

EL PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM EN EUROPA

John Vervaele

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

El principio *ne bis in idem* en Europa. Principio de reconocimiento mutuo y protección de derechos humanos.

John VERVAELE¹

1. El principio *ne bis in idem*

El principio de *ne bis in idem* es un principio general del derecho (penal) en numerosos ordenamientos jurídicos nacionales, que a veces ha sido codificado a un nivel constitucional, como es el caso de la cláusula sobre el doble peligro de condena que aparece en la Quinta Enmienda de la Constitución de EEUU. Históricamente el principio de *ne bis in idem* apareció como un principio que sólo se aplicaba a nivel nacional limitado a la justicia penal.

Con respecto a su fundamento, tradicionalmente se distingue entre *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (nadie debe ser juzgado dos veces por un mismo hecho) y *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (nadie debe ser sancionado dos veces por un mismo delito). Algunos países restringen el principio a la prohibición de la doble sanción.²

Los fundamentos del principio de *ne bis in idem* son múltiples. Por supuesto se trata de un principio de protección judicial del ciudadano contra el *ius puniendi* del Estado y asimismo forma parte de los derechos a un proceso justo y de legalidad. Por otra parte, el respeto por la *res judicata* (*pro veritate habitur*) de las sentencias firmes³ es importante para la legitimidad del sistema legal y la legitimidad del Estado.

El principio de *ne bis in idem* plantea muchos interrogantes.⁴ La mayor parte del derecho jurisprudencial de los Estados es la definición de *idem* y *bis*. ¿Consideramos la definición legal de los delitos o del conjunto de hechos (*idem factum*) como la base para la definición de lo mismo/*idem*? ¿Depende del alcance y los valores legales que deben proteger las previsiones legales? ¿Las personas naturales y legales son diferentes personas para la aplicación del principio? ¿El alcance del principio se limita a la doble sanción penal o también incluye otras formas de sanciones punitivas del derecho privado o del administrativo? ¿Qué es una sentencia firme? ¿Incluye la absolución o denegación de los cargos? ¿Qué significa sentencia firme ejecutada? ¿Conciernen también a resoluciones de autoridades fiscales u otras autoridades extrajudiciales? ¿El respeto del principio de *ne bis in idem* requiere el impedimento de un nuevo enjuiciamiento o sanción (*Erledigungsprinzip*) o la autoridad que impone la segunda sanción puede tener en cuenta la primera sanción (*Anrechnungsprinzip*)?

¹ Catedrático de Derecho Financiero y Económico en la Facultad de Derecho de Utrecht (Países Bajos) y Catedrático en Derecho Penal Europeo en el Colegio de Europa de Brujas (Bélgica).

² En ese caso, un doble enjuiciamiento puede considerarse como una violación de los principios de una administración de justicia justa.

³ Interest reipublice ut sit finis litium, bis de eadem re ne sit actio.

⁴ Véase, por ejemplo, el *Report of the UK Law Commission on double jeopardy*, 17.24.01, <http://www.lawcom.gov.uk/>

2. El principio *ne bis in idem*: aplicaciones internas e internacionales

Tradicionalmente los Estados han reconocido la aplicación del principio *ne bis in idem* en su propio ordenamiento jurídico interno. Por lo general, se puede decir que el principio únicamente se aplica en el ámbito del derecho penal y a sentencias firmes de materia penal. Esto significa que el doble enjuiciamiento es totalmente posible, al igual que la combinación de sanciones punitivas administrativas con sanciones penales. También es posible la combinación de sanciones penales con resoluciones extrajudiciales. Por último, algunos Estados no aplican totalmente el principio *ne bis in idem*, por obstaculización de la segunda sanción, pero tienen en cuenta la primera sanción a la hora de imponer o ejecutar la segunda (*Anrechnungsprinzip*).

Muy pocos países reconocen la validez de sentencias extranjeras en materia penal para la ejecución en el sistema jurídico nacional sin un acuerdo base. Los Estados consideran que su *ius puniendi* y el completo ejercicio de este son esenciales para su soberanía. También es problemático el reconocimiento de la *res judicata* para una sentencia penal extranjera, por supuesto cuando se refiere a delitos territoriales. Junto al propio interés, los Estados no tienen siempre la suficiente confianza en la administración de justicia del otro Estado. El reconocimiento de la *res judicata* extranjera significa que se impide un nuevo enjuiciamiento o sanción (efecto negativo) o que la decisión se toma teniendo en cuenta el contexto de otros casos que van a ser juzgados (efecto positivo). La negación del reconocimiento de la validez de sentencias extranjeras desemboca en el enjuiciamiento múltiple, lo cual es verdaderamente problemático para el individuo, sin embargo también puede ser problemático para las relaciones internacionales entre Estados. La mayoría de los sistemas jurídicos de derecho consuetudinario reconocen el efecto de la *res judicata* de sentencias extranjeras. En el sistema de derecho civil de los Países Bajos por supuesto tienen una previsión liberal y de mayor alcance. El Código Penal holandés contiene una previsión general *ne bis in idem* aplicable a sentencias internas y extranjeras, sin tener en cuenta el lugar donde se cometió el delito.⁵ Sin embargo, los Países Bajos es uno de los pocos ejemplos en este respecto.

No hay una norma de derecho internacional (*ius cogens*) que imponga el *ne bis in idem* internacional entre Estados. La aplicación depende del contenido de los tratados internacionales. Encontramos un acuerdo basado en previsiones de *ne bis in idem* tanto en tratados de derechos humanos como en tratados bilaterales o multilaterales sobre cooperación judicial en materia penal.

El principio *ne bis in idem* está establecido como derecho individual en los instrumentos legales de los derechos humanos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966 (artículo 14 (7)). El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contiene tal previsión y la antigua

⁵ Para un comentario del *ne bis in idem* holandés en el art. 68 del Código Penal, véase P. Baauw, *Ne bis in idem*, en B. Swart y A. Slip (eds.), *Derecho Penal Internacional en los Países Bajos*, MPI, Freiburg im Breisgau, 1997, 75-84.

Comisión Europea de Derechos Humanos⁶ negaba la existencia del principio como tal en el artículo 6 del CEDH, sin embargo, sin establecer en términos absolutos que ciertos enjuiciamientos dobles puedan violar el derecho a un juicio justo en el artículo 6 del CEDH. La previsión se elaboró en el Protocolo Número 7 para el CEDH (artículo 4), pero sólo una minoría de los 25 Estados Miembros de la UE ha ratificado el Protocolo n.º. 7. Sin embargo, el derecho jurisprudencial podría ser inspirador. La mayoría de los casos se refieren a la definición del *idem*. Después de algunas sentencias contradictorias⁷ en la aplicación del artículo 4 del Protocolo n.º. 7, el CEDH estaba siguiendo su sentencia en la decisión Franz Fischer contra Austria⁸, basada en el *idem factum*, pero en el caso de Gökten contra Francia⁹, el Tribunal parece volver a basarse en el *idem* jurídico. Aunque el derecho jurisprudencial está limitado, se pueden derivar algunas conclusiones de él. El CEDH sólo se ocupa del *ne bis in idem* nacional, es decir dentro del sistema jurídico interno de los Estados Parte, no con el *ne bis in idem* internacional o transnacional. Esto está conforme a la aplicación del art., 14(7) del Pacto Internacional de las NU de los Derechos Civiles y Políticos.¹⁰ Del derecho jurisprudencial de Estrasburgo también se deduce que el principio *ne bis in idem* no se limita a la doble sanción, sino que también incluye el doble enjuiciamiento, lo que significa que el principio contable no es suficiente para respetar el *ne bis in idem*. Esto subraya la importancia para cooperar a nivel de investigación y para introducir más que *una via* de previsiones, la no acumulación de sanciones. En segundo lugar, el *bis* también incluye la combinación de dos cargos penales en el sentido del artículo 6, significando por lo tanto la imposición de una sanción punitiva penal y una sanción punitiva administrativa.¹¹

⁶ Comisión Europea de Derechos Humanos, 13 de julio de 1970, Aplicación 4212/69, CDR 35, 151.

⁷ Sentencia Gradinger contra Austria del 23 de octubre de 1995, *Series A no 328-C* y la sentencia Oliveira contra Suiza del 30 de julio de 1998, *Reports of Judgements and Decisions* 1998-V, p. 1990.

⁸ Franz Fischer contra Austria del 29 de mayo del 2001, *Series A no 312 (C)*, confirmado en la sentencia W.F. contra Austria del 30 de mayo del 2002 y la sentencia Sailer contra Austria del 6 de junio del 2002. Véase <http://www.echr.roe.int/> para estas decisiones.

⁹ Gökten contra Francia, Sentencia del 2 de julio del 2002, <http://www.echr.coe.int/>

¹⁰ El Comité de Derechos Humanos estableció que el artículo 14 (7) no se aplica a la *res judicata* extranjera, Comité de Derechos Humanos de las UN, 2 de noviembre de 1987. Los Países Bajos han formulado la siguiente cláusula:

“Artículo 14, párrafo 7

El reino de los Países Bajos acepta esta previsión solamente en la medida en que no presenta más obligaciones que aquellas establecidas en el artículo 68 del Código Penal de los Países Bajos y el artículo 70 del Código Penal de las Antillas Neerlandesas como aplican ahora. Se lee:

1. Excepto en casos en los que las decisiones tengan derecho a revisión, nadie puede ser procesado dos veces por un delito por el que un tribunal en los Países Bajos o en las Antillas Neerlandesas haya emitido una sentencia irrevocable.

