estos problemas, se ha elaborado el Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio de «*non bis in idem*» en los procedimientos penales. La complejidad del sistema esbozado, la falta de sistemática y la necesidad de tomar en consideración las tradiciones jurídicas existentes en la UE, así como con los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos constituyen, sin embargo, importantes críticas a la propuesta, que deberán ser tomadas en consideración.

PALABRAS CLAVE: principio de «*non bis in idem*»; reconocimiento mutuo de decisiones judiciales; conflictos de jurisdicción; proceso penal.

SUMMARY: The application of the of “*ne bis in idem*” principle laid down in articles 54-58 CAAS raises many problems of interpretation, in relation to set its subjective field (same persons), its object field (same facts or *idem*) as well as regarding the kind and nature of the resolution that has to be recognized. These issues have been object of attention by the Court of Justice of the European Communities, which has been developed its case-law about the application of the *ne bis in idem* principle. However, such rules are not because they don't always avoid the existence of double criminal proceedings with the same object in two Member States.

To solve these problems, the European Commission has developed the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the *ne bis in idem* in criminal proceedings. However the complexity of the system, the lack of systematic and the need to take into account the legal traditions that exist in the EU, as well as the fundamental rights and freedoms of citizens represent important criticism that would be taken in consideration.

KEY WORDS: «*ne bis in idem*» principle; mutual recognition of judicial decisions; conflicts of jurisdiction; criminal procedure.

SUMARIO: I. Introducción. II. Delimitación general. III. La transnacionalización del principio de «*non bis in idem*» en el ámbito de la UE. 1. Ámbito de aplicación. 1.1. Ámbito espacial. 1.2. Ámbito temporal. 2. Elementos del principio «*non bis in idem*»: doctrina del TJUE. 2.1. Identidad subjetiva: mismo sujeto. 2.2. Identidad objetiva: «mismos hechos». 2.3. Presupuesto previo: significado y alcance de la expresión «sentencia firme». 3. Eficacia y fundamento. 3.1. Eficacia general. 3.2. Eficacia restringida: las excepciones al art. 54 del CAAS. 3.3. Eficacia extensiva: la aplicación de las disposiciones nacionales más favorables. IV. *Non bis in idem*, libre circulación, reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y principio de confianza: la difícil construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

Introducción

Dilucidar cuál es el alcance y contenido del principio de «*non bis in idem*» es de especial importancia en un momento en el que la delincuencia transfronteriza o transnacional e internacional está aumentado y, en consecuencia, en el que los problemas de jurisdicción para el enjuiciamiento de los ilícitos penales se vuelven más complejos. Se trata de averiguar, en definitiva, cuál va ser la suerte de un ciudadano europeo cuando, iniciada y terminada una causa penal contra él en un Estado, se traslada a otros Estados parte con jurisdicción y competencia para el enjuiciamiento de los mismos hechos delictivos.

En el supuesto planteado se suscitan problemas de naturaleza análoga, ¿puede un ciudadano de la UE ser enjuiciado por un Estado parte por hechos delictivos que han sido objeto de diligencias penales en otro de los Estados parte y sobre los que se ha acordado alguna resolución firme de terminación de la causa por la autoridad competente?; ¿la prohibición del «*bis in idem*» se proyecta sobre cualquier resolución penal, con independencia de la autoridad de que provenga, siempre y cuando dicha resolución implique la extinción del ejercicio de la acción penal?; ¿se vulneraría el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE si no existiera un límite a la persecución penal en los Estados parte que impidiera el doble enjuiciamiento —y en su caso, doble castigo— de unos mismos hechos delictivos?

La respuesta a estas cuestiones es de trascendencia puesto que implica la potencial posibilidad de que un Estado acepte, como límite al ejercicio de su potestad punitiva, la aplicación que del *ius puniendi* ha llevado a cabo otro Estado diferente, lo que supone resolver, de forma inmediata, si determinadas decisiones firmes penales adoptadas en un Estado vinculan al resto de los Estados, mientras que de forma mediata, se proyecta en el ámbito del reconocimiento de las decisiones en materia de justicia penal y de la colaboración entre Estados, elementos necesarios para el desarrollo y la consecución de la UE como *espacio de libertad, seguridad y justicia*¹.

Delimitación general

Tradicionalmente el principio de *non bis in idem*, se ha definido como la imposibilidad de que alguien sea enjuiciado y condenado dos veces por unos mismos hechos delictivos. Se impide así la duplicidad de sanciones para un mismo sujeto, por un mismo hecho y con un mismo fun-

damento, es decir, siempre que se base en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido². De ahí que a este principio se le hayan atribuido una multiplicidad de finalidades materiales y procesales, como evitar la doble valoración negativa de unos mismos hechos, la doble penalización, el doble proceso o la sanción desproporcionada. Desde esta concepción, este principio confiere al afectado dos derechos básicos:

Desde el punto de vista material, la imposibilidad de un doble castigo por un mismo hecho (*nemo debet bis punire pro uno delicto*). En relación a este aspecto, nuestro TC limitó, en un principio, la interdicción de la dualidad sancionadora a los supuestos de imposición de sanciones penales o administrativas entre sí, pero no a la concurrencia de ambos tipos de sanciones. Desde su STC 177/1999 ha extendido esta doctrina de prohibición de doble sanción al concurso de Leyes penales y administrativas sobre un mismo hecho, si bien acogiendo la solución meramente cronológica. Esta doctrina fue modificada con la STC 2/2003, al señalarse que no se produce duplicidad sancionadora si aplicar una pena el órgano judicial compensa con ella la sanción administrativa que, en su caso, hubiera recaído en un proceso administrativo realizado con anterioridad. Por ello entiende el TS que con esta sentencia se ha producido un cambio implícito en la doctrina del TC respecto del fundamento de la prohibición del «*bis in idem*», que es el principio de proporcionalidad o bien el de culpabilidad, pues «de acuerdo con éstos solo es legítima una sanción equivalente en su gravedad a la del hecho sancionado»³.

Desde el punto de vista procesal, la imposibilidad de ser sometido a más de un proceso contra un mismo sujeto y por los mismos hechos, tras una decisión judicial firme, sea o no condenatoria (*nemo debet bis vexari pro una et aedem causa*). Es el efecto negativo de la cosa juzgada. Sin embargo en nuestro ordenamiento jurídico, como señala GIMENO SENDRA, el TC en la STC 2/2003 solo ha reconocido de manera expresa autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal, de modo que la mera coexistencia de procedimientos sancionadores —administrativo y penal—, que no ocasiona una doble sanción, no ha adquirido relevancia constitucional en el marco de este derecho⁴. En esta línea se sitúan también otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que limitan el principio a la prohibición del doble castigo.

Con su vigencia, desde un punto de vista material, se garantiza a los ciudadanos el conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Esta-

1. Cfr. a este respecto las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, así como la definición de la Comisión de la expresión «espacio de libertad, seguridad y justicia», en su Comunicación COM (1998) 459 final, 14 de julio de 1998, «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia».

2. SsTC 2/1981, de 30 de enero; 254/1990, de 15 de octubre; 204/1996, de 16 de diciembre, entre otras.

3. STS de 22 de diciembre de 2003.

4. GIMENO SENDRA, Vicente, «Cuestiones prejudiciales devolutivas y «*non bis in idem*» en el proceso penal», en *Revista General de Derecho Procesal del Portal Jurídico Iustel.com*, n.º 1.

do y se salvaguarda la necesaria proporcionalidad en su ejercicio⁵, por lo que su reconocimiento está directamente vinculado con las exigencias de legalidad y tipicidad de las disposiciones sancionadoras⁶; desde un punto de vista procesal, impide la duplicidad de procesos con un mismo objeto, por lo que constituye una proyección conjunta de los principios de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, y es parte indispensable del derecho a un proceso debido⁷. Por todo ello, este principio es importante para la legitimidad del sistema jurídico y la legitimidad del Estado y, constituye un baluarte contra los abusos del poder estatal sobre el ser humano⁸.

