

El ne bis in idem: *un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea**

Marien Aguilera Morales

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. EL ARTÍCULO II-110 DEL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA Y LA PROHIBICIÓN DE *BIS IN IDEM*—1. *Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción y ne bis in idem: primera aproximación*—1.1. La dimensión transnacional del *ne bis in idem*—1.2. La dimensión transnacional del *ne bis in idem* como derecho fundamental—2. *El contenido y confuso ámbito del derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción*—3. *El contenido transnacional del ne bis in idem*—3.1. Los presupuestos para su delimitación; el *idem*—3.2. El *bis*—4. *Límites*
 - III. HACIA LA PLENA EFICACIA DEL *NE BIS IN IDEM* EN LA UNIÓN—1. *Las propuestas de desarrollo normativo*—1.1. La Iniciativa helénica—1.2. El Libro Verde sobre conflictos de jurisdicción y el principio *ne bis in idem* en los procesos penales—1.3. La Propuesta de Friburgo—2. *Consideraciones finales*
-

* Este trabajo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación: «La Constitución Europea: implicación y efectos en el ordenamiento procesal de los Estados miembros» (SEJ2004-05785/JURI), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia

I. INTRODUCCIÓN

1. Muchas y extensas son las páginas que al *ne bis in idem* o *non bis in idem*¹ ha dedicado la literatura jurídica patria. Esas mismas páginas son reveladoras de que su estudio ha sido abordado desde una doble perspectiva: una perspectiva –llamemos interna–, que parte de la consideración del *ne bis in idem* como un derecho fundamental consagrado en nuestra Carta Magna y con la que se busca concretar su contenido a la luz, principalmente, de la abundante y no siempre uniforme doctrina del Tribunal Constitucional²; y otra perspectiva –llamemos externa–, que toma como premisa la aplicación de aquel derecho fuera de nuestras fronteras y por objeto el estudio de las normas y resoluciones judiciales relativas a su eficacia en el ámbito internacional o en el más concreto ámbito de la Unión Europea³.

¹ Precisa LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que si bien ambas expresiones son correctas desde un punto de vista gramatical, la enunciación de la regla desde su consideración como principio o derecho debe realizarse bajo la fórmula «non bis in idem», ya que «ne» es una conjunción que da inicio a una oración final negativa, cuya traducción en castellano es «para que no» o «que no». Cfr. El principio «non bis in idem», Madrid, 2004, pgs. 14 a 17. En este trabajo, empero, y a sabiendas de su incorrección gramatical, utilizaremos la expresión «ne bis in idem», toda vez que ésta es la fórmula usualmente utilizada, a nivel europeo, para identificar aquel derecho.

² Son innumerables los trabajos que, en nuestro país, se dedican a analizar el *ne bis in idem* desde las más diversas perspectivas. Este motivo, unido a que su cita seguramente sería incompleta, nos exime de incluir una relación bibliográfica al respecto. No obstante, y a título ilustrativo, cabe resaltar los trabajos de DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991, pgs. 157 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «*Ne bis in idem*: significados constitucionales», en *Libro Homenaje a Juan del Rosal*, Madrid, 1993; PÉREZ MANZANO, M., *Prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002 y; ALONSO MÁZ, M. J., *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Valencia, 2005.

³ También a título ilustrativo, pueden destacarse los estudios, en lengua española, de MORENO CATENA, V. y CASTILLEJO MANZANARES, R., *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, 1999, pgs. 158 a 165; DANNECKER, G., «La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa», en *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a E. Bacigalupo*, Madrid, 2004, Tomo I, pgs. 157 a 176; BLANCO CORDERO, I., «El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea [Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 10 de marzo de 2005 en el Asunto C-469/2003: Asunto Miraglia]», *Diario La Ley*, núm. 6285, 30 de junio de 2005; HOYOS SANCHO, M., de, «Eficacia transnacional del non bis in idem y denegación de la euroorden», *Diario La Ley*, núm. 6330, 30 de septiembre de 2005; VERVAELE, J., «Principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los Derechos Fundamentales en el espacio judicial europeo», 2005 (la versión electrónica se encuentra en <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2005-0622-160105/4484d.pdf>); PEITEADO MARISCAL, P., «El reconocimiento mutuo y la eficacia directa de resoluciones penales definitivas sobre procesos penales en tramitación en la Unión Europea», en *Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, Madrid, 2006, pgs. 179 a 207; *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión Europea*, Madrid, 2006, pgs. 70 a 82. JIMENO FERNÁNDEZ, F., «Algunas reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el artículo 54 del Convenio de Aplicación de Schen-

Poca, por no decir nula, ha sido, en cambio, la atención que, en este último ámbito –el de la Unión Europea–, ha prestado la doctrina española al *ne bis in idem* en su condición de derecho fundamental o, lo que viene a ser lo mismo, al artículo II-110 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante, TCEu). El doble *no* al TCEu de Francia y Holanda; las similitudes que, en lo relativo a este derecho, presenta el TCEu con determinados instrumentos internacionales firmados y/o ratificados por España; y la atracción que –por sus notables implicaciones y por las dificultades inherentes a su efectiva aplicación– ha despertado la aplicación del *ne bis in idem* en el ámbito de la cooperación judicial penal o en el más amplio espacio europeo de justicia, pueden hallarse, tal vez, tras ese generalizado desinterés.

A nuestro juicio, sin embargo, ninguno de los motivos apuntados justifica la ausencia de tratamiento.

En primer lugar, porque la no ratificación del TCEu por algunos Estados de la Unión no parece haber terminado con la voluntad de los representantes de los Gobiernos –incluidos los de aquellos dos países– de perseverar en el intento de que el texto constitucional salga adelante.

En segundo lugar, porque las coincidencias entre el TCEu y los instrumentos internacionales a que antes nos referíamos son, al menos en principio, meramente formales, con lo que soslayar el estudio del artículo II-110 TCEu so pretexto de que su alcance y contenido es idéntico al proclamado en estos otros instrumentos constituye, también en principio, un desacierto.

Igualmente erróneo resulta, en tercer lugar, relegar la faceta constitucional del *ne bis in idem* en pro de la dimensión que este derecho adquiere en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: de un lado, porque aquella faceta está llamada a tener como ésta una notable repercusión en nuestro país, caso de que finalmente llegue a entrar en vigor el TCEu⁴; de otro, y más importante, porque de darse esta última coyuntura, el artículo II-110 se erigirá en canon de constitucionalidad de cuantas disposiciones vengan

gen» [Comentario a la STJCE Van Esbroek (C-436/2004) de 9 de marzo de 2006], Diario *La Ley* núm. 6496, 2 de junio de 2006, pgs. 1 a 5; e IRURZUN MONTORO, F., «¿El espacio judicial europeo en una encrucijada?», Diario *La Ley* núm. 6532, 24 de julio de 2006, pgs. 1 a 6, esp. pg. 2.

⁴ Téngase en cuenta que, según el propio TCEu (apartado 1, art. II-111), los derechos fundamentales consagrados en él no sólo vinculan a las instituciones, órganos y organismos de la Unión sino también a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

De otro lado, aunque en este mismo orden de cosas, es razonable pensar que la «europeización» y eventual desarrollo legal que del *ne bis in idem* se realice a nivel de la Unión trascenderá a la interpretación que de este derecho realicen nuestros tribunales e incluso a nuestro propio ordenamiento jurídico. Así ha sucedido ya en otros Estados miembros, como Irlanda, que el pasado año modificaba su *Criminal Justice Act (Section 46)* en sintonía con la formulación que el TCEu hace del derecho que nos ocupa. Sobre esta modificación, *vid. Report on the situation of fundamental rights in the European Union and its member States, 2005* (http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/list_opinion_en.htm).

a dar desarrollo a aquel derecho, así como de la aplicación jurisdiccional de estas últimas⁵.

2. Cuanto va dicho justifica y descubre a la vez el objeto de las siguientes páginas. Así, es nuestro propósito ahondar en el alcance, ámbito, contenido y límites que cabe predicar del *ne bis in idem*. Pretendemos con ello poner de relieve no sólo el real significado que se esconde tras la literalidad del artículo II-110 TCEu, sino también, y sobre todo, llamar la atención acerca de los no pocas e insignificantes incógnitas que plantea el *ne bis in idem* tal y como se encuentra «constitucionalizado».

Al anterior propósito, súmase otro enmarcado en el terreno de las propuestas. Este segundo objetivo –que abordamos con gran dosis de cautela y no menor modestia– parte de lo que entendemos es el contenido básico o, en terminología constitucionalista, «el núcleo duro» del *ne bis in idem* en el ámbito de la Unión. Sobre esta premisa, nuestra intención se centrará, primero, en el análisis somero de cuantas propuestas e iniciativas se han realizado hasta ahora con miras a desarrollar legalmente aquel derecho a nivel de la Unión, y en la formulación, después, de las bases sobre las que, a nuestro personal entender, debería asentarse en un futuro su regulación normativa.

II. EL ARTÍCULO II-110 DEL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA Y LA PROHIBICIÓN DE *BIS IN IDEM*

1. Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción y *ne bis in idem*: primera aproximación

3. Con la rúbrica «derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción» el artículo II-110 TCEu pone fin al catálogo de derechos fundamentales que, en lo relativo a la Justicia, se recoge en el Título VI de su parte II. El artículo en cuestión establece literalmente:

«Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

Según *communis opinio*, el derecho recogido en el precepto recién transcrito –y en el que fue su antecedente inmediato; *i.e.*: el artículo 50 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales⁶ (en adelante, CEDF)– se corresponde con el expresado bajo el brocardo latino *ne bis in idem*.

⁵ Asiste, pues, toda la razón a quien afirma que el papel de los derechos fundamentales es clave en el proceso de construcción de la unidad europea, hasta el punto de condicionar el resto. Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «Derechos Fundamentales y construcción europea», *Noticias de la CEE*, 1998, p. 48.

⁶ La Carta fue proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 [DO núm. C 364, 18 de diciembre de 2000]. Como es sabido, su texto fue integrado con pequeñas modificaciones en la Parte II del Tratado Constitucional. Menos sabido, quizá, es que algunas de esas modificaciones alcanzaron a la formulación del *ne bis in idem*. Concretamente, la Carta

4. En términos generales, y sin perjuicio de posteriores matizaciones, este principio clásico del Derecho Penal y Procesal penal⁷ comporta la necesidad de impedir que una persona sea sancionada o sometida a un proceso de naturaleza igualmente sancionadora en más de una ocasión y con base en unos mismos hechos y/o razones. Esto pone ya de relieve el carácter «poliédrico» del derecho objeto de nuestro estudio.

El *ne bis in idem* es, en efecto, un derecho con dos facetas o dimensiones: una dimensión material o sustantiva, que proscribía sancionar a una persona dos o más veces por los mismos hechos (*nemo debet bis puniri pro uno delicto*); y, otra, procesal, que implica la prohibición de someter a una persona a más de un proceso con base, igualmente, en los mismos hechos (*nemo debet bis vexari pro una et aedem causa*). Ambas dimensiones son conocidas, respectivamente, como «interdicción de doble sanción» e «interdicción de doble proceso». Se trata, en términos generales, de dos dimensiones autónomas, independientes entre sí. Cabe, por tanto, conculcar la dimensión material del *ne bis in idem* sin que ello suponga el sometimiento de una persona a un doble proceso; y cabe, asimismo, conculcar la dimensión procesal de aquel derecho sin incurrir por ello en la proscripción de doble sanción. Las diversas premisas de que parten ambas dimensiones y su no del todo coincidente fundamento redundan en esta recíproca autonomía. Veámoslo.

La dimensión procesal del *ne bis in idem* (o, en negativo, la proscripción de doble proceso), encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica; principio que veda la posibilidad de que la decisión de un asunto se prolongue indefinidamente en el tiempo, se entablen nuevos procesos sobre asuntos ya decididos de modo irrevocable, recaigan decisiones contradictorias sobre un mismo asunto o, en fin, se reiteren, también sobre el mismo asunto, decisiones con el mismo contenido. Esto explica que esta dimensión haya sido relacionada con la cosa juzgada, pues la función negativa o excluyente de esta institución subviene a la seguridad jurídica del mismo modo. Y también explica que, en el ámbito sancionador, la prohibición de doble proceso acostumbre a identificarse con la prohibición de doble proceso penal, ya que, *stricto sensu*, la cosa juzgada no es efecto que quepa predicar de cualquier decisión con eventual contenido sancionador, sino sólo de las resoluciones judiciales firmes que deciden sobre el fondo del asunto.

A pesar de la incuestionable conexión que, por su fundamento, presenta la dimensión procesal del *ne bis in idem* con el instituto de la cosa juzgada,

consagraba este derecho bajo la rúbrica «derecho a no ser *acusado* o condenado penalmente dos veces por *el mismo delito*, y lo hacía en los siguientes términos: «nadie podrá ser *acusado* o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

⁷ El *ne bis in idem*, en efecto, data de muy antiguo. En el año 355 a. C., Demóstenes ya se refería a él al afirmar que «las leyes prohíben que un mismo hombre sea juzgado dos veces por el mismo motivo». También se encuentran referencias a este derecho en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano (Dig. 48.2.2.7).

aquella y éste no son necesariamente identificables. Más aún: bien mirado, tal identificación implica una concepción restrictiva de esta dimensión que no se compadece ni con su formulación ni con el principio de seguridad jurídica sobre el que dice fundarse. Basta tener en cuenta, en este sentido, que la seguridad jurídica no sólo impera la estabilidad y permanencia de la solución jurídica del caso, sino también que el derecho se exprese de forma única, lo que no sucede –apostillamos– cuando existe una pluralidad de procesos. Lo que pretendemos decir, más llanamente, es que, en nuestra opinión –que no es original ni personalísima– la dimensión procesal del *ne bis in idem* proscribiera, sí, la incoación de un segundo proceso con objeto idéntico a otro proceso ya terminado mediante resolución firme, pero también la pendencia simultánea de dos o más procesos con idéntico objeto. Desde nuestra perspectiva, por tanto, la proscripción de doble proceso conecta, desde un punto de vista procesal, tanto con el instituto de la cosa juzgada como con la litispendencia.

Cualquiera, con todo, que sea la extensión que se predique del *ne bis in idem* procesal, lo que resulta indiscutible es que esta dimensión toma siempre como premisa la mera existencia de dos procesos al margen su resultado. Esto abunda en la posibilidad, a que antes nos referíamos, de que el derecho a no ser sometido a un doble proceso resulte vulnerado sin que ello se traduzca necesariamente en una doble sanción. Así sucedería, por ejemplo, si se incoara un segundo proceso frente a la misma persona que resultó absuelta por los mismos hechos en un proceso anterior.

Como la vertiente procesal, la dimensión material de la prohibición *bis in idem* se halla fuertemente anclada al principio de seguridad jurídica. Razones, en efecto, de seguridad jurídica exigen que impuesta una sanción a una persona, ésta adquiera la certeza de que no podrá volver a ser castigada en atención a los mismos hechos y fundamentos. A diferencia, empero, de la vertiente procesal, la seguridad jurídica no es el único principio esgrimido como fundamento de la vertiente material del *ne bis in idem*. Antes bien; junto al principio de seguridad jurídica –e incluso por «encima de él»– cobra fuerza la tesis que ubica la *ratio* de esta vertiente en el principio de proporcionalidad, esgrimiéndose en este sentido que la acumulación de sanciones implica, en verdad, la imposición de una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador al establecer la norma.

Además de su fundamento, dos datos más diferencian la dimensión material y procesal del *ne bis in idem*: el primero, es que aquella se circunscribe a los supuestos de efectiva condena o, más genéricamente, de sanción; el resultado del proceso sancionador no resulta, por tanto, irrelevante al efecto de entender conculcada esta faceta. La unidad o pluralidad de procesos –y éste sería el segundo dato– es indiferente respecto de la apreciación del *ne bis in idem* en su dimensión material; y es que si lo que veda esta segunda dimensión es la imposición de una sanción que exceda en sus límites del castigo que merecen los hechos, y esto es algo que puede suceder en un solo proceso, bien se comprende que el *ne bis in idem* pueda resultar materialmente

conculcado con independencia de que se sigan uno o varios procesos sobre los mismos hechos. Sería el caso, por ejemplo, de que, en el curso de un mismo proceso, se tome en consideración como criterio agravante de la penalidad el mismo hecho tenido en cuenta para incluir la conducta enjuiciada en un subtipo agravado.

5. Aunque distintas en sus premisas y no coincidentes del todo en su fundamento, la proscripción de doble sanción y de doble proceso encuentran su campo abonado de actuación en un mismo ámbito: el jurisdiccional. Que esto sea así no necesita de una extensa explicación. Y es que siendo la pena la expresión más característica del *ius puniendi* del Estado, y siendo la cosa juzgada (y la litispendencia) concepto íntimamente ligado a los de jurisdicción y proceso, es evidente que la dimensión material y procesal del *ne bis in idem* confluyen en lo que de garantía jurisdiccional tiene este último derecho, ya que sólo a través del proceso puede imponerse una pena y sólo existiendo proceso cabe hablar de cosa juzgada (y de litispendencia).

Lo anterior, sin embargo, no debe tomarse en el sentido de entender que el *ne bis in idem* circunscribe exclusivamente su ámbito al Derecho Penal o Procesal penal. No es así.

Así, y por lo que hace a su vertiente material, ya hemos dicho que el *ne bis in idem* no sólo protege frente a la posible imposición de dos penas sino, más genéricamente, de dos sanciones, tengan éstas naturaleza penal o no. Tras esta protección, obvio es decirlo, subyace la idea de que la potestad sancionadora –no sólo la penal– es expresión del *ius puniendi* del Estado; una idea que hace suya la mayoría de los Estados, donde el *ne bis in idem* actúa también como garantía en los casos de imposición de sanciones por ilícitos administrativos, disciplinarios o de otra naturaleza, y que es igualmente asumida por el Tribunal de Estrasburgo⁸.

Tampoco, curiosamente, la vertiente procesal del *ne bis in idem* ha permanecido ajena a la proyección del Derecho Penal hacia el más amplio ámbito sancionador. Y escribimos «curiosamente» porque no deja de ser llamativo que la proscripción de doble proceso se ligue a determinados procedimientos (significadamente, los administrativos) que no implican ejercicio de la potestad jurisdiccional y, por lo mismo, de los que no cabe predicar, *stricto sensu*, los efectos característicos de la cosa juzgada (y de la litispendencia). Sea como fuere, lo cierto, como decimos, es que la interdicción de doble proceso no se corresponde en el ámbito interno de los Estados con la interdicción de doble proceso penal, sino con la más amplia interdicción de

⁸ Cfr. SSTEDH de 21 de febrero de 1984 (caso *Öztürk c. República Federal de Alemania*); 27 de agosto de 1991 (caso *Demicoli c. Malta*) y 23 de octubre de 1995 (caso *Gradinger c. Austria*). En éstas y otras resoluciones se manejan tres criterios para determinar si una infracción puede considerarse criminal a los efectos del Convenio: su inclusión en el sistema penal, la naturaleza misma de la infracción (que, insistimos, no necesariamente ha de ser penal) y el grado de severidad de la sanción prevista para aquélla.

doble proceso sancionador⁹; una equivalencia que también hace suya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰.