2. Si la sentencia ha sido emitida por otro tribunal, la misma persona no puede ser procesada por el mismo delito en el caso de (I) absolución o retirada del proceso o (II) condena seguida de ejecución total, reducción o prescripción de la pena.”

¹¹ La cláusula del doble peligro de condena en la Quinta Enmienda no se limita al derecho penal, sino que incluye sanciones punitivas civiles y administrativas. Sin embargo,

El principio *ne bis in idem* también es importante como motivo de denegación a cooperar en el marco de los tratados internacionales tratando la cooperación judicial en materia penal. El principio *ne bis in idem* estaba incluido en el tratado multilateral de Milestone sobre Extradición del Consejo de Europa del 13 de diciembre de 1957. El art. 9 no sólo estipula la clásica formulación del *ne bis in idem*, tratando sentencias firmes (*res judicata*), sino que también incluye decisiones firmes de tipo procesal. El antiguo motivo de denegación es obligatorio, sin embargo el último es facultativo:

“La extradición no se concederá si la sentencia firme ha sido dictada por las autoridades competentes de la Parte requerida sobre la persona reclamada con respecto al delito o los delitos por los que se demanda la extradición. La extradición puede denegarse si las autoridades competentes de la Parte requerida han decidido no instruir o finalizar el proceso por el mismo delito o delitos.”

El art. 8 también incluye un motivo de negación facultativo del *ne bis in idem* con respecto a litispendencia:

“La Parte requerida puede negarse a extraditar a la persona reclamada si las autoridades competentes de dicha Parte están procesándola por el delito o los delitos por los que se demanda la extradición.”

El art. 7 contiene incluso una fase previa, aceptando la preponderancia de los intereses de soberanía:

“La Parte requerida puede negarse a extraditar a una persona reclamada por un delito el cual, según su legislación, se ha cometido totalmente o en parte en su territorio o en un lugar que se considera de su territorio.”

El Convenio de Extradición trata el *ne bis in idem* en una clásica posición intergubernamental entre el Estado requerido y requirente, pero el Protocolo Adicional del 15 de octubre de 1975 complementa el art. 9 del Convenio con los siguientes párrafos 2, 3 e, incluyendo otras Partes Contratantes:

“No se concederá la extradición de una persona contra la que se haya dictado una sentencia firme en un tercer Estado, la Parte Contratante para el Convenio, por el delito o los delitos por los que se interpone la demanda;

- a) si la mencionada sentencia obtuvo su absolució;n;
- b) el término de la encarcelación u otra medida a la que se ha sentenciado:
 - I) se ha ejecutado totalmente;

recientemente el caso precedente, Estados Unidos contra Harper, 490 EEUU 435 (1989), estuvo una vez limitado de alguna forma en Hudson contra EEUU, 522 U.S. 93 (1997); Véase también Vervaele, J.A.E., *La saisie et la confiscation à la suite d'atteintes punissables au droit aux Etats-Unis*, Revue de Droit Pénal et de Criminologie, 1998, 974-1003.

- II) ha sido totalmente, o con respecto a la parte no ejecutada, el objeto de un indulto o amnistía;
 - c) si el tribunal condenó al infractor sin imponer una sanción.
- Este motivo de denegación obligatorio sin embargo puede anularse (opcional) solicitando excepciones basadas en el principio de territorialidad, el interés fundamental sobre peligro de condena o la implicación de funcionarios públicos propios:
- a) si el delito por el que se ha emitido la sentencia se cometió contra una persona, una institución o cualquier cosa que tenga un estatus público en el Estado requirente;
 - b) si la persona sobre la que se emitió sentencia tenía un estatus público en el Estado requirente;
 - c) si el delito por el que se dictó sentencia fue cometido total o parcialmente en el territorio del Estado requirente o en un lugar tratado como su territorio."

Las previsiones *ne bis in idem* no se limitan a la extradición, sino que se han incluido en muchos Convenios del Consejo de Europa con respecto a la cooperación judicial en materia penal. En Europa se han hecho esfuerzos desde 1970, en el marco del Consejo de Europa, para introducir un principio *ne bis in idem* internacional regional. En este marco de cooperación el principio *ne bis in idem* tan sólo se aplica *inter partes*; esto significa que puede o debe aplicarse entre los estados contratantes en una solicitud concreta. No se considera como derecho individual *erga omnes*. El *ne bis in idem* se estipuló como obligatorio durante la Convención de 1970 del Consejo de Europa sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales (Artículos 53-57) y durante la Convención de 1972 sobre la Transmisión de las Diligencias en Asuntos Penales (Artículos 35-37). Sin embargo, ambas Convenciones tienen un índice de ratificación bastante pobre y contienen muchas excepciones al principio *ne bis in idem*. En el Convenio de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Artículo 18, párrafo 1º), que está muy bien ratificado, este principio es opcional, pero algunos Estados Contratantes lo incluyeron en su declaración de ratificación como un motivo de denegación de solicitudes de cooperación. La Convención del Consejo de Europa del 15 de mayo de 1972 sobre la transmisión de las diligencias en asuntos penales establece en su artículo Parte V (Art.35-37):

Artículo 35. 1. Una persona cuya sentencia penal firme y ejecutable se haya llevado a cabo no debe ni ser procesada, sentenciada, ni ser ejecutada una sanción en otro Estado contratante por el mismo hecho:

- a) si fue absuelta;
- b) si la sanción impuesta:
 - i) se ha ejecutado totalmente o lo está siendo, o
 - ii) ha sido totalmente, o con respecto a la parte no ejecutada, el objeto de un indulto o amnistía, o
 - iii) debido a una prescripción temporal, ya no puede seguir ejecutándose.

- c) si el tribunal declaró culpable al delincuente sin imponerle una sanción.
2. Sin embargo, un Estado contratante, a menos que él mismo haya solicitado el procedimiento, no podrá ser obligado a reconocer el resultado del *ne bis in idem* si el acto que surge en la sentencia fuera dirigido contra una persona o cualquier cosa con estatus público en ese Estado, o si el sujeto de la sentencia tuviera un estatus público en dicho Estado.
3. Además, un Estado contratante donde se cometió el acto o se considera de acuerdo con la ley de ese Estado no estará obligado a reconocer el resultado del *ne bis in idem* a menos que el mismo Estado haya solicitado el procedimiento.

Artículo 36. Si se instruyen nuevos procesos contra una persona que en otro Estado contratante ya ha sido sentenciada por el mismo acto, entonces cualquier período de privación de libertad que surja a partir de la sentencia impuesta será rebajado de la sanción que deba imponerse.

Artículo 37. Esta Parte no excluye la aplicación de previsiones más amplias relativas al resultado del *ne bis in idem* unido a sentencias penales extranjeras.

En estas convenciones, el principio *ne bis in idem* tiene como objetivo la elusión de doble sanción, no de doble enjuiciamiento o investigación. Esta es la razón por la que no encontramos previsiones del *ne bis in idem* en la Convención del Consejo de Europa del 20 de abril de 1959 sobre asistencia mutua en asuntos penales o en protocolos adicionales de acuerdo con las comisiones rogatorias judiciales.

Incluso si los estados reconocen el principio internacional *ne bis in idem*, se pueden plantear problemas en asuntos transnacionales debido a las distintas interpretaciones del principio relativas al *idem bis*, etc. ¿La CEDH está de acuerdo con estas cuestiones y el individuo puede exigir la aplicación del principio *ne bis in idem* como derecho subjetivo o incluso como derecho humano? ¿El principio *ne bis in idem* sirve como un impedimento a la cooperación internacional en general y a la entrega de sospechosos en particular o se trata de un derecho humano del acusado? En el marco de la cooperación el principio *ne bis in idem* únicamente se aplica *inter partes*, lo que significa que puede o debe aplicarse entre los estados contratantes en una solicitud concreta. No se considera como un derecho individual *erga omnes*. Sin embargo, este acercamiento entre los estados se ha visto afectado mientras tanto por el derecho jurisprudencial de la CEDH.¹² En el caso de Soering,¹³ la CEDH se decidió por la aplicación de los artículos 3 y 6 para la extradición de un sospechoso a los EEUU. Se dictaminó que a pesar del artículo 1 de la CEDH, que prevé que las “Altas Partes Contratantes protegerán a todo aquel dentro de su jurisdicción en derechos y libertades definidos en la Sección 1 de esta Convención”, un principio general no puede leerse como

¹² Véase P. Garlick. La Orden de Arresto europea, la CEDH y N. Keijzer. Extradición y Derechos Humanos: una Perspectiva holandesa, en R. Blekxtoon y W. van Ballegooij, Manual sobre la Orden de Arresto europea, T-M-C. Asser Press, La Haya, 2004, 167-194.