El reconocimiento del principio de «non bis in idem» en los distintos ordenamientos jurídicos se ha llevado a cabo de forma vertical, con alcance interno y con fundamento en preceptos constitucionales (como es el caso, por ejemplo, del art. 103.3 de la *Grundgesetz* alemana —Ley Fundamental de Bonn—) o en disposiciones jurídicas de carácter internacional (como lo dispuesto en el art. 4 del Protocolo Séptimo del CEDH o el apartado 7 del art. 14 del PIDCP). En nuestro ordenamiento, no se contiene norma constitucional expresa relativa a la prohibición del «bis in idem», aunque reiterada doctrina del TC, desde su STC 2/1981, de 30 de enero, la incluye dentro del principio de legalidad y de tipicidad penal del art. 25.1 CE.

Pero también este principio aparece reconocido de forma horizontal, con alcance transnacional o internacional⁹, si bien no existe regla alguna de Derecho internacional que imponga el «non bis in idem» internacional. Esto aña-

de un elemento cualitativo en la discusión sobre su contenido y alcance, puesto que mientras su vigencia en el ámbito interno se proyecta exclusivamente sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de un Estado, su reconocimiento transnacional alcanza a la de varios Estados y, por tanto, afecta al ámbito de la colaboración entre ellos. Esto supone la posibilidad, como se ha señalado al inicio de estas líneas, de que un Estado acepte, como límite al ejercicio de su potestad punitiva, la aplicación que del *ius puniendi* ha llevado a cabo otro Estado diferente. Y el presupuesto previo de este reconocimiento es la existencia de confianza mutua de los Estados en sus respectivos sistemas de justicia penal¹⁰.

III. La transnacionalización del principio de «non bis in idem» en el ámbito de la UE

1. Ámbito de aplicación

1.1. Ámbito espacial

En el ámbito de la UE se recoge y se sanciona la prohibición de «bis in idem» con carácter transnacional fundamentalmente en el Convenio de Bruselas sobre el principio de «non bis in idem», de 25 de mayo de 1987; en los arts. 54-58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen¹¹ (en adelante, CAAS)¹² o en el art. 50 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, además de en otras normas de carácter sectorial¹³.

5. Vid. STC 154/1990 y STS de 22 de diciembre de 2003

6. En este sentido se pronunció nuestro TC ya desde su STC 2/1981, de 30 de enero (FJ 4).

7. Cfr. SsTC 159/1985, de 27 de noviembre, 66/1986, de 23 de mayo, 2/2003, de 16 de enero, entre otras.

8. Así lo señala el Parlamento Europeo en la enmienda n.1 introducida a la Iniciativa presentada por la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio «ne bis in idem», en la resolución legislativa que aprueba dicha iniciativa en sesión de 2 de septiembre de 2003.

9. Así, por ejemplo, el principio de «non bis in idem» aparece recogido, en el ámbito del Consejo de Europa, en los arts. 53-57 del Convenio n.º 70 sobre el valor internacional de los juicios penales, de 28 de mayo de 1970; en los arts. 35-37 del Convenio n.º 73 sobre la transmisión de procesos penales, de 15 de mayo de 1972 o en el art. 18.1.e) del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de 1990. Asimismo, aparece recogido en el art. 10 de los respectivos Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, así como en el art. 17.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En todos los casos el principio *non bis in idem* se aplica solo entre las partes y en relación al concreto ámbito material al que se refieren los distintos Tratados.

10. Así se describe en el Programa de la Haya (punto 9) y en las diversas sentencias del TJUE sobre el principio de «ne bis in idem» a que se va a hacer referencia a continuación.

11. *Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles de las fronteras comunes*, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990.

12. Sobre la inclusión de este principio en el Convenio Schengen cfr., SANTOS VARA, Juan, «El alcance del principio *non bis in idem* en el marco del Convenio Schengen. Comentario a la sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge», en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 1. Portal de Derecho IUSTEL, en <http://www.iustel.com/revistas>.

13. Buena prueba de ello se encuentra en el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la UE, de 26 de julio de 1995 y su Protocolo de 27 de septiembre de 1996; el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la UE, de 26 de mayo de 1997; o en distintas Decisiones marco relativas a la protección contra la falsificación del euro, la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago, contra el terrorismo, contra el tráfico de seres humanos, la inmigración ilegal, la corrupción en el sector privado, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, el tráfico de estupefacientes o los ataques a los sistemas de información.

El alcance espacial todas estas normas es diferente y está vinculado al carácter convencional de las mismas. Así, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, no tiene carácter vinculante, sino tan solo se le atribuye el valor de una simple proclamación solemne, si bien alcanzará el valor de Tratado (art. 6) una vez firmado y ratificado el Proyecto de Tratado de Reforma aprobado por el Consejo Europeo informal celebrado en Lisboa (18-19 de octubre de 2007)¹⁴. Por su parte, el Convenio de Bruselas tiene un ámbito reducido de aplicación debido al escaso número de Estados que lo han ratificado.

No obstante, el contenido normativo del Convenio de Bruselas ha quedado integrado en los arts. 54 a 58 del CAAS, de modo que a través de esta vía encuentra una mayor relevancia práctica. Efectivamente, la regulación establecida en el CAAS, como toda norma de origen convencional, estaba limitada inicialmente a los Estados que formaban parte integrante del mismo. Sin embargo, estos preceptos a su vez fueron incorporados al Título VI del TUE (Tercer Pilar)¹⁵. De este modo, la regulación contenida en el CAAS ha quedado extendida a los Estados miembros de la UE y de ahí que haya sido calificado «como el primer convenio multilateral que establece un principio internacional *non bis in idem* como un derecho individual *erga omnes*»¹⁶.

1.2. *Ámbito temporal*

Debido precisamente a la incorporación del CAAS al Título VI del TUE, se suscitaron problemas interpretativos en relación al momento temporal de aplicación de sus disposiciones en todos los Estados de la UE, puesto que no todos eran parte de los Acuerdos de cooperación reforzada de Schengen. En concreto se planteaba el supuesto de que

un ciudadano de la UE pudiera alegar la excepción de «*non bis in idem*» cuando, habiendo sido juzgado por una sentencia firme en un Estado miembro, se abriera contra él un segundo proceso por los mismos en otro Estado en el que no estaba en vigor el CAAS en el momento en que se dictó la sentencia firme alegada en el otro Estado contratante.

A este respecto, el TJUE en el asunto Van Esbroeck¹⁷ ha declarado que el principio *non bis in idem* consagrado por el art. 54 del CAAS, «debe aplicarse en un procedimiento penal entablado en un Estado contratante por hechos que ya han dado lugar a la condena del interesado en otro Estado contratante, aun cuando el citado Convenio no estuviera todavía en vigor en este último Estado en el momento en que recayó dicha condena, siempre que estuviera en vigor en los Estados contratantes de que se trata en el momento de apreciar los requisitos de aplicación del principio *non bis in idem* por la instancia que conoce del segundo procedimiento».

Lo esencial para el TJUE no es, pues, el momento en que se dictó la resolución firme alegada que va a ser tomada en consideración como presupuesto previo de aplicación de la prohibición del *bis in idem*, sino el momento de apreciación, por los Tribunales del segundo Estado concernido, de los requisitos exigidos para la aplicación del principio de *non bis in idem*.