6. A tenor del contenido genéricamente anudado al *ne bis in idem* resulta claro, ya en otro orden de cosas, que la salvaguarda de este derecho se resuelve normalmente en una obligación de no hacer. El respeto y garantía del *ne bis in idem* no exige, en efecto, de la autoridad gubernativa o judicial una actividad mucho mayor a la constatación de que la imposición de una nueva sanción o la incoación de un nuevo proceso supondría incurrir en la prohibición de *bis in idem*, o a la negación de eficacia de cuantas decisiones o resoluciones incurran en esta misma prohibición.

Ésta, con todo, es una actividad compleja, en absoluto fácil, pues comporta el examen de los presupuestos que condicionan la existencia de este derecho. De entre estos presupuestos, baste destacar por el momento aquel que nuestro Tribunal Constitucional denomina «triple identidad». La identidad de sujeto, hechos y fundamento constituye, en efecto, uno de los presupuestos del *ne bis in idem*. Más aún: constituye uno de los criterios delimitadores de su contenido, ya que, como reiteradamente venimos señalado, éste consiste en impedir que *una misma persona* padezca una doble sanción o se vea sometida a un doble proceso con base en unos *mismos hechos* y/o en un *mismo fundamento*.

7. No hemos de insistir lo suficiente en la generalidad o, mejor, en el carácter dogmático de las apreciaciones que sobre el *ne bis in idem* acaban de realizarse. Sirva esta precisión para dejar claro que entre los Estados miembros no existe una consideración unívoca acerca del ámbito y contenido de este derecho fundamental, pero también que esa misma consideración huelga en el ámbito interno de los Estados en que el *ne bis in idem* se presenta como uno de los derechos legalmente menos perfilados, jurisprudencialmente más confusos y doctrinalmente más matizados.

Todo esto que apuntamos pone ya de relieve la complejidad del tema al

⁹ Para nuestro TC, el fundamento constitucional de la proscripción de doble proceso se encuentra en el artículo 24.1 CE y, más exactamente, en el derecho a la tutela judicial efectiva, entre cuyo haz de garantías se halla el respeto a la cosa juzgada. Esto viene a dar explicación a la que, durante algún tiempo, fuera doctrina reiterada sobre esta vertiente. Y es que, sobre la base de que la eficacia de la cosa juzgada sólo es efecto predicable de las resoluciones judiciales y no de las administrativas, fueron muchas las sentencias que circunscribieron la proscripción de doble proceso a la dualidad de procesos penales, negando, en consecuencia, relevancia constitucional a la doble sustanciación de procedimientos sancionadores –administrativos y penales–. Este planteamiento varió con la STC 2/2003, de 16 de enero, en la que el TC vino a reconocer la posibilidad de que, en ciertos casos, la sustanciación de un proceso penal y administrativo sancionador por los mismos hechos podía ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso. Tras esta sentencia, muchas otras confirman la equiparación entre interdicción de doble proceso e interdicción de doble procedimiento sancionador.

¹⁰ Por todas, SSTEDH de 23 de octubre de 1995, ya citada; de 29 de mayo de 2001 (caso *Franz Fischer c. Austria*); 30 de mayo de 2002 (caso *W. F. c. Austria*) y 6 de junio de 2002 (caso *Sallen c. Austria*).

que nos enfrentamos. Y es que si difícil es determinar cuál el ámbito y el contenido esencial del *ne bis in idem* en cada uno de los Estados miembros, la dificultad se eleva exponencialmente a la hora de abordar este mismo objetivo conforme a la consagración que de aquel derecho se hace en el TCEu. Tres son –lo adelantamos ya– las razones de esta dificultad: la primera es la propia naturaleza de su formulación, que no es legal sino constitucional, y que, por lo mismo, se limita a contemplar aquel derecho con la generalidad propia de los instrumentos que proclaman derechos fundamentales; la segunda, es que, dentro del genérico ámbito de aplicación de los derechos fundamentales consagrados en el TCEu, el *ne bis in idem* se configura como un derecho bidireccional en tanto, de un lado, extiende su eficacia al ámbito interno de los Estados miembros y, de otro lado, a las relaciones de éstos entre sí o con las instituciones de la Unión¹¹; la tercera, es que una recta interpretación del derecho que aquí nos ocupa no sólo exige atender a los tradicionales criterios de hermenéutica jurídica, sino a otros criterios exegéticos contenidos en el propio TCEu, y que no siempre arrojan claridad sobre lo que es objeto de este estudio.

1.1. *La dimensión transnacional del ne bis in idem*

8. La consagración del *ne bis in idem* como derecho fundamental no es una originalidad del TCEu. Buena parte de los Estados que forman parte de la Unión también le otorgan aquella consideración en sus textos constitucionales¹², y lo mismo sucede –lo adelantábamos líneas arriba– con determinados instrumentos internacionales que contienen declaraciones de derechos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (en adelante, PIDCP) y el Protocolo Adicional 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹³ (en adelante, CEDH)¹⁴.

¹¹ *Vid.* lo dicho en nota 4.

¹² Tal es el caso de España, pues aun cuando no hay en un nuestra Carta Magna norma alguna que reconozca explícitamente el carácter fundamental del *ne bis in idem*, ya desde la lejana STC 2/1981 el TC señaló que aquel derecho se hallaba implícitamente incluido en el artículo 25 CE, dada su estrecha vinculación de con el principio de legalidad en materia penal y sancionadora. Con el tiempo, sin embargo, el TC ha ido matizando esta doctrina, distinguiendo fundamentos distintos respecto la proscripción de doble sanción y de doble proceso. Algo similar ha ocurrido en Alemania, pues el hecho de que la Ley Fundamental sólo eleve al rango de derecho fundamental el *ne bis in idem* en su vertiente de doble sanción («Nadie –prescribe el art. 103. III GG– debe ser sancionado a causa del mismo hecho conforme a las leyes penales») no ha sido óbice para que doctrina y jurisprudencia convengan en admitir que aquélla ampara, igualmente, la proscripción de doble proceso.

¹³ Este Protocolo está aún pendiente de ratificar por algunos Estados miembros, entre ellos España, que aunque lo firmó el 22 de noviembre de 1984, aún no lo ha ratificado. De aquí, que cuantas demandas han sido presentadas ante el Tribunal de Estrasburgo invocando la vulneración de aquel derecho hayan resultado inadmitidas por su incompatibilidad *ratione materiae* con las disposiciones del CEDH. *Vid.*, por todas, Decisiones TEDH de 22 de marzo de 2005 (caso *Blanca Rodríguez-Porto c. España*); y 18 de octubre de 2005 (caso *Luis Roldán c. España*).

¹⁴ El artículo 14.7 PIDCP consagra el *ne bis in idem* como derecho fundamental del individuo en los siguientes términos: «Nadie puede ser procesado o penado de nuevo

Pero, ni la eficacia que al *ne bis in idem* reconoce la mayoría de los Estados de la Unión ni la proclamación que de aquel derecho se hace en los instrumentos internacionales mencionados son comparables con la dimensión que al *ne bis in idem* otorga el artículo II-110 TCEu.

Así, y empezando por esto último, ha de subrayarse que mientras el PIDCP y el CEDH proclaman el *ne bis in idem* desde una perspectiva nacional o vertical, es decir, circunscriben su aplicación al ámbito interno de los Estados¹⁵, el TCEu contempla aquel derecho *también* desde una perspectiva transnacional u horizontal, es decir, parte de que su aplicación no sólo debe ser observada en el ámbito interno de cada Estado miembro, sino, además, en el ámbito mismo de la Unión, esto es, en el marco de las relaciones entre los Estados que la conforman.

En esto mismo difiere la proclamación que del *ne bis in idem* hace el TCEu de la realizada en los distintos textos constitucionales de los Estados de la Unión o, más exactamente, de la eficacia que a aquel derecho suelen reconocerle sus ordenamientos jurídicos. En este sentido, resulta obligado advertir que el hecho de que las constituciones de algunos Estados eleven el *ne bis in idem* a la categoría de derecho fundamental no se corresponde, *de facto*, con una aplicación igualitaria de aquel derecho a nivel interno e internacional; antes al contrario¹⁶. Así, en efecto, lo que revela la aplicación del

por una infracción por la cual ya haya sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la Ley y el procedimiento de cada país».

Por su parte, y en lo que aquí interesa, el artículo 4 del Protocolo 7 CEDH, establece: «1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas o cuando un vicio esencial en ese procedimiento pudiera afectar a la sentencia dictada...».

¹⁵ Así coincide en afirmarlo la mayoría de la doctrina, al menos en lo que se refiere al CEDH. También, a juicio de la desaparecida Comisión, el alcance del *ne bis in idem* sólo es interno, de modo que un procedimiento sancionador y una sanción impuesta en un Estado no cierran la posibilidad de que otro Estado procese y condene a una misma persona por los mismos hechos. Cfr. Decisión de la Comisión de 20 de mayo de 1994 (caso *X. c. Alemania*) y 16 de enero de 1995 (caso *Gestra c. Italia*).

Más discutido, en cambio, es el alcance que debe darse al artículo 14.7 PIDCP, pues la expresión «cada país» que en él se utiliza sirve, ciertamente, de sostén para defender su aplicación horizontal. Con todo, la lectura más común del precepto es la que niega que éste ampare el *ne bis in idem* en el ámbito de las relaciones interestatales. Esta última es, además, la interpretación defendida por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a cuyo juicio aquella previsión sólo prohíbe la *double jeopardy* en relación con la infracción juzgada en un Estado determinado (Decisión CPPR/C/31/ D 204, 1986, 2 de noviembre de 1987. Caso *A. P. G. v. Italia*).

¹⁶ Sobre la aplicación, en detalle, del *ne bis in idem* en el ámbito interno de los Estados miembros, Vid. JAÉN VALLEJO, M., «Principio constitucional “non bis in idem” (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 584 (BIB 2003, 876); y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Sección IV. Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem*. Relación general», *Revue internationale de droit pénal*, 2002, tercer y cuarto sem., pgs. 737 a 769.

ne bis in idem en los Estados miembros es que, salvo algún supuesto excepcional¹⁷, aquél suele producir los efectos excluyentes que le son característicos dentro de las propias fronteras, no ocurriendo lo mismo en el ámbito internacional en que la eficacia del *ne bis in idem* se halla fuertemente limitada bien por la propia legislación interna, bien por la interpretación que de ésta realizan los tribunales.

El apartado c) del artículo 23.2 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial constituye un magnífico ejemplo de lo que decimos. Así, tratándose de hechos delictivos cometidos fuera del territorio nacional, lo que aquel apartado establece es que si la condena impuesta en el extranjero sólo hubiera sido cumplida en parte «se le tendrá en cuenta (al condenado) para rebajarle la que proporcionalmente le corresponda», de lo que se infiere: (1) que es posible incoar un nuevo proceso penal respecto de hechos ya enjuiciados; y (2) que es igualmente posible una nueva condena por hechos respecto de los que ya haya recaído condena en el extranjero, con tal de que en este último caso la pena ya cumplida se descuente «de la que corresponda¹⁸». Reducidas a denominador común, estas dos inferencias se condensan en la idea de que lo decisivo para considerar respetado el *ne bis in idem* en su dimensión horizontal es la limitación proporcional de la acumulación de sanciones respecto de la gravedad del hecho sancionado pero no la unidad de sanción o de proceso¹⁹.

Desde nuestro personal punto de vista –y si se nos permite el inciso– tal consideración constituye todo un eufemismo. En este sentido, ya dijimos antes, y conviene reiterar ahora, que la proscripción de doble proceso y la proscripción de doble sanción, aún diferenciables y diferenciadas, conforman el contenido del *ne bis in idem*. Significa esto que tan vulneración del *ne bis in idem* es permitir un doble proceso como tolerar una doble sanción, pero también que la infracción de una sola de esas facetas comporta, *per se*, la vulneración aquel derecho fundamental. Sostener, pues, que basta satisfacer las exigencias de la proporcionalidad para entender respetado el *ne bis in idem* ni se corresponde con el contenido de aquel derecho ni con el fundamento en que descansa, pues ni aquel contenido es sólo la proscrip-

¹⁷ Tal es el caso de Francia, cuyo ordenamiento considera compatibles las sanciones administrativas y penales al entender que, en todo caso, tienen fundamentos diferentes; y también de nuestro país, en que se permite la concurrencia de la aplicación del *ius puniendi* por los Tribunales y de la potestad sancionadora por parte de la Administración o por determinadas Corporaciones de Derecho público.

¹⁸ Nótese que esta posibilidad es igualmente predicable de los supuestos de aplicación del principio real o de protección y de Justicia universal (art. 23.5 LOPJ). Asimismo, debe tenerse en cuenta que, aun cuando el artículo 23.2 c) LOPJ sólo permite el descuento en el caso de que la pena haya sido parcialmente cumplida, el Tribunal Supremo ha ampliado la posibilidad de acumulación de sanciones a los casos de cumplimiento total de la pena impuesta en el extranjero (STS 22 de diciembre de 2003).

¹⁹ Esta misma idea late en los ordenamientos alemán (§. 57 STGB); belga (art.13 CIC); italiano (arts. 7 y 138 CP) y francés (art. 692 CPP). Cfr. HOYOS SANCHO, M., de, «Eficacia transnacional del *non bis in idem*...», *cit.*, pg. 13 (versión electrónica).

ción de doble sanción ni este fundamento es *sólo* el principio de proporcionalidad.

Hecho el inciso, y retomando nuevamente aquella idea de que lo esencial para entender respetado el *ne bis in idem* a nivel horizontal es que las sanciones finalmente impuestas resulten conformes a las exigencias de la proporcionalidad, debe llamarse la atención acerca de que este planteamiento constituye el eje central del denominado principio de «toma en consideración» («Anrechnungsprinzip» o «accounting principle»); principio que, junto al de agotamiento o de exclusión («Erledigungsprinzip»), viene a dar explicación a los existencia de dos modelos distintos en relación con la eficacia del *ne bis in idem*: uno, primero, en que el *ne bis in idem* despliega la eficacia excluyente que le es característica; y un segundo modelo, en que el *bis in idem* no impide un nuevo enjuiciamiento o una nueva sanción, pero sí impone la «toma en consideración» de la sanción o de la pena ya impuesta a los efectos de descontar su duración o *quantum* de la eventual sanción o pena que pudiera imponerse. Pues bien, como decimos, este último modelo es el que impera en los ordenamientos internos de los Estados miembros respecto de la dimensión horizontal del *ne bis in idem*²⁰. Rara vez, por tanto, la sanción impuesta por un Estado u órgano de la Unión impide la incoación de un nuevo proceso o la imposición de una nueva sanción en otro Estado, siendo general, por el contrario, la permisión de aquélla y ésta con el matiz de la «toma en consideración»²¹.

Como a nadie escapa, dos son, fundamentalmente, las razones de esta restringidísima aplicación del *ne bis in idem* a nivel horizontal: (1) la virtualidad excluyente de este derecho respecto del *ius puniendi*; derecho este último íntimamente relacionado con el concepto de soberanía nacional y; (2) el

²⁰ En España, el *anrechnungsprinzip* también informa la proscripción de *ne bis in idem* en su dimensión vertical. Así, desde la ya citada STC 2/2003, de 16 de enero, puede decirse reiterada la doctrina según la cual basta descontar la previa sanción impuesta de la sanción posterior para entender respetado aquel derecho. Importa subrayar, no obstante, que esta doctrina no admite incondicionalmente la duplicación del *idem* sino, lo que es matizadamente distinto, la duplicación de sanciones y procesos, cuando aquéllas y éstos tienen, respectivamente, naturaleza administrativa y penal. En otros términos: en nuestro país, la «toma en consideración» es solución sólo aplicada a aquellos casos en que no se observa la prevalencia de la vía penal frente a la administrativa. Y es que, aun cuando en estos casos, existe doble sanción (administrativa y penal) y doble proceso (administrativo y penal), se considera que aquélla no se produce en tanto *efectivamente* no llegan a imponerse dos sanciones, y que tampoco se conculca la faceta procesal del *ne bis in idem* pues, siendo los procedimientos sancionadores de distinta naturaleza, se considera que la dimensión procesal del *ne bis in idem* carece de autonomía respecto de su dimensión material.

²¹ El *anrechnungsprinzip* está igualmente presente en nuestro ordenamiento sancionador respecto de las sanciones impuestas a nivel de la Unión. La literalidad del artículo 5.2 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora así lo revela: «Si se hubiera impuesto una sanción por los Órganos Comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción».

recelo de los Estados en los ordenamientos sancionadores y procesales distintos del propio. Combinadas entre sí estas razones explican, ciertamente, la más limitada proyección externa del *ne bis in idem* en comparación con su proyección interna. Y es que, siendo amplia la jurisdicción de los Estados para perseguir y sancionar determinadas conductas, y siendo igualmente amplias las diferencias entre los sistemas penales y procesales de los Estados miembros, bien se comprende que aquéllos se muestren reacios a renunciar a la persecución y sanción de una conducta porque las autoridades de otro Estado sostengan haber perseguido y/o sancionado esa misma conducta sobre la base de sus propias normas penales y procesales.

9. Atendido, de una parte, el ámbito de aplicación con que, a tenor del artículo II-110, se pretende que juegue el derecho al *ne bis in idem*, y teniendo en cuenta, de otra, el más limitado ámbito que *de iure* o *de facto* se anuda a la dimensión transnacional de aquel derecho, puede afirmarse que, en este punto, el TCEu dispensa al *ne bis in idem* de una protección más extensa que la que, hasta el momento, se viene reconociendo a aquel derecho en su condición de fundamental.

Obviamente, esta mayor protección debe ser favorablemente saludada, máxime a la vista de las crecientes dimensiones que está alcanzando la delincuencia internacional y de la posibilidad, refrendada por las legislaciones internas, de que varios Estados tengan «jurisdicción» para sancionar o enjuiciar unos mismos hechos.

Conviene reparar, con todo, que la protección que al *ne bis in idem* dispensa el TCEu no es una protección universal, pues si bien, desde un punto de vista subjetivo, aquel derecho se predica de toda persona al margen de su nacionalidad o residencia, desde un punto de vista espacial su ámbito sólo alcanza a los Estados miembros, no a terceros Estados. En relación con esto último, otro dato más debe tenerse en cuenta: la protección que el TCEu otorga al *ne bis in idem* es una protección de «mínimos», lo que significa que, en el futuro, la Unión y los Estados miembros pueden otorgar una dimensión espacial más amplia a este derecho que la conferida por el TCEu.

1.2. *La dimensión transnacional del ne bis in idem como derecho fundamental*

10. Que el artículo II-110 extienda el ámbito espacial del *ne bis in idem* a toda la Unión, incluyendo en dicho ámbito la aplicación transnacional de este derecho, tampoco es novedad que quepa atribuir en exclusiva al Tratado Constitucional.