¹³ CEDH, 7 de julio de 1989, Soering versus R. U., A 161.

justificante al efecto de que un Estado Contratante no debe entregar a un individuo a menos que esté seguro de que las condiciones que le esperan en el país de destino, están totalmente de acuerdo con cada una de las garantías de la Convención. Esto no exime a las Partes Contratantes de la responsabilidad según la Convención de todas las consecuencias previsibles que se produzcan fuera de su jurisdicción.¹⁴ De esta decisión se deduce con claridad que la regla de **cortesía y no indagación** no se aplica en caso de posibles violaciones notorias de los derechos humanos. El Estado requerido tiene el deber de evaluar si el estado requirente respeta sus derechos de forma adecuada. Es más, el respeto de los derechos humanos es una responsabilidad conjunta tanto de los estados como de los ciudadanos y están en el derecho de obtener un remedio efectivo en este campo. De modo que el procedimiento de extradición no sólo afecta a las relaciones entre los estados, sino también a los derechos subjetivos de los ciudadanos. También en los casos de Drozd. contra Francia y España¹⁵ e Iribarne Pérez contra Francia¹⁶, casos sobre la ejecución transnacional de resoluciones condenatorias la CEDH dictaminó que los estados contratantes están obligados a rechazar cooperación si resulta que la condena es la consecuencia de una notoria denegación de justicia.

3. Integración regional de la UE y aplicación transnacional del principio *ne bis in idem*

La importancia del principio *ne bis in idem* no está, desde luego, limitada a las leyes del tercer pilar de la UE. Incluso antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, el principio *ne bis in idem* desempeñó un papel en el derecho de la CE. La CE tiene poderes sancionadores de carácter administrativo en el campo de la competencia y amplios poderes para armonizar sanciones administrativas nacionales en algunas políticas de la CE. El TEJ prestó interés al principio *ne bis in idem* en el ámbito de la competencia.¹⁷ Bajo la regulación 17/62,¹⁸ el TEJ ya mantuvo en 1969 en Wilhelm contra. Bundeskartellamt ¹⁹que el doble enjuiciamiento, uno por la Comisión y otra por las autoridades nacionales, está conforme con la regulación y no violación del principio *ne bis in idem*, ya que el alcance de las disposiciones reguladoras europeas y nacionales era diferente. Sin embargo, si el resultado fuese la imposición de dos sanciones consecutivas, un requisito general de justicia natural exige que ninguna decisión punitiva previa deba tenerse en cuenta a la hora de determinar ninguna sanción, que deba ser impuesta (*Anrechnungsprinzip*). Mientras tanto, el TEJ tiene una larga tradición ajustándose al principio *ne bis in idem*, ya que como se consagra en el Artículo 4 del Protocolo 7 es un principio general del derecho comunitario,²⁰ lo que significa que no

¹⁴ Párrafo 86.

¹⁵ CEDH, 26 de junio de 1992, Drozd contra Francia y España.

¹⁶ CEDH, 24 de octubre de 1995, Iribarne contra Francia.

¹⁷ Wouter P.J. Wils. *The principle of 'ne bis in idem' in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis*, World Competition, volume 26, Issue 2, June 2003.

¹⁸ Regulación 17/62, OJ P 013, 21/02/1962, P 0204-0211, edición especial en inglés: series 1 capítulo 1959/1962 P. 0087.

¹⁹ Sentencia del 13 de febrero de 1969, RCE (1969) 3.

²⁰ Véase por ejemplo la *Sentencia de 14/12/1972, Boehringer Mannheim / Comisión (Rec. 1972, p.1281) (DK 1972/00323 GR 1972-1973/00313 P 1972/00447 ES 1972/00261 SVII/00061 FIII/00059) y*

está limitado a sanciones penales y aplicado a asuntos de competencia. Sin embargo, parece que el TEJ limita el principio *ne bis in idem* a la doble sanción y acepta el principio contable. Este problema no se ha resuelto con la nueva regulación sobre competencia 1/2003.²¹ Esta regulación estipula que, además de la Comisión Europea, también las autoridades de competencia nacional aplicarán las normas de competencia europea, incluyendo el cumplimiento de las normas (Artículo 35). La Comisión Europea y las autoridades nacionales formarán una red basada en una cooperación cerrada. En la práctica, el conflicto de la jurisdicción y los problemas con el principio *ne bis in idem* deberían evitarse mediante mejores prácticas de cooperación, después de lo cual las autoridades competentes puedan suspender o interrumpir sus procedimientos (Artículo 13). En cambio, no hay ninguna obligación, lo que significa que el doble enjuiciamiento no se excluye como tal. Está bastante claro que el derecho jurisprudencial del TEJ relativo al principio internacional *ne bis in idem* en sus casos competentes no está totalmente conforme con el derecho jurisprudencial de la CEDH en el principio nacional *ne bis in idem*, descartando el doble enjuiciamiento del principio *ne bis in idem* y aceptando el principio contable. Finalmente, el principio transnacional *ne bis in idem* tan sólo es efectivo en el territorio de la Unión. Esto significa que una compañía puede ser sancionada dos veces por violar distintas normas de competencia, como por ejemplo las autoridades competentes en los EEUU y en Europa.²²

El principio de *ne bis in idem* puede ser importante en otros sectores en los que la CE tiene un poder sancionador, como por ejemplo, en el área de la contratación pública europea.²³ La CE también ha armonizado regímenes sancionadores de los Estados Miembros. El paquete sobre protección de los intereses financieros es un buen ejemplo. Los Estados Miembros tienen que imponer sanciones administrativas y penales por irregularidades y fraude. El Art. 6 de la Regulación 2988/95²⁴ estipula la suspensión de la ejecución administrativa nacional durante el proceso penal. Pero los procedimientos administrativos deben reanudarse cuando el proceso penal haya concluido y la autoridad administrativa debe imponer las sanciones administrativas prescritas, incluyendo las multas. La autoridad administrativa debe tener en cuenta cualquier pena impuesta por la autoridad judicial sobre la misma persona por los mismos hechos. Es obvio que estas disposiciones no reflejan el resultado completo del principio *ne bis in idem*. El artículo 6 tan sólo estipula que se puede descartar la reapertura de los procedimientos administrativos después del proceso penal por los principios legales

la Sentencia del Tribunal del 15 de octubre de 2002. Limburgse Vinly Maatschappij NV (LVM) (C-238/99 P). DSM NV y DSM Kunststoffen BV (C-244/99 P). Montedison SpA (C-245/99 P), Elf Atochem SA (C-247/99 P), Degussa AG (C-250/99 P), Enichem SpA (C-251/99 P), Wacker-Chemie GmbH y Hochtst AG (C-252/99 P) e industrias químicas Imperial plc (ICI) (C-254-99 P) versus la Comisión de las Comunidades europeas.

²¹ Regulación 1/2003 OJ L 001, 04/01/2003, p.0001-0025 en vigor desde el 1 de mayo de 2004. ²² Caso T-223/00. Kyowa Hakko Kogyo Co, Sentencia del 9 de julio de 2003, RCE (2003).

²² Caso T-223/00. Kyowa Hakko Kogyo Co, Sentencia del 9 de julio de 2003, RCE (2003).

²³ Regulación 1605/2002, artículos 93-96. OJ L 1.248.16/09/2002, p. 0001-0048 y Regulación 2342/2002, artículo 133, OJ L 357, 31/12/2002, p. 0001-0071.

²⁴ Regulación 2988/95, OJ L 312, 23/12/1995, p. 0001-0004.

generales. El principio *ne bis in idem* excluiría la reapertura si incumbe a la mismas personas y los mismos hechos, pero la regulación no lo menciona de forma explícita.

Los Ministros de Justicia europeos eran totalmente conscientes de que el aumento y la profundización de la integración europea conllevaban un incremento del delito transnacional y de la justicia transnacional en Europa; el enjuiciamiento simultáneo y la sanción llegaría a ser un obstáculo para la integración de justicia. En el marco de la Cooperación política europea, antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht con el tercer pilar sobre Justicia y Asuntos de Interior, elaboraron la Convención de 1978 entre los Estados Miembros de la CE sobre el doble peligro de condena, que se ocupa del principio *ne bis in idem* en el entorno transnacional de la CE. La Convención no se ha ratificado satisfactoriamente,²⁵ pero su fundamento se ha integrado en la CAAS por lo que puede calificarse como la primera convención multilateral que establece un principio *ne bis in idem* internacional como derecho individual *erga omnes*.

Artículo 54. Una persona cuyo juicio se haya resuelto finalmente en una Parte Contratante no debe ser procesado en otra Parte Contratante por los mismos hechos, siempre que, si se ha impuesto una pena, se ha ejecutado, está en ejecutándose o no puede ejecutarse durante más tiempo bajo las leyes de la Parte Contratante sentenciadora.