2. Elementos del principio «*non bis in idem*»: doctrina del TJUE

La normativa establecida en los arts. 54 a 58 del CAAS plantea diversos problemas de interpretación respecto del contenido y alcance de este principio, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto el TJUE en sus decisiones en los asuntos Gözütok¹⁸, Miraglia¹⁹, Van Esbroeck²⁰, Van Straaten²¹, Gasparini²² y, más recientemente, en los asun-

14. En este Consejo informal se aprobó el Proyecto de Tratado de Reforma elaborado por la CIG conforme al mandato que les fue otorgado en junio de 2007. Un análisis desde la perspectiva del «*ne bis in idem*» como derecho fundamental puede consultarse en AGUILERA MORALES, Marien, «El “*ne bis in idem*”: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 2006, n.º 20, pp. 479-531.

15. Por Decisión del Consejo 1999/436/CE, de 20 de mayo de 1999 (Diario Oficial L 176, de 10 de junio de 1999), por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen.

16. VERVAELE, John A. E., «El principio de *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo», en *Revista General de Derecho Europeo del Portal Jurídico Iustel.com*, n.º 5, octubre de 2004, pp. 1-20, esp. p. 12.

17. STJUE C-436/2004 (Leopold Henri Van Esbroeck), de 9 de marzo de 2006, en la que se resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Hof Van Cassatie.

18. Sentencia dictada en los asuntos acumulados C-187/01 (Hüseyin Gözütok) y C-385/01 (Klaus Brügge), de 11 de febrero de 2003, en la que se resuelven dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberlandesgericht Köln (Alemania) y el Rechtbank Van eerste aanleg te Veurne (Bélgica).

19. Sentencia dictada en el asunto C-469/03 (Filomeno Mario Miraglia), de 10 de marzo de 2005, en la que se resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Bologna.

20. STJUE C-436/2004 (Leopold Henri Van Esbroeck), de 9 de marzo de 2006 en la que se resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Hof Van Cassatie.

21. STJUE C-150/2005 (Jean Leon Van Straaten contra Staat der Nederlanden y Republiek Italia), de 28 de septiembre de 2006 en la que se resuelve una petición prejudicial planteada por el Rechtbank's-Hertogenbosch.

22. STJUE C-467/04 (Proceso penal contra Giuseppe Francesco Gasparini y otros), de 28 de septiembre de 2006, en la que se resuelve una petición prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Málaga.

tos Kretzinger²³ y Kraaijenbrink²⁴, de las cuales se van a extraer, en los apartados siguientes, las principales líneas interpretativas.

El punto de partida para la delimitación de los elementos que conforman la prohibición del «bis in idem» se encuentra en el art. 54 del CAAS que señala que «una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena». De esta expresión se deduce que la aplicación de este principio exige una doble identidad: por un lado, la subjetiva —referida a la persona juzgada—; por otro lado, una identidad objetiva, referida a los mismos hechos —el «idem»—. A lo que es preciso añadir un presupuesto previo y que viene referido al tipo y naturaleza de la resolución requerida y a los requisitos que debe observar dicha resolución —el «bis»—

2.1. Identidad subjetiva: mismo sujeto

Respecto a la primera de las identidades, la identidad subjetiva, su aplicación en principio no supone mayores problemas puesto que de forma literal el precepto exige que se trate de la misma persona física (acusada y/o condenada o absuelta penalmente). Así lo ha entendido expresamente el TJUE, asunto Gasparini, donde afirma de modo contundente que el art. 54 CAAS no se aplica a personas distintas de las que han sido juzgadas en sentencia firme por un Estado contratante, sino «solo a aquellas personas que hayan sido juzgadas en sentencia firme una vez»²⁵.

2.2. Identidad objetiva: «mismos hechos»

Para definir qué ha de entenderse por «mismos hechos» tradicionalmente se han venido acogiendo dos posibles opciones interpretativas: por un lado, entender que «hecho» va referido al suceso histórico acaecido, desvinculado de su calificación jurídica (*teoría naturalista*); por otro lado, entender que se trata de una expresión de contenido jurídico y que viene referido, no al hecho natural históri-

co, sino su incardinación en alguno de los tipos penales existentes (*teoría normativa*). La segunda opción implica una concepción restringida de la expresión «mismos hechos», vinculada a la calificación jurídica efectivamente efectuada y a la tipología penal existente en los distintos ordenamientos. La primera opción es, sin duda, más amplia y en principio supone una mayor tutela para los derechos del afectado, si bien su aplicación práctica no está exenta de importantes dificultades.

Es precisamente esta última opción interpretativa la seguida por el TJUE, doctrina sentada en el asunto Van Esbroeck y aplicada en sus decisiones posteriores en este ámbito. Según la doctrina del TJUE el contenido de esta expresión queda delimitado a **la mera materialidad de los hechos, con independencia de su ordenación legal e incluso del interés jurídico protegido**²⁶. La necesidad de prescindir de la calificación legal o del interés jurídico protegido anuncia una diferenciación entre la consideración procesal y material del hecho, de modo que aquélla no está necesariamente vinculada a ésta, como así se ha puesto de manifiesto en las sucesivas decisiones al respecto. Ello no significa que el órgano jurisdiccional prescinda de criterios jurídicos en el momento de determinar si los hechos son los mismos, como se deriva implícitamente de su doctrina a la que se hará referencia a continuación, sino tan solo que no debe tomar como criterios delimitadores la concreta calificación jurídica o el concreto interés jurídico protegido por la norma del Estado miembro que se aplicó en el caso analizado²⁷.

En efecto, afirma el TJUE que la identidad de hechos materiales debe ser entendida como la *existencia de un conjunto de circunstancias que debido a su naturaleza aparecen indisolublemente ligadas entre sí*, correspondiendo en todo caso a los órganos jurisdiccionales de un Estado determinar su concurrencia. Se trata, pues, de una competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales que deben realizar una *consideración global* de los comportamientos fácticos concretos que dieron lugar a actuaciones penales ante los órganos jurisdiccionales de los dos Estados implicados, de modo que solo podrá apreciarse la concurrencia de esta identidad objetiva si el órgano jurisdiccional que conoce del segundo procedimiento comprueba que los hechos materiales, en virtud de sus víncu-

23. STJUE Asunto C-288/05 (Jürgen Kretzinger en el que participa Hauptzollamt Augsburg), de 18 de julio de 2007, en la que se resuelve una petición prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof de Alemania.

24. STJUE Asunto C-367/05 (proceso penal contra Norma Kraaijenbrink), de 18 de julio de 2007, en la que se resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie van België.

25. No obstante, señala JIMENO FERNÁNDEZ, en algún supuesto excepcional podría ser necesario que no se aplicara tan rígidamente el criterio de la identidad subjetiva, como cuando se trate de una sentencia absolutoria (o decisión de equivalente valor) en la que se declaró que los hechos no existieron. En este supuesto, cuando otro sujeto es imputado por los mismos hechos debería, según este autor, poder aplicarse el principio de *ne bis in idem*. JIMENO FERNÁNDEZ, Fructuoso, «Algunas reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el art. 54 del Convenio de aplicación Schengen [Comentario a la STJCE Van Esbroeck (C-436/2004) de 9 de marzo de 2006]», en *LA LEY*, n.º 6496, de 5 de junio de 2006, p. 2.

26. A diferencia de la doctrina sostenida por nuestro TC relativa a la conformación de los elementos objetivos de la pretensión penal, que exige al menos la homogeneidad del bien jurídico protegido, doctrina recogida en el art. 789.3 LECrim.

27. En este mismo sentido, AGUILERA MORALES, Marien, «El “ne bis in idem”...», cit., pp. 504-505.

los en el tiempo y en el espacio, así como por su objeto, forman un conjunto indisoluble, sin que se consideren pertinentes las cuestiones relativas a la calificación jurídica o al interés jurídico protegido (asuntos Van Esbroeck, Gasparini, Van Straaten, Kretzinger y Kraaijenbrink).