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, la aplicación del *ne bis in idem* entre los Estados que formaban parte de la Comunidad Europea ya se contempló en el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación del principio «ne bis in idem», de 25 de mayo de 1987. Y lo mismo sucedió después, entre otros muchos, con el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (en adelante, CAAS), relativo a la supresión gradual de los controles en las

fronteras comunes, de 19 de julio de 1990; el Convenio relativo a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995; el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 16 de mayo de 1997; o el Convenio del Consejo sobre la privación del derecho de conducir, de 17 de junio de 1998²².

Con posterioridad a estos acuerdos intergubernamentales, la dimensión transnacional del *ne bis in idem* ha sido acogida también en muchos otros instrumentos jurídicos de la Unión enmarcados en el ámbito de la cooperación penal²³. Así, en la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en los Estados miembros; en de la Decisión Marco 2003/577/JAI, del Consejo, de 22 de julio, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas; en la Decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo, de 24 de febrero, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; en la Decisión Marco 2005/214/JAI, del Consejo, de 24 de febrero, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias; y en la también Decisión Marco 2005/876/JAI, del Consejo, de 21 de noviembre, relativa al intercambio de información de los registros de antecedentes penales.

Llegados a este punto, conviene hacer un paréntesis en nuestra exposición siquiera para matizar que todos estos instrumentos a que nos referimos tuvieron por idéntico objetivo poner coto, de modo general o en relación con determinadas materias, a la tradicional reticencia de los Estados miembros a reconocer como equivalentes a las propias resoluciones o decisiones recaídas en otros Estados (incluidas aquellas que suponen la imposición de una sanción o implican la existencia de un proceso sancionador). Esta búsqueda se articuló, primero, mediante la cooperación entre los Estados y a través, después, de la regla o principio de reconocimiento mutuo; principio que, desde la Cumbre de Tampere de 1999, se erigió en la piedra angular de la

²² Este Convenio, como muchos otros adoptados al amparo del apartado 2 c del artículo K del Tratado de Maastricht, nunca entró a llegar en vigor debido a la ausencia de las ratificaciones necesarias.

²³ Esta dimensión es asumida, igualmente, en los Estatutos de los Tribunales internacionales creados para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En el seno del Consejo de Europa son numerosos, igualmente, los instrumentos convencionales que asumen la dimensión transnacional del *ne bis in idem*. Así, el Convenio Europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970. No obstante, debe hacerse hincapié en que este Convenio sólo ha sido ratificado por once Estados miembros de la Unión, entre ellos Rumanía y Bulgaria, cuya adhesión está prevista para enero de 2007.

cooperación judicial en Europa y, más aún: en basamento sobre el que se sostiene la creación del espacio judicial único planteado por Amsterdam²⁴.

Sobre la base, por tanto –y con esto retomamos el hilo de la exposición– de que la confianza entre los respectivos ordenamientos de los Estados debía ser recíproca, aquellos instrumentos vinieron a extender más allá de las fronteras internas la prohibición de *bis in idem*; lo que hicieron por la vía bien de erigir esta última en motivo de denegación (normalmente obligatoria) de la cooperación instada, bien de anudar eficacia excluyente a las resoluciones recaídas en un Estado miembro respecto de los procesos que se hallen en tramitación en otro Estado de la Unión.

Basta, sin embargo, una lectura de estas disposiciones para concluir que la consagración que del *ne bis in idem* se realiza en ellas ni se hace realmente a título de derecho fundamental ni su aplicación resulta tan extensa como lo que en un principio cabría imaginar a la vista de su carácter convencional o del principio de reconocimiento mutuo en que se basan. Por decirlo de otro modo: los instrumentos a que nos venimos refiriendo contemplan, sí, el *ne bis in idem* desde una perspectiva transnacional, pero en ellos esta garantía parece jugar más como un límite al *ius perseguendi* y al *ius puniendi* de los Estados que como una condición inherente a la dignidad del ser humano. Buena prueba de esto son las muchas inflexiones que en ellos se contemplan al *ne bis in idem*; algo que, a nuestro personal entender, no se justifica desde la perspectiva de los derechos fundamentales pero que adquiere sentido cuando juega a favor de los exorbitantes límites con que los Estados extienden su jurisdicción para conocer de ciertos asuntos.

Paradigmático botón de muestra de cuanto decimos –no sólo por tratarse de la única regulación general del *ne bis in idem* actualmente vigente en la Unión Europea, sino por las numerosas condiciones, inflexiones y excepciones que respecto de él se contemplan– es el CAAS.

En lo que aquí interesa, el CAAS dedica a la prohibición de *bis in idem* los artículos 54, 55 y 56.

Según el primero de los artículos mencionados, «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 la literalidad de esta norma ya se desprende la existencia de límites al *ne bis in idem*, pues si bien éste opera en toda su extensión allí donde el acusado ha sido

²⁴ En apretada síntesis, lo que el principio de reconocimiento mutuo impera es que, en la Unión Europea, las decisiones extranjeras deben surtir los mismos efectos que las nacionales, habida cuenta de que los Ordenamientos sustantivos y procesales de los Estados miembros, aun presentando entre sí diferencias, responden a unos mismos postulados esenciales de Justicia, persiguen unos mismos objetivos y satisfacen adecuadamente unos mismos derechos y garantías.

anteriormente absuelto, tratándose de sentencias condenatorias, la proscripción de doble proceso y doble sanción sólo entra en juego si se dan ciertas condiciones, a saber: «que 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». Como bien se ha dicho, esto significa que si por cualquier circunstancia (*v. gr.*: porque el condenado se haya sustraído a la acción de la Justicia) no es posible ejecutar la sentencia condenatoria recaída en un Estado, cualquier otro Estado está en disposición de volver a enjuiciar esos mismos hechos²⁵.

El artículo 55 del CAAS abunda en el camino de las inflexiones a la prohibición de *bis in idem*, al prever la posibilidad de que cualquier Estado pueda –mediante declaración– desvincularse de su aplicación, si es que los hechos contemplados en la sentencia extranjera tienen lugar total o parcialmente en su territorio; constituyen una infracción contra la seguridad del Estado o contra otros de sus intereses esenciales; o han sido cometidos por un funcionario del Estado, incumpliendo las obligaciones de su cargo.

Pero la prueba palmaria de que *el ne bis in idem* dista mucho de ser tratado en el CAAS como un derecho fundamental es su artículo 56. Y ello no tanto por lo que prevé cuanto por la premisa de que parte. Esta premisa no es otra que la posibilidad de doble proceso y de doble condena. Así, dispone el precepto que «si una Parte contratante entablara nuevas diligencias contra una persona que hubiera 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 hubieran cumplido en el territorio de esta última Parte contratante por tales hechos. También –prosigue el precepto– se tendrán en cuenta, en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales, las sanciones no privativas de libertad que ya se hubieran aplicado». Como se aprecia, esta norma acoge el *anrechnungsprinzip*.

Pues bien, con el TCEu la tradicional perspectiva con que la Unión y los Estados miembros miraban *al ne bis in idem* parece cambiar. Su tratamiento ya no se afronta desde los intereses de los Estados sino desde el interés mismo de quien puede padecer una doble sanción o resultar sometido a un nuevo proceso, esto es, desde la consideración del *ne bis in idem* como un derecho subjetivo y de carácter fundamental. Este cambio de perspectiva en modo alguno puede reputarse baladí, pues, amén de implicar el reconocimiento de los dos postulados elementales que están en la base de cualquier derecho fundamental –a saber: su condición de facultad inherente a la dignidad del ser humano y su condición, asimismo, de elemento de legitima-

²⁵ CEDEÑO HERNÁN, M., «La orden de detención y entrega europea. Especial consideración del *non bis in idem* como motivo de denegación», en *El Derecho procesal penal en la Unión Europea*, *op. cit.*, pg. 88.

ción del poder político-, comporta la imposición de ciertos límites en la configuración normativa y en la concreta aplicación del *ne bis in idem* que no pueden ser soslayados al albur de los intereses soberanistas de los Estados ni de la desconfianza en sus respectivos ordenamientos.

11. A modo de resumen de cuanto aquí se ha expuesto, podemos concluir esta primera aproximación al derecho que nos ocupa afirmando que el artículo II-110 TCEu traspasa los umbrales de la mayoría de los ordenamientos internos de los Estados miembros, de las más importantes declaraciones de derechos vigentes en la actualidad y de los instrumentos convencionales y comunitarios al erigir el *ne bis in idem* como derecho fundamental en el ámbito de la Unión. En esto estriba su importancia y acierto, pues tal proclamación, amén de extender la aplicación del *ne bis in idem* al plano transnacional, resalta lo que de facultad inherente a la dignidad del ser humano tiene este derecho, vedando, además, cualquier posible actuación que, en el ámbito de la Unión o de los Estados que la conforman, lesione o restrinja su ejercicio más acá de lo que es su contenido esencial.

Lo anterior, sin embargo, no debe llamar a engaño, pues, tal y como intentaremos demostrar a continuación, cuanto *prima facie* se presenta como una conquista queda en buena medida difuminado a la vista de la dificultad que comporta precisar aquel contenido, de lo confuso que se presenta su ámbito, y de los límites que, soterradamente, contempla el propio TCEu respecto del ejercicio del *ne bis in idem*.

2. El contenido y confuso ámbito del derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción

12. Sentada la doble dimensión –nacional y transnacional– del derecho fundamental al *ne bis in idem* en el ámbito de la Unión, corresponde ahora analizar la cuestión, primero, de si el artículo II-110 extiende su alcance a la interdicción de doble sanción y de doble proceso, y en qué medida; y el problema, después, de si tal precepto circunscribe su campo de actuación al ámbito penal o al más amplio ámbito sancionador.

Comenzando por aquella primera cuestión, parece claro que aquel artículo alcanza tanto a la interdicción de doble proceso como de doble sanción, pero sólo en aquellos casos en que la dualidad de procesos o sanciones derive de un proceso anterior terminado mediante decisión firme. Implica esto, desde la perspectiva inversa, que el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción ni ampara la duplicidad concurrente de procesos ni la duplicidad de sanciones si es que esta última es consecuencia aparejada a la sustanciación de un único proceso. Así pues, incoado un proceso en un Estado miembro, el derecho *ex* artículo II-110 ni veda la incoación de un proceso idéntico en cualquier otro Estado, ni permite combatir la sanción desproporcionada que pudiera recaer en aquél. Por el contrario: si aquel primer proceso terminó ya mediante decisión firme, el *ne bis in idem* permite poner fin cuanto antes al segundo proceso,

evitando así que se imponga una nueva sanción respecto de hechos otrora enjuiciados.

Esta lectura que defendemos cuenta con varios argumentos a su favor:

Un primer argumento es la propia literalidad del artículo II-110 TCEu, pues los términos en él utilizados («juzgado o condenado penalmente»; «absuelto o condenado»; y «sentencia penal firme») coinciden con la premisa de que parte la dimensión procesal del *ne bis in idem* y con la función negativa o excluyente de la cosa juzgada al que este derecho suele vincularse. Además, aquella primera expresión («juzgado o condenado penalmente») resulta demostrativa de que el precepto también da cobertura a la dimensión material del *ne bis in idem*, ya que, si bien se mira, tal expresión constituiría una inútil tautología (nótese que, por lo general, no hay condena sin previo juicio) a menos que con ella se haya pretendido resaltar la dimensión –procesal y material, por este orden– del *ne bis in idem*.

Un segundo argumento, también favorable a esta solución, es la similitud que, en su redacción, presenta el artículo II-110 con el artículo 4 del Protocolo núm. 7 CEDH; precepto que, según el TEDH, ampara la proscripción de no ser doblemente procesado o condenado en los términos arriba referidos²⁶.

Y aún cabría esgrimir un argumento más: la literalidad del artículo II-109 TCEu. Y es que, en tanto el apartado 3 de este precepto proclama el principio de proporcionalidad entre las penas y las infracciones²⁷, cabría quizá defender que la vertiente material (autónoma) del *ne bis in idem* encuentra cobertura en este precepto y no en que le sucede.

13. Los argumentos recién expuestos no agotan las razones que avalan esta lectura sobre el contenido constitucional del *ne bis in idem*. Antes bien: a favor de esta solución milita un cuarto argumento que engarza, por la demás, con la segunda cuestión que arriba nos planteábamos.

²⁶ Para el Tribunal de Estrasburgo, en efecto, el artículo 4 del Protocolo 7 al CEDH ni veda la simultaneidad de procesos con objeto idéntico, ni permite combatir la doble sanción cuando ésta es resultado de un único proceso.

Rotundos, respecto de lo primero, son los términos utilizados en la ya citada Sentencia de 23 de octubre de 1995 (caso *Gradinger c. Austria*). Así, se dice en su párrafo 53 que el artículo 4 del Protocolo 7 tiene la finalidad de «prohibir la repetición de procesos penales definitivamente clausurados (por lo que) esta disposición no se puede aplicar, en consecuencia, antes de la apertura de un nuevo procedimiento».

Respecto de lo segundo, valga citar la STEDH de 2 de julio de 2002 (caso *Göktan c. Francia*). Los hechos que dieron lugar a esta Sentencia fueron juzgados en un único proceso y objeto de dos sanciones diferentes: una privativa de libertad, impuesta por tráfico de estupefacientes; y otra pecuniaria, impuesta por infracción de las normas aduaneras. A tenor de estas circunstancias, el Tribunal de Estrasburgo entendió que la dualidad de sanciones no comportaba vulneración del artículo 4 del Protocolo 7, ya que ambas sanciones se impusieron en un único proceso.

²⁷ «La intensidad de las penas –establece este apartado– no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

En este contexto, conviene empezar recordando que una adecuada exégesis de los derechos fundamentales consagrados en el TCEu no sólo exige atender a los tradicionales criterios de interpretación de las normas (literal, sistemático, histórico y teleológico), sino también, y señaladamente, a los criterios que el propio TCEu recoge. Estos criterios son los contenidos en las «Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta» (comúnmente conocidas como «cláusulas horizontales») y, más en particular, aquellos que atañen al alcance e interpretación que debe darse a los derechos fundamentales en ella recogidos (art. II-112 TCEu).

Pues bien, de entre esos criterios –y en relación, ahora sí, con el alcance del derecho *ex* artículo II-110 TCEu– interesa destacar aquel que erige en guía para la interpretación del alcance y sentido de los derechos fundamentales recogidos en el TCEu las Explicaciones elaboradas por la Convención en relación con la CEDF (apartado 7, art. II-112 TCEu). Y es que, si creemos leer bien, lo que de las «Explicaciones»²⁸ de la Convención al artículo II-110 TCEu se deduce es que el contenido y ámbito del derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción varía en función de cuál sea la dimensión en que actúe. Más concretamente: a tenor de aquéllas «Explicaciones», el derecho a no ser condenado o castigado penalmente se corresponde, en su dimensión vertical, con el alcance anudado por el Tribunal de Estrasburgo al artículo 4 del Protocolo 7 al CEDH, de lo que se sigue que, en el ámbito interno de los Estados, aquel derecho comprende la proscripción de doble proceso y de doble sanción en el sentido ya dicho e independientemente de que los procesos y las sanciones sean penales o de otra naturaleza. En cambio, en su dimensión horizontal –esto es, en el ámbito de las relaciones de la Unión con los Estados o de éstos entre sí– las «Explicaciones» de la Convención remarcan el carácter penal y jurisdiccional del *ne bis in idem*, lo que sugiere que, en este ámbito, el artículo II-110 TCEu veda la imposición de una sanción por los mismos hechos y fundamento por los que una persona resultó antes merecedora de otra sanción, así como la incoación de un proceso por los mismos hechos por las que una persona resultó previamente sometida a un proceso... pero sólo si aquellas sanciones y estos procesos tienen naturaleza penal.

Traemos a texto –no sólo por su interés en relación con las cuestiones ahora tratadas sino con otras de las que nos ocuparemos después–, las «Explicaciones» dadas por la Convención al artículo 50 CEDF (hoy, artículo II-110 TCEu):

«La norma “non bis in idem” se aplica en Derecho de la Unión (...), con la precisión de que la norma de la no acumulación se refiere a la

²⁸ Estas «Explicaciones» se hallan recogidas en el Documento CIG 87/04, incorporado como anexo al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental. Entrecorramos la expresión, habida cuenta de que poco o muy poco es lo que en ellas se aclara sobre el ámbito del *ne bis in idem*. Sólo, pues, con mucha benevolencia los criterios avalados por el Praesidium de la Convención merecen la consideración de auténticas explicaciones.

acumulación de dos sanciones de la misma naturaleza, en este caso penales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50, la norma “non bis in idem” no se aplica únicamente en el ámbito jurisdiccional de un mismo Estado, sino también entre jurisdicciones de varios Estados miembros, lo que se corresponde con el acervo jurídico de la Unión (véanse los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Shengen y la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003, asunto 187/01 Gözütok, el artículo 7 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad y el artículo 10 del Convenio relativo a la lucha contra la corrupción). Las excepciones, bien limitadas, en virtud de las cuales estos convenios permiten a los Estados miembros apartarse de la norma “non bis in idem” quedan cubiertas por la cláusula horizontal del apartado 1 del artículo 52 sobre las limitaciones. En lo que se refiere a las situaciones contempladas por el artículo 4 del Protocolo núm. 7, es decir, la aplicación en el interior de un mismo Estado miembro, el derecho garantizado tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el derecho correspondiente del CEDH».

De ser ciertas estas apreciaciones, resultaría, en suma, que la dimensión vertical y la dimensión horizontal del *ne bis in idem* coincidirían en su contenido pero no en su ámbito. Ambas, ciertamente, comprenderían la proscripción de doble proceso y de doble sanción en los términos ya dichos, pero mientras en el ámbito interno de los Estados tal contenido se extendería al ámbito sancionador, en el marco de las relaciones entre los Estados ese mismo contenido quedaría constreñido al ámbito penal.

Este más limitado alcance de la dimensión transnacional del *ne bis in idem* puede, por varios motivos, calificarse de sorprendente.

Uno de esos motivos es que, aun dentro de ciertos límites²⁹, el TJCE no ha dudado en aplicar el *ne bis in idem* en materia de competencia o de procedimientos disciplinarios³⁰; algo que –excusamos decirlo– no se compadece con el dato de que el Derecho sancionador no penal resulte totalmente marginado de la aplicación transnacional de aquel derecho.

Sorprendente, asimismo, es que la proscripción de *bis in idem* sólo alcance

²⁹ La jurisprudencia del TJCE en relación con el *bis in idem* en materia de competencia o procedimientos disciplinarios contra funcionarios de la Unión no proscribía la doble persecución por los mismos hechos ni la doble sanción, pero sí impone la toma en consideración de la sanción previamente impuesta. Cfr.: VERVAELE, J., «Principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los Derechos Fundamentales en el espacio judicial europeo», *cit.*. También LASOK & MILLETT, *Judicial Control in the EU*, United Kingdom, 2004, pg. 370.

³⁰ En este sentido pueden verse, entre otras, las SSTJ de 15 de octubre de 2002 (asunto C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99-P, C-250/99P a C-252/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij); 7 de enero de 2004 (asunto C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 PG, C-213/00 P, C-217/00-P y c-219/00 P, Aalborg Portland y otros); y de 29 de abril de 2004 (asunto T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Tokai Carbón y otros).

al ámbito jurisdiccional penal, máxime teniendo en cuenta que, en algunos Estados miembros, son consideradas como causas civiles lo que en otros Estados tienen la condición de causas penales³¹.