Artículo 55. 1. Al ratificar una Parte Contratante debe aceptar o aprobar esta Convención y declarar que no está vinculada por el artículo 54 a uno o más de los siguientes casos:

- a) cuando los hechos con los que se relaciona la sentencia extranjera tienen lugar totalmente o en parte en su propio territorio: sin embargo, en el último caso no se aplicará esta excepción si los hechos tienen lugar en parte en el territorio de la Parte Contratante, donde se emitió la sentencia;
- b) cuando los hechos con los que se relaciona la sentencia extranjera constituyen un delito en contra de la seguridad nacional o, igualmente, contra otros intereses esenciales de la Parte Contratante;
- c) cuando los hechos con los que se relaciona la sentencia extranjera fueron cometidos por funcionarios de la Parte Contratante violando los deberes de su cargo.

2. Una Parte Contratante que ha hecho una declaración respecto a la excepción a la que se refiere en el párrafo 1(b) especificará las categorías de delitos a las que esta excepción debe aplicar.

3. una Parte Contratante debe retractarse en cualquier momento de una declaración relativa a una o más de las excepciones del párrafo 1.

4. Las excepciones que constituyeron el objeto de una declaración según el párrafo 1 no se aplicarán donde la Parte Contratante afectada, en relación con

²⁵ La Convención *ne bis in idem* ha sido ratificada por Dinamarca, Francia, Italia, los Países Bajos y Portugal y se aplica de manera provisional entre ellos.

los mismos hechos, ha solicitado a la otra Parte Contratante instruir un enjuiciamiento o ha otorgado la extradición de la persona afectada.

Artículo 56. Si una Parte Contratante emprende una diligencia posterior contra una persona cuyo juicio, por los mismos actos, se ha resuelto en otra Parte Contratante, cualquier período de privación de libertad impuesto en la última Parte Contratante que surja de esos actos será rebajado de la sanción que deba imponerse. En la medida que el derecho nacional lo permita, las penas que no impliquen la privación de libertad también se tomarán en cuenta.

Artículo 57. 1. Donde una Parte Contratante acusa a una persona de un delito y las autoridades competentes de esa Parte Contratante tiene motivos para creer que los cargos se refieren a los mismos actos por los cuales el juicio de la persona finalmente se resolvió en otra Parte Contratante, esas autoridades podrán, si lo consideran necesario, pedir la información pertinente a las autoridades competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio ya se emitió sentencia.

2. La información solicitada se facilitará lo más rápidamente posible y se tendrá en cuenta en relación con una acción posterior que deba tomarse en los procedimientos en marcha.

3. Cada Parte Contratante deberá, cuando se ratifique, aceptar o aprobar esta convención, designar las autoridades autorizadas para solicitar y recibir la información facilitada en este Artículo.

Artículo 58. Las previsiones anteriores no podrán impedir la aplicación de una previsión nacional más amplia sobre el principio *ne bis in idem* con respecto a las resoluciones judiciales tomadas en el extranjero.

Las previsiones de Schengen han servido como un modelo para varias previsiones *ne bis in idem* en los instrumentos de la UE en materia de Justicia y Asuntos de Interior.²⁶ La Convención sobre la Protección Financiera de la Comunidad Europea y sus diversos protocolos contienen varias previsiones sobre el *ne bis in idem*.²⁷ Como la Convención sobre la Lucha contra la Corrupción que implica a Funcionarios de las Comunidades Europeas o Funcionarios de los Estados Miembros de la Unión Europea.²⁸ También el Cuerpo Judicial²⁹ sobre Derecho Penal Europeo no establece una previsión transnacional específica del *ne bis in idem*, pero hace frente en el artículo 17 al problema en el marco de las incriminaciones coincidentes, en lo que a la doble sanción penal se

²⁶ H.H. Kühne, *ne bis in idem in den Schengener Vertragsstaaten*, J.Z., 1998. 876-880, W. Schonburg, *Die Europäisierung des verbots doppelter Strafverfolgung – Ein Zwischenbericht*, N.J.W. 2000, 1833 – 1840 y C.Van den Wyngaet en G.Stessens. *The international non bis in idem principle: Resolving some of the unanswered questions*, I.C.L.Q. 1999, 786 – 788.

²⁷ Véase el artículo 7 en la convención, OJ 1996 C 313/3.

²⁸ OJ 1997 C 195/1, Artículo 10.

²⁹ M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele (eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*. Vol. 1-4, Intersentia, Antwerpen-Groningen, Oxford 2000-2001, 394 p.

refiere, o impone el principio contable en lo que la sanción penal sería impuesta después de una sanción administrativa

La CAAS ha sido un importante hito para el establecimiento de un tratado multilateral basado en el principio internacional *ne bis in idem*. Aunque la CAAS estaba muy relacionada con el mercado interno y las cuatro libertades, era un instrumento intergubernamental. Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, en mayo de 1999, La UE era muy consciente de la necesidad de establecer un principio transnacional *ne bis in idem* en el área de libertad, seguridad y justicia. Las previsiones en los tratados internacionales que rigen el principio eran demasiado dispares y la aplicación de las mismas en los Estados Miembros varió más de lo deseado. Punto 49(c) del Plan de Acción del Consejo y la Comisión de implementación del área de libertad, seguridad y justicia³⁰ dispone esas medidas que serán establecidas dentro de cinco años de la entrada en vigor del Tratado para la coordinación de investigaciones penales y diligencias en progreso en los Estados Miembros con el objetivo de prevenir la duplicación y contradicción de las normas, teniendo en cuenta un mejor uso del principio *ne bis in idem*. En el programa de medidas para aplicar el principio de reconocimiento mutuo de decisiones en materia penal,³¹ el principio *ne bis in idem* está incluido entre las prioridades inmediatas de la UE y la referencia hecha al problema de los acuerdos extrajudiciales es *inter alia*. En efecto llegó a estar claro a través del derecho jurisprudencial nacional que los jueces nacionales tenían problemas con las transacciones y la aplicación de las previsiones de Schengen sobre el *ne bis in idem* transnacional. Mientras tanto las previsiones pertinentes de Schengen estaban y están en vigor, sin embargo ya no lo están como previsiones en un marco gubernamental, sino como previsiones integradas en el tercer pilar de previsiones del área de libertad, seguridad y justicia. Eso significa que las Conclusiones de Tampere del Consejo Europeo³² especial, que definía el reconocimiento mutuo como la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal, también se aplican a las anteriores previsiones de Schengen.

4. *Ne bis in idem*, El TEJ y el área de libertad, seguridad y justicia

4.1 Introducción

Mientras tanto el Tribunal Europeo de Justicia ha fijado un registro completo de principios de derecho comunitario, incluyendo el área de derecho penal y procedimientos penales.³³ Con la entrada en vigor del tercer pilar de cooperación en Justicia y Asuntos de Interior. (JAI), según el Tratado de Maastrich de la UE, y la jurisdicción ampliada del Tribunal de Justicia sobre asuntos del tercer pilar, según el

³⁰ OJC, 19. 23.01.1999.

³¹ OJC. 12. 15.01.2001.

³² Conclusiones de Tampere, 15 y 16 octubre 1999, <http://ue.eu.int>

³³ Véase, por ejemplo, caso 80/86, Kolpinghuis. ECR (1987).3969. Para comentarios posteriores H.G Sevenster, Derecho Penal y Ley CE, CMLR, 1992.29-70.

Tratado de Ámsterdam de la UE, el TEJ tiene la oportunidad de ampliar el ámbito de principios generales en nuevas áreas políticas que tratan de forma más directa los principios de Ley justa y los derechos fundamentales. Sin embargo, el derecho jurisprudencial del TEJ sobre asuntos del tercer pilar todavía es extraño, incluso en relación con la división de competencias entre el primer y el tercer pilar.

Antes de la entrada en vigor del tercer pilar sobre la cooperación de los Estados Miembros en JAI se han establecido acuerdos de cooperación en asuntos penales sobre el *an ad hoc basis* en el marco de la Cooperación Política Europea.³⁴ El gran paso adelante llegó, sin embargo, con el acuerdo de Schengen de 1985. Francia, Alemania, y los tres países de Benelux acordaron una cooperación más estrecha entre ellos en el campo de la migración, la cooperación policial y judicial en materia penal y la creación de un Sistema de Información de Schengen (SIS). La cooperación de Schengen funcionó muy bien y los 13 Estados Miembros de la UE se unieron a ella. Los acuerdos intergubernamentales de Schengen de 1985 y 1990 y el elaborado acervo de Schengen³⁵ han sido incorporados dentro de la estructura de la UE debido a un Protocolo del Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea. Las previsiones referentes al asilo, refugio político, etc. han sido integradas en el primer pilar (Título IV), las previsiones sobre cooperación policial y cooperación judicial en materia penal, en el tercer pilar. Sin embargo, las posiciones legales especiales sobre optar en haber sido acodadas a este respecto a respectivamente el Reino Unido, Irlanda e Irlanda del Norte (los cuales no están obligados por la acervo de Schengen), de optar fuera por Dinamarca y por los países no europeos Islandia y Noruega que son parte de la estructura de Schengen. El artículo 2 del protocolo de Schengen estipula que el TEJ ejercerá los poderes que le han sido otorgados por las previsiones aplicables relevantes de los Tratados.