De aquí puede deducirse, en primer lugar, que integran un «mismo hecho» todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él, pero también, en segundo lugar, podrían estar integrados en este concepto hechos o acontecimientos independientes, separables en cuanto que pueden ser calificados como distintos ilícitos penales (concurso real de delitos)²⁸, cuando dichos hechos se hallan en una estrecha relación temporal, espacial y de objeto. Por ello, el TJUE en el asunto Kretzinger afirmaba que «hechos consistentes en recibir tabaco extranjero de contrabando en un Estado contratante y en importar y poseer ese mismo tabaco en otro Estado contratante, caracterizados por la circunstancia de que el acusado, inculpado en dos Estados contratantes, tenía en principio la intención de transportar el tabaco, tras tomar posesión del mismo por primera vez, a un destino final atravesando varios Estados contratantes, constituyen comportamientos que pueden estar incluidos en el concepto de “los mismos hechos” a efectos del citado art. 54»²⁹.

Ahora bien, recientemente el TJUE ha matizado estas afirmaciones, en el asunto Kraaijenbrink, al señalar que no es posible equiparar un conjunto de ilícitos penales unidos por una «misma intención criminal» con conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí en el espacio, en el tiempo, así como en su objeto. Así subraya el hecho de que una «relación subjetiva entre hechos que han dado lugar a actuaciones penales en dos Estados contratantes diferentes no implica necesariamente la existencia de una relación objetiva entre los hechos materiales en cuestión, los cuales, por consiguiente, podrían distinguirse desde el punto de vista temporal y espacial, así como por su naturaleza»³⁰.

No obstante, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar caso a caso si el grado de identidad y

de conexión entre todas las circunstancias de hecho que han dado lugar a los mencionados procedimientos penales incoados contra la misma persona en los dos Estados contratantes involucrados llega hasta el extremo de que resulte posible constatar que se trata de los «mismos hechos» a efectos del art. 54 del CAAS (asuntos Van Esbroeck, Gasparini, Van Straaten, Kretzinger y Kraaijenbrink).

Subraya además el TJUE que este control ha de efectuarse con independencia de la calificación jurídica de los hechos en cuestión: la eventual divergencia en las calificaciones jurídicas a las que se puede llegar en los distintos Estados no es un obstáculo para la aplicación del art. 54 CAAS, como tampoco se requiere de ninguna actividad adicional de armonización o de aproximación de legislaciones penales a estos efectos. El principio *non bis in idem* implica necesariamente la existencia de una confianza mutua de los Estados contratantes en sus respectivos sistemas de justicia penal y la aceptación por cada uno de los referidos Estados de la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados contratantes, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente (asunto Van Esbroeck).

Finalmente, tampoco es posible tomar en consideración a estos efectos «el interés jurídico protegido», dado que, debido a la falta de armonización de las legislaciones penales nacionales, las consideraciones basadas en el interés jurídico protegido crearían tantos obstáculos a la libertad de circulación en el espacio Schengen como sistemas penales existen en los Estados contratantes.

2.3. Presupuesto previo: significado y alcance de la expresión «sentencia firme»

Por su parte, también existen importantes problemas en torno a la resolución que constituye el presupuesto previo para la aplicación de este principio —el «bis»—, dada la

28. Cuestión diferente se plantea en los supuestos del concurso ideal de delitos o de delito continuado o permanente, cuestiones que todavía no han sido objeto de atención por el TJUE. En el caso del concurso ideal, se viene defendiendo a nivel interno que cada concurso ideal ha de ser considerado como un hecho procesal a estos efectos, salvo excepciones para delitos cometidos por organizaciones criminales o terroristas (ROXIN) o en el caso de que se estuvieran infringiendo bienes jurídicos heterogéneos (GIMENO). Mientras que, por su parte, por lo que se refiere al delito permanente o continuo, se viene admitiendo que la cosa juzgada —y por tanto la prohibición del «bis in idem»— alcanza solo las fases del delito permanente que fueron objeto de enjuiciamiento penal y de la correspondiente decisión firme, de modo que las fases no incluidas en dicha resolución, podrían ser enjuiciadas sin vulnerar esta prohibición. Cfr. a este respecto, GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2004, pp. 694-697; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (trad. de D. R. Pastor/D. Córdoba), Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2000, pp. 160-165.

29. De forma similar, en el asunto Van Esbroeck afirmaba «los hechos punibles consistentes en al exportación y la importación de los mismos estupefacientes y perseguidos en diferentes Estados contratantes del CAAS deben considerarse, en principio, como “los mismos hechos” en el sentido del referido art. 54, si bien la apreciación definitiva a este respecto corresponde a las instancias nacionales competentes». Precisa además el TJUE en el asunto Van Straaten que a estos efectos y en relación a los delitos sobre estupefacientes «no se exige que las cantidades de droga de que se trata en los dos Estados contratantes concernidos o que las personas que supuestamente hayan tomado parte en los hechos en ambos Estados sean idénticas».

30. «En lo que atañe, más específicamente, a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que no consta con claridad que sean las mismas ganancias económicas derivadas del tráfico de estupefacientes las que hayan originado, total o parcialmente, los comportamientos ilícitos en los dos Estados contratantes involucrados, procede declarar que, en principio, tal situación solo estará incluida en el concepto de los “mismos hechos” a efectos del art. 54 del CAAS si puede establecerse una relación objetiva entre las cantidades de dinero de los dos procedimientos».

redacción efectuada en el art. 54 del CAAS conforme al cual «una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

Efectivamente, el tenor literal introduce importantes problemas interpretativos: en primer lugar, en relación con la expresión «sentencia firme»; en segundo lugar, en relación al contenido de dicha sentencia (condenatoria o absolutoria); y, en su caso, en tercer lugar, en relación al significado de la expresión «ejecución» como requisito adicional de las sentencias firmes condenatorias.

Tipo de resolución

Por lo que se refiere a la interpretación de la expresión «sentencia firme» es preciso determinar si cabe acoger una interpretación estrictamente formal —limitado, pues, a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales nacionales que revistan la forma de sentencia y que hayan adquirido firmeza— u otra de alcance más amplio, de contenido material, es decir, si eventualmente se está haciendo referencia a cualquier resolución que en tanto que firme, produce los efectos de una sentencia firme: terminación definitiva de la causa y la extinción del ejercicio de la acción penal.

Esta segunda opción es por la que se ha decantado el TJUE, pues ha señalado a estos efectos que el principio *non bis in idem* se aplica independientemente de la forma que adopte la resolución —es decir, aunque no adopte la forma de sentencia—, del momento procesal en que se produzca o del órgano que intervenga el procedimiento, siempre que dicha resolución suponga la extinción del ejercicio de la acción penal (asunto Gözütok).

A juicio del TJUE está solución queda reforzada por el hecho de que no existe «indicación expresa en la normativa estudiada en la que se supedita exclusivamente la aplicación de este principio a las sentencias firmes» y porque el art. 58 del CAAS permite aplicar disposiciones nacionales más extensivas relativas a su vigencia (asunto Gözütok). De este modo, el TJCE apuesta por una aplicación eficaz del principio de «*non bis in idem*» consagrado en los arts. 54-58 del CAAS, aun cuando consideraciones estrictamente formales y procesales pudieran llevar a otra solución. El TJCE no obvia que tanto una interpretación literal de los preceptos señalados, como las eventuales diferencias en las regulaciones jurídicas de los Estados, pueden hacer devenir ineficaces las disposiciones de los arts. 54-58 CAAS, por lo que acude a la finalidad material que se persigue con la vigencia transnacional de este principio, como es la salvaguarda del derecho a la libre circulación. Desde esta perspectiva, se incumpliría la finalidad última del principio de *non bis in idem* y del propio sistema de Schengen si se permite que un ciudadano, por el hecho de ejercer su derecho a la libre circulación, se vea per-

seguido por los mismos hechos en el territorio de varios Estados.