Con todo, lo más llamativo es que, en el ámbito de la Unión, el *ne bis in idem* pueda operar con diferente rasero pese a su condición de derecho fundamental, ya que ello puede traducirse en absurdas diferencias de trato. El siguiente ejemplo puede servir para ilustrar el absurdo: si una empresa es sancionada por las autoridades españolas por violar una disposición europea en materia de competencia, posteriormente ni podrá iniciarse un expediente administrativo frente a la mercantil ni imponer a ésta una nueva sanción pues ello comportaría la vulneración del *ne bis in idem*. En cambio, si en el mismo supuesto, es la Comisión Europea o la Administración belga la que impone la primera sanción, el *ne bis in idem* ni impedirá la apertura de un posterior proceso en España ni la imposición de una segunda sanción por esos mismos hechos.

Todos estos motivos que señalamos apuntan a que lo más razonable en este punto habría sido, quizá, equiparar tanto en su contenido como en su ámbito la dimensión horizontal del derecho y su dimensión vertical. Esto que se indica no es sólo un *desideratum*. Antes bien: se trata de otra posible lectura constitucional, que también, paradójicamente, encuentra apoyatura en las Explicaciones de la Convención. Nos referimos, concretamente, a las Explicaciones relativas a las denominadas cláusulas horizontales, y, más en particular, a aquellas que se refieren al alcance e interpretación de los derechos y principios consagrados en la CEDF (art. 52, hoy art. II-112). Y es que, a decir de estas otras Explicaciones, el precepto aquí comentado diferiría del previsto en el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del CEDH en el alcance del derecho que ambos contemplan, pero no así en su contenido y ámbito en que resultarían coincidentes³².

14. Dos son, en conclusión, las soluciones que el propio TCEu permite sostener respecto del ámbito de este derecho:

La primera es considerar que el *ne bis in idem* resulta de aplicación a todo el ámbito sancionador.

La segunda, entender que tal extensión es sólo predicable en el ámbito

³¹ Esta misma observación fue realizada por el Parlamento Europeo a la iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio «ne bis in idem» (DO C 10, de 26 de abril de 2003).

³² Estas otras Explicaciones establecen dos listas de derechos: una, en que incluye los artículos de la Carta cuyo sentido y alcance son idénticos a los de los artículos correspondientes del CEDH; y, otra, que agrupa los artículos de la Carta cuyo sentido resulta asimismo coincidente con los correspondientes artículos del CEDH, pero cuyo alcance es más amplio. El artículo 50 (hoy, art. II-110) se incluye en esta segunda lista, al considerarse que el precepto «se corresponde al artículo 4 del Protocolo núm. 7 del CEDH, si bien su ámbito de aplicación se amplía a nivel de la Unión Europea entre las jurisdicciones de los Estados miembros».

interno de los Estados, mientras que en la relación de éstos entre sí aquel derecho limita su alcance al ámbito penal.

Naturalmente, desde una perspectiva estrictamente garantista, la primera solución nos parece preferible a la segunda. No olvidamos, sin embargo, que el propósito de nuestro trabajo es intentar delimitar el ámbito y contenido esenciales de un derecho fundamental, lo que comporta una visión restrictiva de su configuración constitucional. Desde esta visión, por tanto, habría que convenir que el *ne bis in idem* tiene un alcance más amplio en su dimensión vertical que en su dimensión horizontal, lo que no carece del todo de sentido pues con ello se asegura al menos que, en el marco de las relaciones entre los Estados miembros, no se repetirán las especiales consecuencias que para una persona comporta la sustanciación de un proceso penal y la condena que, eventualmente, puede seguir a éste.

3. El contenido transnacional del *ne bis in idem*

15. Sentado que, a nivel transnacional, el artículo II-110 TCEu «constitucionaliza» el *ne bis in idem* en su condición de garantía jurisdiccional, resta aún por averiguar los presupuestos que delimitan su contenido (el *idem*) y por precisar las consecuencias que se pretenden evitar con él (el *bis*).

Como fácilmente se alcanza, las mencionadas son cuestiones a las que no desciende en profundidad el precepto aquí examinado; y no sólo –que también– por la complejidad aparejada a las mismas, sino porque lo contrario excedería con mucho de lo que es una simple formulación genérica de un derecho fundamental. Para determinar los presupuestos que delinean el contenido esencial del *ne bis in idem* y determinar hasta dónde alcanza su eficacia habrá que esperar, pues, a la labor del legislador, así como a la de cuantos tribunales –nacionales y supranacionales– están llamados a aplicar y tutelar este derecho a nivel estatal y de la Unión. No obstante, y dado que, en cierta medida, algunos de esos presupuestos y consecuencias pueden ya inferirse del TCEu, resulta conveniente detenerse a analizar cuáles sean éstos.

3.1. Los presupuestos para su delimitación: el *idem*

A) La identidad de «infracción»

16. Según ya hemos dicho, nuestro TC fija los presupuestos de la prohibición de *bis in idem* en la concurrencia de identidad de hecho, de fundamento y de sujeto. El artículo II-110 TECu ninguna referencia contiene a estos presupuestos, pero tanto él como su rúbrica coinciden en referir el derecho a no ser doblemente juzgado o condenado a los supuestos de unidad de «infracción».

Este término –«infracción»– constituye un *continuum* en el contexto del derecho fundamental al *ne bis in idem*, pues el PIDCP y el CEDH también lo recogen. Pero, ¿qué debe entenderse por «infracción» en el marco de la concepción europea del derecho fundamental al *ne bis in idem*? ¿el delito?

¿el hecho? ¿Comporta también aquel término la exigencia de identidad de fundamento? ¿Y de identidad subjetiva? Aunque el artículo II-110 no permite dar respuesta a estas cuestiones, algunas de ellas sí pueden contestarse al amparo de los criterios contenidos en el Tratado como base para su interpretación; en particular, de aquel que permite determinar el sentido del *ne bis in idem* a través de la lectura que de este derecho hacen el TEDH y el TJCE³³.

17. Aunque la jurisprudencia del TEDH ha perfilado los contornos del término «infracción» con ocasión de procesos o sanciones de distinta naturaleza impuestas en un mismo Estado, de su doctrina cabe deducir que, en el concreto ámbito penal, aquél es concepto equivalente a «hecho punible» o, por utilizar las mismas palabras del Tribunal de Estrasburgo, a «hecho penal único».

Lejos, por tanto, de lo que cabría concluir desde un punto de vista semántico, «infracción» no es expresión que se equipare con delito, pero tampoco con hecho; no, al menos, desde la sola consideración de éste como un suceso humano identificable conforme a unas coordenadas espacio-temporales. Cabría decir, más bien, que, para el Tribunal de Estrasburgo, lo que permite identificar una infracción son los hechos mirados desde una perspectiva normativa o, lo que viene a ser lo mismo: la relevancia que a los hechos enjuiciados o sancionados conceden las normas penales. Se explica, así, que, en la determinación de si se ha vulnerado la prohibición de *bis in idem*, el Tribunal de Estrasburgo predique la necesidad de comparar no sólo los hechos que han sido objeto de un proceso sancionador, sino también la norma o normas en que aquellos hechos encuentran encaje, pues sólo si puede decirse única la conducta enjuiciada y sólo si los supuestos de hecho de las normas efectivamente aplicadas *coinciden en esencia* puede afirmarse que nos hallamos ante una misma infracción.

Ilustrativa, en este sentido, es la STEDH de 29 de mayo de 2001 (caso *Franz Fischer c. Austria*). En ella, el Tribunal de Estrasburgo, amén de dejar claro que infracción y delito no son términos identificables, pone de relieve la necesidad de atender a los elementos esenciales, al concreto fundamento, de las normas aplicadas, con vistas a apreciar si existe o no identidad de infracción. Éstas son sus palabras: «El Tribunal observa que el texto del artículo 4 del Protocolo núm. 7 no se refiere al “mismo delito”, sino más bien a ser juzgado y condenado “nueva-

³³ Este criterio es el resultante de la combinación de lo previsto en el apartado 3 del artículo II-112 TCEu y de las Explicaciones que sobre él realiza la Convención. Así, y de una parte, lo que aquel apartado establece es que «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido (y alcance) serán iguales a los que les confiere dicho Convenio». De otra parte, y respecto de esta previsión, la Convención precisa que «la referencia al CEDH se refiere tanto al Convenio como a sus *Protocolos*», y que el sentido de los derechos garantizados «se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

mente” por un delito por el que el demandante ya había sido previamente declarado inocente o culpable. Así, si bien es cierto que el mero hecho de que un acto único constituya más de un delito no es contrario a dicho artículo, el Tribunal no debe limitarse a resolver si un demandante, en base a un acto (*sic*), había sido juzgado o condenado por delitos nominalmente diferentes (...) Existen casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un delito, mientras que un examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un delito porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros. Un ejemplo obvio sería un acto que constituyera dos delitos, uno que contuviera precisamente los mismos elementos que el otro más uno adicional. Puede haber otros casos en que los delitos únicamente se solapen ligeramente. Así, *cuando diferentes delitos basados en un acto son perseguidos consecutivamente, uno después de la resolución firme sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos delitos tienen o no los mismos elementos esenciales*». La cursiva es nuestra.

Del concepto de «infracción» usualmente³⁴ manejado por el TEDH resulta claro, de otra parte, que su sentido engloba, con algún matiz, lo que para nuestro TC supone la identidad de *facta* e identidad de fundamento. El matiz a que nos referimos afecta precisamente a esta última noción; y es que, a diferencia del criterio mantenido por nuestro TC, para el Tribunal de Estrasburgo el fundamento de la infracción no es tanto el bien o interés jurídico abstractamente tutelado en la norma cuanto el concreto interés plasmado en los elementos típicos de las normas aplicadas o que pretendan aplicarse. En otros términos: el contenido de desvalor que éstas atribuyen al hecho punible. De aquí, como hemos visto, que para el Tribunal de Estrasburgo, el solo dato de que un mismo hecho sea constitutivo de dos infracciones no signifique necesariamente conculcar aquella prohibición.

18. En la jurisprudencia del TJCE no se encuentra resolución alguna que venga a dotar de sentido el término «infracción». La ausencia se debe a que, en el Derecho de la Unión, la expresión utilizada en relación con este presupuesto es «mismos hechos». Tal es el caso, como vimos, del artículo 54 CAAS.

Recientemente, no obstante, en Sentencia de 9 de marzo de 2006 (asunto Van Esbroek) el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el sentido de ambas expresiones.

En apretada síntesis, y por lo que aquí interesa, los hechos que dieron lugar a esta Sentencia fueron los siguientes: el Sr. Van Esbroek, de nacionalidad belga, fue condenado por el Tribunal de Bergen (Noruega) a una pena de cinco años de privación de libertad por la importación de determinados productos estupefacientes. Cumplida la pena que le

³⁴ Este concepto no es unívoco. La jurisprudencia del TEDH sobre el *ne bis in idem* presenta, en efecto, algunas contradicciones. En este sentido, puede verse el voto particular del Juez Repki a la Sentencia de 30 de julio de 1998 (caso Oliveira c. Suiza).

había sido impuesta, fue puesto en libertad y conducido a su país de origen. A los pocos meses, el tribunal de primera instancia belga condenó al Sr. Esbroek a un año de privación de libertad por exportación ilícita de los productos anteriormente citados; condena que fue ratificada por el tribunal de apelación, sobre la base de que el Convenio de 1971 sobre sustancias psicotrópicas permitía considerar la importación y exportación de estupefacientes como delitos diferentes si se cometían en países distintos. El Sr. Van Esbroek formuló entonces recurso de casación invocando la infracción del principio *ne bis in idem*. Fue en el seno de este recurso que el *Hof van Cassatie* decidió suspender el proceso, a fin de obtener la opinión del Tribunal de Justicia sobre cuál era el criterio pertinente a efectos de aplicar la expresión «mismos hechos» en el sentido del artículo 54 del CAAS.

Concretamente, y por lo que hace al término «infracción», las apreciaciones del TJCE se condensan en la idea de que tal concepto implica «la pertinencia del criterio de la calificación jurídica de los hechos como requisito de aplicación del principio *ne bis in idem*».

Distinto, en cambio, es el significado que el Tribunal de Luxemburgo anuda a la expresión «mismos hechos», ya que, a su parecer, el criterio que late tras su literalidad «está constituido por el de la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido». El argumento literal no es el único que redundaría a favor de esta lectura. Antes bien: a decir del TJCE, el fundamento y sentido que el *ne bis in idem* adquiere en el ámbito de la Unión también avalan la necesidad de conferir a la expresión «mismos hechos» un significado meramente fáctico, pues aquel derecho exige que el responsable de un acto sepa que, una vez condenado y cumplida la pena o, en su caso, definitivamente absuelto en un Estado miembro, pueda moverse libremente por el territorio de la Unión sin miedo a que se le persiga en otro Estado, aduciendo que, en su ordenamiento jurídico, su comportamiento integra un delito distinto o que también es distinto el bien jurídico lesionado.

19. Atendidas, de un lado, estas apreciaciones, y teniendo en cuenta, de otro, la doctrina del Tribunal de Estrasburgo arriba sintetizada, es claro que el TJCE yerra estrepitosamente al enfrentar las expresiones «infracción» y «mismos hechos».

En primer término, porque, como creemos haber dejado claro, «infracción» es expresión que el TEDH no equipara a *crimen*, a delito. Para él, por tanto, el criterio de la calificación jurídica es irrelevante con vistas a identificar si nos hallamos o no ante una misma «infracción».

En segundo término, porque, como también hemos tenido oportunidad de señalar, identificar una infracción no es acción que se haga depender del interés o del bien jurídico tutelado en la norma, sino –lo que es distinto– de la concreta razón jurídica que subyace al precepto penal aplicado.

Finalmente –y más importante–, porque ambas expresiones son en realidad significativas de que el criterio determinante para apreciar si se ha lesionado el *ne bis in idem* es la identidad de hechos que son objeto del proceso y/o de la condena; hechos que no deben ser sólo apreciados desde un punto de vista naturalístico sino teniendo en cuenta criterios jurídicos. En este último orden de cosas, debe llamarse la atención acerca de un dato hasta ahora silenciado, a saber: el TJCE, aun insistiendo en que lo relevante con vistas a determinar si existe aquella identidad son los hechos materiales, no desprecia la posibilidad de que éstos sean examinados al albur de la norma. Así lo avala el hecho de que él mismo analice el sentido y finalidad del precepto cuya aplicación por los Estados se cuestionaba podía vulnerar *ne bis in idem*, o que indique, como coordenadas a que deben atender los tribunales nacionales para determinar si los hechos materiales constituyen un conjunto de hechos indisolublemente unidos, el tiempo, el espacio y su objeto³⁵.

Entre «infracción» y «mismos hechos» hay, pues, mucha más cercanía de lo que el TJCE sostiene. Las dos últimas sentencias del TJCE recaídas sobre *ne bis in idem* así lo corroboran³⁶. Aludimos a las sentencias –de idéntica fecha: 28 de septiembre de 2006– recaídas en el asunto C-467/04, Gasparini y otros; y en el asunto C-150/05, Van Straaten.

³⁵ Cfr. ap. 38 de la ya citada STJCE, de 9 de marzo de 2006. Esta alusión al «objeto» puede tomarse en el sentido de entender que, para el TJCE, determinar si los hechos son los mismos o no exige atender no sólo a las circunstancias histórico-espaciales en que aquéllos se producen, sino también a su configuración típica, al contenido material del injusto.

Esta implícita visión jurídica de los hechos resulta aún más apreciable en las conclusiones del Abogado General en el asunto C-159/05, Van Straaten, pues en ellas se llega a relativizar las circunstancias histórico-espaciales en que se cometieron los hechos en pro de la intención que guió al autor en su comisión. Reproducimos, por su clarividencia, las elocuentes palabras del Sr. Ruiz-Jarabo Colomer (ptos. 78 a 82):

«La sentencia Van Esbroek alude a un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente vinculadas entre sí (apartado 36). Esta manera de expresarse esconde un doble aspecto objetivo.

Por un lado, se ha de atender al espacio y al tiempo, de suerte que, si en ambas magnitudes existe unidad, no puede dividirse la realidad en episodios artificialmente aislados.

Por otro lado, sin abandonar el fáctico, el nexo psíquico del autor con sus propios actos no parece desdeñable.

Un único tiempo, un único espacio, pero, también, un único designio.

Se ha de manejar esta trilogía para verificar la igualdad reclamada por el principio *ne bis in idem*, en el bien entendido de que no se exige su convergencia. El lugar puede cambiar, como en el asunto Van Esbroek, en el que se trasladaba una cantidad de sustancias prohibidas de un Estado miembro a otro, sin variar el evento. La trama delictiva es susceptible de prolongarse y de dividirse en avatares singulares, conservando, en orden al castigo, su unidad. En fin, nada impide que, en ocasiones, la intención del autor mude y, pese a tal coyuntura, el lance permanezca inalterado».

³⁶ Probablemente, en las próximas fechas recaerán nuevas Sentencias del Tribunal de Justicia. En concreto, hay dos asuntos que ya cuentan con las conclusiones del Abogado General y que están pendientes de resolución: el asunto C-367/05, Krayjenbrink; y el asunto C-2 88/05, Kretzinger.

En la primera de ellas, el TJCE sugiere, en efecto, que, a los efectos de la prohibición de *bis in idem*, la comercialización de una mercancía en un Estado miembro con posterioridad a que otro Estado miembro juzgase la conducta consistente en la importación ilícita de esa misma mercancía puede formar parte de unos «mismos hechos»; sugerencia que claramente implica la irrelevancia del criterio de la calificación jurídica a los efectos de entender si existe identidad de infracción³⁷.

Más clarividente aún es la Sentencia Van Straaten: primero, porque desde una perspectiva general, sostiene de forma expresa que la eventual divergencia entre las calificaciones jurídicas de unos mismos hechos o entre los intereses jurídicos abstractamente tutelados en las normas aplicadas no es obstáculo para la prohibición de *bis in idem*. Y, segundo, porque desde la concreta perspectiva de los hechos que pueden ser constitutivos de diversos delitos contra la salud pública en varios Estados miembros, mantiene que la apreciación de identidad entre tales hechos ni exige que las cantidades de droga sean idénticas ni que sean idénticas las personas que han tomado parte en ellos³⁸.

20. Trasladado cuanto aquí se ha dicho al ámbito de la Unión, no cabe duda de que «infracción» debe tenerse por un concepto autónomo en el contexto de la prohibición de *bis in idem*, que se proyecta fundamentalmente sobre los hechos que son objeto de los distintos procesos, independientemente de la calificación jurídica que éstos merezcan y del interés o bien jurídico protegido en la norma aplicada.

Resta, pues, por despejar si el elemento subjetivo de la infracción también delimita el contenido esencial del *ne bis in idem* o, desde otra perspectiva, si cabría considerar vulnerado este derecho si se incoara un proceso o se condenara en un Estado miembro a quienes, *nominatim*, no fueron juzgados o condenados en un proceso anterior seguido por la misma infracción en otro Estado miembro.