En los asuntos Gözütok y Brügge, las Audiencias Nacionales se remitieron al TEJ para un fallo preliminar según el Artículo 35 UE sobre la interpretación del Artículo 54 de 1990 Convención de aplicación del acuerdo de Schengen de 1985 (Posteriormente CAAS), suscitando así cuestiones interesantes sobre la validez y el ámbito de un principio precedente de derechos humanos, el principio *ne bis in idem* o la prohibición del doble peligro de condena en el contexto UE/Schengen. Es el primer fallo preliminar sobre el acervo de Schengen.³⁶

4.2 Hechos

³⁴ J.A.E. Vervaele, Fraude contra la Comunidad. La necesidad de legislación de fraude Europeo, Deventer 1992, 345 y J.A.E Vervaele & A.H. Slip (eds), Cooperación Europea entre Impuestos, Costumbres y Autoridades Judiciales, La Haya-Londres-Boston, 2002, 302p.

³⁵ Para una vista detallado de el acervo de Schengen, véase La Acervo de Schengen integrada en la EU, 1999, <http://ue.co.int/jai/default.asp?lang=en>

³⁶ Casos C-187/01 y C-385/01, Ilüseyin Glözütok y Klaus Brügge, Juez del Tribunal de Justicia 11 Febrero 2003, ECR 2003, 1-5689.

D. Gözütok, un ciudadano turco que ha vivido varios años en los Países Bajos, era sospechoso de la posesión de cantidades ilegales de drogas blandas. Al realizar investigaciones sobre su café y su salón de té en 1996, la policía holandesa encontró efectivamente algunos kilos de hachís y marihuana. Los procesos penales contra D. Gözütok fueron sobreesidos por el hecho de aceptara una transacción financiera propuesta por el ministerio fiscal holandés, como está dispuesto en el artículo 74(1) del Código Penal holandés. Antes del comienzo de los procesos judiciales, la acusación pública puede imponer una o más condiciones para la anulación del procesamiento de algún delito, de otra manera que aquellos sujetos al estatuto de encarcelamiento de un periodo de más de seis años, a algún delito menor. Habrá un impedimento en diligencias posteriores una vez que esas condiciones se hayan cumplido. D. Gözütok pagó las sumas de 3000 y 750 florines. D. Gözütok atrajo la atención de las autoridades alemanas mediante la notificación de un Banco alemán de transacciones sospechosas a la Unidad de inteligencia financiera alemana, establecida en el marco de las obligaciones de la CE contra el blanqueo de dinero.³⁷ Las autoridades alemanas obtuvieron más información sobre los delitos implicados mediante las autoridades holandesas y decidieron arrestarle y procesarle por posesión de narcóticos en los Países Bajos. En 1997 el distrito judicial de Aachen en Alemania condenó a D. Gözütok a un periodo de encarcelamiento de un año y cinco meses, **libertad condicional**. Tanto el condenado como la fiscalía pública apelaron. El Tribunal Regional de Aachen interrumpió los procesamientos penales contra D. Gözütok basándose entre otras en que, según el artículo 54 de la CAAS, las autoridades alemanas que procesan están obligadas por la interrupción definitiva de los procedimientos penales por los Países Bajos. En la segunda apelación por la fiscalía pública hacia el Tribunal Superior Regional, el tribunal decidió iniciar acciones legales y remitir al TEJ para un fallo preliminar en base del artículo 35 del Tratado de la Unión Europea.

D. Brügge, un ciudadano alemán que vive en Alemania ha sido acusado por las autoridades diligentes belgas por haber asaltado y herido intencionadamente a D^a Leiaert en Bélgica, una violación de varios artículos del código penal belga. D. Brügge hizo frente a una doble investigación penal, una en Bélgica y otra en Alemania. En las actuaciones judiciales belgas el tribunal del distrito tuvo que tratar tanto con los aspectos penales y civiles del caso, debido al hecho de que D^a Leiaert, como parte civil quien se puso enferma y fue incapaz de trabajar a causa del asalto, reclamó daños pecuniarios y no pecuniarios. En el transcurso de los procesamientos en el Tribunal del distrito de Veurne en Bélgica, la fiscalía pública de Bonn en Alemania ofreció a D. Brügge la desestimación del acuerdo por la devolución de 1000 marcos alemanes, de acuerdo con el párrafo 153a en relación con la segunda sentencia del párrafo 53 (1) del código alemán del proceso penal. El tribunal del distrito de Veurne decidió establecer un procesamiento y remitirse al TEJ para un fallo preliminar en base al artículo 35 del Tratado de la Unión Europea.

³⁷ Consejo directivo 91/308/fec de 10 de Junio 1991 en la prevención del uso del sistema financiero con el propósito de confiscación de dinero negro, OSL 16, 28/6/1991.p. 0077-0083.

4.3 Transfondo Legal y cuestiones preliminares

El Tribunal Superior Regional Alemán remitió al TEJ las siguientes preguntas para un fallo preliminar: “¿Hay algún obstáculo para el enjuiciamiento en la República Federal Alemana según lo establecido en el artículo 54 de Aplicación del Acuerdo de Schengen si, según la ley de los Países Bajos, un procedimiento por los mismos hechos es obstaculizado en los Países Bajos?, ¿En particular, hay algún obstáculo al enjuiciamiento donde una decisión de sobreseer procedimientos por la fiscalía pública después del cumplimiento de las condiciones impuestas (tramitación según la ley de los Países Bajos) que según la ley de otros estados contratantes requiere aprobación judicial, impide el enjuiciamiento ante un tribunal de los Países Bajos ? ¿El tribunal del distrito belga remitió al TEJ la siguiente pregunta para una vista preliminar: Según lo previsto en el artículo 54 de aplicación del Acuerdo de Schengen se permite a la fiscalía belga requerir a un ciudadano alemán para comparecer ante un tribunal penal belga y ser condenado por los mismos hechos sobre los cuales la fiscalía alemana le hizo una oferta, por medio de un acuerdo, para sobreseer el caso tras el pago de cierta suma pagada por el acusado?” Viendo la similitud de la materia de las cuestiones, se unieron los casos y se investigaron juntos.

Los artículos 54 al 58 de CAAS sobre la aplicación del principio de *ne bis in idem* se han incorporado al título sexto del tratado de la unión Europea (previsiones del tercer pilar) En la base legal de artículos 31 y 34 de la Unión Europea.³⁸ El artículo 54 dispone que: “Una persona cuyo juicio ha sido finalmente resuelto a favor de una de las Partes Contratantes no debe ser procesada en otra de las Partes Contratantes por los mismos hechos a condición de que si se le ha impuesto una pena, ésta se ha ejecutado, está en proceso de ejecución o no puede seguir ejecutándose según las leyes de la Parte Contratante que emitió la sentencia”. El artículo 55 encuentra excepciones a la norma *ne bis in idem*, pero éstas deben establecerse formalmente en el momento de su firma o ratificación. Una de las posibles excepciones es que los hechos tuvieran lugar totalmente o tan sólo en una parte de su propio territorio. Otro artículo de relevancia en este contexto sería el artículo 58, el cual estipula que las previsiones nacionales pueden ir más allá de las disposiciones de Shengen sobre el *ne bis in idem*, procurando una protección más amplia.

El Tratado de Ámsterdam ha ampliado la jurisdicción del TEJ en tres cuestiones fundamentales, entre otras cosas, para dictar normas sobre la vigencia e interpretación de las decisiones. Los Estados Miembros deben aceptar esa jurisdicción de acuerdo con el artículo 35(2) y según el artículo 35(3) del Tratado de la Unión Europea, una vez aceptado éste pueden elegir entre transferir el poder para referirse a cuestiones para un fallo preliminar en cualquiera de sus cortes o tribunales o solo en aquellas cortes o tribunales que tomen una decisión contra la que no haya ningún otro recurso judicial posible.

³⁸ Decisión del Consejo 1999/436/EC del 20 de mayo 1999. OI 176, 10/07/1999 p. 0017-0030.

Tanto Alemania como Bélgica han optado por una amplia variedad de audiencias y tribunales y las preguntas remitidas para unas vistas preliminares no afectan al orden público o a la seguridad interna. (Artículo 35(5)) del Tratado de la Unión Europea.