De ahí que, como consecuencia de la aplicación de esta doctrina, el TJUE haya entendido que el principio de *non bis in idem*:

Se aplica a los procedimientos de extinción de la acción pública por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal (asunto Gözütok). En este supuesto, el TJUE reconoce la aplicación de la prohibición del «*bis in idem*» a los acuerdos que, en ejercicio del principio de oportunidad penal, puedan llevarse a cabo (transacciones penales), siempre y cuando se cumplan todos los presupuestos legalmente establecidos. Por ello, señala el TJUE, en estos supuestos y a resultas de tal procedimiento debe considerarse que el imputado ha sido juzgado en sentencia firme y una vez cumplidas las obligaciones que se imponen a aquél, que la sanción que implica el procedimiento se ha ejecutado en el sentido de dicha disposición. En este caso añade el TJUE, la decisión es adoptada por la autoridad competente según el Ordenamiento jurídico de que se trate e implica la extinción de la acción penal y además dicha extinción se produce solamente tras la asunción y cumplimiento por el imputado de las obligaciones pactadas, con lo que también se sanciona el comportamiento delictivo de dicho sujeto (asunto Gözütok).

No se aplica, sin embargo, a la decisión de las autoridades judiciales de un Estado miembro de archivar un asunto después de que el Ministerio Fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado, por los mismos hechos, sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo (asunto Miraglia). En este caso, se trataría tan solo de una mera decisión de archivo (provisional) por lo que no puede equipararse a una sentencia firme.

2.3.2. Contenido de la resolución

En segundo lugar, por lo que se refiere al contenido de la resolución, para el TJUE lo importante es que se trate de una sentencia firme —o equivalente, habría que añadir—, con independencia de que sea condenatoria o absolutoria. Resalta el TJUE que el tenor literal del art. 54 CAAS no se refiere a contenido alguno, de modo que no es aplicable exclusivamente a las sentencias condenatorias (Van Straaten). *Sensu contrario*, cabe afirmar que este principio es aplicable también a sentencias absolutorias, pues de otro modo se comprometería el derecho a la libre circulación tutelado por el art. 54 CAAS (Gasparini, Gözütok, Brügge). Por ello el TJUE ha tenido ocasión de afirmar que el art. 54 CAAS es aplicable en concreto:

Gözütok, Brügge). Por ello el TJUE ha tenido ocasión de afirmar que el art. 54 CAAS es aplicable en concreto:

1.º A una resolución de las autoridades judiciales de un Estado contratante en virtud de la cual se absuelve definitivamente a un inculpaado por insuficiencia de pruebas (Van Straaten).

2.º A una resolución en la que los órganos de un Estado contratante absuelven definitivamente al inculpaado por haber prescrito el delito que dio lugar a las diligencias penales (Gasparini).

2.3.3. Alcance de la «ejecución» en sentencias firmes condenatorias

Finalmente, dispone el art. 54 del CAAS, que si se trata de una sentencia firme condenatoria, ha de haberse ejecutado la sanción o su ejecución ha de estar al menos en curso o no ha de poder llevarse a cabo por disposición legal. En este supuesto, a diferencia del anterior, no basta con que se trate de una sentencia firme —o equivalente—, ya que si su contenido es de condena, necesariamente ha de concurrir un requisito añadido para la aplicación de la prohibición del «*bis in idem*» y es que dicha sentencia se haya ejecutado o se esté ejecutando o resulte imposible su ejecución, por lo que es necesario determinar los actos que pueden comprenderse en dichas expresiones.

La redacción dada a este precepto ha sido objeto de diversas críticas como, por ejemplo, que conduce a un principio fáctico de prioridad, el orden de llegada³¹, que se traduce en algo parecido a una carrera contrarreloj o que conduce a una especie de «forum shopping». Por eso la UE ha reconocido en el «Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales» —en adelante, Libro Verde—³², que el principio de *non bis in idem* no es suficiente por sí mismo para solventar los problemas de los conflictos positivos de competencia y que es preciso acudir a fórmulas previas, como por ejemplo, la creación de un mecanismo para atribuir los asuntos a las jurisdicciones adecuadas.

Por lo que se refiere al concepto de ejecución, el TJUE ha señalado en el asunto Kretzinger³³:

1.º A efectos del art. 54 del CAAS, la sanción impuesta por un Tribunal de un Estado contratante se ha ejecutado o se está ejecutando cuando, en aplicación del derecho de dicho Estado contratante se haya condenado al inculpaado a una pena privativa de libertad *cuya ejecución ha sido dejada en suspenso*.

2.º A efectos del art. 54 del CAAS, **no** debe considerarse que la sanción impuesta por un Tribunal de un Estado contratante «se ha ejecutado» o «se está ejecutando» cuando el inculpaado haya permanecido por breve tiempo en detención preventiva y/o en prisión provisional, aún cuando, según el Derecho del Estado de condena, el tiempo de tal privación de libertad deba computarse a efectos de la posterior ejecución de la pena privativa de libertad. El fundamento es doble: por un lado, las medidas cautelares, como se desprende de su naturaleza, se producen en un momento anterior al pronunciamiento de dicha sentencia. Por ello, el art. 54 CAAS no puede aplicarse a los periodos de aplicación de una medida cautelar, aún cuando éstos se computen a efectos de toda condena ulterior a una pena privativa de libertad. Por otro lado, persiguen una finalidad diferente, de carácter preventiva, mientras que el art. 54 CAAS persigue «evitar que una persona que ha sido condenada mediante sentencia firme en un primer Estado contratante no pueda ser enjuiciada por los mismos hechos —y, por consiguiente, acabe resultando impune— en el supuesto de que el primer Estado de condena no llegue a ejecutar la pena impuesta».

3.º No puede influir en la interpretación del concepto de «ejecución», a efectos del art. 54 del CAAS, el hecho de que un Estado miembro en el que una persona haya sido objeto de una sentencia condenatoria firme en virtud de su Derecho interno pueda emitir una orden de detención europea destinada a hacer que se detenga a la persona en cuestión con el fin de ejecutar dicha sentencia al amparo de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. El TJUE fundamenta esta interpretación en dos ideas básicas:

Primera. En lo dispuesto en el art. 3.2 de la Decisión marco.

Segunda. En la interpretación del art. 54 CAAS, que no puede depender de las disposiciones de la Decisión marco, pues de otro modo se generaría una inseguridad jurídica resultante, por un lado, del hecho de que no todos los Estados miembros que están vinculados por la Decisión marco, lo están también por el CAAS; y, por otro, de la circunstancia de que el ámbito de aplicación de la orden de detención europea es limitado, contrariamente a lo que sucede con el art. 54 del CAAS, que es válido respecto de todas las infracciones castigadas por los Estados que se han adherido a este Convenio

31. En expresión utilizada en el Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales.

32. COM (2005) 696 final, de 13 de diciembre de 2005.

33. STJUE Asunto C-288/05, de 18 de julio de 2007.

3. Eficacia y fundamento

3.1. Eficacia general

La eficacia del carácter transnacional del principio de *ne bis in idem* ha dependido, con carácter general, de la legislación interna de los Estados.

Así pueden distinguirse diversos modelos o principios³⁴: el de la «dual sovereignty doctrine», conforme al cual no impide una doble persecución y enjuiciamiento en dos Estados federados por los mismos hechos, contra un mismo sujeto; el principio de la toma en consideración, principio de compensación o de cómputo (*taking into account/Anrechnungsprinzip*), conforme al cual cuando ha existido una condena previa penal en un Estado, la misma no impide una persecución penal y/o sancionatoria en otro Estado por los mismos hechos y contra el mismo sujeto, sino simplemente se toma en consideración la pena impuesta —y generalmente ejecutada— en la determinación, en su caso, de una nueva pena. Finalmente, el principio de agotamiento del procedimiento o principio de exclusión (*Erledigungsprinzip*): conforme a este modelo, no solo se prohíbe la doble sanción, sino también el doble enjuiciamiento contra un mismo sujeto por los mismos hechos.