La lógica y la razón apuntan a que esta cuestión debe ser resuelta negativamente, ya que, al margen de determinados supuestos acertadamente resaltados por la doctrina³⁹, el sujeto constituye un elemento identificador del objeto del proceso y, por ende, de la condena, con lo que si los sujetos de los procesos o de las condenas no coinciden, ninguna vulneración del *ne bis in idem* se habrá producido. Juzgado y/o condenado un sujeto en un Estado miembro es posible, por tanto, que, en cualquier otro Estado, un sujeto distinto sea sometido a un proceso penal o condenado sobre la base de la misma infracción. Y, a la inversa: juzgado y/o condenado un sujeto en un Estado miembro se cierran las posibilidades de que, en cualquier otro Es-

³⁷ Cfr. aps. 54, 57 y 58. 4.

³⁸ Cfr. aps. 44, 47, 53 y 62.1.

³⁹ Se trata, básicamente, de aquellos hechos delictivos que no pueden ser cometidos por más de un sujeto y de aquellos otros hechos cuyos resultados dañosos no pueden atribuirse a una conducta delictiva. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Penal* (AA VV), Madrid, 2004, pgs. 552 a 556.

tado miembro, ese mismo sujeto sea sometido a un posterior proceso penal o sea condenado sobre la base de la misma infracción. Éste, por lo demás, es razonamiento que hace suyo el TJCE, en la ya citadas sentencias de 28 de septiembre de 2006 (asuntos Gasparini y Van Straaten⁴⁰)⁴¹.

Más allá, empero, de la aparente sencillez con que la identidad subjetiva se dibuja como presupuesto del *ne bis in idem* a nivel de la Unión, determinar cuándo existe o no identidad de sujetos en este ámbito puede resultar problemático. Dos son las razones en que fundamos nuestro vaticinio. La primera –obvia– es que, a día de hoy, no existe regla de aplicación general y vinculante a nivel de la Unión acerca de quién o quiénes pueden ser sujetos activos del delito y, por tanto, sujetos pasivos de un proceso penal. La segunda es que tampoco éste es punto sobre el que coincidan las legislaciones internas de los Estados miembros; antes al contrario: así, hay personas que no pueden ser sometidas a un proceso penal en determinados Estados y que, sin embargo, sí pueden serlo en otros Estados al no resultar amparados por las normas de inmunidad, alcanzar la edad mínima necesaria para ser considerados sujetos pasivos de un proceso penal o por afirmarse, en fin, su capacidad para ser sujetos penalmente responsables. ¿Cabría –dicho con un ejemplo– que Ticio invocará su inmunidad o minoría de edad penal al amparo de la legislación interna del Estado que le juzgó, para poner fin al proceso incoado en otro Estado cuya legislación no contempla para él ninguna prerrogativa o que fija en otros límites la minoría de edad penal?. ¿Sería posible, sin incurrir en *bis in idem*, que los tribunales de un Estado acusaran y condenaran a una persona física por la misma infracción por la que, previamente, los tribunales de otro Estado, acusaron y condenaron a la persona jurídica de la que aquélla es representante legal⁴²? Cómo estos

⁴⁰ *Vid.*, respectivamente, ap. 37 y ap. 62.1).

⁴¹ Para el TJCE, por tanto, el *ne bis in idem* estaría supeditado a la identidad de hechos y de sujetos, pero no así a la identidad de interés jurídico, que resulta irrelevante en el ámbito penal. Esta doctrina –conviene subrayarlo– contrasta con la mantenida por el propio TJCE en el ámbito sancionador no penal, ya que en este contexto sí exige el requisito de la triple identidad: identidad de hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. En este sentido, *vid.* Sentencia de 7 de enero de 2004, ya citada.

⁴² Nótese, en este sentido, que la clásica máxima *societas delinquere non potest*, no es asumida de un mismo modo en todas las legislaciones internas de los Estados miembros. Así, mientras algunos Estados, como el nuestro, parten de la consideración de que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción y de culpabilidad y que, por lo mismo, ni pueden ser sujetos activos del delito ni ser objeto, *stricto sensu*, de sanción penal; otros admiten la posibilidad de infligir a las personas jurídicas sanciones de naturaleza penal. Esta última, de otra parte, es posibilidad que no ha pasado desapercibida en el Derecho de la Unión. Sirvan por todo ejemplo la Decisión Marco 2005/214/JAI, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, cuyo artículo 1 apartado a) admite que las sanciones penales se impongan tanto a personas físicas como a jurídicas; o la Decisión Marco 2004/757/JAI, del Consejo, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, cuyos artículos 6 y 7 contemplan, respectivamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en esta materia, así como la posibilidad de imponer a éstas sanciones penales o de otro tipo. De esta

interrogantes revelan, los problemas que en este punto habrán de solventarse se concretan en dos clases de supuestos: (1) aquellos en que, coincidiendo los sujetos activos del hecho delictivo, la legislación interna de los Estados conduce a apreciar que, a efectos procesales, no concurre identidad subjetiva y; (2) aquellos otros en que, pese a no ser coincidentes los sujetos activos de los procesos, puede llegarse a la consideración, también desde el punto de vista de la legislación interna de los Estados, de que sí concurre tal identidad.

Dar respuestas a estos problemas no es el único reto que se le presenta a la Unión en este punto. También habrá de precisarse cuál es el «estatus procesal» que debe adquirirse para resultar beneficiado por el *ne bis in idem*, esto es, si se debe proteger de un segundo proceso sólo a quien en un proceso anterior ostentó la condición de acusado o si aquella protección debe alcanzar también a todas aquellas personas frente a las que originariamente se dirigió el primer proceso pero cuya participación en los hechos qued descartada antes incluso de asumir la condición de imputado. Volveremos más tarde sobre este aspecto.

B) Condena o absolución mediante sentencia penal firme conforme a la Ley⁴³

21. Junto a la identidad de infracción, otro de los presupuestos del *ne bis in idem* es que su enjuiciamiento (el de la infracción) se haya producido mediante «sentencia penal firme conforme a la ley»; y ello independientemente de que el contenido de esta resolución sea absolutorio o condenatorio.

Este presupuesto coincide en su formulación con el artículo 4 del Protocolo 7 al CEDH, y también guarda cierta similitud con la usada en el artículo 54 del CAAS. Aquella coincidencia y esta similitud nos sitúan, pues, en la necesidad de indagar nuevamente en la doctrina del TEDH y del TJCE, con vistas a descubrir el sentido que cabe dar a aquella expresión.

Dejando, no obstante, a un lado los concretos resultados extraídos en relación con esto último, de aquella indagación resultan dos peculiaridades que conviene adelantar.

La primera es que en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo no hay suficientes datos que permitan concluir cuál es el significado que debe darse a

última Decisión interesa, no obstante, destacar que, a su albur, la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la incoación de actuaciones penales contra las personas físicas que hayan participado en la comisión de hechos relacionados con el tráfico ilícito de drogas (art. 6.3).

⁴³ En la doctrina y la jurisprudencia puede decirse generalizado el criterio de enmarcar este concepto en la expresión *bis*. Personalmente, éste es criterio que no compartimos, pues «bis» es término que denota reiteración, y ésta es acción que huelga tratándose de un presupuesto, como el presente, relativo al primer enjuiciamiento y/o a la primera condena.

la expresión «absuelto o condenado mediante sentencia penal firme conforme a la ley». De esta cuestión, por el contrario, sí se ocupa el TJCE.

La segunda es que la interpretación jurisprudencial que de este presupuesto ha realizado el TJCE revela que su significado no es coincidente con el que se sigue de su literalidad; no, al menos, desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento jurídico, en que hablar de «sentencia penal firme» es hablar de un concreto tipo de resolución judicial, que pone fin al proceso penal condenando o absolviendo al acusado, normalmente previa celebración de un juicio y siempre de modo inimpugnable, esto es, sin que frente a aquella resolución quepa ningún tipo de recurso ordinario o extraordinario.

22. En relación con esto segundo –y con ello nos adentramos ya en el sentido dado por el TJCE a la expresión «sentencia penal firme conforme a la ley»–, es de hacer notar que la misma da cobijo tanto a los supuestos en que el proceso concluye de la forma arriba señalada –*i.e.*: mediante una resolución judicial, inimpugnable y de contenido absolutorio o condenatorio–, como a otros concretos supuestos en que la decisión final adquiere forma distinta a la de sentencia, recae sin enjuiciamiento previo e incluso carece de carácter judicial.

Esto último es algo que se desprende con claridad de la STJCE de 11 de febrero de 2003 (asunto Gözütok y Brügge). En ella, en efecto, el TJCE, adoptando una interpretación teleológica del artículo 54 CAAS, llega a la conclusión de que este precepto no sólo vincula el *ne bis in idem* a las sentencias firmes, sino también a otras decisiones igualmente firmes que suponen extinción de la acción penal, aun cuando se adopten sin intervención judicial y no adopten forma de sentencia. Concretamente, entiende el Tribunal de Luxemburgo que por «sentencia firme» también debe considerarse la decisión adoptada por el Fiscal –y contemplada en algunos Estados miembros– de archivar las diligencias penales por él incoadas al albur del pacto alcanzado con el imputado, si es que éste cumple las obligaciones impuestas.

Esta Sentencia trae origen de dos cuestiones prejudiciales. Ambas se suscitaron en el marco de dos procesos penales seguidos, por un lado, en Alemania contra el Sr. Gözütok y, por otro lado, en Bélgica contra el Sr. Brügge.

En síntesis, el hecho que dio lugar al proceso seguido contra el Sr. Gözütok fue el descubrimiento e incautación de diversas cantidades de sustancias estupefacientes en el establecimiento que aquél regentaba en Holanda. Tal hecho provocó la iniciación en este país de unas diligencias penales, que concluyeron cuando Gözütok aceptó la transacción ofrecida por el Ministerio Fiscal en el marco de un procedimiento de extinción de la acción pública y abonó los importes que el Ministerio Fiscal exigía al respecto. Posteriormente, y ya en Alemania, al Sr. Gözütok se le imputó la comisión de un delito de tráfico de estupefacientes en los Países Bajos, siendo condenado por este hecho. Recurrída la sentencia, el *Oberlandesgericht Köln* decidió suspender el procedimiento e interpellar al TJCE acerca de si la decisión de archivar las diligencias

adoptada por el Fiscal holandés podía entenderse equiparable a una sentencia firme a los fines previstos en el artículo 54 CAAS.

Cuestión similar fue planteada al TJCE por el *Rechtbank van eerste aanleg te Veurne* belga. Brügge, nacional alemán, fue imputado de causar lesiones dolosas a una señora en Bélgica. Por tal hecho, el Ministerio Fiscal alemán inició diligencias penales contra él, que luego archivó por llegar a un acuerdo amistoso, que cumplió Brügge.

Excusado es decir que esta lectura, amén de ser más acorde que la alternativa con el principio de reconocimiento mutuo y con las bases en que éste se basa, repercute beneficiosamente en la aplicación igualitaria del derecho fundamental aquí analizado, pues, como bien se ha señalado⁴⁴, una interpretación restrictiva de lo que haya de entenderse por sentencia firme podría conducir a que dos personas sospechosas de los mismos hechos hubieran de enfrentarse a una aplicación diferente del *ne bis in idem* si es que, por ejemplo, una es absuelta mediante sentencia firme y otra como resultado de una transacción.

23. Que el TJCE mantenga una interpretación laxa de la expresión «sentencia penal firme» no debe, sin embargo, llevar al error de creer que cualquier decisión firme que suponga extinción de la acción penal, merece aquella consideración. Antes bien: en principio, y a tenor de su jurisprudencia, sólo tendrían la consideración de sentencias firmes aquellas resoluciones o decisiones que, revistiendo tal carácter (el de firmeza), implican un examen y valoración de la conducta del imputado, esto es: «las decisiones firmes sobre el fondo».

Dos son, en este sentido, las Sentencias del TJCE que deben tenerse en cuenta: de un lado, la Sentencia de 10 de marzo de 2005 (asunto *Miraglia*); de otro, la ya citadas Sentencias de 28 de septiembre de 2006 (asunto *Van Straaten*).

El asunto *Miraglia* tiene su origen en una investigación realizada conjuntamente por las autoridades neerlandesas e italianas. Como resultado de esa investigación, el Sr. *Miraglia* fue detenido en Italia y sometido a un proceso penal por transportar, junto con otras personas, grandes cantidades de droga desde los Países Bajos a Italia. Paralelamente, y por los mismos hechos, las autoridades judiciales neerlandesas decidieron incoar un proceso penal frente al Sr. *Miraglia*, si bien el Ministerio Fiscal decidió no ejercitar frente a él acusación alguna sobre la base, precisamente, de que en Italia se estaba siguiendo un proceso por los mismos hechos. Las autoridades judiciales italianas solicitaron entonces la asistencia de las autoridades neerlandesas para reunir material probatorio contra el Sr. *Miraglia*, a lo que éstas se negaron con base en que el artículo 54 CAAS proscibía prestar asistencia judicial a las autoridades extranjeras para perseguir los mismos hechos delictivos sobre los que ya recayó decisión firme en un proceso anterior. Esta

⁴⁴ Cfr.: VERVAELE, J., «Principio *ne bis in idem* en Europa...», *cit.*, pg. 7.

negativa llevó al *Tribunal di Bologna* a plantear al TJCE si aquel precepto era aplicable o no en el caso de que la decisión adoptada en el primer Estado no comportase juicio alguno sobre el fondo. La decisión del TJCE fue rotunda: el principio *ne bis in idem*, contemplado en el artículo 54 del CAAS no se aplica a una «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 y por los mismos hechos, sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo».

Por el contrario, el TJCE ha reconocido la condición de «decisión firme sobre el fondo» a aquellas resoluciones que absuelven definitivamente al inculcado por apreciar insuficiencia probatoria. Este reconocimiento se corresponde con la Sentencia recaída en el asunto Van Straaten. Entre otros hechos, Van Straaten fue perseguido en los Países Bajos por haber importado de Italia cierta cantidad de heroína; de estos hechos resultó, no obstante, absuelto, al considerarse que no habían sido demostrados de modo legal y convincente. De distinto signo fue la decisión adoptada por las autoridades judiciales italianas, ya que, sobre la base de aquellos mismos hechos, condenaron a Van Straaten como autor de un delito de exportación ilegal de estupefacientes. Como quiera que esta segunda sentencia fue dictada en rebeldía, las autoridades italianas introdujeron una descripción de Van Straaten en el Sistema de Información de Schengen (SIS), para que se procediera a su detención. Fue así como Van Straaten tuvo conocimiento de su condena en Italia. En la convicción de que tanto esta condena como la introducción de datos sobre su persona en el SIS vulneraba su derecho al *ne bis in idem*, Van Straaten acudió a las autoridades judiciales neerlandesas, quienes, a su vez, decidieron plantear al TJCE si cabe considerar «juzgada» a una persona, en el sentido del artículo 54 del CAAS, si ésta resulta absuelta por falta de pruebas mediante sentencia. Según ya se ha avanzado, la respuesta del TJCE fue de signo positivo, al entender que una absolución por falta de pruebas implica apreciación sobre el fondo del asunto.

Ha de precisarse, con todo, que el TJCE no siempre toma como parámetro en que fundar la proscripción de *bis in idem* el criterio basado en el examen del fondo. Antes al contrario: para el Tribunal de Luxemburgo, una decisión que no implique tal examen puede también activar el *ne bis in idem* si es que aquella decisión excluye futuros procesos penales por los mismos hechos. Ésta es, efectivamente, la conclusión que se extrae de la Sentencia de 28 de septiembre de 2006, en el asunto Gasparini.

En lo que aquí interesa, los hechos de los que trae causa esta Sentencia consistieron en la introducción en Portugal y posterior comercialización en España de aceite de oliva no refinado procedente de Túnez y Turquía; esta mercancía no fue declarada ante las autoridades aduaneras portuguesas ni ante las españolas. Por estos hechos, se incoaron

diligencias penales en Portugal, que resultaron sobreseídas libremente respecto de algunos de los inculcados, al considerarse prescrito el delito de contrabando del que venían siendo acusados. En España también se inició un proceso penal por tales hechos; concretamente, el Juzgado de Instrucción de Málaga dictó auto de incoación de procedimiento abreviado. Recurrido este auto por los inculcados, la Audiencia Provincial de Málaga decidió elevar una cuestión prejudicial al TJCE, a fin de esclarecer si la prescripción delictiva apreciada por los Tribunales de un Estado comunitario, antes de la apertura del juicio oral, era vinculante para el resto. Como ya hemos anticipado, la respuesta del TJCE a esta cuestión fue contundente y positiva: «El principio *non bis in idem*... resulta aplicable a la resolución de un tribunal de un Estado contratante, dictada tras haberse ejercitado la correspondiente acción penal, en virtud de la cual se absuelve definitivamente a un inculcado por haber prescrito el delito que dio lugar a la incoación de las diligencias penales».

Según se nos alcanza, junto al manido «principio de confianza mutua», las razones de anudar los mismos efectos a una sentencia firme absolutoria que a una decisión por «motivos procesales» como la que acuerda el sobreseimiento libre por prescripción delictiva son fundamentalmente dos: la primera es que si sólo las resoluciones de fondo pudieran motivar el nacimiento del *ne bis in idem*, los Tribunales de aquellos Estados ante los que se pretendiera hacer valer este derecho se verían en la tesitura de tener que analizar si aquellas resoluciones implicaron o no tal examen; la segunda es que vincular el *ne bis in idem* a las resoluciones de fondo puede comportar un trato desigual respecto de los acusados absueltos por prescripción delictiva a nivel de la Unión, ya que mientras en algunos ordenamientos –como el nuestro– la absolución por este motivo comporta necesariamente una apreciación sobre el fondo del asunto, en otros tal clase de absolución ningún examen exige sobre el fondo.

Los argumentos recién expuestos, aunque válidos respecto de otros aspectos relacionados con el *ne bis in idem*, no resultan convincentes en este punto. Más aún: frente a tales argumentos, cabría esgrimir otros más poderosos que reclaman que el *ne bis in idem* sólo entre «en funcionamiento» allí donde previamente ha existido un examen sobre el fondo⁴⁵. Vayamos por partes:

¿Por qué no nos resultan convincentes las razones apuntadas? Sencillamente porque, de un lado, las dudas que un Tribunal pueda tener acerca de si una decisión implica o no un examen sobre el fondo pueden disiparse haciendo uso de los tradicionales mecanismos de asistencia o cooperación judicial; y, de otro, porque no existe desigualdad de trato allí donde se trata desigualmente dos situaciones diferentes: una, en que existe examen sobre el fondo del asunto; y, otra, en que huelga tal examen.

⁴⁵ En este contexto seguimos, en esencia, el criterio sostenido por la Abogada General –Sra. Sharpston– en sus conclusiones sobre el asunto Gasparini.