4.4. La opinión del Abogado General (AG)

El AG se ciñe a una estricta interpretación del artículo 35(1) TUE, el cual imposibilita cualquier punto de vista en la aplicación del principio *ne bis in idem* del proceso que está pendiente antes de la Audiencia Nacional o con respecto al sobreseimiento de la acción penal. Por esta razón, el AG expresa que el TEJ debe desacatar los términos en los que el Tribunal Regional Superior Alemán formula la primera de éstas cuestiones. De este modo, el AG vuelve a formular todas las cuestiones preliminares en dos cuestiones interpretativas:

-
- “1. Si el principio *ne bis in idem* mencionado en el artículo 54 de la Convención también se aplica cuando en uno de los Estados firmantes una acción penal es abolida como resultado de una decisión de sobreseimiento tomada por la Fiscalía Pública una vez que el acusado haya cumplido con las condiciones que se le han impuesto.
 2. Si la respuesta a la cuestión antes mencionada es afirmativa, la Audiencia Alemana se preguntará si es necesario que la decisión tomada por la Fiscalía Pública sea aprobada por un tribunal.”
-

El AG califica el artículo 54 como una auténtica expresión del artículo *ne bis in idem* en un proceso dinámico de integración europea. No se trata de una norma de procedimiento, sino de una protección fundamental basada en una seguridad legal y justicia para personas que están sujetas al ejercicio del *ius puniendi* en un área comunitaria de libertad y justicia. El abogado también opina que el principio *ne bis in idem* no es solamente aplicable dentro del marco de un sistema particular y legal de un Estado Miembro. Una aplicación estricta de la territorialidad nacional es incompatible con muchas situaciones en las que hay elementos de extra-territorialidad y en las que el mismo acto puede tener diferentes efectos legales en diversas partes del territorio de la Unión. Por otro lado, la norma *ne bis in idem* es también una expresión de confianza mutua entre los Estados Miembros en sus sistemas de justicia penal. Los acuerdos en materia penal no son contractuales, sino una expresión de justicia penal. Existen en muchas sentencias nacionales legales. Son una forma de administrar justicia que protege los derechos del acusado y culmina con la imposición de una pena. Desde que se protegen los derechos del individuo, es irrelevante si la decisión de suspender la acción penal es aprobada por un tribunal. Se dicta un veredicto sobre los hechos juzgados y sobre la culpabilidad del autor de los hechos. Esto implica la cesión de una decisión firme absoluta sobre la conducta del acusado y la imposición de castigos penales. Los derechos de las víctimas no se ven afectados, ya que no se les impide reclamar indemnizaciones. Según la disposición del artículo 54 concerniente a la *res judicata*, según la opinión del AG, no es homogéneo en las versiones de los diversos idiomas (finalmente dispuestas, *rechtskräftig abgeurteilt, onheorrepelijk ovnis*,

définitivement jugée, juzgada en sentencia firme...). Los Estados Miembros no se ponen de acuerdo en este punto. Francia, Alemania y Bélgica están a favor de una interpretación restrictiva limitada a las decisiones de los tribunales y los Países Bajos e Italia, que también se unieron a la Comisión Europea, abogan por una interpretación más extensiva, incluyendo los acuerdos extrajudiciales. El AG subraya que los términos utilizados por las diversas versiones no son homogéneos y que una interpretación estricta limitada a los juicios del tribunal, debe tener consecuencias absurdas que son contrarias a la lógica y a la razón. Dos personas que están bajo sospecha por el mismo delito podrían hacer frente a una aplicación distinta del principio *ne bis idem* si una de ellas es absuelta con una sentencia firme y la otra acepta un acuerdo extrajudicial.

El AG concluye:

“ El principio *ne bis in idem* mencionado en el artículo 54 de la Convención, poniendo en práctica el acuerdo de Shengen relativo a la abolición gradual de inspecciones en las fronteras comunitarias, también se aplica cuando los procedimientos penales se interrumpen según el sistema jurídico de una de las Partes Contratantes como consecuencia de una decisión tomada por la Fiscalía Pública, una vez que el acusado haya cumplido ciertas condiciones – siendo irrelevante si esa decisión tiene que ser aprobada por un tribunal – siempre que: 1. Las condiciones impuestas se encuentren en la naturaleza de la pena. 2. El acuerdo presuponga un reconocimiento expreso o implícito de culpa y, por consiguiente, contenga una decisión implícita de que el acto es culpable. 3. El acuerdo no perjudique a la víctima y a otras partes perjudicadas, quienes deben tener derecho a emprender acciones legales.”

4.5. El razonamiento y la respuesta interpretativa del Tribunal

El TEJ no sólo está siguiendo la reformulación de las cuestiones preliminares por el AG, sino que también está de acuerdo con sus principales razonamientos. El sobreseimiento se debe a una decisión de la Fiscalía Pública que forma parte de la administración de justicia penal. El resultado del procedimiento penaliza la conducta contraria a la ley ilegítima, la cual se supone que el acusado ha cometido. La pena es ejecutada al efecto del artículo 54 y se desestima continuar el procedimiento. El TEJ considera el principio *ne bis in idem* como un principio que tiene verdadero efecto, independientemente de problemas de procedimiento o de forma, como la aprobación de un tribunal. En ausencia de una indicación expresa en contra del artículo 54, el principio de *ne bis in idem* debe considerarse como suficiente para su aplicación. El campo de la libertad, la seguridad y la justicia implica confianza mutua en cada uno de los otros sistemas de justicia penal. La validez del principio *ne bis in idem* no depende de una armonización más amplia.

Los razonamientos de Alemania, Bélgica y Francia de que la redacción y el esquema general del artículo 54, la relación entre el artículo 54 y los artículos 55 y 58, las intenciones de las Partes Contratantes y ciertas disposiciones internacionales con un propósito similar, excluyen la posibilidad de que el artículo 54 se interprete de tal

manera que se aplique a los procedimientos salvo aquellos enjuiciamientos en los que ningún tribunal esté implicado, no convencen al TJE. El TJE no encuentra ningún obstáculo en los artículos 55 y 58 y considera las intenciones de las Partes Contratantes sin valor alguno desde que pusieron una fecha anterior a la integración del acervo de Schengen en la UE. Con respecto al argumento del gobierno belga sobre un posible prejuicio contra los derechos de las víctimas, el TEJ tiene la misma opinión que el AG, subrayando que los derechos de la víctima para emprender acciones legales no están excluidos por la aplicación del principio *ne bis in idem*.

Por estas razones el TEJ ordena: “El principio *ne bis in idem*, establecido en el artículo 54 de la Convención, cumple el acuerdo de Shengen del 14 de julio de 1985 entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa sobre la abolición gradual de detenciones en sus fronteras comunes, firmado el 19 de junio de 1990 en Schengen. También se aplica a procesos por los que se impide un nuevo enjuiciamiento, como por ejemplo, los procesos controvertidos en las principales actuaciones, por los que el fiscal de un Estado Miembro sobresee los procedimientos penales realizados en ese Estado y, en particular, paga una cantidad de dinero que determinada por el fiscal.

5. La orden europea de detención y el *ne bis in idem* ³⁹

La propuesta original de la Comisión Europea⁴⁰ contenía un conjunto limitado de disposiciones sobre el principio de *ne bis in idem*:

Artículo 30 *ne bis in idem*

1. La autoridad judicial ejecutora debería rechazar la ejecución de una orden de detención europea, si una autoridad judicial en el Estado Miembro ejecutor ha emitido una sentencia firme sobre la persona demandada en relación al delito o delitos por los que se ha emitido dicha orden de detención.
2. La ejecución de una orden de detención europea debe ser también rechazada si las autoridades judiciales del Estado Miembro ejecutor han decidido no instruir ni finalizar un proceso por el mismo delito o delitos.

El resultado de las negociaciones en el Consejo cambiaron sustancialmente estas disposiciones, haciendo una distinción entre sentencias firmes, enjuiciamiento y procesos pendientes. Su ventaja principal es que con el reconocimiento de la *res judicata* como una desestimación para renunciar, se consideran las sentencias firmes y los acuerdos extrajudiciales de todos los Estados Miembros de la Unión Europea del mismo modo que aquellos emitidos por el Estado requerido. En el caso de las sentencias firmes, el principio de *ne bis in idem* conduce a un motivo obligatorio de denegación. En el caso de los acuerdos extrajudiciales, la denegación es opcional. Y

³⁹ Véase, H. van der Kilt, *The European arrest warrant and the principles ne bis in idem*, en R. Blekxtoon & W. van Ballegooij, *Handbook on the European Arrest Warrant*, T-M-C Asser Press. La Haya. 2004, 99-118.

⁴⁰ Documento COM (2001) 522 final. Bruselas, 13 de septiembre de 2001. OJC 332 E/305.

esto se considera un debilitamiento de las disposiciones de la CAAS, según la interpretación del TEJ.

En cuanto a las sentencias firmes, tenemos que hacer una distinción entre la situación en la Unión Europea y la situación de los Terceros Países. En el antiguo proceso la no ejecución basada en el principio de *ne bis in idem* es obligatoria y está basada en el artículo 3(2):

“Si se informa a la autoridad judicial sentenciadora de que la persona requerida ha sido finalmente juzgada por un Estado Miembro por los mismos actos a condición de que, cuando ha habido sentencia, ésta se haya ejecutado, esté en proceso de ejecución o no pueda seguir ejecutándose según la ley de sentencias del Estado Miembro”.

Cada vez que una sentencia se haya ejecutado en un Estado Miembro, todos los demás Estados deberán acatar esta decisión. La autoridad ejecutora tendrá que evaluar todas las sentencias anteriores relacionadas con la ley bajo escrutinio, sin tener en consideración si proceden del Estado emisor, del Estado ejecutor o de otro Estado Miembro. De hecho, el Estado ejecutor **n evocate** con más facilidad el *ne bis* que antes bajo el Convenio de Extradición del Consejo de Europa, que está de acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo.

En el último caso, en relación a los terceros Estados, la no ejecución basada en el artículo 4(5) es opcional:

“Si a la autoridad judicial ejecutora se le informa de que la persona requerida ha sido finalmente juzgada por un Tercer Estado por los mismos cargos siempre que, se haya dictado sentencia, esta se haya ejecutado o esté siendo ejecutada o no pueda seguir ejecutándose según la ley del país que emitió la sentencia.”