En el ámbito de la UE, la aplicación del *ne bis in idem* consagrado en los arts. 54 a 58 del CAAS tiene como se deduce de la jurisprudencia del TJUE **un carácter marcadamente restrictivo**, ya que los efectos del principio se circunscriben únicamente al ámbito penal. De hecho, como señaló en el asunto Gözütok, el TJUE reconoce a lo dispuesto en el art. 54 del CAAS el *único efecto de evitar que en un Estado miembro se incoen nuevas diligencias penales contra una persona que haya sido juzgada mediante sentencia firme en otro Estado miembro por los mismos hechos. Dicho principio no impide a la víctima ni a cualquier otro perjudicado por el comportamiento del imputado ejercitar o mantener una acción civil para solicitar la reparación del perjuicio sufrido*. De este modo, a día de hoy, no se reconoce expresamente la aplicación de este principio regulado en los arts. 54 a 58 del CAAS a un eventual concurso de normas penales y administrativas sancionadoras, sino que queda limitado al ámbito penal, si bien

como se expondrá la final de este apartado, de llegarse a dar tal situación en la práctica, el principio de *ne bis in idem* podría quedar salvaguardado, de conformidad con el marco normativo establecido en los arts. 54 y ss. del CAAS y la interpretación efectuada por el TJUE, si se respeta el principio de proporcionalidad en la imposición de las correspondientes sanciones (con aplicación del principio de compensación)³⁵. Por otro lado, no afecta al ejercicio de las acciones civiles de resarcimiento que, en su caso, pueda interponer la víctima o perjudicado por el delito.

En segundo lugar, el principio de *ne bis in idem* en la UE impide, con carácter general, la doble sanción penal, pero no necesariamente el doble proceso, puesto que, para poder tomar en consideración la aplicación de este principio se requiere la existencia de una sentencia firme (en los términos anteriormente descritos), lo que no impide una eventual doble persecución penal en dos Estados diferentes, por los mismos hechos y contra el mismo sujeto, paralela o coetánea y en tanto en cuanto no exista una decisión firme a que se refiere el art. 54 del CAAS. Esto es así porque dicho precepto exige la firmeza de la resolución penal: no está prevista en esta normativa la posible suspensión de un proceso en un Estado parte mientras exista en otro Estado un proceso penal abierto por los mismos hechos y contra el mismo sujeto, es decir, lo que procesalmente se designa bajo el nombre de «litispendencia»³⁶.

Por otra parte, hay que tomar en consideración que aún existiendo una sentencia firme en un Estado contratante, para aplicar el principio recogido en el art. 54 del CAAS va a ser necesario llevar a cabo una cierta actividad procesal por parte de los órganos del segundo Estado contratante que, en su caso, hubieran iniciado una nueva persecución penal por los mismos hechos y contra el mismo sujeto, si bien esta actividad irá dirigida a la valoración de la concurrencia o no de los requisitos de aplicación del principio de *ne bis in idem*. Para ello, establece el art. 57 del CAAS la necesidad de que los Estados designen en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio las autoridades designadas para solicitar y recibir las informaciones pertinentes (art. 57.3 CAAS). Dichas informaciones se remitirán cuanto antes y serán tenidas en cuenta para el curso que deba darse al procedimiento entablado (art. 57.2 CAAS).

34. Sobre los modelos, cfr. VERVAELE, John A. E., *op. cit.*, pp. 12 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, «El principio de *ne bis in idem* en la Unión Europea [Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.ª) de 10 de marzo de 2005 en el Asunto C-469-2003: Asunto Miraglia]», en *LA LEY*, n.º 6285, de 30 de junio de 2005, esp. p. 2.

35. Es más, señala nuestro TS en su STS de 22 de diciembre de 2003, en el Derecho comunitario la jurisprudencia del TJUE ha declarado la admisibilidad de la acumulación de sanciones por un mismo hecho (en el ámbito sancionador extrapenal), particularmente cuando se trata de sanciones comunitarias y nacionales, pero también cuando se trata de sanciones extracomunitarias (sentencias en los asuntos Gutmann, de 5 de mayo de 1966; Walt Wilhelm, de 13 de febrero de 1969; Boehringer Mannheim/Comisión, de 15 de julio de 1970).

36. A este aspecto se refiere también el Libro Verde, donde se señala que el principio de *ne bis in idem* recogido en los arts. 54 a 58 del CAAS «no evita los conflictos de jurisdicción derivados de la existencia de múltiples procesamientos en curso en dos o más Estados miembros; solo puede aplicarse para evitar un segundo procesamiento por el mismo asunto, cuando una resolución que prohíbe el procesamiento posterior (*res iudicata*) ha puesto fin al procedimiento en un Estado miembro».

En todo caso, el art. 56 recoge el principio de compensación o de toma en consideración al establecer que «si una Parte contratante entablara nuevas diligencias contra una persona que hubiere sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos por otra Parte contratante, de la sanción que, en su caso, se imponga deberán deducirse los períodos de privación de libertad que se hubieren cumplido en el territorio de esta última Parte contratante por tales hechos. También se tendrán en cuenta en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales, las sanciones no privativas de libertad que ya se hubieren aplicado».

De ahí que pueda afirmarse, como señala nuestro TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2003, que el **fundamento** último de la prohibición del «*bis in idem*» en el ámbito de la UE tal y como se encuentra regulado en los arts. 54 a 58 del CAAS —también aplicable en nuestro Ordenamiento Jurídico— se encuentra en el principio de proporcionalidad o bien el principio de culpabilidad: «lo decisivo es la limitación proporcional de la acumulación de sanciones respecto de la gravedad del hecho sancionado». De momento, solo se impide el doble proceso penal si concurren todos los presupuestos regulados en estos artículos: que se trate de decisiones firmes y, en caso de ser condenatorias, que se hayan ejecutado, sin olvidar, como se expondrá a continuación, la inexistencia de reservas expresas por los Estados.

3.2. Eficacia restringida: las excepciones al art. 54 del CAAS

El art. 55 del CAAS establece la posibilidad de acoger algunas reservas a la genérica formulación del art. 54, siempre y cuando el Estado en cuestión establezca una cláusula expresa en el momento de ratificación, aceptación o aprobación del Convenio, en la que se contenga la designación de la concreta excepción o excepciones que, dentro de los límites del mencionado art. 55, se pretenda establecer. Así, el primer párrafo del art. 55 recoge como posibles excepciones:

a) «Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en ese último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la Parte contratante donde se haya dictado la sentencia». Con esta excepción se posibilita el mantenimiento del principio de territorialidad (nacional) como principio fundamental de atribución de jurisdicción. Pero para que esta excepción pueda entrar en juego es preciso, no solo que haya sido incluida por el Estado parte en el momento de la aprobación, ratificación o aceptación del

CAAS, sino que el hecho ilícito se haya cometido íntegra o parcialmente en el territorio del mismo o, en este segundo caso, que no haya sido cometido también en el territorio del Estado donde se dictó sentencia, ya que obviamente éste también sería territorialmente competente.

b) «Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante». Con esta excepción se posibilita también el mantenimiento de otro de los vínculos de atribución de jurisdicción tradicionalmente recogidos en las legislaciones nacionales como es el denominado de «protección del interés nacional»³⁷ e incluso podría dar cabida a la aplicación de otros vínculos extraterritoriales de atribución de jurisdicción, dada la amplia fórmula con la que ha sido redactada, al referirse a «otros intereses igualmente esenciales». De ahí que el párrafo segundo del art. 55 obligue a los Estados a «precisar las categorías de infracciones a las que podrá aplicarse dicha excepción».

c) «Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo». En este supuesto pueden presentarse algunos problemas de interpretación en relación a la condición de funcionario.