¿Qué otros motivos abogan porque la absolución basada en la prescripción delictiva sólo active el *ne bis in idem* si tal absolución se funda en un examen sobre el fondo? Básicamente, dos: la mayor adecuación del criterio basado en el examen de fondo con el fundamento en que descansa el *ne bis in idem* (recuérdese que lo que este derecho garantiza es que el imputado tenga la seguridad de que no volverá a ser enjuiciado o condenado; situaciones ambas que parecen ligadas a la existencia de un examen sobre el fondo) y; la propia doctrina del TJCE, que, como vimos, ha declarado en numerosas ocasiones que, para la aplicación del *ne bis in idem*, resulta necesario un examen sobre el fondo.

24. De la jurisprudencia del TJCE se extrae, en consecuencia, que «sentencia penal firme» también debe tenerse por un concepto autónomo en el contexto del *ne bis in idem*, habida cuenta, de un lado, que tal expresión se liga esencialmente a la firmeza de la decisión que pone fin al proceso; y que, de otro lado, se relativiza en su importancia la forma que adopta esta decisión (que no necesariamente ha de ser sentencia); la autoridad de que procede (que puede no ser judicial); y su objeto (que puede no implicar un examen sobre el fondo del asunto).

Esta conclusión, con ser importante, ni deja de ser discutible ni permite resolver los numerosos problemas que, en relación con este presupuesto –cabe adivinar– se plantearán en un futuro.

Así, queda por despejar si el contenido (absolutorio o condenatorio) de la decisión que pone fin al proceso debe incluirse entre los elementos esencialmente ligados a este presupuesto o si, por el contrario y como parece derivarse de la Sentencia recaída en el asunto Gasparini, también respecto de este extremo debe adoptarse una interpretación extensiva de la expresión «sentencia firme», comprendiendo en ella determinadas decisiones que propiamente no son condenatorias o absolutorias pero que implican ausencia de las circunstancias necesarias para considerar delictiva y punible la conducta objeto de enjuiciamiento (sería el caso, en nuestro país, del auto de inadmisión de la querrela o el auto de sobreseimiento libre).

Otra de las cuestiones que, en este punto, pueden resultar problemáticas tiene que ver con la posibilidad (contemplada en ordenamientos distintos del nuestro como el italiano o el francés) de que el proceso termine antes de juicio mediante sentencia o decisión asimilada si es que las fuentes de prueba obtenidas carecen de la suficiencia o idoneidad necesaria para sostener la acusación. Estas decisiones –huelga decirlo– no son, ni *lato* ni *stricto sensu*, de fondo. Sin embargo, aquellos ordenamientos admiten la posibilidad de que adquieran fuerza de cosa juzgada y, lo que aún resulta más singular: de que, pese a esto último, el proceso pueda reabrirse si se descubren nuevas fuentes de prueba que permitan sostener adecuadamente la acusación.

Más incógnitas y no baladíes: la eficacia excluyente característica del *ne bis in idem* ¿sería predicable de la decisión de no incoar el proceso alcanzada,

sin intervención del Juez o del Ministerio Fiscal, entre ofensor y víctima? ¿Cabría decir otro tanto de cualquier decisión firme que, conforme a los respectivos ordenamientos de los Estados miembros, suponga extinción de la acción penal pública⁴⁶?

3.2. *El bis*

25. Además de sus presupuestos, determinar el contenido esencial del derecho fundamental al *ne bis in idem* exige precisar la consecuencia o consecuencias que con la invocación o apreciación de aquel derecho se pretenden soslayar.

Como venimos señalando, estas consecuencias se cifran en dos, formuladas en régimen de alternativa: ser juzgado o ser condenado penalmente. A poco, empero, que se repare, se coincidirá con nosotros en que la alternativa no es realmente tal, pues la primera de las consecuencias engloba, en verdad, la segunda. En términos más explícitos: en la medida en que la condena presupone, de uno u otro modo, una actividad enjuiciadora, resulta evidente que lo que realmente se persigue con el *ne bis in idem* es evitar que se juzgue en cualquier Estado miembro a quien otrora fue juzgado sobre la base de la misma infracción en otro Estado miembro.

Partiendo de esta premisa, la cuestión que ha de despejarse –y que no cabe resolver a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del TJCE, inexistente en este punto– es a partir de qué momento puede sostenerse que el juicio se dirige frente a un sujeto; o, lo que viene a ser lo mismo, cuándo cabe entender vulnerado el derecho fundamental al *ne bis in idem*. En este contexto, las posibilidades que se abren abarcan un amplia horquilla: desde considerar que el *ne bis in idem* veda cualquier clase de investigación criminal frente a quien ya fue condenado o absuelto, hasta entender que aquel derecho sólo se lesiona cuando se formula acusación frente a quien ya resultó sometido a un proceso penal por los mismos hechos, pasando por la posibilidad de defender que lo que proscribe el *ne bis in idem* es que el proceso se dirija material (imputación) o formalmente (procesamiento) frente a quien ya ha sido juzgado⁴⁷.

4. Límites

26. Aun siendo muchas las cuestiones que han de despejarse en relación con el alcance y contenido del derecho fundamental *ex* artículo II-110, los criterios que para la interpretación de este precepto se contienen en el

⁴⁶ Repárese, en este sentido, que nuestro propio Ordenamiento anuda la extinción de la acción pública a determinadas decisiones de carácter extrajudicial como, *v. gr.*, el decreto de conclusión de las diligencias de investigación realizadas en el seno del procedimiento preliminar fiscal.

⁴⁷ Estas posibilidades aparecen recogidas en los diferentes instrumentos internacionales atinentes al *ne bis in idem*: el artículo 54 del CAAS proscrib, *lato sensu*, la *persecución*; el artículo 50 de la Carta europea de Derechos Fundamentales la *acusación*; y el artículo 4 del Protocolo 7 al CEDH el *procesamiento*.

TCEu permiten resolver, como hemos visto, algunas incógnitas relativas a ambos extremos. Concretamente, y por lo que hace al contenido esencial del *ne bis in idem*, aquellos criterios dejan claro que este derecho garantiza, cuando menos, que en un Estado de la Unión nadie sea acusado –y, *a fortiori*, condenado– con base en los mismos hechos por los que otrora fue sometido a un proceso penal terminado mediante decisión firme en un Estado miembro diferente. Obviamente este contenido constituye un límite tanto para el legislador europeo como para cuantos Tribunales están llamados a velar por su salvaguarda. Así, sería contraria al *ne bis in idem* e inconstitucional una norma que permitiera juzgar o condenar a un sujeto por los mismos hechos por los que ya ha sido juzgado en cualquiera de los Estados de la Unión. Y también lesionaría el *ne bis in idem* la decisión adoptada por los Tribunales de un concreto Estado de abrir el juicio oral frente a quien fue absuelto, condenado o indultado en un Estado diferente.

27. Pero los límites marcados por el contenido esencial del *ne bis in idem* no son los únicos que cabe inferir del TCEu. Antes bien: tomando en consideración las tantas veces mencionadas «Explicaciones» de la Convención a la CEDF, parece que el TCEu también sanciona las limitaciones que al ejercicio del derecho fundamental se contemplan en los artículos 54 a 58 del CAAS; en el artículo 7 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad y; en el artículo 10 del Convenio relativo a la lucha contra la corrupción⁴⁸. Resulta así que, desde esta óptica, el derecho fundamental al *ne bis in idem* no resultaría lesionado:

- a) Si una persona es perseguida en un Estado miembro por los mismos hechos por los que, en un Estado diferente, fue condenada mediante sentencia firme, siempre que la condena no se haya cumplido o no esté en vía de ejecución;
- b) Si los hechos que dan lugar al segundo proceso se cometieron en todo o en parte en el territorio del Estado que lo incoa y no tuvieron lugar, al menos en parte, en el Estado que dictó la sentencia firme;
- c) Si los hechos que dan lugar al segundo proceso constituyen un delito contra la seguridad u otros intereses igualmente esenciales de ese Estado miembro;
- d) Si los hechos que dan lugar al segundo proceso han sido cometidos por un funcionario de ese Estado miembro con incumplimiento de las obligaciones de su cargo; y
- e) Si una persona es perseguida y condenada en un Estado miembro por los mismos hechos por los que, en un Estado diferente, fue condenada me-

⁴⁸ Recuérdese que, según estas «Explicaciones», las excepciones que a la aplicación del *ne bis in idem* recogen estos instrumentos convencionales quedan cubiertas por la cláusula horizontal del apartado 1 del artículo 52 (artículo II-112 TCEu). De otra parte, y por lo que concierne específicamente al CAAS, debe llamarse la atención acerca de que éste forma parte integrante del TCEu en virtud del denominado «Protocolo sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea».

diante decisión firme, siempre que de aquella condena se deduzca la parte de pena ya cumplida^{49 y 50}.

Personalmente, no podemos estar más en disconformidad con aquellas «Explicaciones» y estas conclusiones. La razón de la discrepancia es que, en nuestra opinión, las limitaciones al *ne bis in idem* recién enumeradas, lejos de encontrar encaje en el artículo II-112 TCEu (art. II-52 de la Carta), lo contradicen frontalmente, pues huelga en ellas la necesaria observancia al principio de proporcionalidad a que este mismo precepto condiciona cualquier límite o restricción a los derechos fundamentales.

Esta carencia resulta patente en los supuestos de los apartados b), c) y d), ya que el sacrificio del *ne bis in idem* en tales casos ni responde a objetivos de interés general para la Unión, ni a la necesidad de proteger los derechos y libertades de sus ciudadanos. De lo que se trata, contrariamente, es de satisfacer el particular interés de los Estados en enjuiciar y reprimir, llegado el caso, determinadas conductas delictivas.

Contrario igualmente a las exigencias del principio de proporcionalidad es permitir el nuevo enjuiciamiento de quien ya fue juzgado y condenado en algún Estado de la Unión, si es que la condena no puede ya ejecutarse en este Estado (apartado a). Y es que, de suceder esto último, la efectividad de la represión no necesariamente pasa por un nuevo enjuiciamiento, sino por la cooperación de los Estados con aquel otro que dictó, en primer lugar, sentencia de condena.

Finalmente, consideramos un error mayúsculo sostener que la adopción del criterio de «toma en consideración» (apartado e) es acorde con las exigencias del principio de proporcionalidad en tanto garantiza que la pena finalmente impuesta guarda cierta proporción con el hecho delictivo. Con este discurrir –pensamos– se sitúan en un mismo plano conceptos que no lo están en absoluto, pues la proporcionalidad exigible a la pena finalmente impuesta no es ni debe confundirse con proporcionalidad a que se supedita la restricción de cualquier derecho fundamental.

A la vista de lo anterior, nos atrevemos a sugerir que las «Explicaciones» de la Convención en este punto sean tomadas como un lamentable desliz, de modo que se prive a estos límites de todo respaldo constitucional.

⁴⁹ El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas no contempla esta excepción al ejercicio del *ne bis in idem*.

⁵⁰ Nótese que, mientras en los supuestos contemplados en los apartados a) y e), la posibilidad de un doble proceso o de una doble sanción se sustenta en el carácter condenatorio de la decisión recaída en primer lugar; en los restantes supuestos, el contenido de la decisión recaída resulta irrelevante con vistas a permitir un nuevo enjuiciamiento.

De otra parte, aunque en relación a estos últimos supuestos [los previstos en los apartados b) a d)], conviene hacer notar que los instrumentos convencionales mencionados contempla una excepción a la excepción: que el Estado miembro que se disponga a enjuiciar nuevamente a un sujeto haya pedido su procesamiento o concedido la extradición al Estado miembro cuyos tribunales acabaron por juzgarlo. De darse, por tanto, estas circunstancias el *ne bis in idem* recobra la eficacia que le es característica.

III. HACIA LA PLENA EFICACIA DEL *NE BIS IN IDEM* EN LA UNIÓN

1. Las propuestas de desarrollo normativo

28. La proclamación de un derecho fundamental en el ámbito de la Unión con el alcance, ámbito y contenido que han quedado expuestos está llamada a tener evidentes repercusiones, con las que podrá estarse o no de acuerdo, pero que deberán asumirse, desde luego, caso de que el TCEu llegue a entrar en vigor o, cuando menos, se otorgue valor vinculante a la CEDF. En lo que aquí interesa, no cabe duda de que una de esas repercusiones será la confección de instrumento europeo que venga a dar nueva cobertura legal al *ne bis in idem* en su dimensión horizontal. Esto que decimos no es simple conjetura, sino afirmación fundada en las propuestas e iniciativas que, tras la proclamación de la Carta en diciembre de 2000, suscriben la necesidad de acometer tal propósito.

La atención de las próximas páginas se centrará, precisamente, en tres de esas propuestas: 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*; el Libro Verde sobre conflictos de jurisdicción y el principio *ne bis in idem* en los procesos penales; y la que aquí denominaremos como Propuesta de Friburgo. La razón de nuestra elección es simple: todas ellas abordan –con mayor o menor intensidad y acierto– el propósito de crear un instrumento normativo que dé desarrollo general al *ne bis in idem*. No se trata, pues, de simples declaraciones de intención⁵¹, ni de propuestas «sectoriales» sobre su eficacia.

Junto a la anterior, las propuestas e iniciativas de las que daremos cuenta

⁵¹ Bajo esta consideración bien puede incluirse el *Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal*, en que se contempla la conveniencia de dar cobertura legal al *ne bis in idem* mediante un nuevo estudio de los artículos 54 a 57 CAAS (DOCE C 12, de 15 de enero de 2001).

Idéntica consideración merece el programa plurianual destinado a impulsar la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia, conocido como Programa de La Haya (DOUE C 52, de 3 de marzo de 2005), en que se establece que la incorporación de la Carta en el TCEu impone la obligación de garantizar no sólo el respeto sino también la protección activa de los derechos fundamentales.

Otra propuesta de índole genérico la encontramos en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, titulada: «Programa de La Haya: diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» (DOUE C 198, de 12 de agosto de 2005). Como anexo a ella se incluye un denominado Plan de Acción en que se enumeran las acciones y medidas principales que se deben tomar durante el período 2005-2010. Pues bien, entre estas medidas se contempla, para el 2006, una «propuesta sobre los conflictos jurisdiccionales y sobre el principio *non bis in idem*». Según fuentes oficiosas, a la que hemos tenido acceso, esta propuesta tardará en ver la luz. La que parece que nunca verá la luz es la Iniciativa helénica, pues el dato mismo de que el Plan de acción contemple una propuesta legislativa sobre conflictos jurisdiccionales y *ne bis in idem* permite inferir que aquella Iniciativa ningún viso presenta de prosperar.

presentan otra coincidencia: la de fundar el futuro desarrollo normativo del *ne bis in idem* en la técnica del reconocimiento mutuo. Esto –excusamos decirlo– sólo de forma muy indirecta permite ubicar tales propuestas en el ámbito de la cooperación judicial penal, ya que la proscripción de un nuevo juicio o de una nueva condena en modo alguno implica cooperación o auxilio entre los Estados miembros. Cosa distinta es que la eficacia predicable del *ne bis in idem* sólo pueda desplegarse si se conocen las infracciones y decisiones que fundamentan su aplicación; conocimiento que sí puede alcanzarse haciendo uso de los mecanismos de cooperación internacional. De este extremo también trataremos.

1.1. *La Iniciativa helénica*

29. Paradigmática, en el terreno de las propuestas, puede calificarse 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*⁵². Y puede calificarse de paradigmática, además de por ser la única realizada hasta la fecha a instancia de los Estados miembros, por ser pionera en la introducción de ciertas medidas destinadas a hacer realmente efectivo el *ne bis in idem* a nivel de la Unión. De estas medidas, unas atañen directamente al contenido y alcance del *ne bis in idem* en los términos que se desprenden del TCEu, mientras otras parecen configurarse al margen de este derecho fundamental.

a) *Medidas extrínsecas al ne bis in idem*

30. Según se acaba de señalar, la Iniciativa helénica contempla cierta clase de medidas que, aun no guardando relación con el contenido del derecho fundamental al *ne bis in idem*, condicionan su eficacia. Estas medidas consisten, de un lado, en la previsión de determinados criterios de atribución de la competencia penal y de prevención de los conflictos de jurisdicción que pudieran suscitarse entre dos o más Estados de la Unión (artículo 3, que lleva por rúbrica «Litispendencia»⁵³) y; de otro lado, en el deber impuesto a los Estados miembros de proporcionar información sobre las decisiones firmes condenatorias recaídas en sus respectivos territorios cuando sean requeridos al respecto (artículo 6, que lleva por rúbrica «Intercambio de información entre las autoridades competentes»).

31. Que la Iniciativa griega proponga normas atributivas de competencia penal y de prevención de los conflictos de jurisdicción es medida que, cierta-

⁵² DOC 100, de 26 de abril 2003. Sobre esta *Iniciativa*, véase también el Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento europeo de 14 de julio de 2003, en que se introducen importantes modificaciones al texto inicial, a la vista del Informe de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos interiores, y la opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (A5-0275/2003). El estudio de esta Iniciativa se realiza, precisamente, al albur de las modificaciones realizadas en este Proyecto.

⁵³ Aunque de esta rúbrica pudiera desprenderse lo contrario, la Iniciativa no prevé que el *ne bis in idem* proteja de procesos simultáneos con el mismo objeto, dirigidos frente a la misma persona.

mente, favorece la salvaguarda del *ne bis in idem*, ya que de este modo se contribuye a erradicar una de las causas que más frecuentemente se hallan tras la vulneración de este derecho: los amplios límites con que los Estados extienden su jurisdicción para conocer de determinados hechos delictivos, y, por lo mismo, la existencia de jurisdicciones concurrentes. Lamentablemente, sin embargo, el acierto de la Iniciativa en este punto no se ha traducido –no, en nuestra opinión– en un adecuado desarrollo.

Sintéticamente, lo que dispone la Iniciativa en materia de litispendencia es que si en un Estado miembro existe pendiente un proceso penal sobre hechos que son objeto de un proceso en otro Estado, las autoridades competentes de uno y otro Estado habrán de ponerse de acuerdo para determinar cuál de ellos conocerá finalmente del asunto, quedando en suspenso los procesos hasta que se determine la preferencia. Esta preferencia se ha de fijar en función de determinados parámetros; concretamente, y por este orden, en función del territorio en que se ha cometido el delito; de la nacionalidad o residencia del presunto autor; del origen de las víctimas y; del lugar en que se encontró al autor del hecho delictivo.

A poco que se repare, se coincidirá con nosotros en que estos criterios son insuficientes para determinar qué Estado es el más idóneo para tramitar el proceso penal. Buena prueba de esta insuficiencia es que alguna de las conductas que actualmente integran la delincuencia transfronteriza se caracterizan por la diversidad de los lugares en que se produce la acción y el resultado delictivo o por extender su eficacia a diversos territorios (piénsese, respectivamente, en los delitos informáticos o en el tráfico de drogas o estupefacientes cometidos por bandas organizadas). En tales supuestos, es obvio que el criterio de la territorialidad resulta inservible para determinar la competencia. Pero, ¿acaso esta obviedad implica la aplicación de los restantes foros subsidiarios?