Con respecto al enjuiciamiento, de hecho aquí se hace mención a la situación de los acuerdos extrajudiciales, como subíndices en los Asuntos C-187/01 y C-385/01, *Procedimientos Penales contra Hüseyin Gözutok y Klaus Brügge*⁴¹. Artículo 4(3):

“Donde las autoridades judiciales del Estado Miembro ejecutor han decidido no enjuiciar por el delito en el que se basa la orden de detención europea o no interrumpir procedimientos, o donde se ha dictado una sentencia firme sobre la persona requerida en un Estado Miembro, por los mismos hechos, lo cual impide nuevos enjuiciamientos”.

La no-ejecución en este caso es opcional. Esto significa que los procesos acumulativos, como en el caso de los *Krombach V.A. Bamberski*⁴², son todavía posibles sin la UE. Lo

⁴¹ Resolución judicial del 11 de febrero de 2003, pleno del Tribunal (2003) ECR I-5689. Véase punto 4.

único nuevo en comparación con el Convenio de Extradición es que este principio no actúa solo en relación con el estado emisor, sino en relación con todos los Estados Miembros, así es en todo el marco legal. Es una pena que no se haya integrado como un tema de obligado cumplimiento para la no-ejecución. También puede ser cuestión de debate si la decisión del fiscal debe ser aprobada o no por un tribunal. Además no está claro en absoluto quiénes son las autoridades judiciales y qué decisiones toman y cuáles no. De hecho, el Art. 6 (3) dice que los Estados Miembros son las autoridades judiciales competentes de dar la orden de detención a las mismas autoridades judiciales.

Finalmente, la Orden de Detención Europea incluye los procesos de litispendencia. De acuerdo con el Art. 8 del Convenio de Extradición, el Art. 4 (2) define los procesos penales pendientes del Estado Miembro emisor como un motivo de denegación opcional:

“Donde la persona que es sujeto de la Orden de Detención Europea será procesado en el Estado Miembro emisor por la misma ley en la que se basa la Orden de Detención Europea”.

También es importante añadir que el conjunto clásico de excepciones desapareció, como la seguridad del estado, el enjuiciamiento de los funcionarios del propio país, etc. Finalmente, la aplicación del principio *ne bis in idem* está mucho más unida al área de la libertad, seguridad y justicia (espacio) y se considera un derecho subjetivo en toda el área.

6. El *ne bis in idem* de la OAE en contexto⁴³

El TEJ expone categóricamente que el área de libertad, seguridad y justicia implica la confianza mutua en cada uno de los sistemas de justicia penal y que la validez del principio de *ne bis in idem* no está subordinada a la armonización. El TEJ considera también que las intenciones de las Partes Contratantes en el acuerdo de Schengen no tienen tanto valor desde que precedieron a la integración del acervo de Schengen en la UE. Esto es bastante sorprendente, desde que la propuesta holandesa⁴⁴ en el momento de la concepción del artículo 54 para no incluir los convenios de negociación del tribunal fue rechazada. La intención de las Partes Contratantes de excluir las transacciones del principio de *ne bis in idem* estaba muy clara. Sin embargo, la integración de las previsiones del acuerdo de Schengen en la UE se basa en la decisión

⁴² Véase el caso 7/98 d. Kromach v. A. Bamberski, sentencia del Tribunal en pleno del 28 de marzo 2000, (2000 ECR I-1395, con comentario de A. LL. van LLock, Ley del Mercado Común revisada 38: 1011-1027, 2001.

⁴³ Para otros comentarios literarios ver M. Rübenstahl & U. Kräiner, *European Law Reporter* 4/2003, 177-185. K. Adomeit, *NJW*, 2003, 1162-1164; M. Fletcher, *The Modern Law Reporter*, 2003, 769-780; O. Plöckinger, *Österreichische Juristenzeitung*, Vol. 58. 2003, 98-101; N. Thwaites, *Revue de Droit de l'Union Européenne*, Vol. 1, 2002. 295-298; J. Vogel, *Europäisches ne bis in idem*, -EuGH, *NJW*, 2003, 1173.

⁴⁴ Siempre y cuando este bajo el artículo 68 par 3 del Código Penal Holandés.

del CIG y ha sido ratificado por las autoridades nacionales que no solo cambiaron el marco conceptual de estas previsiones, sino también el significado y el efecto. Puede que haya un paralelismo respecto a los principios generales de la ley comunitaria en el mercado interior. Por ejemplo, la lealtad comunitaria y la no discriminación tuvieron consecuencias para el significado y efecto de algunas previsiones nacionales penales no tomando en cuenta el intento del poder legislativo nacional. Es típico para un orden legal integrado como la CE que el marco conceptual de la integración europea interfiera en la soberanía nacional, también en materia de cooperación y aspectos transnacionales⁴⁵. Lo que ocurrió con el mercado de integración en la CE se ha repetido nuevamente con la integración de la justicia en la UE. Los derechos y recursos para el mercado de los ciudadanos se transforman en derechos y recursos para la Unión de los ciudadanos. Las decisiones nacionales, incluyendo las decisiones penales, pueden tener un efecto mayor en la UE en una nueva posición del territorio europeo. Esto hace que el proceso de integración europeo sea tan diferente de la soberanía dual de EEUU, donde el doble peligro de condena constitucional no impide el doble enjuiciamiento en varios estados. Cuando un acusado en un solo acto viola la paz y la dignidad de dos soberanías limitando las leyes de cada uno, en los EEUU habrá cometido dos delitos distintos⁴⁶, con dos valores diferentes que proteger. En la UE tenemos un solo área de libertad, seguridad y justicia y un orden legal integrado en el que el efecto completo debería darse en los principios fundamentales.

Sin embargo con esta decisión del TEJ no se resuelven todos los problemas del principio de *ne bis in idem*. Como se dijo anteriormente, la interpretación de la sentencia firme solo es uno de los puntos del problema. Si el legislador no interviene en el momento justo, el TEJ ciertamente recibirá otra resolución preliminar sobre la interpretación del principio de *ne bis in idem*. Las preguntas que nos seguimos haciendo son referentes a los problemas con *idem* y *bis* y el ámbito de *ne bis in idem*. El TEJ habla en este caso de *ne bis in idem* sobre procesos penales discontinuos dados en ese estado, sin implicación de un tribunal, una vez que el acusado haya cumplido con ciertas obligaciones y, en particular, haya pagado una cierta cantidad de dinero determinada por el fiscal, una redacción que es mucho mas extensa que la formulación del AG quien habló sobre las condiciones con naturaleza penal, decisión de condena y sin perjuicio para las victimas. Para ser concretos, ¿se hacen acuerdos procesales, como ruego de negociaciones o tratados de inmunidad total o parcial para la colaboración con las autoridades para que el cumplimiento de la ley se produzca en el ámbito de *ne bis in idem*? En algunos países este trato puede llevarse a cabo a través de una transacción extrajudicial bajo la forma de una transacción [ordinaria]. Otro problema es la completa aplicación de la norma de *ne bis in idem*, si los primeros procesos se llevaron a cabo con el propósito de proteger a la persona a la que concierne la responsabilidad penal. ¿Bajo qué condiciones puede desestimarse el *ne bis in idem* y por quién puede ser desestimado?

⁴⁵ Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Corte del 2 de febrero 1989. Ian William Cowan v. Trésor public. Caso 186/87. ECR 1989. p. 00195.

⁴⁶ Health v. Alabama, 474 EEUU 82 (1985).

En vista de esto es importante destacar que Grecia ha pedido un par de días después del fallo del TEJ en el caso de *Gözütok y Brügge* como propuesta para el marco de decisión de *ne bis in idem*⁴⁷ con el propósito de establecer unas leyes comunes que aseguren la homogeneidad tanto en la interpretación de dichas normas como en su puesta en práctica. El marco de decisión reemplazaría los artículos 54-58 de la CAAS. El propósito define los delitos (artículo 1) como infracciones en sentido estricto y los delitos administrativos o infracciones castigadas con multa administrativa, con la condición de que el recurso de apelación sea anterior al tribunal penal. La sentencia incluye también cualquier acuerdo mediado extrajudicialmente en materia penal, cualquier decisión que tenga la condición de *res judicata* según la ley nacional será considerada como una sentencia firme. El artículo 4 establece como excepciones del principio *ne bis in idem* si la ley con la cual se relaciona la sentencia extranjera constituye delitos contra la seguridad o cualquier otro interés igualmente esencial de ese Estado Miembro o hubiera sido cometido por un ciudadano del Estado Miembro que incumpliese sus deberes oficiales, el artículo 3 contiene un proceso consultivo y unas reglas jurisdiccionales para evitar el doble enjuiciamiento. Es una buena iniciativa pero su alcance es bastante limitado. De hecho, la exclusión de la sanción administrativa punitiva si no es apelable anteriormente por un tribunal penal es bastante absurda, incluso en el caso de la ley del CEDH, pero concuerda con la tradición alemana de la ley penal administrativa (*Ordnungswidrigkeiten*). El anteproyecto contiene también muchas más excepciones para la norma de *ne bis in idem*. Finalmente, el anteproyecto no trata la aplicabilidad sobre personas legales. Las discusiones en el Consejo se llevan a cabo pero con bastante dificultad en varios puntos, incluyendo los asuntos que incumben al caso *Ciözütok y Brügge*.