No obstante, si bien se permite excepcionar el juego del art. 54 del CAAS, lo que podría dar lugar a un doble enjuiciamiento penal, en todo caso deberá tomarse en consideración la pena impuesta en el otro Estado contratante, por aplicación del principio de compensación recogido en el art. 56 del CAAS y como imperativo impuesto por la salvaguarda del principio de proporcionalidad a que se ha hecho referencia.

3.3. Eficacia extensiva: la aplicación de las disposiciones nacionales más favorables

Finalmente y como norma de cierre de la aplicación transnacional del principio de *non bis in idem* en la UE, el art. 58 del CAAS permite la aplicación «de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto *non bis in idem* vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero». Resulta, sin embargo, poco frecuente encontrar en las normativas internas de los Estados que conforman la UE disposiciones más favorables para la aplicación transnacional de este principio³⁸. Es destacable a este respecto la normativa establecida en el art. 68 del CP holandés que expresamente contiene una disposición general sobre este principio que establece su aplicación tanto a las sentencias nacionales, como a las

37. Así se recoge, por ejemplo, en nuestro art. 23.3 LOPJ.

38. Más bien al contrario, los ordenamientos jurídicos de los Estados suelen tender a ser restrictivos, como pone de manifiesto DANNECKER, Gerhard, «La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa» en Barja de Quiroga/Zugaldía Espinar (coords), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset/Marcial Pons, 2004, pp. 157-176, esp. pp. 162-164.

extranjeras, con independencia del lugar donde se cometió el delito³⁹.

De igual modo se ha reconocido el alcance transnacional de este principio en nuestro ordenamiento, si bien, no por norma legal expresa, sino a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁰. Efectivamente, el TS ha reconocido la aplicación del principio de *non bis in idem* para sentencias extranjeras⁴¹, siempre y cuando se aprecie la existencia de identidad subjetiva y objetiva: lo importante es que los hechos sean los mismos y la persona contra la que se sigue el nuevo procedimiento fuera aquella contra la que se siguió el primero, careciendo de relevancia tanto la calificación jurídica y el título por el que se acusó⁴². En estos casos, como resulta obvio, será preciso realizar una comparación entre los dos procedimientos —el resuelto por la sentencia firme y el posterior, en el que se formule la excepción de cosa juzgada—, tanto en lo relativo al «hecho enjuiciado» como al «sujeto pasivo», y las dudas o dificultades que a este respecto se puedan generar, si son suficientemente fundadas, «no deberán resolverse en ningún caso en contra del reo»⁴³. Además, aunque en nuestro Ordenamiento, como reconoce el TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2003, existen algunas limitaciones legales a la aplicación transnacional de este principio, como por ejemplo las contenidas en el art. 23.2.c) de la LOPJ —y también lo sería en los casos previstos en el art. 23.3 y 23.4—, estas excepciones no pueden ser tomadas en consideración cuanto la sentencia alegada proviene de alguno de los Estados miembros de la

UE, toda vez que España no ha realizado ninguna reserva en los términos del art. 55 del CAAS.

IV. *Non bis in idem*, libre circulación, reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y principio de confianza: la difícil construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia

La aplicación transnacional de la prohibición del «*bis in idem*», tal y como aparece regulada en la normativa vigente, requiere del reconocimiento de decisiones judiciales cuyo presupuesto previo es «*la existencia de confianza mutua de los Estados en sus respectivos sistemas de justicia penal*».

Recorre así el TJUE en las sucesivas decisiones dictadas en este ámbito al omnipresente binomio *reconocimiento mutuo/confianza*⁴⁴, obviando precisamente que es en este aspecto donde pueden existir problemas, puesto que se trata de una expresión genérica, quizá de fácil aceptación como *desideratum*⁴⁵, pero carente de significado concreto y, por supuesto, de muy difícil aplicación práctica.

En efecto, se trata de determinar si, en virtud de este «principio de confianza» un Estado debe reconocer de forma automática las decisiones judiciales provenientes de otro Estado miembro («principio de asimilación»)⁴⁶; o bien, si la existencia de confianza requiere de una actuación positiva de control por parte de las autoridades judiciales nacionales⁴⁷ o, en su caso, de una armonización y

39. Sobre estos aspectos, cfr. el informe nacional sobre el principio de *ne bis in idem* de Holanda elaborado por KLIP/VAN DER WILT para el «Colloque préparatoire. Section IV. Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe "ne bis in idem", 1-4 juin 2003, Berlin (Allemagne)», y publicado en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, Ères, n. 73, 3 y 4 trimestre de 2002, pp. 1091-1138, esp. p. 1092.

40. Doctrina aplicada recientemente por la AN en la sentencia de 31 de octubre de 2004 relativa a los atentados terroristas del 11-M para absolver a Rabei Osman el Sayed Ahmed, alias «el Egipcio», del delito de pertenencia a banda armada, al considerar que ya había sido condenado en Italia por los mismos hechos, decisión que, según ha anunciado la Fiscalía, será objeto de recurso por entender que en este caso no concurren todos los presupuestos de la cosa juzgada ya que, según la Fiscalía, la sentencia italiana tomada en consideración aún no es firme y, además, no existe absoluta identidad de hechos requerida para la aplicación de dicha excepción.

41. Afirma el TS en su auto de 14 de febrero de 2000 (recurso 640/1999): «La excepción de cosa juzgada, por lo ya dicho, habrá de estimarse cuando concurren los requisitos precisos —conforme a lo expuesto—, con independencia de que la sentencia primeramente dictada lo haya sido por un Juez o Tribunal extranjero, que, como es lógico, lo habrá hecho de conformidad con el correspondiente ordenamiento jurídico».

42. SSTS de 17 de octubre y 12 de diciembre de 1994; de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995; de 3 de febrero y 8 de abril de 1998; de 24 de abril de 2000, entre otras.

43. ATS de 14 de febrero de 2000.

44. Sobre las críticas a estos dos principios, *vid.* ampliamente GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, «La «euroorden»: hacia una Europa de los carceleros», en *LA LEY*, n.º 6619, de 29 de diciembre de 2006, pp. 1-2.

45. Como señala el Prof. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Tal invocación de la confianza (...) incurre en la falacia *normativista*, consistente en la colocación, en el lugar del *ser*, del *deber ser*...». GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *op. cit.*, p. 2.

46. Sobre estos aspectos y la crítica al principio de asimilación, cfr. VOGEL, Joachim, «¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la Legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 171-198, esp. pp. 185 y ss.

47. A este necesario control de las autoridades judiciales nacionales se refiere PENÍN ALEGRE, en relación a la euroorden: «(...) aun partiendo de la confianza en el sistema judicial extranjero, la alegación de una concreta violación debe ser examinada por los Tribunales llamados a velar por la tutela judicial efectiva». PENÍN ALEGRE, Clara, «Problemas ante la emisión de una orden europea», en VV.AA., *Nuevos retos del Derecho y la Justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje a Antonio González-Cuellar García*, Madrid, Colex, 2006, pp. 1081-1105, esp. p. 1092.

aproximación de legislaciones. El TJUE apuesta por el control de las autoridades nacionales pero limitado a la valoración de la concurrencia de los presupuestos del principio de *non bis in idem*, sin tomar en consideración ni la calificación jurídica ni el interés jurídico protegido, por lo que ha descartado la necesidad de una armonización o aproximación de legislaciones penales. Y es así porque, a juicio del TJUE, la finalidad material que se persigue con la vigencia transnacional del principio de *non bis in idem*, es la salvaguarda de la libertad de circulación tutelada por el sistema de Schengen, finalidad que debe prevalecer sobre las estrictas consideraciones formales en su interpretación y aplicación.