Tampoco el cauce elegido para solventar los eventuales conflictos de jurisdicción que pueden surgir entre los Estados miembros parece adecuado con vistas a aquella finalidad. Antes bien: si se repara, la vía del «acuerdo» plantea problemas aún mayores que los que trata de resolver. Estos problemas son de muy diversa índole. Así, *v. gr.*, es claro que la suspensión de los procesos hasta la consecución del acuerdo puede traducirse en importantes dilaciones respecto de la investigación y enjuiciamiento de la conducta delictiva e incluso frustrar su enjuiciamiento; problemática, asimismo, se plantea la cuestión de qué hacer caso de que el acuerdo entre los Estados implicados no llegue a alcanzarse; y no digamos nada acerca del difícil acomodo que presenta la vía del acuerdo respecto de otro de los derechos fundamentales consagrados en el TCEu: el derecho a un juez establecido previamente por ley⁵⁴ (art. II-107. 2).

⁵⁴ La incompatibilidad entre este derecho y la solución acordada de los conflictos positivos de jurisdicción ha sido tratada en profundidad por la doctrina italiana. Así, *v. gr.*: PANZAVOLTA, M., «Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro», en *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di M. G. Coppetta, 2005, pgs. 107

32. Sin información sobre el proceso seguido en otro Estado sobre los mismos hechos que son objeto de un nuevo proceso, no es posible controlar los presupuestos que condicionan el *ne bis in idem* ni, consecuentemente, velar por su salvaguarda. De aquí, que aquella información deba tenerse por una medida necesaria con vistas a lograr la plena eficacia del derecho fundamental que nos ocupa; y de ahí, igualmente, que su inclusión en la propuesta de desarrollo normativo del *ne bis in idem* deba reputarse atinada. Al acierto de la inclusión debe sumársele, en este caso, el de su plasmación normativa. Y es que, aun cuando del artículo 6 pudiera deducirse que la solicitud de información sólo abarca los supuestos en que una persona ha sido condenada mediante sentencia firme en un Estado miembro, el significado que la Iniciativa helénica otorga al término «sentencia»⁵⁵ hace posible la obtención de información respecto de cualquier decisión que, conforme a la legislación interna de los respectivos Estados, tenga estatuto de *res iudicata*.

b) *Medidas intrínsecas al ne bis in idem*

33. Otra de las razones que permiten ubicar esta Iniciativa en el camino de lograr la plena eficacia del *ne bis in idem* es la supresión de todas las excepciones o límites al ejercicio de este derecho. A tenor de ella, en efecto, la proscripción de doble proceso y de doble sanción no puede eludirse en función del territorio en que se haya cometido el hecho, ni del estatuto funcional de su autor, ni de los intereses estatales lesionados por la conducta delictiva. También el *anrechnungsprinzip* queda fuera de la propuesta⁵⁶.

Que la Iniciativa griega parezca otorgar al *ne bis in idem* el tratamiento de un auténtico derecho subjetivo de carácter fundamental no es, con todo, el único extremo en que la propuesta sigue las previsiones del TCEu, ni tampoco el único extremo en que la supera⁵⁷. También en su ámbito, el *ne bis in idem* se ve sensiblemente ampliado. Este ámbito sigue siendo el penal,

a 141; y GAITO-GIUNCHEDI, «Il giudice più idoneo tra prospettive sopranazionali e giustizia interna», en *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di A. Gaito, 2006, pgs. 29 y ss.

⁵⁵ Tras su paso por el Parlamento Europeo, el literal b) del artículo 1, establece que por sentencia debe entenderse: «toda sentencia definitiva o decisión inapelable dictada por un tribunal en un Estado miembro como resultado de procedimientos en materia penal, mediante la cual se declare culpable o se absuelva al demandado o se suspenda el enjuiciamiento de manera definitiva, con arreglo a la legislación nacional de cada Estado miembro; cualquier arreglo por mediación extrajudicial en materia penal (y); cualquier decisión, haya sido dictada o no por un tribunal que tenga estatuto de *res iudicata* con arreglo a la legislación nacional».

⁵⁶ Téngase en cuenta que, si bien en su redacción original la propuesta de Decisión marco relativa a la aplicación del *ne bis in idem* asumió prácticamente todas las excepciones que a este derecho contempla el CAAS, incluido el «principio de cómputo» o de «toma en consideración», tales excepciones desaparecieron gracias a las enmiendas realizadas por el Parlamento Europeo en trámite de consulta.

⁵⁷ Recuérdese que, en materia de límites, una cierta lectura del TCEu permite entender amparadas en dicho texto las actuales excepciones recogidas en el CAAS respecto del ejercicio del *ne bis in idem*.

pero bajo esta consideración se comprenden, además de las conductas delictivas, aquellas otras constitutivas de ilícitos administrativos si es que, a la luz de la legislación interna de los respectivos Estados miembros, las decisiones administrativas son impugnables ante los órganos del orden penal⁵⁸.

La Iniciativa helénica supera también en precisión al TCEu, pues hace explícito aquello que se deja entrever en éste, a saber: que el *ne bis in idem* resulta lesionado si los hechos objeto del proceso incoado en un Estado miembro coinciden sustancialmente con los que fueron objeto de un proceso anterior en otro Estado, y éste concluyó mediante decisión con eficacia de *res iudicata*.

1.2. *El Libro Verde sobre conflictos de jurisdicción y el principio ne bis in idem en los procesos penales*

34. Libro Verde e Iniciativa helénica coinciden en la idea de que la efectividad del *ne bis in idem* pasa por arbitrar un sistema que permita soslayar los conflictos positivos de jurisdicción entre los Estados de la Unión y ponerles fin llegado el caso. Es más: a decir de la Comisión, en tanto tales conflictos constituyen una de las peores rémoras a la plena efectividad del *ne bis in idem*⁵⁹, conviene abordar primero su tratamiento y dejar el desarrollo normativo de este derecho para un momento posterior.

Lo anterior explica que la mayor parte de las reflexiones y propuestas contenidas en este Libro se refieran a los conflictos positivos de jurisdicción, y que, por el contrario, sean pocas y muy genéricas las realizadas en relación con aquel derecho fundamental.

a) *Medidas extrínsecas al ne bis in idem*

35. El procedimiento que se propone en el Libro Verde para prevenir y solventar los eventuales conflictos de jurisdicción parte de dos requisitos: (1) la obligación de los Estados miembros de proporcionarse recíproca información sobre los procesos incoados en sus respectivas jurisdicciones y; (2) la posibilidad de no incoar un proceso penal o de suspender o poner fin al ya iniciado, si es que llega a conocimiento de un Estado miembro la existencia de un proceso penal abierto sobre los mismos hechos en cualquier otro Estado de la Unión. Aquella obligación y esta facultad buscan concentrar el enjuiciamiento de los hechos en una jurisdicción única; obje-

⁵⁸ Así sucede en Alemania con las *ordnungswidrigkeiten*, pero no en nuestro país, en que el control jurisdiccional de las sanciones administrativas se produce desde el orden Contencioso-Administrativo.

⁵⁹ La rémora no es otra que la desconfianza que en los Estados miembros genera el criterio consistente en lo que la Comisión denomina como «el procesamiento “más rápido”» o «principio del orden de llegada». Mirado desde el punto de vista de la competencia es claro, en efecto, que el *ne bis in idem* privilegia al Estado que antes conoce de los hechos y antes procede a su enjuiciamiento mediante decisión firme; y también es claro que tal privilegio alienta a los Estados a formular reservas al ejercicio del *ne bis in idem*, pues aquella premura no sólo puede traducirse en una respuesta inadecuada respecto de la que realmente merecen los hechos delictivos, sino también en el menoscabo o lesión de los derechos y garantías que están solfa en el proceso penal.

tivo que se hace coincidir con el momento de la presentación del escrito de acusación o de procesamiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Al margen de lo inexacto de considerar las circunstancias mencionadas como «requisitos procedimentales» y de lo cuestionable de relegar el tratamiento procesal de la litispendencia a un momento tan tardío como la formulación de la acusación⁶⁰, el punto más débil del sistema propuesto por la Comisión estriba, en nuestra opinión, en el procedimiento mismo de prevención de los conflictos positivos de jurisdicción.

Este procedimiento se estructura en tres fases, aunque con posibilidad de ampliar éstas a una cuarta.

La primera fase parte de la premisa de que en un Estado miembro se haya iniciado o se vaya a iniciar próximamente un proceso penal sobre hechos que tengan puntos de conexión o que presenten «vínculos significativos» con otro u otros Estados miembros. En este caso, aquel primer Estado debe informar a éstos de tal circunstancia, a fin de que manifiesten su posible «interés» en el enjuiciamiento de los hechos.

La segunda fase –que presupone la manifestación de un interés plural en el enjuiciamiento de unos mismos hechos– tiene por objeto elegir, mediante acuerdo entre las autoridades competentes de los Estados miembros interesados, cuál de entre éstos resulta más adecuado para enjuiciar el asunto, atendida una serie de criterios formulados de modo muy genérico por la Comisión⁶¹. En este contexto, interesa destacar que el logro de un acuerdo no necesariamente comporta la pérdida de competencia del Estado o Estados no elegidos, toda vez que la elección puede condicionarse a que no surjan nuevos hechos que hagan variar el contenido del acuerdo o carecer incluso de fuerza vinculante para sus signatarios.

En caso que los Estados miembros interesados no alcancen un acuerdo, se abre una tercera fase, que es de mediación y que tiene por objetivo, una vez más, lograr el consenso entre los Estados interesados. Esta función media-

⁶⁰ Inexacto, desde luego, es calificar de «requisitos procesales o procedimentales» lo que, bien mirado, constituye la esencia misma del sistema de solución de conflictos propuesto por la Comisión.

Retrasar al momento de presentación del escrito de acusación el deber de los Estados de declinar su competencia a favor de los órganos del Estado miembro elegido nos parece, asimismo, incorrecto. Ciertamente es que, de esta manera, aumentan las posibilidades de obtener fuentes de prueba acerca de la conducta delictiva y, por lo mismo, de obtener mayor certeza en torno a los criterios que permiten fundar la atribución de la competencia. Sin embargo, no debe perderse de vista que la existencia de investigaciones plurales, amén de comportar una duplicidad de esfuerzos entre Estados que dicen basar su relación en el principio de reconocimiento mutuo, puede comprometer el más elemental derecho de defensa del imputado.

⁶¹ De entre esos criterios, la propia Comisión destaca, en particular: «la territorialidad, criterios relativos al sospechoso o al demandado, los intereses de las víctimas, criterios relacionados con los intereses del Estado, y otros criterios relativos a la eficacia y rapidez de los procedimientos».

dora correspondería a un órgano comunitario –Eurojust u otro órgano de nueva creación–, que intentaría lograr el acuerdo mediante la aplicación de los criterios de atribución de la competencia arriba mencionados.

De fracasar la mediación, el Libro Verde contempla la posibilidad de arbitrar una cuarta fase, en que un órgano comunitario habría de decir, con carácter obligatorio, qué Estado miembro, de entre los interesados, resulta más adecuado para enjuiciar los hechos delictivos. A diferencia de las fases anteriores, esta posibilidad es tratada con muchas reservas por la Comisión, ya que su implantación requeriría atribuir aquella función a un órgano distinto del mediador, así como arbitrar un régimen de revisión judicial respecto de aquella designación.

A tenor de lo expuesto podría extraerse, como conclusión, que el Libro Verde avanza por el camino trazado por la Iniciativa helénica, en la medida en que añade al acuerdo entre los Estados, un nuevo modo de atribuir competencia penal a nivel de la Unión y de solventar los eventuales conflictos que puedan surgir en este ámbito: la elección, por un órgano comunitario, del Estado miembro más adecuado para enjuiciar los hechos. Bien mirado, sin embargo, el sistema sugerido por la Comisión más que un avance supone un retroceso; por tres razones, fundamentalmente: en primer lugar, porque omite la posibilidad de que las partes del proceso tengan algún tipo de participación en la elección o designación del Estado que ha de asumir la competencia; en segundo término, porque en los casos de jurisdicciones concurrentes se limita a permitir la suspensión de los respectivos procesos pero no obliga a esto último y; finalmente, porque la vía de la designación acrecienta los problemas de dilación propios del acuerdo⁶², a la vista del carácter subsidiario con que se pretende que opere.

b) *Medidas intrínsecas al ne bis in idem*

36. Como hemos anticipado, la propuesta de la Comisión en torno al *ne bis in idem* es mucho menos precisa que la Iniciativa helénica. Con todo, el Libro Verde parece coincidir con ésta en la conveniencia de dotar al *ne bis in idem* de nueva cobertura legal y de hacerlo del modo más coherente a su condición de derecho fundamental. Así se infiere, en efecto, de las medidas sugeridas por la Comisión en relación con el futuro desarrollo legal de aquel derecho. Estas medidas consisten en: (1) definir expresamente el alcance y contenido del *ne bis in idem*, así como los presupuestos que condicionan su eficacia; (2) eliminar de su contenido la (actual) condición consistente en la ejecución de la sentencia condenatoria y; (3) suprimir las (también actuales) excepciones al *ne bis in idem* basadas en los intereses individuales de los Estados miembros.

1.3. *La Propuesta de Friburgo*

37. Otra de las más importantes aportaciones realizadas con vistas al desarrollo normativo del *ne bis in idem* es la que hemos denominado Propuesta de

⁶² Vid. lo dicho *supra* en relación con la Iniciativa helénica.

Friburgo⁶³. Esta propuesta fue elaborada por un grupo de investigadores en el seno del *Max Plank Institute for Foreign and International Criminal Law*, y hecha pública en noviembre de 2003.

Además de su naturaleza privada, la Propuesta de Friburgo se diferencia de las iniciativas y propuestas arriba analizadas en el sistema ideado para dar solución a los problemas que amenazan la efectividad del *ne bis in idem* a nivel de la Unión. Este sistema se articula en tres tipos de medidas: la primera estriba en una serie de previsiones con las que se pretende eludir la existencia de conflictos positivos de jurisdicción entre los Estados miembros (o entre éstos y cualquier institución u órgano de la Unión con competencias enjuiciadoras o sancionadoras); la segunda pasa por perfilar el contenido y ámbito de la proscripción de *bis in idem* a nivel de la Unión; la tercera radica, llanamente, en la asunción del criterio de «toma en consideración».

Como fácilmente se desprende, sólo la segunda de las medidas citadas tiende a garantizar la eficacia del *ne bis in idem* desde la regulación misma de este derecho. Por el contrario, la primera y última de aquellas medidas persiguen lograr este objetivo por una vía diferente: la de prevenir y paliar, respectivamente, la lesión de aquel derecho fundamental. Esto sentado, bien cabría aplicar a esta propuesta la distinción que venimos haciendo entre medidas extrínsecas e intrínsecas al *ne bis in idem*. No obstante, y dado que aquellas tres medidas son consideradas por la propia Propuesta de Friburgo como un sistema global y progresivo con que dar solución al problema de los procesos múltiples, estimamos más adecuado proceder a su análisis conforme al mismo orden sistemático en ella seguido.

a) *Prevención de conflictos de jurisdicción*

38. La Propuesta de Friburgo coincide en su planteamiento inicial con el Libro Verde al considerar que la proscripción de *bis in idem* toma como presupuesto la existencia de procesos sucesivos y no simultáneos. Y también coincide con él en entender que esta última circunstancia –i.e.: la litispendencia a nivel transnacional– es situación que debe soslayarse en aras a evitar la conculcación de aquel derecho fundamental. Con miras a esto último –es decir: a prevenir conflictos positivos de jurisdicción en el ámbito de la Unión–, se diseña un cauce procedimental, aplicable en cualquier momento anterior a la fase de juicio y articulado en tres fases: la primera fase se dirige a determinar los Estados miembros interesados en el enjuiciamiento de unos mismos hechos; la segunda, tiene por objeto alcanzar un acuerdo acerca de cuál es el Estado más adecuado para conocer del proceso penal; la tercera y última fase –que sólo se abre en defecto de acuerdo entre los Estados miembros o caso de que el acusado impugne el acuerdo alcanzado

⁶³ La propuesta lleva en verdad por nombre: *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*. La versión inglesa de su texto y de los comentarios explicativos realizados sobre su contenido puede encontrarse en la siguiente dirección electrónica: www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nebisiidem. Ésta es, de otra parte, la versión de la que nos hemos servido para proceder a su análisis.

por considerarlo contrario a sus intereses— implica la designación del Estado competente por el TJCE.

Posiblemente por su carácter privado, la Propuesta de Friburgo resulta en este punto más precisa que las anteriores. Este grado de precisión afecta, fundamentalmente, a los criterios de atribución de la competencia penal que deben guiar tanto el acuerdo como la designación del Estado más adecuado para conocer del proceso⁶⁴. Con todo, la vaguedad también es nota presente en esta Propuesta, sobre todo a la hora de definir las consecuencias, que respecto de los procesos ya iniciados o a punto de iniciarse, comporta la vía del acuerdo, de la designación o del recurso que puede interponerse frente a aquél o ésta.

Precisiones e imprecisiones aparte, lo que no deja lugar a discusión es que la Propuesta de Friburgo sigue la tendencia consistente en considerar el acuerdo como vía idónea para determinar quién tiene competencia para conocer del proceso. No parece necesario reiterar los motivos por los que esta tendencia nos parece equivocada.

b) *El ne bis in idem*

39. La segunda medida con que la Propuesta de Friburgo pretende evitar los procesos múltiples atañe propiamente al *ne bis in idem* y consiste en dar cobertura legal a este derecho.

En líneas generales, el desarrollo normativo que del *ne bis in idem* proponen los investigadores del *Max Plank Institute* resulta coherente con el alcance y contenido que le otorga el artículo II-107 TCEu. Aquél, en efecto, parece dibujarse como un derecho fundamental en el ámbito de la Unión, que comporta la proscripción de doble proceso (y, por tanto, de doble sanción), y que se halla supeditado a la identidad sustancial entre los hechos que son objeto de enjuiciamiento, a la identidad subjetiva y al carácter firme de la decisión que pone fin al primer proceso. Además de su precisión⁶⁵, en este

⁶⁴ Estos criterios son: (a) el territorio donde ha tenido lugar el hecho o donde éste ha producido sus resultados; (b) la nacionalidad, residencia o domicilio del sospechoso o del acusado; (c) la nacionalidad de la víctima; (d) la localización de las pruebas; (e) el lugar apropiado para ejecutar la eventual sanción que pudiera imponerse; (f) el lugar en que el sospechoso se halla detenido o preso y; (g) cualquier otro criterio que afecte a los intereses de los respectivos Estados miembros, como puede ser, *v. gr.*: el hecho de tratarse de un delito que atente contra su seguridad o sus recursos naturales. Los enumerados se configuran, por lo demás, como criterios concurrentes. Implica esto que, en la determinación del fuero aplicable, todos aquellos criterios deben ser valorados conjuntamente, sin que entre ellos exista orden de preferencia. No obstante, y según se precisa en el comentario que figura como anexo a esta Propuesta, en caso de duda, las autoridades judiciales de los Estados miembros interesados o el Tribunal de Justicia habrán de inclinar la balanza por aquel de los fueros que resulte más favorable al propio imputado.