Con la rápida elaboración en curso de instrumentos legales en el campo de JAI, ambos para reforzar la eficiencia de la justicia penal en el territorio europeo (la Orden de Detención Europea, la orden de confiscación europea, los borradores para la orden de pruebas europea, la búsqueda europea y las órdenes de embargo) así como para aumentar la protección legal de los ciudadanos (protección de víctimas de crímenes, el Libro Verde con el procedimiento para poner a salvo a los sospechosos), está claro que el TEJ tendrá mucho trabajo en el futuro para establecer los principios que sirvan de guía para la justicia penal en el espacio judicial europeo en materia penal. Esta sentencia sobre el *ne bis in idem* es sólo el comienzo de un importante papel del TEJ en el área de la justicia penal europea. Todo esto pone de manifiesto que hay una necesidad real de firmar y ratificar el borrador Constitucional, incluyendo la Carta de los Derechos Fundamentales (CDF)⁴⁸ como un texto legal vinculante. La CDF se refiere al CEDH como el nivel estándar y la UE también llegaría a ser parte del CEDH. El

⁴⁷ Iniciativa de la República Helénica con una visión para adoptar una Decisión Marco del Consejo de acuerdo con la aplicación del principio de *ne bis in idem*, OJ C 2003 100/4.

⁴⁸ Proclamado en Niza en & diciembre 2000, pero no legalmente vinculante.

marco del Art. 50 CDF⁴⁹ trata de que *ne bis in idem* es completamente transnacional en la UE, pero el alcance de este es desalentador debido a la redacción del texto: “Nadie será responsable de poner a prueba o castigar de nuevo en materia penal por un delito por el cual dicha persona ha sido absuelto o condenado si la Unión no está de acuerdo con la ley”.⁵⁰ Insistiendo mucho en materia penal, este texto no está conforme con la ley actual del CEDH. Por otra parte, las previsiones sólo se refieren a sentencias firmes.

Por esta razón el Max Planck Institute para la Ley Penal Internacional y Extranjera formó un grupo de expertos para elaborar la llamada Propuesta Freiburg de las Concurrentes Jurisdicciones y la Prohibición de Enjuiciamientos Múltiples en la UE.⁵¹ El texto trata de la prevención de enjuiciamientos múltiples en el caso internacional con la imposición de un foro de reglas y jurisdicción., la aplicación del transnacional *ne bis in idem*, ellos proponen un derecho *ne bis in idem factum* para las personas naturales y legales. El *ne bis in idem* debería aplicarse a todos los procesos y sanciones punitivas, sean de naturaleza administrativa o penal, sean nacionales o europeas. El texto propuesto usa el termino “finalmente resuelto” en lugar de “finalmente absuelto o condenado”. Esta terminología incluye cada decisión tomada por las autoridades procesales, las cuales ponen término a los procesos de manera que hacen reabrir el caso en circunstancias excepcionales. Esto significa que, por ejemplo, las francesas *ordonnance de non-lieu motivee en fait* son incluidas por la definición de *ne bis in idem*.

Esta propuesta propone un excelente conjunto de previsiones de *lege lata* tanto para el legislador como para el sistema jurídico, a nivel europeo y nacional.

Finalmente, otra manera de regular el problema es evitar un nivel transnacional de doble enjuiciamiento. Los procesos de consulta transnacional son una necesidad. En algunos instrumentos de la UE se prescribe una consulta interestatal y a algunos criterios jurisdiccionales se les da prioridad.⁵² La necesidad de coordinación de la acción judicial en la UE ha llevado a la creación de Eurojust, que entre otras cosas es competente para la coordinación de investigaciones judiciales para evitar los conflictos jurisdiccionales y el doble peligro de condena. Sin embargo, Eurojust⁵³ ha pedido a los Estados Miembros que tomen una decisión y la competencia de Eurojust está limitada a los crímenes más serios.

7. Conclusión

⁴⁹ El Consejo de la UE, Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea - Explicaciones relacionadas con el texto completo de la Carta, diciembre 200, disponible en http://ue.eu.int/df/docs/en/EN_2001_1023.pdf

⁵⁰ Art. II – 50 del Borrador de la Constitución para la UE.

⁵¹ <http://www.iuscrim.mpg.de/forsh/straf/projekte/nebisinidem.html>

⁵² Véase, por ejemplo, el Art. 7 (3) de la Decisión Marco del Consejo de aumentar la protección a través de castigos penales y otras sanciones contra la falsificación de acuerdo con la introducción del euro, OJ 14 de junio 2000, L 140/1 y el artículo 3 del Borrador Marco de Decisión de acuerdo con la aplicación del *ne bis in idem*, OJ C 2003, 100/24.

⁵³ Decisión del Consejo del 28 de febrero 2002, OJ 6 Marzo 2002, L 63/1.

El hecho de que las previsiones del *ne bis in idem* se hayan sometido a una ampliación tan importante en el marco de previsión de la Orden de Detención Europea es de gran importancia. También está claro que la resolución preliminar del TEJ en los casos C-187/01 y C-385/01, *Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge*⁵⁴ tiene consecuencias en la aplicación práctica de la Orden de Detención Europea. La interpretación autorizada del Acuerdo de Schengen no deja lugar a dudas sobre qué estados pueden acogerse a los acuerdos del tribunal en otros Estados Miembros como excepción a la conformidad con una orden de detención. Sin embargo, no está claro si la sentencia puede tener un sentido incluso más amplio en el sentido de que el Estado Miembro sería excluido de llevar a cabo órdenes de detención, donde quiera que el caso haya sido resuelto por otro Estado Miembro, por ejemplo basado en la aplicación del principio territorial incluido en el Art. 55 de la CAAS. En mi opinión, los Estados Miembros estarían en un régimen bajo reconocimiento y confianza mutuos para el área de libertad, seguridad y justicia con una responsabilidad común y compartida para la aplicación de los derechos humanos en el espacio europeo. Por esta razón el *ne bis in idem* debería aplicarse como un derecho humano completamente transnacional *erga omnes*. Afortunadamente, en el Programa de la Haya para fortalecer la libertad, la seguridad y la justicia en la UE – el seguimiento del programa Tampere – el Consejo Europeo aceptó un papel mayor que el TEJ llevará a cabo en el campo de la integración de la justicia:

“En este contexto y con el Tratado Constitucional en perspectiva, aunque debería darse una solución para el tratamiento rápido y adecuado de peticiones para la resolución preliminar concerniente al espacio de libertad, seguridad y justicia, donde proceda, corrigiendo los Estatutos de la Corte. La Comisión está invitada a presentar – después de consultar con el Tribunal de Justicia – una propuesta a tal efecto.”⁵⁵

Las resoluciones preliminares son esenciales para elaborar una guía general de principios. Deberían ser deliberados en un procedimiento de vía rápida, para evitar que la duración de la detención se amplíe demasiado.

Por otra parte, el principio de *ne bis in idem* siempre es una medida de emergencia. El *ne bis in idem* es un instrumento muy malo para regular la elección de jurisdicción. La coordinación de la jurisdicción debería guiar al impedimento de los dobles enjuiciamientos y las dobles sanciones.⁵⁶ Por esta razón, es importante elaborar instrumentos reguladores y buenos ensayos para la elección de la jurisdicción en la UE.

⁵⁴ Casos C-187/01 y C-385/01, *Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, Sentencia del Tribunal de Justicia del 11 de febrero 2003. ECR 2003. I-5689.

⁵⁵ Véase Consejo Europeo de Bruselas 4/5 de noviembre 2004. Conclusiones presidenciales. El programa de la Haya, punto 3.1.

⁵⁶ O. Lagodny, *Empfiehlt es sich, eine Europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzuschlagen?*, Gutachten im Auftrag zum Bundesministeriums der Justiz, Berlín, marzo 2001, <http://www.bib.uni-mannheim.de/bereiche/jura>

Eurojust ha desarrollado guías a este respecto. Las discusiones continuarán en el Consejo Europeo en el ambiente de la red de registros nacionales de condenas penales. La Comisión también está planeando un borrador sobre el marco de las previsiones para la elección de la jurisdicción. El programa de la Haya está actuando en la misma línea de acuerdo con la cooperación judicial en materia penal:

“La mejora debería ir en busca de los obstáculos legales existentes y aumentar la coordinación de las investigaciones. Con vista al aumento de la eficiencia y a los procesos, mientras garantizan la correcta administración de la justicia, la atención particular debería dar posibilidades de concentrar el proceso en el traspaso de las fronteras de casos multilaterales en el Estado Miembro”.⁵⁷

Los Estados Miembros dejarían atrás su clásica visión limitada de la soberanía y aceptarían una visión de soberanía compartida en un área judicial común. Una política penal con el propósito de concentrar los procedimientos penales y elaborar guías para la elección de jurisdicción podría contribuir a un cumplimiento más efectivo y justo en la UE.

⁵⁷ Idem, punto 3.3.