Sin embargo, como se ha expuesto, la regulación establecida en los arts. 54 a 58 del CAAS garantiza en última instancia la doble sanción penal o, mejor dicho, la sanción desproporcionada, pero no impide en todo caso la doble persecución penal.

De ahí que se hayan ido dando diferentes pasos en la UE concretados en diversas declaraciones y propuestas⁴⁸, siendo su último exponente el «Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales»⁴⁹. Estas propuestas responden a un interés común, mejorar el régimen jurídico vigente del principio de *non bis in idem*, evitando no solo la sanción desproporcionada, sino también el doble enjuiciamiento penal —con lo que quedaría salvaguardada la libertad de circulación—. Por ello, a diferencia de lo que sucede con la normativa vigente, la regulación de la prohibición del *bis in idem* aparece precedida y complementada por un sistema de atribución de jurisdicción y/o solución de conflictos de jurisdicción.

Es precisamente este aspecto el que resulta más conflictivo en cuanto a su desarrollo y eventual aprobación porque, a diferencia de la prohibición del *bis in idem*, no solo se basa en el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, sino también afecta al ámbito de la delimitación de la jurisdicción de los órganos jurisdiccio-

nales estatales, aspecto éste íntimamente ligado al concepto de soberanía y sobre el que los Estados no están dispuestos fácilmente a perder o ceder competencias.

Efectivamente, en las diversas propuestas se parte del hecho de que en el momento actual no existe en el ámbito europeo ninguna prelación entre los criterios de atribución de jurisdicción, que sigue dependiendo de las legislaciones internas de los Estados. De ahí la necesidad de regular, en el caso de que varios Estados miembros fueran competentes para el conocimiento de un mismo objeto penal, de un sistema de atribución/selección, según los casos, de jurisdicción preferente para el enjuiciamiento de un asunto: de este modo, se alcanzarían además otros objetivos complementarios como la prevención de los conflictos (positivos o negativos) de jurisdicción; la facilitación de una posible aplicación transnacional de la litispendencia o la evitación de los supuestos denominados de «forum shopping».

Descartadas las propuestas encaminadas a establecer un sistema de atribución «normativa» de jurisdicción exclusiva, el Libro Verde propone un sistema de atribución de jurisdicción mixto, normativo/convencional verdaderamente complejo, de difícil aplicación práctica, lo que sin duda, reduce la necesaria seguridad jurídica en este ámbito. Así, se establecen dos mecanismos diferentes y paralelos de atribución de jurisdicción: **el sistema de «asignación»**, de naturaleza esencialmente «convencional», conforme al cual son los propios Estados afectados por un hecho delictivo los que a través de sus órganos deben intentar ponerse de acuerdo para decidir cuál va a conocer de un asunto concreto⁵⁰; y la **«norma de prioridad»**, que prevé la posibilidad de establecer una disposición de la UE que podría obligar a los Estados miembros a concentrar los procedimientos relativos a un asunto en la jurisdicción principal. En ambos casos se hace referencia a la necesidad de acudir a un **listado de criterios relevantes** —no se incluye una enumeración cerrada o tasada de los que han de ser, sino unas indicaciones de los que podrían

48. Como la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal» [Documento COM (2000) 495 FINAL] que proponía un sistema de atribución de jurisdicción exclusiva que fue rechazado por los Estados o la «Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del *ne bis in idem*» [DOUE n C 100, de 26 de abril de 2003].

49. COM (2005) 696 final, de 13 de diciembre de 2005.

50. Este sistema se desarrolla en varias fases: a. Identificación e información de las «partes interesadas», si bien el concepto «parte interesada» carece aquí de significado procesal y va referido a los posibles Estados afectados; b. Consulta/debate entre aquellos Estados interesados en enjuiciar una misma causa penal. Se confía en la capacidad negociadora y de diálogo de las autoridades competentes y de ahí que entendamos que se trata de un sistema esencialmente «convencional»; c. Solución de controversias/mediación, cuando no existe acuerdo entre las autoridades competentes de los distintos Estados miembros implicadas o, en su caso, no se ha llegado al mismo transcurrido un cierto tiempo; d. Eventual decisión obligatoria por un órgano de la UE: se trata de una fase de carácter contingente, en los casos en los que fracase la solución de controversias propuesta y que requerirá de la creación de una autoridad *ad hoc*.

acogerse— que deberán ser interpretados de modo flexible por las autoridades nacionales competentes, con la confianza de que una aplicación «razonable» de dichos criterios será suficiente para concluir cuál es el «mejor lugar» para el enjuiciamiento de un asunto⁵¹.

Por otro lado, se establecen algunas referencias tendenciales en torno a una nueva regulación de principio de «non bis in idem», que ponen el acento en la necesidad de concretar sus elementos y definiciones; eliminar o rebajar el requisito de la «ejecución» y evitar las excepciones de los Estados a su aplicación.

No parece, sin embargo, que los objetivos del Libro Verde sean fácilmente alcanzables con su desarrollo. Como se ha expuesto, se prevé el establecimiento de un sistema complejo, integrado por dos mecanismos paralelos, con intervención de múltiples autoridades, en el que no se establecen claramente los criterios claros a tomar en consideración, con una duración en el tiempo indeterminada—que se añadirá a la duración misma de la causa penal— y sin tomar en consideración debidamente las eventuales alegaciones del imputado y/o víctima, que devienen figuras prácticamente inexistentes en el proceso de asignación de jurisdicción.

Son por ello muchas las voces que, aun valorando los aspectos positivos de una propuesta en este ámbito y la necesidad de establecer una política criminal coordinada en

el ámbito de la UE, reclaman la necesaria profundización en el estudio de una propuesta madurada, eficaz y respetuosa con las tradiciones jurídicas y los sistemas penales existentes en la UE, así como con los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos de la UE que pueden verse afectados como el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la tutela judicial efectiva, a un proceso justo, sin dilaciones indebidas o el derecho a ser oído y a la defensa, por enunciar algunos de los más relevantes⁵².

Una vez más se ponen de manifiesto las dificultades existentes en el desarrollo del objetivo establecido en el art. 2 TUE de «mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas...». Se trata de elaborar normas útiles que respeten los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y cuya conformación sea coherente con los sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros. En efecto, la eficacia y validez de la actuación comunitaria en materia de justicia penal depende no solo de declaraciones más o menos ambiciosas sobre cómo debe alcanzarse un «sentido común de la justicia en la Unión»⁵³, sino fundamentalmente de la forma jurídica que se le otorgue. Para ello es necesario analizar, con carácter previo, si el proceso de armonización o de aproximación es necesario, o redundante o puede redundar en una suerte de «apilamiento» institucional y normativo⁵⁴.

51. El objetivo es que el mejor lugar para el enjuiciamiento de un asunto quede concretado por alguno de estos dos sistemas en el momento de la presentación del escrito de acusación, «ya que, en esta fase, las autoridades competentes disponen de la información necesaria para proceder a una evaluación global de todos los aspectos relativos a la jurisdicción. Además, las principales cargas para las personas afectadas suelen aparecer después de la acusación...».

52. Cfr. a este respecto más ampliamente, las «Observaciones sobre el Libro Verde relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales», elaborada por la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia español; la «Réponse du CCBE (Conseil des Barreaux européens) au Livre Vert sur les conflits de compétences et le principe de ne bis in idem», de abril de 2006; las «Observaciones de MEDEL (Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés) al Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales».

53. Según la definición de la comisión de la expresión «espacio de libertad, seguridad y justicia», en su Comunicación COM (1998) 459 final, 14 de julio de 1998, «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia».

54. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «Sobre la armonización de las sanciones en la UE», en *Revista Penal*, julio de 2005, n.º 16, pp. 43-53, esp. p. 48 y ss.