⁶⁵ Esta nota alcanza, entre otros extremos: a los sujetos obligados a respetar tal derecho, que no son sólo los Estados miembros, sino también los órganos e instituciones de la Unión que actualmente ostentan competencia para perseguir o sancionar determinadas infracciones (tal es el caso de la Comisión Europea, que dispone de competencia para perseguir casos de fraude o infracciones en materia de competencia o agricultura) o que

contexto, la Propuesta de Friburgo goza de otras bondades, como la de despejar alguna de las incógnitas que el texto constitucional plantea y que la técnica de la exégesis no permite resolver. Tal es el caso –paradigmático, por el tratamiento que recibe– del problema consistente en determinar si el *ne bis in idem* es derecho sólo predicable de las personas físicas o si, por el contrario, también las personas jurídicas pueden decirse titulares de este derecho⁶⁶.

De otra parte, y por lo que hace al ámbito en que el *ne bis in idem* está llamado a desplegar su eficacia, se apuesta decididamente por ampliar el campo de actuación de este derecho a cualquier procedimiento con carácter represivo. Esto incluye –obvio es decirlo– al proceso penal, pero también a cualesquiera otros procedimientos de los que pueda resultar la imposición de sanciones de naturaleza o severidad similar a la pena, como determinados procedimientos administrativos e incluso disciplinarios.

Lejos, empero, de lo que podría seguirse a la luz de esta «generosa» configuración del *ne bis in idem*, la Propuesta de Friburgo prevé ciertos límites o excepciones a su eficacia. Concretamente, son dos los casos en que se permite el doble enjuiciamiento⁶⁷:

–Cuando la ejecución de la condena recaída en el primer Estado devenga «permanentemente imposible» bien porque la persona del condenado se haya refugiado en otro Estado y no sea posible su entrega, bien porque la ejecución no pueda tener lugar en otro Estado miembro por la vía del reconocimiento mutuo; y

–Cuando se sospeche que el primer proceso se ha desarrollado de modo incorrecto o abusivo con el objeto, por ejemplo, de dispensar al imputado de un trato más favorable del que resultaría de la estricta aplicación de la legalidad.

pueden tenerlas en el futuro (Ministerio Fiscal europeo); a la irrelevancia de la calificación legal de los hechos en orden a considerar lesionado el *ne bis in idem*; y al carácter de las decisiones de las que cabe predicar la eficacia característica de este derecho a nivel transnacional, pues, según se explica, la posibilidad –que algunos ordenamientos nacionales contemplan de que, por circunstancias excepcionales, pueda reabrirse un proceso (tal es el caso, de la *ordonnance de non-lieu motivée en fait* francesa o la *sentenza di non luogo a procedere* italiana) no necesariamente obsta a la efectividad del *ne bis in idem* en el ámbito de la Unión.

⁶⁶ La Propuesta se decanta por esta última opción pero sólo en relación con aquellos casos en que la doble condena recaerá *nominatim* sobre la misma persona jurídica. Por el contrario, salvo casos excepcionales, la regla del *ne bis in idem* se exceptúa de aquellos supuestos en que el proceso se dirige primero frente a una persona jurídica y después frente a la persona de su representante legal (o viceversa); en estos supuestos, en cambio, se postula la aplicación del criterio de «toma en consideración».

⁶⁷ Entre estos casos no incluimos –por no constituir, en verdad, una excepción al *ne bis in idem* en su dimensión horizontal– aquellos en que los respectivos ordenamientos de los Estados miembros permiten la reapertura de los procesos seguidos en sus respectivas jurisdicciones pese a la firmeza de las decisiones o resoluciones judiciales que les pusieron fin.

Respecto de uno y otro caso ha de hacerse alguna matización. En primer lugar, conviene tener en cuenta que la Propuesta no admite incondicionalmente el doble enjuiciamiento allí donde es imposible la ejecución de la condena, sino que, por el contrario, condiciona la procedencia del segundo proceso al hecho de que las autoridades judiciales no reciban noticia oficial de que la condena está siendo o ha sido ejecutada. En segundo lugar, debe precisarse que la apreciación del fraude o abuso que pudiera haberse cometido en el transcurso del primer proceso no es competencia que se reside en los Estados miembros, sino en el TJCE, dado que lo contrario podría, a su vez, dar lugar a abusos e incluso comprometer las relaciones diplomáticas.

Realizados los necesarios matices, la conclusión que puede extraerse en torno a estos límites es que son más estrechos en su configuración y número que los previstos en el CAAS. Cabría decir, incluso, que se trata de límites «simbólicos», ya que, de un lado, la posibilidad de que la condena recaída en un Estado miembro no pueda ejecutarse en éste o en cualquier otro Estado de la Unión es ciertamente escasa⁶⁸; y, de otro, la imposibilidad de hacer uso abusivo o fraudulento del proceso es límite que se deriva del propio contenido del *ne bis in idem* pues, como en su momento señalamos, tal contenido toma como presupuesto la necesidad de que el enjuiciamiento o la condena se hayan realizado «conforme a la ley». Con todo, lo que más llama la atención en relación con estos límites es el propósito que los justifica; este propósito sigue siendo, ciertamente, evitar la impunidad de determinadas conductas; sin embargo, en este objetivo ninguna relevancia se da ya a los intereses individuales de los Estados.

La Propuesta de Friburgo también contempla el deber de los Estados miembros (y de los órganos e instituciones de la Unión) de prestarse recíproca información sobre las decisiones que pueden obstar a un ulterior enjuiciamiento. Coincide, así, con sus homónimas en que la plena efectividad del *ne bis in idem* depende en gran medida de que se arbitren cauces que faciliten aquella información.

c) *El principio de «toma en consideración»*

40. A tenor de cuanto hasta aquí va dicho, uno pudiera tener quizá la impresión de que la Propuesta de Friburgo sigue el camino correcto con vistas a alcanzar la plena efectividad del *ne bis in idem*. Ésta, sin embargo, es impresión que se desvanece a la luz de la última de las medidas que en ella se contemplan: la aplicación del criterio de «toma en consideración»⁶⁹. Que

⁶⁸ Baste señalar, en este sentido, que un buen número de Estados miembros ya han adaptado sus respectivos ordenamientos internos a la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros.

⁶⁹ Según la tantas veces mencionada Propuesta de Friburgo, si a pesar de las medidas anteriores, unos mismos hechos son perseguidos en distintos Estados de la Unión, la sanción impuesta y cumplida en uno de estos Estados debe ser tenida en cuenta por los restantes Estados bien aplicando una sanción más leve a la que legalmente merezcan

este criterio se perfila como subsidiario en la Propuesta en nada desdice esta afirmación. Y es que, desde la perspectiva del *ne bis in idem*, el *anrechnungsprinzip* sólo merece la consideración de una medida paliativa y, además, de eficacia limitada, pues sólo protege de las consecuencias que comporta la doble condena pero no del perjuicio que causa el doble enjuiciamiento.

2. Consideraciones finales

41. La consagración del *ne bis in idem* como derecho fundamental en el ámbito de la Unión supone un notable avance respecto de la tradicional consideración que de él se viene teniendo como «mero» principio o regla comunitaria. El avance, no obstante, sólo podrá considerarse tal cuando se arbitren los medios y las vías adecuadas para lograr que aquella proclamación sea realmente efectiva.

En el ámbito de las relaciones entre los Estados miembros (y de éstos con los órganos e instituciones de la Unión), la efectividad del *ne bis in idem* está claramente ligada a tres medidas: la prevención de conflictos de jurisdicción; la puesta en marcha de mecanismos que favorezcan el intercambio de información sobre los presupuestos que delimitan el *ne bis in idem*; y la elaboración de un instrumento que dé cobertura legal a este derecho. Así lo confirman las propuestas e iniciativas de las que hemos dado cuenta y así lo entendemos también nosotros. Más allá, empero, de esta coincidencia, creemos que aquellas propuestas no «atinan» en lo primero y que están necesitadas de mayor precisión en lo restante. De aquí, que nos sirvamos de estas consideraciones finales para apuntar las pautas que, según nuestro personal criterio, han de guiar al legislador europeo en este punto.

42. Comenzando por aquella primera medida, es lógico suponer que si la concurrencia competencial de los Estados miembros para conocer de unos mismos hechos propicia situaciones de conflicto entre ellos, el establecimiento de normas atributivas de competencia penal a nivel de la Unión comportará el efecto contrario, esto es, disminuirá el riesgo de que se den tal clase de conflictos o, mejor aún: de que se produzcan cuantos problemas van ligados a la litispendencia internacional. Baste apuntar, en este sentido, que la determinación de la competencia penal lleva también consigo la determinación de la Ley sustantiva y procesal aplicable; por lo que si existen normas que de antemano fijen qué Estado tiene competencia, es de presumir que los demás Estados acatarán tales normas y, por tanto, que será menor la posibilidad de que en éstos se abran o continúen sustanciándose procesos sobre hechos idénticos que incumban a unas mismas personas.

A la lógica del anterior silogismo debe sumársele la de este otro: cuanto más precisas y contundentes sean las normas atributivas de competencia penal y más estrechos los márgenes de discrecionalidad que se permitan a

aquellos hechos conforme a sus respectivos ordenamientos, bien deduciendo de la sanción impuesta la parte de sanción ya cumplida.

los Estados miembros en su aplicación, menor será el peligro de que se produzcan enjuiciamientos paralelos y sucesivos. Nos explicaremos con más detalle.

Por lo que hace a aquellas normas, entendemos que los criterios para determinar la competencia deberían huir del sistema de «fueros alternativos o concurrentes» y responder a un orden claro de prioridad. Como en la mayoría de los sistemas nacionales, este orden podría encabezarse con el criterio de territorialidad, si bien habrían de incluirse ciertas pautas que permitieran dar solución a aquellos supuestos en que existiera divergencia espacial entre la acción y el resultado delictivo. Al criterio de territorialidad deberían, obviamente, seguir otros criterios, que entrarían en funcionamiento en defecto de aquél (piénsese, p. ej., en el supuesto de que se ignore el lugar de comisión del hecho delictivo o en aquellos otros en que la acción y el resultado delictivos alcanzan a diversas jurisdicciones nacionales). Personalmente comulgamos con la idea de que el orden de prelación entre estos criterios subsidiarios no debiera estar marcado por aspectos tales como la «mayor facilidad probatoria» o «el lugar de detención», sino por otros que, aun menos «eficaces» desde un punto de vista procesal e incluso punitivo, resultan más garantistas con los derechos de las partes y, especialmente, con las posibilidades de defensa del sujeto pasivo del proceso (así, *v. gr.*: el lugar de nacionalidad o de residencia habitual del imputado).

De otra parte, y por lo que afecta a la aplicación de aquellas normas, estimamos preferible que ésta se articule por vía imperativa y no por la vía del acuerdo entre los Estados. Nuestra preferencia se funda no sólo en las menores dilaciones que aquella vía presenta respecto de esta otra, ni en los menores perjuicios que aquélla puede ocasionar a las partes o a quienes de una y otra manera están llamados a intervenir en el proceso, ni en su mayor adecuación al derecho al juez ordinario, sino también en que, de aquella otra manera, se soslaya el riesgo de que sean los propios Estados quienes practiquen el «*forum shopping*».

Independientemente, no obstante, de la vía con que se encauce la prevención de los conflictos que pudieran surgir entre los Estados miembros, entendemos que la consecución de este objetivo debe pasar por:

–Articular un mecanismo que permita detectar e identificar la existencia de procesos múltiples en el ámbito de la Unión, de modo que, si un Estado miembro se propone incoar un proceso que presente determinados puntos de conexión con otro u otros Estados, pueda saber, en tiempo real, si en cualquiera de estos Estados existe pendiente un proceso por esos mismos hechos.

–Imponer a los Estados que se propongan incoar un proceso sobre los mismos hechos sobre los que existe ya pendiente un proceso en otro u otros Estados el deber de informar cuanto antes a éstos de su interés en sostener su competencia. De esta información puede resultar bien que, en atención a las normas atributivas de competencia, los Estados decidan declinar su

competencia a favor de uno solo de ellos, bien que dos o más Estados decidan mantener su competencia. En este último caso, habrá surgido un conflicto de jurisdicción, al que deberá ponérsele solución.

–Arbitrar un sistema de resolución de conflictos (positivos y negativos), que sea vinculante para los Estados. Tal atribución –pensamos– debería conferirse al TJCE.

–Negar con carácter imperativo que aquellos Estados miembros distintos del elegido o designado como competente puedan seguir sustanciando procesos idénticos al seguido en este otro Estado.

Todo esto que propugnamos en nada contradice la conveniencia –que también defendemos– de que el futuro desarrollo normativo del *ne bis in idem* supere los términos de su configuración constitucional, de modo que su invocación permita excluir tanto los enjuiciamientos sucesivos como los enjuiciamientos simultáneos. Con otros términos: en nuestra opinión, la eficacia del *ne bis in idem* debería impedir también que en un Estado miembro se incoe o se sustancie un proceso idéntico a otro ya iniciado en un Estado diferente, si es que ello supone un quebranto de las normas atributivas de la competencia.

43. La segunda medida necesaria para garantizar la plena eficacia del *ne bis in idem* es, como hemos dicho, la puesta en marcha de determinados mecanismos que favorezcan, de manera rápida y completa, el acceso a todas las decisiones susceptibles de fundar la proscripción de *bis in idem* – i.e.: a las sentencias de condena, pero también a las sentencias absolutorias, y a aquellas otras decisiones que, sin adoptar la forma de sentencia ni provenir de una autoridad judicial, ponen fin a un proceso penal de modo firme–. Obviamente, de llegarse a entender que el *ne bis in idem* protege también de los enjuiciamientos simultáneos, aquellos mecanismos deberían facilitar igualmente información sobre cuantos procesos penales se inician en los Estados miembros⁷⁰.

Esto que decimos pone ya de relieve la insuficiencia de cuantas iniciativas se han emprendido hasta ahora en la Unión Europea dirigidas a facilitar el intercambio de información⁷¹. En primer lugar, porque éstas ponen el acento en los supuestos de condena, pretiriendo que el *ne bis in idem* puede también resultar lesionado sobre la base de otras decisiones adoptadas en el curso de un proceso; y, en segundo lugar, porque lo que en ellas se prevé es que la obtención de esa información requiere de la solicitud previa del Estado interesado; no se trata, por tanto, de mecanismos de información automática.

⁷⁰ En idéntico sentido WEYEMBERGH, A., «Le principe ne bis in idem: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen», en *Cahiers de Droit Européen*, 2004-4, pgs. 371 y 372. También BLANCO CORDERO, I., «El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea», cit., pg. 7.

⁷¹ Un breve repaso sobre estas y otras iniciativas puede encontrarse en BLANCO CORDERO, I., «El principio de *ne bis in idem* en la Unión Europea», cit., pgs. 6 y 7.

La manera y alcance con que, en nuestra opinión, debería operar esta medida, sugieren, en otro orden cosas, los muchos obstáculos que habrán de removerse para su puesta en práctica. Estos obstáculos serán de índole técnica y económica, pues articular un mecanismo rápido de información a nivel europeo exigirá de importantes esfuerzos de infraestructura y de inversión. Pero también habrá obstáculos jurídicos: primero, porque no existe un criterio uniforme entre los Estados acerca de qué sentencias condenatorias deben inscribirse en los respectivos registros, ni sobre las autoridades que pueden tener acceso a los datos procesales inscritos, ni sobre el plazo de cancelación de estos datos; segundo, y más importante, porque las decisiones firmes no condenatorias no se inscriben, por lo general, en los registros penales nacionales. Para garantizar la salvaguarda del *ne bis in idem*, debería empezarse, pues, por analizar si resulta viable unificar estos extremos en las legislaciones nacionales de los Estados miembros, sin que ello suponga una desprotección de los datos personales del imputado.

44. Para finalizar, y en cuanto al futuro desarrollo normativo del *ne bis in idem*, es evidente que éste habrá de partir de cuanto se infiere del TCEu. Esto implica, según hemos visto, que en el ámbito de la Unión deberá garantizarse, cuando menos, que ninguna persona sea sometida a un proceso penal por los mismos hechos que fueron objeto de un proceso penal seguido en el mismo o en otro Estado miembro, si es que este primer proceso se dirigió también frente a ella y concluyó mediante decisión de carácter firme. Y comporta, igualmente, que quede en manos del legislador europeo la decisión de extender la dimensión horizontal del *ne bis in idem* a terceros Estados o de ampliar su campo de actuación más allá del estricto ámbito jurisdiccional penal⁷².

Otra de las evidencias que se desprenden de cuanto hemos visto es que la cobertura legal del *ne bis in idem* requerirá de un gran esfuerzo de concreción; esfuerzo que –no nos cansaremos de decirlo– debería abarcar la supresión de cuantas condiciones y excepciones se prevén actualmente a su ejercicio. El objetivo, en otros términos, que se le presenta al legislador europeo es doble: de un lado, acuñar un concepto de *bis* y de *idem* que sea de aplicación general a los Estados miembros; de otro, determinar aquellos casos en que, por existir un interés realmente común a la Unión, cabría tolerar ciertas restricciones o excepciones a su ejercicio.

Dejando a un margen esto último y centrándonos en aquello primero, creemos haber dejado claro que, aunque la jurisprudencia del TJCE ha allanado en buena parte el camino, es mucho aún lo que resta por recorrer en orden a concretar los presupuestos que delimitan el contenido del *ne bis in idem* y

⁷² No parece aventurado afirmar que, respecto de uno y otro extremo, se seguirán senderos antagónicos, pues mientras la salvaguarda «universal» del *ne bis in idem* siempre se ha presentado como algo ilusorio en la mayoría de los Estados miembros, la extensión del *ne bis in idem* más allá del ámbito previsto en el TCEu es posibilidad no sólo admitida actualmente por la jurisprudencia del TEDH y el TJCE, sino también manejada en alguna de las propuestas e iniciativas analizadas.

las consecuencias que este derecho está llamado a soslayar. Excedería con mucho del propósito de este trabajo exponer con el debido rigor la problemática que subyace a estas cuestiones y más aún ofrecer nuestra opinión personal al respecto. Con todo, no quisiéramos dejar de señalar que su resolución exigirá de una minuciosa labor de derecho comparado, pues sólo conociendo la diversidad connatural a los respectivos ordenamientos procesales de los Estados miembros podrá estarse en disposición de pergeñar nociones que «homogeneicen» el nivel de protección del *ne bis in idem* a nivel de la Unión. Estas nociones deberían clarificar, cuando menos: (1) cuándo cabe apreciar identidad subjetiva en el marco de dos procesos penales; (2) qué debe entenderse, a nivel de la Unión, por «decisión firme y de fondo» y; (3) a partir de qué momento se lesiona el *ne bis in idem*.

Hasta aquí los principales pasos que, en nuestra opinión, habrán de seguirse para lograr la eficacia del *ne bis in idem*. En el logro de este objetivo quedan, no obstante, dos pasos más: precisar qué consecuencias cabe anudar a la lesión de este derecho y determinar si existe un cauce específico a nivel de la Unión para denunciar tal vulneración o, por el contrario, éste es extremo que debe remitirse a las legislaciones internas de los respectivos Estados miembros.